

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS162/R/Add.1
25 septembre 2000

(00-3773)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – LOI ANTIDUMPING DE 1916

Plainte du Japon

Rapport du Groupe spécial

Addendum

Les sections ci-après doivent être incluses dans le rapport du Groupe spécial (WT/DS162/R), comme il est indiqué aux pages 8 et 9 dudit rapport:

- Section III ALLÉGATIONS ET PRINCIPAUX ARGUMENTS
- Section IV COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
III. ALLÉGATIONS ET PRINCIPAUX ARGUMENTS.....	1
A. DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE ÉLARGIS PRÉSENTÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROÉENNES.....	1
B. APERÇU DES ALLÉGATIONS DES PARTIES ET CONSTATATIONS DEMANDÉES.....	2
C. LES EFFETS DE LA LOI DE 1916 SUR LES ÉCHANGES ET LEUR PERTINENCE EN L'ESPÈCE	4
D. LA DISTINCTION ENTRE LOI DISPOSITIVE ET LOI IMPÉRATIVE ET SA PERTINENCE EN L'ESPÈCE	6
E. RÔLE DU GROUPE SPÉCIAL EN L'ESPÈCE	20
F. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 ET DE L'ACCORD ANTIDUMPING	23
1. Introduction.....	23
2. Le texte de la Loi de 1916.....	23
3. La distinction entre lois antidumping et lois antitrust.....	30
4. La portée de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping	36
5. Le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916.....	41
6. Les interprétations judiciaires américaines de la Loi de 1916.....	48
a) Pertinence des interprétations judiciaires de la Loi de 1916.....	48
b) Interprétation des lois en vertu du droit américain	48
c) <i>United States v. Cooper Corp.</i>	50
d) <i>Zenith Radio Corp. v. Matsushita Electric Industrial Co. et In re Japanese Electronic Products Antitrust Litigation</i>	50
e) <i>Western Concrete Structures v. Mitsui & Co.</i>	57
f) <i>Geneva Steel Co. v. Ranger Steel Supply Corp. et Wheeling-Pittsburgh Steel Corp. v. Mitsui & Co.</i>	58
7. Déclarations de représentants de l'exécutif américain	61
G. VIOLATIONS DE L'ARTICLE VI:2 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 18.1 DE L'ACCORD ANTIDUMPING	66
H. VIOLATIONS DE L'ARTICLE VI:1 DU GATT DE 1994 ET DES ARTICLES 1 ^{ER} , 2, 3, 4, 5, 9 ET 11 DE L'ACCORD ANTIDUMPING	77
I. VIOLATIONS DES ARTICLES 1 ^{ER} ET 18.1 DE L'ACCORD ANTIDUMPING.....	80
J. VIOLATION DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994	80
1. Rapport entre l'article III:4 et l'article VI du GATT de 1994.....	80
2. La Loi de 1916 considérée isolément et comparée à la Loi Robinson-Patman.....	82

3.	Comparaison élément par élément de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman.....	91
a)	Les prescriptions en matière d'argumentation.....	91
b)	La prescription en matière d'intention ou la prescription en matière d'effet.....	95
c)	La prescription de récupération	97
d)	Les moyens de défense disponibles	101
e)	Les comportements sanctionnés	103
f)	Les frais de litige et les frais commerciaux.....	104
g)	Les conditions requises en matière de différences de prix et de niveaux de prix relatifs	105
K.	VIOLATION DE L'ARTICLE XI DU GATT DE 1994	108
L.	VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD SUR L'OMC ET DE L'ARTICLE 18.4 DE L'ACCORD ANTIDUMPING	111
IV.	COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES.....	116
A.	COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES.....	116
1.	Violation de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.....	116
a)	Applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping	116
b)	Violation de l'article VI:2 du GATT de 1994	120
2.	Violation de l'article III:4 du GATT de 1994.....	123
a)	La Loi Robinson-Patman en tant que mesure équivalente s'appliquant aux marchandises américaines.....	123
b)	Comparaison élément par élément de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman	124
3.	La distinction entre loi dispositive et loi impérative et sa pertinence en l'espèce.....	127
a)	Les plaintes contre la législation nationale en soi.....	127
b)	La nature de la Loi de 1916	129
c)	Le contenu de l'obligation énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC	131
4.	Application de bonne foi des obligations découlant des traités	134
5.	Conclusion	134
B.	INDE.....	135
1.	Violation de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.....	135
2.	Violation de l'article III du GATT de 1994	137
3.	Conclusion	138

III. ALLÉGATIONS ET PRINCIPAUX ARGUMENTS

A. DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE ÉLARGIS PRÉSENTÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES

3.1 Les **Communautés européennes**, qui sont tierce partie en l'espèce et ont demandé l'établissement d'un autre groupe spécial à propos de la Loi de 1916²³, demandent que leur soient accordés des droits de tierce partie élargis.²⁴ Elles demandent en particulier à être présentes tout au long des deux réunions de fond du Groupe spécial et à pouvoir présenter une communication à chacune de ces occasions.

3.2 Le **Japon** répond qu'il accepte la demande de droits de tierces parties élargis présentée par les Communautés européennes. Sur la même base, il demande à recevoir tous les documents nécessaires, y compris les communications et les versions écrites des déclarations des parties dans l'affaire engagée par les Communautés européennes à propos de la Loi de 1916 (WT/DS136).

3.3 Les **États-Unis**, pour répondre à une 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.

3.4 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.

3.5 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)*²⁵, 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 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*.

²³ 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).

²⁴ Ainsi qu'il est dit dans la lettre du 25 août 1999 adressée au Président du Groupe spécial par les Communautés européennes.

²⁵ 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").

3.6 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.

3.7 La position prise par le Groupe spécial dans le cours de la procédure à l'égard de la demande des Communautés européennes est exposée à la section VI.B.1 du présent rapport.

B. APERÇU DES ALLÉGATIONS DES PARTIES ET CONSTATATIONS DEMANDÉES

3.8 Le **Japon** conteste le maintien et l'application de la Loi de 1916 par les États-Unis. Le maintien et l'application de cette loi sont plus particulièrement contraires aux obligations suivantes contractées par les États-Unis en vertu des Accords de l'OMC:

- a) l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils permettent d'appliquer des sanctions autres que des droits antidumping pour porter remède au dumping;
- b) l'article VI du GATT de 1994 et l'article premier de l'Accord antidumping, du fait qu'une mesure antidumping est appliquée sans que l'enquête requise ait été effectuée et que les faits requis aient été établis;
- c) l'article VI du GATT de 1994 et l'article 2 de l'Accord antidumping, du fait, entre autres, qu'ils prescrivent pour la valeur normale une comparaison qui n'est pas compatible avec celle qui est indiquée dans ces articles;
- d) l'article VI du GATT de 1994 et l'article 3 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils prévoient l'application d'une mesure antidumping sans que soit établie l'existence d'un dommage grave ou d'une menace de dommage grave;
- e) l'article VI du GATT de 1994 et les articles 4 et 5 de l'Accord antidumping, du fait, entre autres, qu'ils ne limitent pas les parties habilitées à poursuivre une action antidumping;
- f) l'article VI du GATT de 1994 et l'article 9 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils prévoient l'imposition de sanctions non admissibles qui sont extérieures au champ d'application et aux lignes directrices de l'article 9;
- g) l'article VI du GATT de 1994 et l'article 11 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils ne limitent pas la durée d'une mesure antidumping et ne prévoient pas de réexaminer périodiquement la nécessité de la maintenir;
- h) les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils ne sont pas conformes à l'article VI du GATT de 1994 et aux articles 2, 3, 4, 5, 9 et 11 de l'Accord antidumping;
- i) l'article III:4 du GATT de 1994, du fait qu'il prévoit, en vertu de la Loi de 1916, un traitement moins favorable des importations que celui réservé aux produits nationaux,

qui sont assujettis à une loi Robinson-Patman beaucoup moins restrictive et quasi moribonde;

- j) l'article XI du GATT de 1994, du fait qu'il prévoit, en vertu de la Loi de 1916, l'application injustifiée d'une prohibition ou d'une restriction non admissibles; et
- k) l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et l'article 18.4 de l'Accord antidumping, du fait qu'ils ne mettent pas leurs lois en conformité avec les dispositions de l'OMC.

3.9 Pour ces raisons, le Japon demande que le Groupe spécial constate que la Loi de 1916 n'est ni compatible avec les articles III:4, VI et XI du GATT de 1994, les dispositions de l'Accord antidumping et l'Accord sur l'OMC²⁶, ni justifiée par ceux-ci, et recommande que les États-Unis mettent la Loi de 1916 en conformité avec ces dispositions. Il demande en outre que le Groupe spécial recommande que les États-Unis abrogent la Loi de 1916 afin de mettre la Loi en conformité avec les obligations qu'ils ont contractées en vertu de ces dispositions.

3.10 Les **États-Unis** demandent que le Groupe spécial détermine que le Japon n'a pas montré que l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping exigeaient que les droits antidumping soient l'unique mesure corrective possible en cas de dumping.²⁷ Si le Groupe spécial rejette cette allégation, l'ensemble de la contestation formulée par le Japon au titre de l'article VI et des diverses dispositions de l'Accord antidumping succombera, et le Groupe spécial n'aura pas besoin d'aborder la question de savoir si la Loi de 1916 relève de l'article VI et de l'Accord antidumping.

3.11 Selon les États-Unis, si le Groupe spécial aborde la question de savoir si la Loi de 1916 relève de l'article VI:2 et de l'Accord antidumping, il devrait conclure que le Japon, en qualité de plaignant, n'a pas montré que la Loi de 1916 n'était pas susceptible d'une interprétation permettant d'agir de manière compatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. En revanche, les États-Unis ont démontré que la Loi de 1916 était manifestement susceptible d'une interprétation allant dans un sens parallèle à la Loi sur la concurrence déloyale et avait d'ailleurs été interprétée ainsi jusqu'à ce jour. En tant que loi sur la concurrence, la Loi de 1916 ne relève pas de l'article VI:2 du GATT de 1994 ni de l'Accord antidumping.

3.12 Les États-Unis demandent aussi au Groupe spécial de déterminer que la Loi de 1916 est compatible avec l'article III:4, car le fait de l'interpréter dans un sens parallèle à la loi sur la concurrence intérieure ne pose pas de question de traitement national puisqu'un traitement parallèle ne constitue évidemment pas un traitement moins favorable. Ils répètent que, 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.

3.13 Les États-Unis demandent en outre au Groupe spécial de déterminer que la Loi de 1916 est compatible avec l'article XI du GATT de 1994 car, compte tenu du fait que la seule réparation possible au titre de la Loi de 1916 est d'ordre monétaire, celle-ci ne relève pas de l'interdiction des restrictions quantitatives énoncée à l'article XI du GATT de 1994.

²⁶ Le Japon observe que, même si la Loi de 1916 n'était pas une loi antidumping (ce qu'elle est), les États-Unis seraient toujours en infraction avec les articles III:4 et XI du GATT de 1994 et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

²⁷ Les États-Unis rappellent que le Japon, en qualité de plaignant dans le présent différend, a la charge d'établir la violation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC. Ils font référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, paragraphe 14 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses*").

3.14 Les États-Unis affirment enfin 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.

C. LES EFFETS DE LA LOI DE 1916 SUR LES ÉCHANGES ET LEUR PERTINENCE EN L'ESPÈCE

3.15 Le **Japon** affirme que la Loi de 1916 a des incidences défavorables graves sur leurs échanges avec les États-Unis. L'une est l'"effet restrictif" sur les exportations japonaises. Même si l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* ne donne lieu à aucune sanction pénale ou civile, le fait que les entreprises mises en cause (en l'espèce, les entreprises de commerce japonaises) sont menacées et 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. Une procédure de ce type est généralement longue et coûteuse. En outre, mis à part les amendes et les frais d'avocat, le fait que des dommages-intérêts au triple²⁸ ou des sanctions pénales peuvent être imposés est très menaçant. L'importateur qui continue à importer prend un risque énorme et prohibitif. Par conséquent, l'effet le plus grave de la Loi de 1916 et de la procédure engagée au titre de cette loi sur les échanges n'est pas nécessairement le risque d'une décision de justice défavorable mais l'effet dissuasif important d'une action en justice *potentielle* et le risque d'une responsabilité civile et/ou pénale très grande.

3.16 Le Japon fait valoir que, pour éviter complètement le risque de devoir verser des dommages-intérêts au triple, les entreprises mises en cause risquent de cesser toute activité susceptible d'être interprétée comme contraire à la loi. Comme le montant des dommages-intérêts au triple auquel s'expose une entreprise mise en cause dans une procédure au titre de la Loi de 1916 dépend du montant de ses ventes, l'importateur cité dans une procédure relevant de cette loi qui continue à importer des marchandises accroît le risque de voir sa responsabilité mise en jeu. Compte tenu du caractère punitif de la mesure corrective prévue dans la Loi de 1916, les sociétés japonaises ont évidemment réduit leurs expéditions d'acier à destination des États-Unis.²⁹

3.17 Le Japon soutient que l'effet restrictif de la Loi de 1916 est amplifié par les prescriptions excessivement laxistes de la Loi en matière d'argumentation et de preuve, qui empêche les sociétés sidérurgiques japonaises de déterminer si elles se livrent à une activité interdite par la loi. Plutôt que d'évaluer le prix plancher qui déclenche la mise en jeu de leur responsabilité (et de s'exposer au versement de dommages-intérêts si elles se trompent), elles ont choisi de réduire sensiblement ou d'arrêter leurs importations.

²⁸ Le Japon observe que, dans tout texte de loi, les dommages-intérêts au triple ont théoriquement pour but de rendre si sévère la sanction en cas d'infraction que les individus s'abstiendront de toute activité *potentiellement* contraire à la loi. Comme l'a reconnu la Cour suprême des États-Unis, "[l]'idée même de dommages-intérêts au triple révèle une intention de punir les comportements illicites passés et de décourager les comportements illicites futurs, et non d'améliorer la responsabilité des contrevenants". Le Japon fait référence à *Texas Indus. v. Radcliff Materials*, 451 U.S. 630, 639 (1981).

²⁹ Le Japon déclare que, selon les données communiquées par les sociétés, le volume total (en millions de tonnes) des exportations du Japon vers les États-Unis des trois sociétés japonaises mises en cause a baissé comme suit:

Avril à septembre 1998:	149/mois (moyenne)
Octobre 1998:	154
Novembre 1998 (dépôt de la requête):	39
Décembre 1998:	0,4
Janvier 1999:	0,7
Février 1999:	0,0

3.18 Le Japon rappelle, en deuxième lieu, que les trois entreprises de commerce japonaises mises en cause³⁰ ont constaté que la procédure était extraordinairement coûteuse, qu'elle imposait de lourdes charges et qu'elle désorganisait par ailleurs leurs activités. L'effet de ces contraintes est d'ailleurs si important que six défendeurs non japonais dans cette affaire sont parvenus à des règlements à l'amiable avec Wheeling-Pittsburgh Steel. Bien que les conditions précises de ces règlements n'aient pas été rendues publiques, on sait que les défendeurs se sont mis d'accord avec le plaignant, Wheeling-Pittsburgh Steel, en acceptant, entre autres:

- d'acheter une certaine quantité d'acier au plaignant en 1999; et
- de restreindre leurs importations d'acier étranger.³¹

3.19 Aux yeux du Japon, ces règlements démontrent le troisième type d'incidence négative de la Loi de 1916. Les sociétés américaines se servent de cette loi pour extorquer des règlements aux sociétés étrangères. Les règlements désorganisent le libre-échange et portent en outre atteinte à l'ordre commercial mondial. Si l'on n'y remédie pas, cette pratique compromettra le régime de l'OMC.

3.20 Le Japon fait valoir de surcroît que les procédures au titre de la Loi de 1916 risquent de se multiplier. En effet, les sociétés américaines peuvent engager une procédure à titre individuel (sans le soutien majoritaire du reste de la branche de production ou sans élément de preuve de l'existence d'un dumping et d'un dommage grave, comme l'exigent les règles de l'OMC et les autres lois antidumping des États-Unis), et elles ont vu avec quelle facilité Wheeling-Pittsburgh et Geneva Steel avaient pu accabler leurs concurrents étrangers et leur extorquer des règlements.

3.21 Le Japon considère que, pour ces raisons, le fait que les tribunaux n'ont pas mis en jeu de responsabilité pour l'instant est hors de propos. Un dommage est survenu et se poursuit, et la simple existence de la Loi de 1916 porte gravement tort aux intérêts commerciaux légitimes du Japon.

3.22 Les **États-Unis** considèrent comme dénuées de fondement les allégations du Japon selon lesquelles la Loi de 1916 a des "incidences défavorables sur les sociétés japonaises". Le Groupe spécial devrait les écarter, car elles ne sont pas prouvées et sont de toute façon sans rapport avec les questions juridiques dont il est saisi. Premièrement, le Japon n'a présenté aucun élément prouvant que la Loi de 1916 serait la cause réelle de la baisse des exportations japonaises d'acier vers les États-Unis. En fait, une requête antidumping concernant l'acier japonais a été déposée en septembre 1998 auprès du Département du commerce, qui a constaté à titre préliminaire l'existence de circonstances critiques en novembre 1998. Cela signifiait que, si la constatation d'un dommage était confirmée par la Commission du commerce international (et elle l'a été), les importations seraient assujetties à des droits antidumping à partir de novembre 1998. Par conséquent, la baisse des importations d'acier est plus vraisemblablement imputable à cette constatation d'un dommage qu'à l'affaire de la Loi de 1916. En outre, de nombreux facteurs entrent en jeu dans la décision commerciale relative à la quantité à exporter vers un autre pays. Le Japon n'a tout simplement pas montré que la Loi de 1916 était le facteur qui avait conduit les entreprises de commerce japonaises à réduire leurs exportations vers les États-Unis.

³⁰ Le Japon rappelle que, le 20 novembre 1998, Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation, une société américaine, a déposé une plainte au titre de la Loi de 1916 contre neuf sociétés, dont trois entreprises de commerce japonaises: Mitsui & Co., Marubeni America Corp. et Itochu International Inc. Le Japon est un important pays producteur 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 non seulement par l'incompatibilité de la Loi avec les dispositions pertinentes de l'OMC mais aussi par les incidences négatives sur le commerce des produits sidérurgiques, y compris l'"acier laminé à chaud", et par la possibilité que la Loi de 1916 continue d'opposer un obstacle important aux exportations japonaises d'acier vers les États-Unis.

³¹ Le Japon fait référence aux communiqués de presse de Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation.

3.23 Les États-Unis observent en second lieu que, même si l'on supposait, pour les besoins du débat, que ces allégations sont crédibles, elles ne sont pas pertinentes pour la détermination que le Groupe spécial doit établir en l'espèce. Même si la Loi de 1916 influait sur les échanges entre le Japon et les États-Unis, cela n'aurait rien à voir avec la question de savoir si elle est compatible avec les obligations contractées à l'OMC, soulevée par le Japon dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. La question de savoir s'il y a ou non des effets sur les échanges ne serait pertinente que dans le cas où le Japon serait en mesure de demander une compensation pour l'absence de mise en œuvre par les États-Unis d'une constatation défavorable établie par un groupe spécial. En dehors de ce contexte, les effets sur les échanges ne sont pas concernés en l'espèce.

D. LA DISTINCTION ENTRE LOI DISPOSITIVE ET LOI IMPÉRATIVE ET SA PERTINENCE EN L'ESPÈCE

3.24 Les États-Unis font valoir que, si la partie plaignante conteste une loi *en tant que telle*, comme le fait le Japon en l'espèce, la première question à considérer par le Groupe spécial est de savoir si cette loi est impérative ou dispositive. Il est bien établi en vertu du GATT de 1947 et dans la jurisprudence de l'OMC que 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]."³²

3.25 Selon les États-Unis, cette distinction réglée entre législation impérative et dispositive a servi de fondement à la décision du groupe spécial dans l'affaire *CEE – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*.³³ Dans cette affaire, 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.³⁴ 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".³⁵

3.26 Les États-Unis observent que, en faisant application de la distinction dispositive/impérative, des groupes spéciaux ont même 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

³² 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*").

³³ 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*").

³⁴ *Ibid.*, paragraphes 5.9, 5.21, 5.25 et 5.26.

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 5.25.

prévoit la possibilité pour les autorités de les éviter. Dans l'affaire *États-Unis - Taxes sur le pétrole et sur certains produits d'importation*³⁶, 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:

"[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."³⁷

3.27 Les États-Unis relèvent d'autre part que, de la même manière, dans l'affaire *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*³⁸, 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".³⁹

3.28 Les États-Unis rappellent enfin que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, où les faits ressemblent de plus près à ceux qui existent dans le présent différend, 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. Le groupe spécial avait examiné si une loi prescrivait 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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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

³⁶ 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*").

³⁷ *Ibid.*, paragraphe 5.2.9.

³⁸ 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*").

³⁹ *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.

⁴⁰ *Ibid.*, paragraphe 118.

⁴¹ *Ibid.*, paragraphe 122.

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 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]."⁴²

3.29 Le groupe spécial avait donc constaté 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".⁴³

3.30 Les États-Unis estiment que la distinction 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 des Accords de l'OMC ou sur le fait que c'est tel ou tel organe du pouvoir qui fait appliquer la loi, 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. 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 paraît ostensiblement contraire au droit international doit donc, si possible, être toujours interprétée de manière à éviter ce conflit."⁴⁴

3.31 Les États-Unis font valoir en outre 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".⁴⁵ 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".⁴⁶ Par conséquent, 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

⁴² *Ibid.*, paragraphe 123.

⁴³ *Ibid.* (italique ajouté par les États-Unis).

⁴⁴ *Oppenheim's International Law*, 9^e édition, pages 81 et 82 (la note de bas de page est omise).

⁴⁵ *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804) (ci-après "*Charming Betsy*").

⁴⁶ *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)).

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.⁴⁷

3.32 Aux yeux des États-Unis, ce principe s'applique avec tout autant de force en l'espèce. Dans le présent différend, le Japon ne conteste pas une application particulière de la Loi de 1916. Il conteste au contraire la simple existence de cette loi. Partant, pour obtenir gain de cause, il lui 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, il doit 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.

3.33 Les États-Unis soutiennent que le Japon n'a pas fait cette démonstration dont la charge lui incombait. La Loi de 1916 est manifestement susceptible d'une interprétation qui est compatible avec les règles de l'OMC, et c'est d'ailleurs comme telle que l'ont interprétée toutes les décisions judiciaires définitives dans lesquelles cette loi intervenait.⁴⁸ 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*".⁴⁹ Ainsi interprétée, la Loi de 1916 est manifestement compatible avec les obligations prévues dans le cadre de l'OMC – notamment l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping – parce que les lois sur la concurrence ne sont pas du domaine de l'OMC.⁵⁰ En outre, une loi relative aux importations qui est "parallèle" à une loi nationale ne saurait soulever de question de traitement national relevant de l'article III du GATT de 1994.

3.34 Les États-Unis indiquent que les éléments de la Loi de 1916 et de la jurisprudence pertinente, qui démontrent le caractère et le but antitrust de cette loi, sont étudiés ci-après de manière plus complète. Ce qui compte ici, c'est que la loi se prête à une interprétation compatible avec les obligations prévues dans le cadre de l'OMC. Là encore, comme le Japon a contesté la Loi de 1916 *en tant que telle* et non une application particulière de celle-ci, il devait démontrer qu'aucune interprétation de la Loi de 1916 ne serait compatible avec les règles de l'OMC. Cela n'a pas été le cas. Non seulement les tribunaux américains ont systématiquement interprété la Loi de 1916 comme une loi antitrust dont les éléments étaient différents des éléments de "dumping" et de "dommage" de l'Accord antidumping, mais 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.

3.35 Le **Japon** considère que, contrairement à ce que les États-Unis peuvent affirmer, la Loi de 1916 est "impérative" au sens où ce terme est employé à l'OMC. Si un tribunal constate qu'un plaignant a établi les éléments de l'infraction (l'élément dumping et l'élément dommage⁵¹), il "doit" imposer des sanctions au titre de la Loi. L'imposition de sanctions est exigée par le texte de la Loi et n'est pas contestée par les États-Unis.

⁴⁷ Les États-Unis font référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 123.

⁴⁸ En réponse à une question du Japon, les États-Unis indiquent qu'en invoquant cet argument, ils n'admettent pas implicitement que la Loi de 1916 peut être interprétée d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC.

⁴⁹ 494 F. Supp., page 1223 (italique ajouté par les États-Unis).

⁵⁰ Les États-Unis observent à cet égard que le Japon reconnaît lui-même que, dans *Zenith III*, le tribunal "a appliqué des critères antitrust pour déterminer la responsabilité". Il ne conteste pas le fait que les Accords de l'OMC n'interdisent pas les mesures antitrust.

⁵¹ En réponse à une question des États-Unis, le Japon explique que, par "élément dommage", il entend "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", comme l'indique le texte de la Loi de 1916.

3.36 Le Japon observe que le fait qu'un tribunal américain a déclaré que la Loi de 1916 avait des éléments antitrust et des éléments antidumping est hors de propos. La Loi de 1916 s'applique au comportement couramment interprété comme étant du dumping et elle prescrit à un tribunal qui constate une infraction d'imposer les sanctions qui y sont prévues. Le tribunal n'a pas de pouvoir d'appréciation; une fois qu'il a constaté la culpabilité du défendeur, il doit imposer des sanctions.

3.37 Le Japon rappelle ce qu'a dit récemment le groupe spécial chargé de l'affaire *Canada - Mesures affectant l'exportation des aéronefs civils*, à savoir que contrairement aux législations qui donnent à l'exécutif la faculté d'agir de façon incompatible avec les règles de l'OMC,

"[...] 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 [...]".⁵²

La Loi de 1916 est donc impérative.

3.38 Le Japon conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 n'est pas impérative puisqu'elle se prête à une interprétation compatible avec les règles de l'OMC. À ses yeux, les États-Unis veulent dire que, s'il est possible d'interpréter la Loi de 1916 d'une manière compatible avec les règles du GATT/de l'OMC, cette loi n'est pas incompatible avec les règles de l'OMC. En invoquant cet argument impératif ou dispositif, les États-Unis semblent affirmer qu'une loi nationale susceptible d'interprétations multiples ne serait pas contraire aux obligations prévues dans le GATT de 1947/les règles de l'OMC. Ils tentent de justifier leur application incompatible de la Loi de 1916 en invoquant comme prétexte un argument concernant le point de savoir si la Loi de 1916 est par nature impérative ou dispositive.⁵³

3.39 Le Japon fait valoir, en premier lieu, que les termes de la Loi de 1916 sont tout à fait clairs. Cette loi sanctionne une certaine forme de discrimination de prix internationale. Peu importe qu'un tribunal américain la qualifie de mesure antitrust ou de mesure antidumping, le comportement qu'elle régit reste le même. Aucun tribunal ne l'a interprétée de sorte qu'elle ne s'applique pas à la discrimination de prix internationale en vertu de laquelle l'importateur vend moins cher aux États-Unis que sur son marché intérieur, c'est-à-dire au dumping.

3.40 Le Japon fait valoir, en second lieu, que les États-Unis soulignent la conclusion du tribunal dans l'affaire *Zenith III* selon laquelle, à des fins limitées, la Loi de 1916 devrait être considérée comme une loi antitrust. Mais, loin de les exonérer, cette affirmation constitue une preuve supplémentaire de leur violation. Le comportement réglementé – cette sous-catégorie de discrimination de prix internationale couramment dénommée dumping – n'a pas changé. Mais, le tribunal a appliqué des critères antitrust pour déterminer la responsabilité. C'est là, bien entendu, le cœur de l'affaire soulevée par le Japon. Pour réglementer le dumping et y remédier, un Membre doit suivre le critère énoncé dans l'Accord antidumping quant aux moyens de déterminer la responsabilité et d'y remédier. Il ne peut emprunter des critères ailleurs.

3.41 Le Japon soutient que, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis, la présente espèce ne ressemble pas de près à l'affaire *États-Unis – Tabac*.⁵⁴ Le texte de la Loi de 1916 ne peut avoir diverses significations. Il exige une action incompatible avec les règles de l'OMC. Par conséquent,

⁵² Rapport du groupe spécial *Canada – Aéronefs*, *op. cit.*, paragraphe 9.124.

⁵³ Le Japon juge cet argument non pertinent. Selon lui, il permettrait à un Membre d'éviter de se conformer aux obligations qu'il a contractées dans le cadre de l'OMC simplement en libellant une loi de façon qu'elle puisse être interprétée de manière compatible avec les règles de l'OMC, alors même qu'il l'appliquerait toujours ou habituellement d'une manière incompatible avec ces règles.

⁵⁴ Le Japon fait référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 118.

l'allégation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 se prête à une interprétation compatible avec les règles de l'OMC est entièrement dénuée de fondement.

3.42 Le Japon fait valoir en outre que, même si l'assertion des États-Unis était correcte – ce qui n'est pas le cas –, elle serait hors de propos et ne justifierait pas l'incompatibilité de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC. Les États-Unis ne peuvent dissimuler leurs infractions aux règles de l'OMC derrière l'application incompatible de l'une de leurs lois par les tribunaux américains. La position qu'ils défendent irait totalement à l'encontre des objectifs de cohérence et de prévisibilité visés par le système du GATT de 1947/de l'OMC.

3.43 Le Japon fait de plus observer que cela est contraire à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et, dans la procédure actuelle, à l'article 18.4 de l'Accord antidumping. Chaque Membre doit assurer la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions des Accords de l'OMC. Les interprétations incompatibles de la Loi de 1916 données par les tribunaux américains contreviennent de façon flagrante à cet important principe systémique de l'OMC.

3.44 Le Japon considère que les États-Unis n'ont pas assuré la conformité de leurs lois avec les obligations prévues à l'OMC. Ils sont donc en infraction avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et l'article 18.4 de l'Accord antidumping, qui établissent des obligations similaires et spécifiques. L'article XVI:4 fait obligation à chaque Membre d'assurer la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les Accords de l'OMC. Cet article de portée générale s'applique à tous les Accords de l'OMC, y compris le GATT de 1994 et l'Accord antidumping. L'article 18.4 reflète l'obligation générale énoncée à l'article XVI:4 telle qu'elle s'applique à la lutte contre le dumping. Outre l'obligation générale d'"assurer la conformité" des lois, réglementations et procédures administratives nationales, il impose l'obligation supplémentaire d'assurer cette conformité en "pren[ant] toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier".

3.45 Selon le Japon, la Loi de 1916 est incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis à l'OMC, de sorte que les États-Unis ont violé l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et l'article 18.4 de l'Accord antidumping en n'assurant pas sa conformité avec les obligations en question. Le fait qu'une loi prévoit une mesure incompatible avec les règles de l'OMC suffit à établir une violation, même si elle permet une mesure compatible avec les règles de l'OMC. Si, pour une raison quelconque, le Groupe spécial devait constater que la Loi de 1916 n'est pas impérative, ce serait cette obligation et non la dichotomie impératif/dispositif tirée du précédent que constitue le GATT de 1947 qui devrait s'appliquer dans le présent différend.

3.46 Le Japon soutient en outre que la position des États-Unis est contraire aux jugements précédents rendus par les groupes spéciaux du GATT de 1947 et de l'OMC et par l'Organe d'appel. À cet égard, le principe de la "base juridique solide" établi dans le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets* est instructif. Dans *Inde – Brevets*, le groupe spécial et l'Organe d'appel ont admis le bien-fondé de l'allégation des États-Unis selon laquelle la législation interne peut être incompatible avec une disposition 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 la procédure administrative nécessaire au respect des obligations découlant de l'OMC.⁵⁵ Le groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que les lois et réglementations des Membres doivent avoir une "base juridique solide" aux fins du respect des obligations, qui crée les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs. Il a infirmé des parties du rapport du groupe spécial sur

⁵⁵ Le Japon fait référence au rapport du Groupe spécial *Inde – Protection conférée par un brevet à des produits pharmaceutiques et des produits chimiques pour l'agriculture*, adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/R, paragraphe 7.28, et 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, paragraphe 36 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*").

la question des attentes légitimes, mais a manifestement confirmé le principe de la "base juridique solide".⁵⁶

3.47 Le Japon allègue que sa position est étayée non seulement par l'affaire *Inde – Brevets*, mais aussi par la procédure *États-Unis – Fonds spécial*.⁵⁷ Le fait que les tribunaux américains ont interprété la Loi de 1916 d'une façon incompatible avec les règles de l'OMC démontre l'absence de "base juridique solide". Par conséquent, la simple possibilité d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC suffit à établir une violation dans le cadre des dispositions de l'OMC relatives à la lutte contre le dumping.⁵⁸

3.48 Le Japon rappelle au Groupe spécial et aux États-Unis que les États-Unis eux-mêmes ont invoqué avec succès un argument similaire dans l'affaire *Inde – Brevets*. Le groupe spécial a noté que, dans cette procédure, les États-Unis avaient fait valoir ce qui suit:

"[...] L'affaire *Fonds spécial* était donc pertinente en l'espèce, puisque le Groupe spécial précisait dans son rapport que les Membres étaient tenus de "protéger le rapport compétitif" que les autres Membres "[s'attendaient] à voir maintenir" entre leurs produits respectifs. [...] il n'était pas nécessaire d'attendre qu'une violation se soit produite ou de se perdre en suppositions quant au point de savoir si elle se produirait ou non, puisque ce dont il s'agissait en l'espèce, c'était l'absence d'une mesure délibérée visant à mettre en œuvre une obligation spécifique découlant d'un Accord de l'OMC."⁵⁹

3.49 Les **États-Unis** notent que le Japon aussi bien que les Communautés européennes font valoir que la Loi de 1916 impose de contrevenir aux obligations de l'OMC. Le Japon n'a pas poussé plus loin cette question, mais les CE font valoir, dans leur communication en qualité de tierce partie, que "dans plusieurs rapports de groupes spéciaux au titre du GATT de 1947, on a constaté que la législation nationale était contraire à l'article III du GATT avant même qu'elle ait été effectivement appliquée, et donc avant qu'une discrimination effective ait eu lieu".

3.50 Les États-Unis considèrent que les CE passent à côté de la question avec un tel argument. Elles confondent une mesure obligatoire non mise en œuvre avec une mesure non obligatoire. Les États-Unis ne contestent pas qu'on puisse constater l'incompatibilité d'une mesure obligatoire avec les règles de l'OMC avant qu'elle soit effectivement appliquée ou exécutée. La question essentielle est de savoir si la mesure est obligatoire ou non.

3.51 Les États-Unis rappellent que les CE font également valoir que "sont interdites les mesures qui, en droit interne, obligent l'exécutif à imposer une mesure", ce qui voudrait dire que seules les mesures que fait appliquer l'exécutif pourraient être considérées au titre de la distinction

⁵⁶ Le Japon fait référence au rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets*, paragraphes 56 et 57.

⁵⁷ Le Japon fait référence au rapport *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, paragraphe 5.2.2. Il note que le groupe spécial a souligné le besoin de certitude et de prévisibilité.

⁵⁸ En réponse à une question des États-Unis sur ce qu'est la base juridique des termes "la simple possibilité d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC suffit à établir une violation [...]", le Japon indique que la base juridique se trouve dans les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel sur l'affaire *Inde – Brevets* (au sujet de la "base juridique solide") et l'affaire *États-Unis – Tabac* (et les rapports de groupes spéciaux qui y sont cités) ainsi qu'à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et à l'article 18.4 de l'Accord antidumping. La simple possibilité d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC établit une violation à la lumière de ces dispositions et précédents de l'OMC.

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 4.28.

obligatoire/non obligatoire. Les CE citent à l'appui de leur argument l'affaire *États-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*.⁶⁰

3.52 Les États-Unis font valoir que, même si le rapport du groupe spécial *États-Unis – Chaussures autres qu'en caoutchouc* mentionne l'"exécutif", la décision du groupe spécial ne portait pas sur le point de savoir quel organe du pouvoir faisait appliquer la mesure.⁶¹ D'ailleurs, à leur connaissance, cette question n'a été soulevée dans aucun rapport de groupe spécial. Ni le Japon ni les CE ne donnent de raison expliquant pourquoi la distinction obligatoire/non obligatoire ne devrait pas s'appliquer aux mesures que fait appliquer le pouvoir judiciaire. Les CE font valoir que les tribunaux sont chargés d'interpréter la loi et non d'exercer un pouvoir d'appréciation à son sujet. Or, elles ne considèrent pas le fait qu'en interprétant la loi, le tribunal l'applique tout comme le pouvoir exécutif le ferait s'il avait été chargé de la faire appliquer (mis à part les dispositions pénales de la Loi de 1916, que le pouvoir exécutif est chargé de faire appliquer).

3.53 En conséquence, pour les États-Unis, la question devient à nouveau celle-ci: dans l'application de la loi, l'autorité compétente a-t-elle la possibilité d'agir d'une manière compatible avec les règles de l'OMC? Tel est le critère fondamental qui a été appliqué dans tous les cas où était examinée la distinction impérative/dispositive, et il n'y a aucune raison de ne pas l'appliquer lorsque le pouvoir judiciaire est chargé de faire appliquer une mesure.⁶² D'ailleurs, en faisant application de la distinction dispositive/impérative dans l'affaire *Fonds spécial*, le groupe spécial a 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.

3.54 Les États-Unis rappellent que les CE tentent de distinguer l'affaire *États-Unis – Tabac* comme mettant en cause une loi nationale qui était "incomplète" (voulant dire par là que l'administration compétente n'avait pas encore promulgué son règlement). Dans cette affaire, 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 distinction, par conséquent, est qu'il s'agissait là encore d'autorités administratives au lieu d'autorités judiciaires.

3.55 Aux yeux des États-Unis, 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. Cela est conforme à la présomption d'absence de conflit entre droit interne et droit international. En l'espèce, les États-Unis ont montré non seulement qu'il y a place pour une telle interprétation, mais encore que la loi a effectivement 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.⁶³

⁶⁰ Les États-Unis font référence au 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 (ci-après "*États-Unis – Chaussures autres qu'en caoutchouc*").

⁶¹ Les États-Unis observent que le groupe spécial mentionne l'exécutif lorsqu'il explique qu'une législation peut être contestée *en tant que telle* (avant son application effective) si elle impose une mesure incompatible.

⁶² En réponse à une observation du Japon selon laquelle, en l'espèce, l'administration américaine ne semble pas avoir le pouvoir d'assurer une interprétation uniforme de la Loi de 1916 qui soit compatible avec l'OMC parce que les moyens de la faire respecter sont entre les mains des tribunaux américains, les États-Unis font valoir que la question n'est pas de savoir quel organe du pouvoir intervient mais si la loi impose une violation.

⁶³ En réponse à une question du Japon sur le point de savoir quelles mesures l'administration américaine avait à sa disposition pour s'assurer que toutes les lois nationales étaient interprétées conformément aux conventions internationales dans le système judiciaire américain, les États-Unis notent que, dans les cas où ils sont eux-mêmes partie à un litige civil ou pénal (agissant par l'entremise du Département de la justice), il leur

3.56 Les États-Unis relèvent aussi une raison séparée, applicable uniquement dans le cadre pénal, de considérer la Loi de 1916 comme une législation non impérative. Le Département de la justice, 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. On ne connaît d'ailleurs aucun cas où le Département de la justice aurait engagé ou envisagé d'engager des poursuites pénales en vertu de la loi.

3.57 Le **Japon** maintient que, bien que les États-Unis continuent de protester du contraire, la Loi de 1916 est une loi impérative. Les États-Unis ne peuvent réfuter le fait essentiel que cette loi impose des mesures punitives lorsqu'un tribunal américain constate que les éléments de l'infraction (l'élément dumping et l'élément dommage) ont été établis. Comme la Loi de 1916 régit manifestement le dumping (discrimination de prix internationale), il n'y a aucune possibilité de l'interpréter conformément aux obligations internationales (en l'espèce l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping). Des doctrines telles que celle établie par l'affaire *Murray v. Schooner Charming Betsy*⁶⁴ ne peuvent être d'aucun secours aux États-Unis. Cette doctrine défend la proposition selon laquelle, lorsque cela est "relativement possible", les tribunaux devraient interpréter la loi de manière à éviter des conflits avec les obligations conventionnelles des États-Unis. Elle ne s'applique pas en l'espèce pour deux raisons. Premièrement, la Loi de 1916 est claire; elle ne confère pas de pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Une fois que les éléments qui y figurent sont prouvés, le tribunal doit imposer les sanctions prévues. Dans une telle situation, il n'a pas le pouvoir d'appliquer la directive de *Charming Betsy* selon laquelle, "lorsque cela est relativement possible", les tribunaux doivent interpréter une loi du Congrès de façon à ne pas contrevenir à un traité signé par les États-Unis. Il n'est pas "relativement possible" pour un tribunal américain d'interpréter la Loi de 1916 de manière conforme aux obligations contractées par les États-Unis à l'OMC.⁶⁵

3.58 Le Japon observe, deuxièmement, que la doctrine *Charming Betsy* n'est pas applicable, car la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay (ci-après "URAA" – législation de mise en œuvre des États-Unis) interdit expressément aux tribunaux américains de modifier des lois américaines pour assurer leur conformité avec les obligations contractées par les États-Unis à l'OMC. Selon l'article 102 a) 1) de l'URAA,

"Aucune disposition de l'un quelconque des Accords du Cycle d'Uruguay, ni l'application de l'une quelconque de ces dispositions à une personne ou à une circonstance, incompatible avec le droit des États-Unis ne portera effet."

3.59 Selon le Japon, ces termes sont soulignés par la décision rendue par la Cour d'appel du circuit fédéral dans l'affaire *Suramericana de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States*, où la Cour a constaté ce qui suit:

"Le GATT n'est pas déterminant. [...] Le GATT ne se substitue pas à la législation nationale; si les dispositions légales en cause sont incompatibles avec le GATT, c'est

incombe directement de veiller à ce que leurs propres allégations et actes soient conformes à leurs lois et à leurs obligations, y compris leurs obligations internationales, 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.

⁶⁴ Le Japon fait référence à *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804) (ci-après "*Charming Betsy*").

⁶⁵ Le Japon note, dans ce contexte, que les États-Unis tentent de dire de sa position concernant la question impératif/dispositif qu'elle repose sur la question de savoir si c'est le judiciaire ou l'exécutif qui fait appliquer la mesure. Cela n'est pas la position du Japon. La position du Japon est que ni l'exécutif américain ni les tribunaux américains n'ont de pouvoir d'appréciation dans l'application de la mesure corrective incompatible avec l'OMC imposée par la Loi de 1916.

au Congrès et non à la Cour qu'il incombe de trancher et de prendre une mesure corrective."⁶⁶

3.60 Le Japon estime enfin qu'indépendamment de ces éléments révélateurs, le Groupe spécial devrait rejeter l'invitation qui lui est faite par les États-Unis de s'enliser dans les diverses opinions judiciaires. Il devrait au contraire fonder sa décision sur le texte sans ambiguïté de la Loi de 1916.

3.61 Les **États-Unis** ne sont pas d'accord avec le Japon lorsqu'il affirme que la Loi de 1916 est une mesure "impérative" parce que, si les prescriptions qu'elle énonce sont remplies, le tribunal doit imposer une mesure corrective. Cet argument est en dehors de la question. La question qui se pose lorsqu'il s'agit de déterminer si les règles de l'OMC sont enfreintes lorsqu'une mesure est contestée en tant que telle est la suivante: la mesure impose-t-elle une violation de l'une quelconque des obligations contractées dans le cadre de l'OMC? Elle n'est pas de savoir si la mesure impose l'application d'une mesure corrective. Pour répondre à la question de savoir si la mesure impose une violation de l'une quelconque des obligations contractées dans le cadre de l'OMC, le Groupe spécial doit se demander quelles sont les prescriptions de la loi. Les États-Unis ont montré que les prescriptions de la Loi de 1916 étaient sujettes à l'interprétation des tribunaux, lesquels l'avaient interprétée et appliquée comme une loi antitrust. Autrement dit, le caractère dispositif de la Loi de 1916 réside dans la manière dont les éléments d'une violation de cette loi peuvent être interprétés et non dans la mesure corrective qui doit être imposée lorsqu'une telle violation a été établie. Cela suffit pour que le présent Groupe spécial constate que la loi se prête à une interprétation compatible avec l'OMC.

3.62 Le **Japon** considère que les États-Unis tentent de caractériser faussement sa position comme étant que la Loi de 1916 est impérative aux fins de l'OMC simplement parce qu'elle "impose l'application d'une mesure corrective". Ces propos ne correspondent pas à l'argument du Japon. L'argument du Japon est que la question portée devant le Groupe spécial est de savoir si la mesure impose la violation d'une obligation contractée à l'OMC. La réponse à cette question est "oui". La Loi de 1916 impose l'application d'une mesure corrective – une mesure corrective qui viole une obligation contractée à l'OMC.

3.63 Les **États-Unis** ajoutent que le Japon se contredit en faisant valoir que la Loi de 1916 est une mesure impérative. Il fait d'abord valoir que la Loi de 1916 ne se prête pas à des interprétations différentes. Puis, il fait aussi valoir que l'interprétation du tribunal dans *Zenith III* est différente et devrait être écartée au profit de deux décisions préliminaires récentes de tribunaux de district. Cet argument ne fait que souligner le fait que la Loi de 1916 se prête à des interprétations diverses, et toute différence entre la décision *Zenith III* et les deux décisions préliminaires démontre la latitude dont les tribunaux disposent pour appliquer la loi.

3.64 En ce qui concerne la doctrine *Charming Betsy*, les États-Unis observent que le Japon se trompe en disant qu'elle ne s'applique pas aux Accords du Cycle d'Uruguay. Selon cette doctrine, sauf instructions contraires expresses du Congrès, les lois ne doivent pas être interprétées de manière contradictoire avec les obligations internationales. Ce principe consacré de l'interprétation des lois a été appliqué pour la première fois dans l'affaire *Charming Betsy*, lorsque la Cour suprême a donné l'explication suivante:

"On a aussi observé qu'une loi du Congrès ne doit jamais être interprétée comme contraire au droit des gens si une autre interprétation demeure possible et ne peut donc jamais être interprétée comme contraire à des droits neutres ou comme affectant

⁶⁶ Le Japon fait référence à *Suramericana de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States*, 966 F.2d 660, 667-68 (Fed. Cir. 1992) (citations omises par le Japon).

un commerce neutre, au-delà de ce qui est justifié par le droit des gens tel qu'il est interprété dans ce pays."⁶⁷

3.65 Les États-Unis relèvent que les Accords du Cycle d'Uruguay ont été considérés comme des obligations internationales aux fins de la doctrine *Charming Betsy*.⁶⁸ En appliquant cette doctrine, le tribunal doit d'abord déterminer s'il y a un conflit exprès entre le droit américain et l'obligation internationale. S'il y a un conflit exprès, le droit américain prévaut. C'est exactement ce que prévoit l'article 102 a) 1) de l'URAA et rien de plus. Toutefois, s'il n'y a pas de conflit exprès, le tribunal applique la doctrine *Charming Betsy* pour adopter une interprétation de la loi compatible avec l'obligation internationale. La doctrine *Charming Betsy* est donc parfaitement compatible avec l'article 102 a) 1) de l'URAA. Par exemple, dans l'affaire *Federal Mogul*, la cour d'appel a déterminé que la loi permettait des interprétations différentes et ne contenait pas de termes explicitement contraires à l'obligation internationale concernée. Elle a ensuite indiqué que l'interprétation de la loi concernée faite par le Département du commerce comme autorisant l'emploi d'une méthode fiscalement neutre pour calculer les marges de dumping était compatible avec les principes du GATT et donc admissible.

3.66 Les États-Unis avancent que, dans une autre affaire, *Caterpillar Inc. v. United States*⁶⁹, le Tribunal du commerce international a appliqué la doctrine *Charming Betsy* en indiquant que l'interprétation d'une loi par le Service des douanes n'était pas admissible, car elle était contraire à l'article VII:3 du GATT. Il a d'abord déterminé que la loi ne contenait aucun terme exprès contraire à cette disposition du GATT. Puis, il a indiqué que, conformément à la doctrine *Charming Betsy*, la loi devait être interprétée d'une manière compatible avec les obligations internationales. Comme l'interprétation du Service des douanes était incompatible, elle a été jugée non admissible.

3.67 Les États-Unis considèrent enfin que, même si l'on ne tient pas compte des interprétations judiciaires, les termes mêmes de la Loi de 1916 sont compatibles avec les règles de l'OMC. Bien que le troisième circuit ait indiqué qu'il fallait, en vertu de cette loi, établir la possibilité d'une récupération, ce n'est pas la seule interprétation compatible avec l'OMC. Un examen des termes mêmes de la Loi de 1916 montre qu'elle ne constitue pas une mesure spécifique contre le dumping. C'est au contraire une mesure qui vise les pratiques privées de prix prédateurs. Cette interprétation des termes mêmes de la Loi est confirmée par ses travaux préparatoires.

3.68 À une question posée par le Groupe spécial aux deux parties sur le point de savoir s'il y aurait des raisons de faire la distinction entre, d'une part, une situation où les termes d'une loi feraient que celle-ci relèverait d'une disposition donnée de l'Accord sur l'OMC (par exemple l'article VI du GATT de 1994) selon l'interprétation de ces termes et, d'autre part, une situation où l'applicabilité d'une disposition de l'OMC ne serait pas en question (comme c'était le cas dans l'affaire *États-Unis - Tabac*), mais où la loi pourrait être interprétée d'une façon contraire à cette disposition de l'OMC, le **Japon** répond par l'affirmative.⁷⁰

3.69 Aux yeux du Japon, "une situation où les termes d'une loi feraient que celle-ci relèverait ou non d'une disposition donnée de l'Accord sur l'OMC selon l'interprétation de ces termes" serait une situation où les autorités ne pourraient appliquer la loi conformément aux obligations contractées à l'OMC, car les termes de cette loi seraient si ambigus qu'elles ne pourraient l'interpréter systématiquement de façon conforme aux obligations en question. Dans cette situation, comme la loi serait dépourvue de la "base juridique solide" requise pour que la législation nationale crée les

⁶⁷ *Charming Betsy*, op. cit., 2 L.Ed. 208 (1804).

⁶⁸ Les États-Unis font référence à *Federal Mogul Corp. v. United States*, 63 F.3d 1572, 1581 (Fed. Cir. 1995) (ci-après "*Federal Mogul*").

⁶⁹ Les États-Unis font référence à *Caterpillar Inc. v. United States*, 941 F. Supp. 1241 (CIT 1996).

⁷⁰ Le Japon fait toutefois observer que la présente affaire ne relève d'aucune des deux situations prises comme hypothèses par le Groupe spécial.

conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs, elle serait contraire aux dispositions de l'Accord sur l'OMC, ainsi que l'Organe d'appel l'a constaté dans l'affaire *Inde – Brevets* à propos de l'Accord sur les ADPIC.

3.70 Le Japon estime, d'autre part, qu'"une situation où l'applicabilité d'une disposition de l'OMC ne serait pas en question, mais où la loi pourrait être interprétée d'une façon contraire à cette disposition de l'OMC" serait une situation où les autorités pourraient avoir une certaine latitude pour appliquer la loi conformément aux obligations contractées à l'OMC, car, comme cela était le cas dans la constatation faite au sujet de l'article VIII du GATT de 1947 par le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Tabac*, des significations diverses de la loi se prêteraient à une interprétation compatible avec les règles de l'OMC.

3.71 Le Japon rappelle que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le groupe spécial n'a pas constaté de violation car, en raison de l'ambiguïté des termes de la loi, l'administration américaine n'était pas tenue d'agir d'une manière incompatible avec le GATT de 1947. Toutefois, cette situation doit être distinguée de celle "où les termes d'une loi feraient que celle-ci relèverait ou non d'une disposition donnée de l'Accord sur l'OMC selon l'interprétation de ces termes", surtout si cette disposition se rapporte à l'obligation positive qu'a un Membre de prévoir une certaine procédure, comme c'est le cas dans l'Accord sur les ADPIC ou l'Accord antidumping. Aux yeux du Japon, le refus de s'acquitter de cette obligation constituerait *en soi* une violation de l'Accord sur l'OMC.

3.72 Dans sa réponse à la question du Groupe spécial, le Japon rappelle aussi que les situations hypothétiques mentionnées dans la question ne s'appliquent pas en l'espèce et que la question ne se pose pas dans la procédure actuelle. La Loi de 1916 est manifestement une loi impérative qui impose au gouvernement américain d'agir de manière incompatible avec les obligations qu'il a contractées au titre de l'Accord sur l'OMC. Selon le Japon, la présente affaire doit être distinguée de l'affaire *États-Unis – Tabac*, au motif que le texte de la Loi de 1916 est tout à fait clair et n'est nullement vague.

3.73 En réponse à la même question du Groupe spécial, les **États-Unis** se disent d'accord avec le Japon sur le fait qu'il y a une raison de faire la différence entre les deux situations. Dans le premier scénario, le Groupe spécial devrait s'appuyer sur la règle d'interprétation *in dubio mitius*. L'Organe d'appel a appliqué cette règle dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* en constatant que le groupe spécial avait adopté à tort une interprétation "aussi large" de l'Accord SPS.⁷¹ L'Organe d'appel, citant l'*Oppenheim's International Law*, a décrit comme suit cette règle dans la note de bas de page 154:

"La règle *in dubio mitius* est utilisée dans l'interprétation des traités par égard à la souveraineté des États. Si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation, ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale."

3.74 Les États-Unis notent que, de ce fait, si la Loi de 1916 peut être interprétée de manière à sortir du champ d'application de l'article VI et de l'Accord antidumping, selon la règle *in dubio mitius*, c'est l'interprétation que devrait adopter le Groupe spécial. La Loi de 1916 peut être et a été interprétée comme une loi antitrust. Il est incontestable en l'espèce que l'article VI et l'Accord antidumping ne s'appliquent pas aux mesures antitrust.

⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, adopté le 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*").

3.75 Les États-Unis considèrent que le second scénario devrait être régi par le principe énoncé dans l'affaire *États-Unis – Tabac*.

3.76 En réponse à une autre question du Groupe spécial sur la relation entre la pratique du GATT de 1947/de l'OMC concernant les lois impératives/non impératives et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, le **Japon** observe que, dans le présent différend, c'est l'obligation qui est faite à l'article XVI:4 d'"assurer [...] la conformité" des lois, réglementations et procédures administratives qui doit s'appliquer et non la dichotomie impératif/dispositif tirée de la pratique du GATT de 1947. L'article XVI:4 établit que les Membres doivent modifier les lois, réglementations et procédures administratives qui ne sont pas conformes aux dispositions de l'OMC. La Loi de 1916 a été appliquée d'une façon incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis à l'OMC, de sorte que les États-Unis ont violé l'article XVI:4 en ne rendant pas la Loi de 1916 conforme aux obligations qu'ils ont contractées à l'OMC.⁷²

3.77 En réponse à la même question, les **États-Unis** estiment que l'article XVI:4 n'a pas modifié la distinction entre mesures impératives et non impératives qui existait dans la jurisprudence du GATT de 1947 et continue d'exister dans la pratique de l'OMC. L'article XVI:4 énonce donc dans l'Accord sur l'OMC un principe général, 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. Il a imposé aux Membres l'obligation d'examiner si 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. Il avait donc pour objet d'éliminer tout doute qui aurait pu exister en son absence quant au fait que toutes les mesures devaient être mises en conformité à compter du 1^{er} janvier 1995.

3.78 En réponse à une question complémentaire du Groupe spécial sur la relation entre la pratique du GATT de 1947/de l'OMC concernant lois impératives/non impératives et la pratique du GATT de 1947/de l'OMC concernant la protection des attentes des parties contractantes/Membres quant au rapport de concurrence entre leurs produits⁷³ et la "sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC"⁷⁴, le **Japon** dit tout d'abord qu'il ne voit pas en quoi cette question concerne le présent différend. Comme cela a été dit on ne peut plus clairement au paragraphe 5.2.2 du rapport *États-Unis – Fonds spécial*, la question de la protection des attentes par opposition à la nécessité de prouver des effets réels sur les échanges a surgi dans le cadre des lois "impératives". Le Japon ne voit pas en quoi cette question concerne le présent différend. En tout état de cause, il considère que c'est l'obligation d'assurer la conformité des lois américaines énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et à l'article 18.4 de l'Accord antidumping et non la dichotomie impératif/dispositif applicable au GATT de 1947 qui s'applique dans le présent différend.

3.79 Le Japon estime en outre que, même si la dichotomie impératif/dispositif s'appliquait, la Loi de 1916 est impérative. Elle exige des mesures incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis à l'OMC.

⁷² En réponse à une question similaire des États-Unis, le Japon dit que, selon les circonstances en présence, la distinction impératif/non impératif peut toujours être utile pour analyser la compatibilité d'une loi ou réglementation nationale avec les règles de l'OMC. Il considère que, dans la procédure actuelle, il n'a pas à établir de ligne directrice générale quant aux circonstances dans lesquelles il serait opportun que le Groupe spécial considère cette distinction.

⁷³ Le Groupe spécial fait référence par exemple à l'affaire *États-Unis – Fonds spécial* et au rapport du groupe spécial *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuir*, adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/102.

⁷⁴ Le Groupe spécial fait référence par exemple au rapport du groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, adopté le 22 avril 1998, WT/DS56/R (ci-après "rapport du groupe spécial *Argentine – Chaussures*").

3.80 Répondant à la même question du Groupe spécial, les **États-Unis** jugent important de noter tout d'abord que, dans l'affaire *États-Unis – Fonds spécial*, le groupe spécial fait référence à l'objectif de "protection des attentes des Membres quant au rapport de concurrence entre leurs produits" dans le cadre de deux dispositions spécifiques, les articles III et XI du GATT de 1947. Il a expliqué que "[c]et objectif ne saurait être atteint si les parties contractantes n'ont pas la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général tant que les textes administratifs d'application ne sont pas effectivement appliqués à leur commerce".⁷⁵ Il a évidemment considéré que les concepts étaient compatibles puisqu'il a fondé sa conclusion qu'une loi impérative ouvre un droit d'agir même si elle n'est pas encore en vigueur en partie sur le fait que cela contribue à atteindre cet objectif.

3.81 De même, les États-Unis considèrent, d'une manière plus générale, que la distinction impératif/non impératif est compatible avec les "attentes légitimes des parties". Dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel a expliqué que "[l]es attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même".⁷⁶ Par conséquent,

"[l]e devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne. Mais ces principes d'interprétation 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".⁷⁷

3.82 Les États-Unis soutiennent que, de la même façon, la distinction impératif/non impératif est compatible avec la "sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC". Premièrement, il importe de noter que la "sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC" ne sont pas une obligation mais un objectif énoncé à l'article 3:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Cet article dispose, dans la partie pertinente, que "[l]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral". La sécurité et la prévisibilité sont donc l'objectif que le Mémoire d'accord contribue lui-même à atteindre. Autrement dit, les obligations de fond énoncées dans le texte de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes, mises en œuvre par l'intermédiaire du Mémoire d'accord, assurent la sécurité et la prévisibilité.

3.83 Aux yeux des États-Unis, rejeter un principe fondamental de la jurisprudence et créer une incertitude quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC d'un nombre indéterminé de lois nationales considérées jusque-là comme dispositives compromettrait gravement la sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC. Ainsi que l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, "[l]es rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de l'"acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend."⁷⁸

3.84 Les États-Unis relèvent enfin que, dans l'affaire *Argentine – Chaussures*, le groupe spécial ne fait rien d'autre qu'affirmer qu'une loi impérative ouvre un droit d'agir. Il dit ceci: "La jurisprudence du GATT/de l'OMC est claire en ce sens qu'elle veut qu'un groupe spécial puisse être saisi d'une mesure impérative, même si la mesure adoptée n'est pas encore en vigueur [...]"⁷⁹ Il fait référence à

⁷⁵ *États-Unis – Fonds spécial*, op. cit., paragraphe 5.2.2.

⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, op. cit., paragraphe 45.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS11/AB/R, pages 16 et 17.

⁷⁹ Rapport du groupe spécial *Argentine – Chaussures*, op. cit., paragraphe 6.45.

la "sécurité et à la prévisibilité" dans le cadre du but visé par les consolidations tarifaires et l'article II du GATT de 1994, qui ne sont pas en cause ici.

E. RÔLE DU GROUPE SPÉCIAL EN L'ESPÈCE

3.85 Le **Japon** rappelle qu'aux termes de l'article 11 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux doivent procéder à une "évaluation objective" des faits dans chaque différend. Les groupes spéciaux ont constaté qu'ils ne peuvent s'acquitter de cette obligation s'ils s'en remettent aux constatations d'un Membre à cet égard.⁸⁰

3.86 Le Japon relève aussi l'avis donné par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, qui indique clairement que l'existence et les caractéristiques d'une loi nationale sont des questions de fait "laissée[s] [...] à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits". En revanche, "[l]a compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné" (la Loi de 1916 en l'espèce) avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée (les articles pertinents de l'Accord sur l'OMC en l'espèce) est une question de qualification juridique.⁸¹

3.87 Le Japon rappelle en outre que, dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel a conclu ce qui suit:

"Il est évident que, pour déterminer si l'Inde a rempli les obligations lui incombant [...], il est essentiel d'examiner les aspects pertinents de sa législation nationale [...]."⁸²

3.88 Aux yeux du Japon, ce passage cité illustre la position adoptée systématiquement par l'Organe d'appel et les groupes spéciaux selon laquelle, pour s'acquitter de l'obligation qui lui est faite à l'article 11 du Mémoire d'accord de procéder à une évaluation objective des faits et d'évaluer la conformité de la mesure contestée avec les Accords pertinents de l'OMC, le groupe spécial doit procéder à son propre examen de la loi contestée.⁸³

3.89 Le Japon juge également très instructif que, dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel cite l'affaire *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930* pour appuyer sa proposition qu'un groupe spécial doit procéder à un "examen approfondi de la législation interne d'un Membre" pour déterminer sa conformité avec l'OMC/le GATT.⁸⁴ Le terme "examen" indique donc que le Groupe spécial doit analyser la loi pour déterminer sa substance et sa portée. Cet "examen" englobe tous les aspects de l'"évaluation objective de la question" prévue à l'article 11 du Mémoire d'accord. C'est donc au Groupe spécial et non aux États-Unis qu'il incombe d'interpréter la Loi de 1916 et de déterminer si elle est compatible avec les règles de l'OMC. Le Groupe spécial ne doit pas accepter

⁸⁰ Le Japon fait référence au rapport du groupe spécial *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, adopté le 12 janvier 2000, WT/DS98/R, paragraphe 7.30 (ci-après "rapport du groupe spécial *Corée – Mesure de sauvegarde*"), dans lequel le groupe spécial dit ceci: "Nous considérons que, pour le Groupe spécial, s'en remettre totalement par principe aux constatations des autorités nationales ne saurait garantir l'"évaluation objective" prévue à l'article 11 du Mémoire d'accord."

⁸¹ Le Japon fait référence au rapport *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)*, adopté le 13 février 1999, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paragraphe 132 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*").

⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 66.

⁸³ Le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*, *op. cit.*, paragraphes 110 à 119, au rapport *Corée – Mesure de sauvegarde*, *op. cit.*, paragraphes 7.26 à 7.31, et au rapport du groupe spécial *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, adopté le 12 janvier 2000, WT/DS121/R, paragraphes 8.117 à 8.121.

⁸⁴ Le Japon fait référence à *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 67.

comme contraignante l'interprétation judiciaire de la Loi de 1916 faite par les États-Unis. Toute autre position permettrait au Membre mis en cause dans une plainte de déclarer simplement que sa loi est compatible avec l'OMC, ce qui serait un résultat absurde.

3.90 Les **États-Unis** relèvent que le Japon reconnaît que les "caractéristiques" de la Loi de 1916 sont des questions de fait pour le présent Groupe spécial. Ils sont d'accord. C'est un principe généralement admis du droit international que le droit interne est un fait à prouver devant une juridiction internationale.⁸⁵ Dans l'affaire *Inde – Brevets*⁸⁶, l'Organe d'appel a abordé directement la question de l'examen légitime du droit interne. Il a confirmé que l'examen de la législation nationale indienne par le groupe spécial était une question de fait, citant la décision rendue par la Cour permanente de justice internationale (ci-après "CPJI") dans l'affaire *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*. Il a déterminé qu'il était légitime que le groupe spécial procède à un examen approfondi de la législation indienne en cause afin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Il 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.

3.91 Les États-Unis font valoir que, de la même manière, le Groupe spécial n'est pas invité, en l'espèce, à interpréter le sens de la Loi de 1916 elle-même ni à donner son avis sur son sens. Il doit au contraire déterminer le fait que constitue la Loi de 1916 dans le droit américain, qui inclut les décisions judiciaires américaines interprétant 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.⁸⁷

3.92 Les États-Unis rappellent par exemple que, dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, 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 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".⁸⁸ 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".⁸⁹

3.93 En réponse à une question du Groupe spécial sur la portée du rapport de l'Organe d'appel *Inde - Brevets* quant à l'examen par le Groupe spécial de la législation et de la jurisprudence nationales, les États-Unis observent que le terme "examen" employé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde - Brevets* signifie que le Groupe spécial doit examiner la législation nationale (y compris les

⁸⁵ Les États-Unis font référence à l'*Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPJI Rec. 1926, série A, n° 7, page 19 et à 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*").

⁸⁶ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphes 65 et 66.

⁸⁷ Les États-Unis font référence à l'opinion du Juge Lauterpacht dans 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 eux, 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'*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.

⁸⁸ Les États-Unis font référence à *Emprunts brésiliens*, *op. cit.*, pages 124 et 125.

⁸⁹ Les États-Unis font référence à I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., Clarendon Press (1990), page 41.

décisions judiciaires qui l'interprètent) afin de déterminer le fait qu'elle constitue. La déclaration faite sur ce point par l'Organe d'appel répondait à l'argument de l'Inde selon lequel le groupe spécial "aurait dû [...] demander des précisions" à l'Inde en qualité de partie au différend sur les questions en rapport avec l'interprétation de la législation indienne, ce qui voudrait dire que le groupe spécial aurait dû s'en remettre à l'Inde et non examiner lui-même la législation. L'Organe d'appel a rejeté cet argument et relevé que le groupe spécial avait eu raison d'examiner la législation indienne afin de déterminer le fait qu'elle constituait et que "le Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne "comme telle"". ⁹⁰

3.94 Les États-Unis considèrent de même qu'en l'espèce il n'incombe pas au Groupe spécial d'interpréter la Loi de 1916 elle-même mais qu'il doit examiner la législation et la jurisprudence pertinente nationales afin de déterminer comment la législation est interprétée et appliquée aux États-Unis. Ils ne préconisent pas que le Groupe spécial s'abstienne d'"examiner" la législation américaine et accepte l'interprétation qu'ils donnent en qualité de partie au présent différend. Au contraire, ils ont communiqué des copies des décisions et autres documents pertinents afin d'aider le Groupe spécial à examiner la Loi de 1916 et la jurisprudence américaine qui l'interprète. Toutefois, ce n'est pas le rôle du Groupe spécial que de marquer son accord ou son désaccord avec les décisions judiciaires qui interprètent et appliquent cette loi.

3.95 Les États-Unis soulignent toutefois qu'ils ne veulent pas dire par là que le Groupe spécial n'a pas de rôle d'interprétation. 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. Ces déterminations sont des questions de droit de l'OMC que le Groupe spécial devra trancher en premier lieu.

3.96 Le **Japon** rappelle l'assertion des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial devrait s'en remettre à la manière dont les États-Unis qualifient la Loi de 1916 en l'espèce. Cette assertion est incorrecte. Un groupe spécial de l'OMC doit procéder à son propre examen et à sa propre évaluation d'une loi contestée (en l'espèce la Loi de 1916) pour remplir l'obligation qui lui est faite à l'article 11 du Mémoire d'accord. Le présent Groupe spécial ne devrait pas accepter les assertions ou interprétations faites unilatéralement par les États-Unis au sujet de cette loi et de sa compatibilité avec les règles de l'OMC. Il doit déterminer lui-même la conformité de la loi contestée avec les Accords pertinents de l'OMC. Le rôle du présent Groupe spécial est clair. Il est d'examiner la compatibilité de la Loi de 1916 avec les règles de l'OMC; accepter la qualification donnée par les États-Unis reviendrait à se soustraire à cette obligation.

3.97 En réponse à la même question du Groupe spécial sur la portée du rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets* quant à l'examen par le Groupe spécial de la législation et de la jurisprudence nationales, le Japon dit que, selon ce rapport, un groupe spécial de l'OMC est tenu, à tout le moins, d'analyser le texte de la loi nationale en question. Il ne doit pas accepter comme contraignantes les interprétations judiciaires d'une loi données par le pays mais doit examiner le texte de la loi elle-même. À cette occasion, il peut aussi analyser la manière dont les tribunaux et les organismes administratifs appliquent la loi et les effets que son existence ou son application a sur les importations. La jurisprudence peut informer un groupe spécial des interprétations possibles d'une loi. Mais, là encore, elle ne saurait avoir le dernier mot quant à l'effet de la loi sur les importations, surtout si d'autres éléments de preuve (le texte de la loi et ses effets mondiaux réels) l'emportent sur l'interprétation judiciaire contraire donnée antérieurement de la loi.

3.98 Les **États-Unis** continuent d'estimer que le présent Groupe spécial n'a pas pour fonction d'interpréter le droit américain. Ils ne préconisent pas non plus que le Groupe spécial accepte l'interprétation qu'ils donnent de la Loi de 1916 en qualité de partie au présent différend. C'est le rôle

⁹⁰ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 66.

du Groupe spécial de déterminer en tant que fait la manière dont la loi est appliquée aux États-Unis. Comme la Loi de 1916 est appliquée par le biais du pouvoir judiciaire, le Groupe spécial doit considérer les interprétations judiciaires. Sans cela, il risque de fonder sa décision sur des faits hypothétiques s'il adopte sa propre interprétation de la Loi de 1916 et que cette interprétation n'est pas conforme à la manière dont la loi est effectivement appliquée aux États-Unis. Ce n'est pas à lui de décider de quelle manière il estime que la Loi de 1916 *devrait* être appliquée, ce qui l'amènerait à interpréter la Loi elle-même. Même s'il n'approuvait pas la manière dont les tribunaux interprètent le texte de la Loi de 1916, cela ne devrait pas influencer sa décision dans le présent différend. Dans le système juridique américain, la Loi de 1916 signifie ce que les tribunaux disent qu'elle signifie, et c'est là le fait pertinent aux fins du présent différend.

F. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE VI DU GATT DE 1994 ET DE L'ACCORD ANTIDUMPING

1. Introduction

3.99 Le **Japon** considère que la Loi de 1916 est une loi antidumping et qu'elle doit donc être conforme à l'article VI du GATT de 1994 et aux dispositions de l'Accord antidumping.

3.100 Le Japon fait observer que, comme l'indique son titre abrégé, la Loi de 1916 régleme le dumping. Ce fait est confirmé par le texte de la Loi, le comportement qu'elle vise et l'effet et l'incidence qu'elle a lorsqu'elle est appliquée. En outre, le fait que ce soit une loi antidumping est encore confirmé par ses travaux préparatoires, par les décisions des tribunaux américains qui l'ont interprétée et par le point de vue de l'exécutif américain, y compris l'administration actuelle. Apparemment, c'est seulement devant le présent Groupe spécial que l'exécutif américain fait valoir que la Loi de 1916 n'était pas une loi antidumping.

3.101 Les **États-Unis** jugent déformée et trompeuse la formulation donnée par le Japon des travaux préparatoires de la loi et de la jurisprudence pertinente. Un examen de la jurisprudence pertinente et des travaux préparatoires de la Loi de 1916 montre que celle-ci peut être et a effectivement été interprétée comme une loi sur les prix prédateurs ayant des objectifs antitrust, et non une mesure antidumping relevant de l'article VI et de l'Accord antidumping.

3.102 Selon les États-Unis, l'article VI ne régit tout simplement pas la Loi de 1916. Il faut donc rejeter les diverses allégations formulées par le Japon au titre de l'article VI et de l'Accord antidumping.

2. Le texte de la Loi de 1916

3.103 Aux yeux du **Japon**, l'analyse du texte de la Loi de 1916 démontre que celle-ci régleme le dumping. Ce texte 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."⁹¹

3.104 Le Japon rappelle que, selon l'article VI du GATT de 1994, le dumping est "l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale" et qu'on entend par "valeur normale" le prix sur le marché intérieur, le prix facturé à un pays tiers ou la valeur construite du produit en question.⁹² Ces prescriptions constituent la notion fondamentale de dumping telle qu'elle figure à l'article VI du GATT de 1994.⁹³ Cet article interdit aux Membres de prendre contre le dumping d'autres mesures que les droits antidumping qui y sont prescrits, quels que soient l'"intention de léser" ou le "dommage grave". Comme le montre le texte de la Loi de 1916 cité plus haut, c'est précisément ce comportement que vise cette loi.

3.105 Le Japon relève que la Loi de 1916 indique deux éléments fondamentaux qui déclenchent une violation. Premièrement, le prix aux États-Unis doit être inférieur au prix de référence (valeur normale), qui peut être basé soit sur les prix du marché intérieur, soit sur les prix dans des pays tiers. Deuxièmement, la discrimination de prix doit être accompagnée d'une intention de léser ou d'éliminer une branche de production américaine ou d'empêcher sa création. Par conséquent, la Loi de 1916 vise les importations et est destinée à protéger les branches de production américaines. Le comportement qu'elle interdit ou réglemente est le dumping, défini comme une différence "substantielle" entre les prix aux États-Unis et les prix sur le marché intérieur ou sur des marchés étrangers. Elle a donc pour objet de réglementer le dumping tout autant qu'une loi qui serait conforme à l'article VI du GATT de 1994 et à l'Accord antidumping.

3.106 Le Japon fait valoir que les dispositions de la Loi de 1916 montrent que le comportement qu'elle vise est le même que le dumping tel qu'il est défini à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping:

- a) Le prix aux États-Unis doit être inférieur à la valeur normale (prix de comparaison);
- b) Le prix aux États-Unis doit être ajusté pour tenir compte du fret, des droits de douane et des autres dépenses afférentes à l'importation, afin d'être comparable au prix de comparaison;
- c) Le prix de comparaison doit être basé soit sur les prix du marché intérieur, soit sur les prix dans des pays tiers.

3.107 Le Japon estime en outre qu'au-delà de la notion fondamentale de dumping, la Loi de 1916 fait aussi écho à l'article VI du GATT de 1994 en exigeant qu'une branche de production nationale ait subi un dommage pour justifier une mesure corrective.

3.108 Le Japon considère que cette comparaison montre que le libellé précis employé dans la Loi de 1916 et l'article VI:1 du GATT de 1994 a beau varier, les notions essentielles sont identiques. L'ajout d'éléments restrictifs aux caractéristiques essentielles de la loi ne change rien au fait qu'il s'agit fondamentalement d'une loi antidumping.⁹⁴ Exiger par exemple que le prix aux États-Unis soit

⁹¹ 15 U.S.C. § 72 (1999) (italique ajouté par le Japon).

⁹² Le Japon observe que c'est là le cœur de la notion de discrimination de prix internationale.

⁹³ Le Japon indique à cet égard qu'il faut en outre l'existence d'un dommage grave pour pouvoir prendre des mesures contre le dumping, mais que le dumping n'est défini qu'en termes de différence de prix.

⁹⁴ Le Japon fait valoir que, de même qu'un Membre de l'OMC peut choisir de ne pas avoir de loi antidumping interne, il peut choisir de limiter sa possibilité d'imposer des droits antidumping en incluant dans sa législation nationale des critères et des conditions plus stricts que ceux prescrits dans le GATT de 1994 et l'Accord antidumping. Par conséquent, le fait que la Loi de 1916 ne porte que sur le dumping pratiqué "d'une manière habituelle et systématique" à un prix "substantiellement inférieur" ne change rien à la conclusion que la

"substantiellement" inférieur au prix de comparaison ne change pas le caractère fondamental de la discrimination de prix internationale qui est visée.⁹⁵ De même, que le "dommage" subi par la branche de production nationale soit intentionnel ou non, la prescription fondamentale qui veut qu'un dommage ait été causé à la branche de production américaine reste la même. La Loi de 1916 a beau ne viser qu'une catégorie plus restreinte de cas commerciaux de dumping – raison pour laquelle le Congrès a ensuite adopté d'autres lois –, elle prévoit des mesures contre cette catégorie et constitue donc une mesure corrective contre le dumping.

3.109 Le Japon fait valoir en outre que, si de tels éléments restrictifs supplémentaires pouvaient changer d'une manière ou d'une autre le caractère fondamental de la loi, pratiquement aucune loi antidumping au monde ne pourrait être considérée comme une loi antidumping. De nombreuses lois antidumping nationales varient par rapport à l'article VI du GATT de 1994 et à l'Accord antidumping. Mais ces variations ne changent pas leur caractère fondamental de mesure corrective contre le dumping.

3.110 Les **États-Unis** estiment que le Japon ne peut contester qu'il y a d'importantes différences 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.

3.111 Les États-Unis font valoir qu'en revanche, dans le cadre de la Loi de 1916, le simple dumping n'est pas suffisant.⁹⁶ 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.⁹⁷ De plus, elle n'exige pas la preuve d'un "dommage important" effectif ou de la

Loi est une loi antidumping et qu'elle est soumise aux prescriptions énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping.

⁹⁵ Le Japon fait valoir en outre que l'Accord antidumping contient une notion analogue. Il précise que des différences de prix non substantielles – celles qui ne créent que des marges de dumping *de minimis* – ne constituent pas un dumping. Le Japon fait référence à l'article 5.8 de l'Accord antidumping. Cet accord exige donc que la marge soit substantielle, tout comme la Loi de 1916.

⁹⁶ Ils font en outre remarquer que le terme de "dumping" ne figure ni dans l'intitulé ni dans le texte de la Loi de 1916.

⁹⁷ En réponse à une question du Japon sur le point de savoir si les États-Unis considéreraient toujours le titre VII de la Loi douanière de 1930 comme une loi antidumping au sens de l'article VI et de l'Accord antidumping si les termes "d'une manière habituelle et systématique" et "substantiellement" étaient ajoutés au paragraphe pertinent de l'article 731, les États-Unis indiquent qu'apparemment cette modification hypothétique n'empêcherait pas la loi modifiée de continuer à relever de l'article VI. Selon eux, il s'agirait toujours d'une loi antidumping, car elle exige que soit constatée l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage" et elle imposerait toujours un ajustement à la frontière sous la forme d'un droit. Un Membre peut, comme certains le font actuellement, imposer, pour l'application de droits antidumping, des conditions qui vont au-delà des conditions minimales relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage" énoncées à l'article VI, pour autant que ces conditions supplémentaires servent à limiter et non à élargir le recours possible à des droits antidumping, sans que la loi cesse, de ce fait, de relever de l'article VI. En réponse à une question complémentaire du Japon sur le point de savoir si la réponse serait la même dans le cas où l'on ajouterait l'obligation d'une intention, les États-Unis indiquent que, si l'intention posée par hypothèse était simplement une intention de "pratiquer le dumping" et de causer un "dommage" au sens de l'article VI, la loi continuerait apparemment de relever de l'article VI pour les raisons exposées ci-dessus. S'il s'agissait d'une intention prédatrice, la réponse dépendrait de la manière dont l'enquête sur le comportement prédateur serait traitée dans la loi. Si, par exemple, la loi exigeait alors que soit constaté un dommage pour la concurrence au lieu d'un "dommage" au sens de l'article 3 de l'Accord antidumping, il semble qu'il ne s'agirait plus d'une mesure antidumping régie par l'article VI. Si, en revanche, la loi conservait d'une manière ou d'une autre la nécessité de constater un "dommage" au sens de

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.

3.112 En réponse à une question du Groupe spécial sur le point de savoir quels autres critères que ceux de la "manière habituelle et systématique" et du "prix substantiellement inférieur" sont différents de la définition du dumping donnée à l'article VI, les États-Unis indiquent que la Loi de 1916 porte sur un type particulier de discrimination de prix, à savoir la pratique de prix prédateurs. C'est pourquoi le critère de discrimination de prix figurant dans la Loi de 1916 comprend, outre les termes cités par le Groupe spécial, ceux qui décrivent l'intention prédatrice à démontrer.

3.113 Les États-Unis concèdent que la Loi de 1916 exige, tout comme la définition du dumping donnée à l'article VI, qu'il soit démontré que le produit en cause a été vendu aux États-Unis à un prix inférieur à celui auquel il a été vendu à l'étranger. Toutefois, le prix aux États-Unis et le prix à l'étranger selon la Loi de 1916 ne sont pas les mêmes que le prix aux États-Unis et le prix à l'étranger selon la définition du dumping donnée à l'article VI. Les différences fondamentales sont les suivantes:

- a) En ce qui concerne le prix aux États-Unis, la Loi de 1916 dispose seulement que c'est le "prix" auquel le produit en cause est importé ou vendu "à l'intérieur" des États-Unis. Par contre, le prix aux États-Unis constaté selon la définition du dumping donnée à l'article VI, précisée à l'article 2 de l'Accord antidumping, est normalement le prix aux États-Unis "fait [...] au même niveau commercial, qui sera normalement le stade sortie usine, et pour des ventes effectuées à des dates aussi voisines que possible" que le prix utilisé pour le prix à l'étranger, dénommé "valeur normale", compte "dûment tenu [...], selon ses particularités, des différences affectant la comparabilité des prix, y compris des différences dans les conditions de vente, dans la taxation, dans les niveaux commerciaux, dans les quantités et les caractéristiques physiques, et de toutes les autres différences dont il est aussi démontré qu'elles affectent la comparabilité des prix".⁹⁸ Dans certaines circonstances toutefois, on prend un "prix à l'exportation construit" pour déterminer le prix aux États-Unis, auquel cas "il devrait être tenu compte également des frais, droits et taxes compris, intervenus entre l'importation et la revente, ainsi que des bénéfices" en sus des autres éléments susmentionnés à prendre en compte.⁹⁹
- b) Quant au prix à l'étranger, la Loi de 1916 dispose que c'est la "valeur commerciale effective [de ces articles] 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". Ce prix est similaire, tout en étant différent, au prix à l'étranger qu'on trouve dans la définition du dumping donnée à l'article VI, précisée à l'article 2 de l'Accord antidumping. Ce prix à l'étranger, ou "valeur normale", est le prix dans le pays exportateur "fait [...] au même niveau commercial, qui sera normalement le stade sortie usine, et pour des ventes effectuées à des dates aussi voisines que possible" que le prix utilisé pour le prix aux États-Unis, compte "dûment tenu [...], selon ses particularités, des différences affectant la comparabilité des prix, y compris des différences dans les conditions de vente, dans la taxation, dans les niveaux

l'article 3 de l'Accord antidumping et n'exigeait pas que soit constaté un dommage pour la concurrence, elle continuerait apparemment de relever de l'article VI pour les raisons exposées ci-dessus.

⁹⁸ Les États-Unis font référence à l'article 2.4 de l'Accord antidumping.

⁹⁹ Les États-Unis font référence à l'article 2.3 et 2.4 de l'Accord antidumping.

commerciaux, dans les quantités et les caractéristiques physiques, et de toutes les autres différences dont il est aussi démontré qu'elles affectent la comparabilité des prix".¹⁰⁰ Dans certaines circonstances toutefois, au lieu du prix dans le pays exportateur, la "valeur normale" est déterminée sur la base du prix dans "un pays tiers approprié, à condition que ce prix soit représentatif, ou [du] coût de production dans le pays d'origine majoré d'un montant raisonnable pour les frais d'administration et de commercialisation et les frais de caractère général, et pour les bénéfices."¹⁰¹

3.114 Les États-Unis font valoir en outre qu'un examen des diverses prescriptions de fond et de procédure énoncées dans la Loi de 1916 confirme qu'elles sont identiques ou similaires aux prescriptions applicables en vertu des lois antitrust américaines.¹⁰² Une comparaison entre la Loi de 1916 et les lois antitrust américaines révèle en particulier les points suivants, soit d'après les termes mêmes de ces lois, soit d'après l'interprétation qu'en ont donnée les tribunaux:

- a) La Loi de 1916 exige que soient constatées des différences de prix, comme la Loi Robinson-Patman.¹⁰³ Dans la Loi de 1916, ces différences doivent bien entendu être "substantielles" et pratiquées "d'une manière habituelle et systématique", alors que la Loi Robinson-Patman exige seulement que deux ventes aient été faites à des prix différents à des acheteurs différents.¹⁰⁴
- b) La Loi de 1916 exige qu'il soit constaté que les prix en question ont été déterminés avec une intention prédatrice spécifique. Cette condition est similaire à celle qui figure à l'article 2 de la Loi Sherman et, dans les affaires dites "de première ligne", à celle qui figure dans la Loi Robinson-Patman.¹⁰⁵
- c) La Loi de 1916 s'applique aux articles "de type et qualité similaires", expression employée de la même manière dans la Loi Robinson-Patman.¹⁰⁶
- d) Le délai dans lequel une procédure peut être engagée au titre de la Loi de 1916 est le même que dans la Loi Clayton et la Loi Robinson-Patman, c'est-à-dire quatre ans.¹⁰⁷
- e) La Loi de 1916 dispose que son respect peut être assuré soit au moyen d'une action au civil engagée par une personne privée devant un tribunal américain, soit au moyen d'une procédure pénale engagée par le Département de la justice des États-Unis. Ces

¹⁰⁰ Les États-Unis font référence à l'article 2.4 de l'Accord antidumping.

¹⁰¹ Les États-Unis font référence à l'article 2.2 de l'Accord antidumping.

¹⁰² En réponse à une question du Japon, les États-Unis précisent toutefois que la Loi de 1916 ne fait pas partie des lois dont l'exécution est ordinairement assurée par le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce. C'est pourquoi ils emploient parfois à son propos l'expression de "loi antitrust".

¹⁰³ Les États-Unis font référence à 15 U.S.C. 13 a).

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

¹⁰⁵ Les États-Unis observent qu'aucune de ces deux lois n'exige normalement que l'intention soit prouvée, du moins dans les affaires civiles. L'intention doit être prouvée dans certaines affaires pénales antitrust (Loi Sherman). Les États-Unis font référence à ABA, *Anti-trust Law Developments (Fourth)*, pages 662-64.

¹⁰⁶ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1223. Ils rappellent que, dans cette affaire, le tribunal a donné l'explication suivante: "nous constatons que le même critère de "type et qualité similaires" limitait les comparaisons de produits prescrites à l'article 2 de la Loi Clayton avant les modifications apportées à la Loi Robinson-Patman. Comme la Loi Clayton a été adoptée en 1914, le même critère est applicable en vertu de la Loi antidumping de 1916." Les États-Unis font référence à *ibid.*, pages 1226-27.

¹⁰⁷ Les États-Unis font référence à l'affaire *Helmec I*, *op. cit.*, pages 566-67, dans laquelle, selon eux, le tribunal s'est appuyé sur l'objectif qu'avait le Congrès en promulguant la Loi de 1916 pour interpréter celle-ci comme ayant le même délai de prescription que les autres lois antitrust, alors que la Loi de 1916 ne fixait pas de délai de prescription applicable.

voies de recours sont analogues à celles offertes par les lois antitrust, y compris la Loi Sherman, la Loi Clayton et la Loi Robinson-Patman.

- f) La question de savoir si une partie privée a la qualité requise pour intenter un procès au titre de la Loi de 1916 est déterminée par référence aux principes relatifs à la qualité pour agir inscrits dans les lois antitrust.¹⁰⁸
- g) La Loi de 1916 autorise l'octroi de dommages-intérêts au triple à une partie privée gagnante. Cette mesure est quelque peu inhabituelle dans le droit civil américain, mais elle est courante en cas d'infraction aux lois antitrust américaines. D'ailleurs, au troisième paragraphe de la Loi de 1916, le Congrès américain a essentiellement reproduit le libellé qui existait alors de l'article 4 de la Loi Clayton¹⁰⁹ et de l'article 7 de la Loi Sherman¹¹⁰, qui autorisait l'octroi de dommages-intérêts au triple à "toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens" du fait d'un comportement proscrit par les lois antitrust américaines.
- h) Quant aux dispositions pénales de la Loi de 1916, elles sont virtuellement identiques à celles de la Loi Sherman en vigueur en 1916 et prévoient les mêmes sanctions.

3.115 Le **Japon** considère que l'ajout d'éléments restrictifs aux caractéristiques essentielles de la Loi de 1916 ne change rien au fait qu'il s'agit fondamentalement d'une loi antitrust. Le fait que la Loi de 1916 ne porte que sur le dumping pratiqué "d'une manière habituelle et systématique" à un prix "substantiellement inférieur" ne change rien à la conclusion qu'il s'agit d'une loi antidumping et qu'elle est soumise aux prescriptions énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping. Tout comme un Membre de l'OMC peut choisir de ne pas avoir de loi antidumping, il peut choisir de limiter sa possibilité d'imposer des droits antidumping au-delà des limites imposées par l'Accord antidumping. Il a la faculté d'inclure dans sa législation nationale des critères et des conditions plus stricts que ceux prescrits à l'article VI et dans l'Accord antidumping. Toutefois, il ne peut, comme les États-Unis l'ont fait, déroger à l'article VI et à l'Accord antidumping pour faciliter l'imposition de droits antidumping ou d'autres mesures correctives.

3.116 Le Japon estime que le texte de la Loi de 1916 est sans équivoque. C'est pourquoi il pense que les États-Unis évitent à dessein une interprétation textuelle de cette loi. Toutefois, comme l'Organe d'appel l'a dit clairement à de multiples reprises, en vertu des règles d'interprétation des traités, le Groupe spécial doit se concentrer avant tout sur le texte.

3.117 Les **États-Unis** considèrent que le Japon fait plusieurs déclarations impossibles à étayer au sujet du texte de la Loi de 1916. Il dit à un moment que "[l]a question n'est pas de savoir ce que disent les tribunaux américains [...]". Il dit même que le texte de la Loi de 1916 est "sans équivoque", alors qu'il présente plus tard les différentes interprétations de ce texte faites par les tribunaux américains dans la jurisprudence relative à l'affaire *Zenith* et les décisions préliminaires relatives aux affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*.

3.118 Aux yeux des États-Unis, un examen du texte de la Loi de 1916 suffit pour montrer que cette loi est en dehors du champ d'application de l'article VI. Premièrement, on constate à tout le moins d'après son texte qu'il s'agit d'une loi "interne". Elle impose des dommages-intérêts aux importateurs;

¹⁰⁸ Les États-Unis font référence par exemple aux affaires *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, *op. cit.*, pages 988-89, *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, *op. cit.*, page 516, et *Schwimmer v. Sony Corp.*, *op. cit.*, pages 796-97.

¹⁰⁹ Les États-Unis indiquent que le passage correspondant de la Loi Clayton se trouve à 38 Stat. 731 (1914).

¹¹⁰ Les États-Unis indiquent que le passage correspondant de la Loi Sherman se trouve à 26 Stat. 210 (1890). Le Congrès a ensuite modifié cette partie de la Loi Sherman.

elle n'impose pas d'ajustement à la frontière sous la forme d'un droit sur les produits importés. Cet aspect de la Loi de 1916 – la nature de la mesure imposée en application de la loi – dissipe tout doute sur le point de savoir si l'article VI régit la Loi de 1916. Une loi "interne" n'est soumise qu'à l'article III du GATT de 1994. Elle ne peut être soumise à l'article VI. L'article VI ne régit que le recours d'un Membre à un ajustement à la frontière sous la forme d'un droit antidumping. Deuxièmement, le texte de la Loi de 1916 indique aussi très clairement qu'il ne s'agit pas d'une loi ou d'une mesure antidumping visant à contrebalancer un dumping préjudiciable sur la base d'une constatation de l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage". Il est peut-être plus difficile de discerner simplement d'après son texte la véritable nature de la Loi de 1916 en tant que loi antitrust, mais la jurisprudence qui l'interprète dissipe tout doute sur ce point.

3.119 Les États-Unis rappellent que le Japon tente de qualifier la Loi de 1916 de loi antidumping en ne tenant pas compte des distinctions entre antitrust et antidumping et en faisant valoir au contraire que les "notions essentielles" de la Loi de 1916 et de l'article VI sont "identiques". Selon lui, la Loi de 1916 et l'article VI réglementent tous deux la discrimination de prix internationale. En formulant cet argument, le Japon ne tient pas compte du fait que l'obligation essentielle de l'existence d'un "dommage" mentionnée à l'article VI est évidemment absente de la Loi de 1916. En outre, en tentant de présenter la Loi de 1916 simplement comme une loi portant sur la discrimination de prix internationale, il cherche à minimiser l'importance, entre autres, de l'intention prédatrice dans cette loi. Il dit que "l'ajout d'éléments restrictifs aux caractéristiques essentielles de la Loi de 1916 ne change rien au fait qu'il s'agit fondamentalement d'une loi antitrust". Or, 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.

3.120 Les États-Unis observent que, pour l'essentiel, le Japon fait une 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 réglementations antidumping. S'il en était ainsi, cela étendrait la portée de ces réglementations 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.

3.121 Le **Japon** indique que, bien que les États-Unis allèguent à présent que l'interprétation textuelle de la Loi de 1916 est importante, ils persistent à faire valoir que le Groupe spécial est lié par une interprétation particulière donnée de cette loi par l'un de leurs tribunaux. Cela n'est pas cohérent.

3.122 Le Japon rappelle aussi la réserve inscrite dans la Loi de 1916 selon laquelle les sanctions qui y sont prévues ne s'appliquent que lorsque le dumping est pratiqué avec l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production américaine ou d'empêcher sa création. L'élément dumping est le critère exclusif qui sert à déterminer si la Loi de 1916 entre dans le champ d'application de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. Le dommage est un élément supplémentaire dont l'existence est requise pour permettre l'imposition de droits antidumping lorsqu'il y a un dumping. La Loi de 1916 est destinée sans conteste à protéger les concurrents plutôt que la concurrence. Il est clair qu'elle régleme le dumping et non la lutte antitrust. Les États-Unis semblent faire valoir que l'"intention de léser" est différente du "dommage causé à la branche de production nationale" et donc que la Loi de 1916 n'est pas une loi antidumping mais une loi antitrust. C'est inexact. L'"intention prédatrice" est une notion qui existe dans les lois antitrust; ce n'est pas une notion appartenant à la Loi de 1916.

3.123 Le Japon fait aussi observer que, dans leurs réponses à ses questions, les États-Unis concèdent que les lois antidumping ne cessent pas d'être des lois antidumping du simple fait qu'elles contiennent des "prescriptions supplémentaires [qui] servent à limiter plutôt qu'à élargir le recours possible à des droits antidumping [...]".

3.124 Les **États-Unis** avancent que l'assertion du Japon selon laquelle l'"intention prédatrice" n'est pas une notion appartenant à la Loi de 1916 est manifestement contredite non seulement par les décisions des tribunaux américains telles que *Zenith III* et par les travaux préparatoires qu'elles évoquent, mais même par les décisions préliminaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, sur lesquelles s'appuie le Japon. Dans *Wheeling-Pittsburgh*, le juge Sargus a qualifié d'"intention prédatrice" l'intention dont l'existence est requise en vertu de la Loi de 1916. Et, dans *Geneva Steel*, le juge Benson, tout en reconnaissant qu'il était suffisant et pertinent de prouver l'existence d'un scénario de "récupération" monopoliste, a décidé qu'il était également possible de montrer l'existence d'autres sortes d'"intentions" préjudiciables.

3. La distinction entre lois antidumping et lois antitrust

3.125 Le **Japon** soutient qu'aux États-Unis comme ailleurs, les lois antitrust (ou la politique de la concurrence) protègent "la concurrence et non les concurrents".¹¹¹ Dans l'affaire antitrust *Brown Shoe* qui fait jurisprudence, le juge à la Cour suprême Earl Warren a émis l'opinion que l'amendement Cellar-Kefauver à la Loi Clayton avait été conçu pour "limiter les fusions seulement dans la mesure où elles tendent à réduire la concurrence".¹¹² Il a examiné les travaux préparatoires de l'amendement et constaté que le Congrès avait voulu protéger la concurrence sur les marchés et non les sociétés qui se faisaient concurrence sur les marchés (et encore moins les branches de production nationales). Dans *Brunswick*¹¹³, la Cour suprême a réaffirmé 25 ans plus tard que les lois antitrust protègent "la concurrence et non les concurrents".¹¹⁴

3.126 Le Japon fait valoir que les lois antidumping en revanche protègent les branches de production nationales de la pratique commerciale déloyale du dumping de la part de concurrents étrangers.¹¹⁵ Par exemple, selon l'article VI du GATT de 1994, l'Accord antidumping et la Loi douanière américaine de 1930, il n'est possible d'imposer des droits antidumping que si le dumping cause ou menace de causer un dommage grave à une branche de production aux États-Unis (ou en retarde la création). La Commission du commerce international, en évaluant les allégations faites au titre de la Loi douanière, applique le critère légal et fonde sa décision sur la question de savoir si un dommage grave est causé à la branche de production américaine concernée.¹¹⁶

3.127 Le Japon considère que, tout comme la Loi douanière de 1930 et le texte qui l'a précédé – la Loi antidumping de 1921 –, la Loi de 1916 a été promulguée pour protéger les branches de production nationales contre le dumping des sociétés étrangères. Comme on l'a expliqué ci-dessus, cela ressort clairement du libellé même de la loi, qui interdit le dumping de produits "avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de

¹¹¹ Le Japon fait référence à l'affaire *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 US 294, page 319 (1962) (ci-après "*Brown Shoe*"), dans laquelle le tribunal a confirmé la mesure d'interdiction de la fusion entre deux sociétés de chaussures. Il fait aussi référence à *Brunswick Corp. v. Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 US 477, page 490 (1977) (ci-après "*Brunswick*").

¹¹² Le Japon fait référence à *Brown Shoe*, *op. cit.*, page 319.

¹¹³ Le Japon fait référence à l'affaire *Brunswick*, *op. cit.*, page 488, dans laquelle la Cour a rejeté comme irrecevable en vertu de la loi antitrust l'allégation de Pueblo Bowl-O-Mat relative à l'existence d'un dommage (diminution des bénéfices) dû au rachat et au redressement par Brunswick d'un concurrent au bord de la faillite.

¹¹⁴ Le Japon fait référence à *ibid.*

¹¹⁵ Le Japon fait référence à *J.C. Penney Co. v. Department of the Treasury*, 319 F. Supp. 1023, 1024 (S.D.N.Y. 1970), *aff'd*, 439 F.2d 63 (2d Cir.), *cert. denied*, 404 US 869 (1971), où il est dit que les lois antidumping visent à prévenir "un dommage réel ou une menace de dommage à l'encontre d'une branche de production nationale dus à la vente sur le marché américain d'une marchandise à des prix inférieurs à ceux du marché intérieur". Le Japon fait aussi référence à *Timken v. Simon*, 539 F. 2d 221, 223 (1976).

¹¹⁶ Le Japon fait référence, par exemple, à *Copperweld v. United States*, 682 F. Supp. 552 (Ct. Int'l Trade 1988). Il fait aussi référence à *Gerald Metals v. United States*, 937 F. Supp. 930 (Ct. Int'l Trade 1996).

production aux États-Unis".¹¹⁷ Le texte de la Loi de 1916 confirme que celle-ci protège les branches de production nationales, et ce fait confirme lui-même que la Loi de 1916 est une loi antidumping.

3.128 Les **États-Unis** observent que le Japon établit 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, tentant ainsi apparemment de faire valoir que la moindre préoccupation du Congrès américain pour le bien-être d'entreprises considérées individuellement fait sortir une loi du cadre antitrust. Une telle dichotomie exagère et déforme la réalité. Les États-Unis conviennent sans réserve que leurs lois antitrust ont pour objectif essentiel de protéger la concurrence et non les concurrents ou des branches de production en particulier.¹¹⁸ Toutefois, si le but de bon nombre de lois antitrust, voire de la plupart, est de préserver la concurrence afin 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, aux États-Unis et dans d'autres pays, qui ont d'autres finalités, et notamment la protection des petites entreprises ou d'autres concurrents considérés individuellement. Les lois antitrust qui visent d'autres objectifs que la simple efficacité économique n'en sont pas pour autant privées de leur caractère "antitrust".

3.129 Les États-Unis disent 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" (selon lesquels certains distributeurs d'un produit bénéficient de conditions de vente moins avantageuses que d'autres distributeurs), le législateur se préoccupe des effets préjudiciables qui s'exercent individuellement sur les concurrents comme sur la concurrence elle-même.

3.130 Les États-Unis font valoir qu'il est aisé de trouver d'autres exemples dans les lois antitrust du Japon lui-même et dans les directives relatives à leur application. L'article 19 de la Loi antimonopole interdit les "pratiques commerciales déloyales", y compris la discrimination en matière de prix et la "vente à bas prix injustifiés" ou les "rabais inéquitables". La Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (ci-après "JFTC") a défini ces termes de la façon suivante:

"Le fait de fournir, sans justification adéquate, un produit ou un service de façon continue à un prix excessivement inférieur au coût de ladite fourniture ou de fournir un produit ou un service à bas prix d'une autre manière injustifiée, tendant ainsi à causer des difficultés aux activités commerciales des autres entrepreneurs."¹¹⁹

3.131 Selon les États-Unis, la JFTC a en outre défini les termes "tendant ainsi à causer des difficultés aux autres entrepreneurs" comme incluant "la possibilité reconnue d'une telle désorganisation"; une "désorganisation effective" n'est pas nécessairement requise. Au cours de l'exercice budgétaire 1998, la JFTC a signalé qu'elle avait adressé un avertissement et 506 "mises en garde" à des entreprises concernant des prix bas "injustifiés". Ces règles s'appliquent aux produits importés aussi bien qu'aux produits nationaux; de plus, la JFTC applique actuellement la Loi antimonopole aux transactions transfrontières.¹²⁰ Certaines dispositions de la législation antitrust japonaise semblent donc manifestement destinées à protéger les concurrents aussi bien que la concurrence.¹²¹

¹¹⁷ Le Japon fait référence à 15 U.S.C. § 72 (1999).

¹¹⁸ Les États-Unis font référence par exemple à *Brooke Group, op. cit.*, et *Brown Shoe, op. cit.*, page 320.

¹¹⁹ JFTC, Bureau exécutif, Directives concernant les rabais inéquitables (20 novembre 1984).

¹²⁰ Les États-Unis font référence à BNA, *Int'l Trade Reporter*, vol. 15, n° 26, page 1131 (1^{er} juillet 1998), intitulé "US, Canadian Companies Involved in Cases Launched Under Japan's Antimonopoly Law".

¹²¹ Les États-Unis relèvent un exemple similaire dans la décision rendue très récemment par la Cour suprême allemande, qui a confirmé l'interdiction formulée par un organisme allemand à l'encontre de l'exportation "déloyale" vers l'Allemagne de produits de consommation des États-Unis dans le cadre de l'opération du catalogue Lands End, exportation accompagnée d'une garantie de remboursement.

3.132 Le **Japon** continue d'estimer qu'il existe des différences claires et fondamentales entre les lois antidumping et les lois antitrust.¹²² Les lois antitrust protègent la concurrence et non les concurrents et réglementent la concurrence à l'intérieur d'un pays.¹²³ En revanche, les lois antidumping protègent les branches de production nationales contre la pratique déloyale du dumping par des concurrents étrangers. Elles réglementent plus particulièrement les différences de prix entre des ventes faites dans deux pays.

3.133 Le Japon considère que les lois antitrust ont pour objectif premier et essentiel de protéger la concurrence sur le seul marché intérieur. La "discrimination de prix internationale", c'est-à-dire la différence entre le prix de marchandises sur le marché du pays exportateur et sur le marché du pays importateur (ici, les États-Unis), ne relève pas de cet objectif. Les lois antitrust interdisent la discrimination en matière de prix intérieurs afin de protéger la concurrence sur le marché intérieur uniquement. Et, comme on l'explique ci-après au sujet des violations de l'article III:4 par les États-Unis, il en est ainsi que les marchandises soient importées ou produites dans le pays. Une comparaison attentive des différences entre les lois antidumping et les lois antitrust démontre que la Loi de 1916 ne répond pas à des préoccupations antitrust.

3.134 Aux yeux du Japon, la Loi de 1916 porte manifestement sur la "discrimination de prix internationale"¹²⁴; elle ne peut donc en aucune manière être interprétée comme une loi antitrust. Il est très clair que le comportement visé par la Loi de 1916 inclut les concepts essentiels du dumping; en conséquence, la Loi de 1916 doit être conforme à l'article VI du GATT de 1994 et aux dispositions de l'Accord antidumping.

3.135 Le Japon avance en outre qu'en tout état de cause, le Groupe spécial n'est pas tenu, dans la procédure actuelle, de promulguer une règle d'application générale ni de se charger d'une autre manière d'élucider la distinction entre lois antitrust et lois antidumping.¹²⁵ Le Japon n'éclaircit ces

inconditionnelle, jugée "économiquement irrationnelle" par les autorités allemandes. Les États-Unis font référence au Washington Post ("Business Digest") du 25 septembre 1999 et à Associated Press, "US Retailer's Advertisements Banned," du 24 septembre 1999.

¹²² En réponse à une question des États-Unis sur le point de savoir s'il existe un critère international communément admis de ce qui constitue une loi antitrust, le Japon indique qu'un tel critère est en cours d'élaboration, comme le montrent les discussions sur le commerce et la concurrence qui se déroulent à l'OMC. Quels que soient les termes précis dont il sera finalement convenu pour ce critère, il ressort clairement de l'état actuel des discussions que la Loi de 1916 est une loi sur le commerce extérieur et qu'elle ne répondra pas au critère. Mais surtout, il existe bien un critère international communément admis de ce qui constitue une loi antidumping: l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping.

¹²³ Le Japon considère que les États-Unis tentent d'obscurcir encore cette question en appelant l'attention sur sa Loi antimonopole. Premièrement, la question de savoir comment le Japon détermine et fait exécuter ses lois antitrust n'a rien à voir avec la procédure actuelle. Deuxièmement, l'exposé fait par les États-Unis est factuellement inexact. La loi japonaise est destinée à protéger la concurrence et non les concurrents. Plus précisément, comme l'indique son article premier, elle est destinée à "promouvoir une concurrence loyale et plus libre, [...] dans l'intérêt des consommateurs japonais". En outre, elle ne s'applique ni à la "discrimination de prix transfrontière" ni au dumping. Le Japon fait également observer pour mémoire qu'au cours de l'exercice budgétaire 1998, la JFTC a adressé 599 mises en garde à des entreprises concernant des ventes à des prix bas injustifiés, et non 506 comme le prétendent les États-Unis.

¹²⁴ Le Japon fait référence par exemple à "Overview and Compilation of U.S. Trade Statutes", US House of Representatives, US Government Printing Office (Washington: 1997), page 65.

¹²⁵ Le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses*, *op. cit.*, page 22, où il est dit que l'article 3:2 du Mémoire d'accord indique que les Membres de l'OMC "reconnaissent" que le système de règlement des différends "a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public" (pas d'italique dans l'original). "Étant donné le but explicite du règlement des différends qui transparaît dans tout le Mémoire d'accord, nous ne considérons pas que l'article 3:2 du Mémoire d'accord est censé encourager ni les groupes spéciaux ni

distinctions que pour aider le Groupe spécial à mieux comprendre l'incompatibilité de la Loi de 1916. Lorsqu'on examine le comportement réglementé par le texte clair et sans ambiguïté de la Loi de 1916, le caractère de cette loi devient évident. Elle réglemente le dumping. Il ne s'agit pas d'une question de lutte antitrust, et la décision du Groupe spécial en faveur du Japon sera sans effets sur les lois antitrust des Membres.

3.136 Les **États-Unis** jugent simpliste la conclusion du Japon selon laquelle les lois sur la concurrence ne protègent jamais les concurrents mais protègent seulement le processus de concurrence. Premièrement, on peut soutenir que la Loi Robinson-Patman visait à protéger les concurrents tout autant que la concurrence dans les affaires de "première ligne" avant la décision *Brooke Group* de 1993 et qu'elle continue de le faire dans les affaires de "deuxième ligne". Deuxièmement, les États-Unis ont du mal à saisir en quoi les "Directives concernant les rabais inéquitables" de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales protègent la concurrence et non les concurrents, comme le prétend le Japon. Cette seule mesure a été à l'origine de 599 "mises en garde" aux entreprises pour le seul exercice 1998, selon le Japon. Les Directives elles-mêmes disposent à l'article 3 2) que

"[...] la deuxième caractéristique des rabais inéquitables est qu'ils "tend[ent] à causer des difficultés aux activités commerciales des autres entrepreneurs".

3.137 En réponse à une question du Groupe spécial sur les caractéristiques fondamentales des lois antidumping par opposition aux lois antitrust, le **Japon** répète que, selon lui, les lois antitrust protègent la concurrence et non les concurrents et réglementent la concurrence à l'intérieur d'un pays. En revanche, les lois antidumping protègent les branches de production nationales contre la pratique déloyale du dumping par des concurrents étrangers. Elles réglementent plus particulièrement les différences de prix entre des ventes faites dans deux pays. Une comparaison attentive de ces différences fondamentales entre les lois antidumping et les lois antitrust permet de conclure que la Loi de 1916 n'a pas pour objet la lutte antitrust.

3.138 En réponse à la même question du Groupe spécial, les **États-Unis** considèrent 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 reposent pas sur les hypothèses économiques qui sous-tendent la plupart des lois des Membres sur la concurrence et 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 commercial, 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.

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

l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier. Un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend."

3.140 Les États-Unis considèrent que cette définition simple du dumping causant un dommage peut certes suggérer certaines comparaisons avec les lois sur la concurrence qui visent la discrimination de prix, mais qu'une analyse attentive permet de constater des différences capitales entre les réglementations antidumping et les lois sur la concurrence.

3.141 Les États-Unis font tout d'abord observer que le caractère relativement simple du critère de dumping dommageable contraste avec la complexité des imperfections du système commercial multilatéral qui rendent nécessaires les réglementations antidumping. 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.

3.142 Les États-Unis soutiennent qu'on peut surtout s'inquiéter à cet égard 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. 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, (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.

3.143 Les États-Unis avancent que l'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). Quant à la protection contre la concurrence étrangère, elle peut être assurée au moyen de droits de douane élevés et d'un nombre indéterminé d'obstacles non tarifaires tels que 1) les impositions à l'importation, les restrictions quantitatives, les licences d'importation et les barrières douanières; les normes et les prescriptions en matière d'essais, d'étiquetage et de certification, par exemple l'acquiescement des pouvoirs publics à une réglementation injustifiée demandée par une branche de production, l'application inutilement restrictive par les pouvoirs publics des normes sanitaires et phytosanitaires et le refus par les pouvoirs publics d'accepter les certificats de conformité aux normes du marché intérieur établis par les fabricants étrangers, 2) les obstacles à l'investissement tels que les limites en matière de participation étrangère au capital et d'accès aux programmes de recherche-développement financés par les pouvoirs publics, les prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale et aux résultats à l'exportation, et les restrictions concernant le transfert des gains et des capitaux, 3) les droits des entreprises commerciales d'État, 4) les obstacles en matière de services tels que la limitation de l'éventail des services financiers offerts par les institutions financières sur le marché intérieur, la réglementation des flux internationaux de données et les restrictions concernant l'utilisation du traitement des données étrangères, 5) l'absence de protection de la propriété intellectuelle, due notamment à des régimes insuffisants en matière de brevets, de droit d'auteur et de marques de fabrique ou de commerce, 6) les pratiques de passation des marchés publics telles que les appels

d'offres restreints et 7) les pots-de-vin et la corruption. Les autres grandes catégories de politiques contestables sont le contrôle des prix intérieurs, les subventions publiques et le commerce d'État.

3.144 Aux yeux des États-Unis, 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. Vu 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.

3.145 Les États-Unis considèrent 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.

3.146 Les États-Unis font donc observer 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.

3.147 Selon les États-Unis, les lois sur la concurrence, en revanche, ne tiennent pas compte, à juste titre, de ces considérations et ne s'attaquent pas aux problèmes fondamentaux sur lesquels précisément sont axées les réglementations antidumping. Elles viennent au contraire remédier aux pratiques des entreprises privées qui sont en soi contestables parce qu'elles sont anticoncurrentielles dans l'optique antitrust.

3.148 Les États-Unis relèvent que 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'affectation optimale des ressources sur des marchés concurrentiels. En protégeant le processus concurrentiel, les lois sur la concurrence aident à assurer l'efficacité de la production, de la répartition et de la distribution d'un bout à l'autre de l'économie. Une concurrence saine, y compris potentielle, pousse à réduire les coûts et les prix (efficacité statique) et à mettre sur le marché des produits nouveaux et meilleurs (efficacité dynamique).

3.149 Les États-Unis font valoir que 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.

3.150 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.

3.151 Les États-Unis rappellent qu'en 1998, dans le Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, les Communautés européennes se sont penchées sur la distinction entre les réglementations antidumping et les règles de concurrence:

"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."¹²⁶

3.152 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".¹²⁷

4. La portée de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping

3.153 Selon les **États-Unis**, rien dans le texte de l'article VI ni de l'Accord antidumping n'étaye l'assertion implicite du Japon selon laquelle ces disciplines régissent toute mesure fondée à un quelconque égard sur la notion de discrimination de prix internationale. Nulle part le texte de l'article VI ou celui de l'Accord antidumping 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.

3.154 Les États-Unis font valoir en outre qu'à lire de manière restrictive le 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 réglementations 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).

¹²⁶ Les États-Unis font référence au document WT/WGTCP/W/78.

¹²⁷ Rapport de la réunion des 27 et 28 juillet 1998, WT/WGTCP/M/5, 25 septembre 1998, paragraphe 71.

3.155 Les États-Unis considèrent 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.

3.156 Les États-Unis font valoir que, 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. Au sens large, elles visent le comportement qui restreint la liberté économique des consommateurs et des concurrents.¹²⁸ 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.

3.157 Les États-Unis indiquent, en résumé, qu'un examen du texte et des objectifs des deux ensembles de règles confirme que l'article VI et l'Accord antidumping ne régissent pas toutes les réglementations qui font référence à la discrimination de prix indépendamment des autres prescriptions de la loi. La Loi de 1916 ne vise pas les simples différences de prix qui constituent le dumping au titre des réglementations antidumping et ne repose pas non plus sur la notion de dommage grave subi par une branche de production nationale. Par conséquent, comme c'est une loi de type antitrust, elle n'est pas régie par l'article VI et l'Accord antidumping.

3.158 Les États-Unis considèrent que, si le Groupe spécial devait accepter l'argument du Japon et décider que l'article VI et l'Accord antidumping s'appliquent 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 autres lois des Membres sur la tentative de monopolisation ou l'abus de position dominante telles que celles qui existent au Japon et dans les CE seraient illégales au regard de l'OMC dans la mesure où elles 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.

3.159 En réponse à une demande d'éclaircissement de leur argumentation formulée par le Groupe spécial, les États-Unis indiquent que l'interprétation large de l'article VI préconisée par le Japon et les CE semblerait empêcher l'application de toute mesure corrective juridique contre la discrimination de prix internationale autre que l'imposition de droits qui la compensent, prévue en particulier dans les Accords de l'OMC. Logiquement, cela rendrait inopérant tout aspect de la législation antitrust sur la concurrence d'un Membre applicable aux pratiques de prix prédateurs transfrontières. Aux États-Unis, cela inclurait au moins les articles 1^{er} et 2 de la Loi Sherman¹²⁹, voire les allégations de prix prédateurs au titre de la Loi Robinson-Patman, si les marchandises en question étaient importées (et vendues à un niveau prédateur par des filiales ou des agents américains des exportateurs). Dans l'UE, cela engloberait l'article 82 du Traité d'Amsterdam et les législations similaires des États membres (Allemagne et France par exemple), et au Japon certains aspects de la Loi antimonopole. Même lorsqu'il n'y a pas de comparaison expresse et systématique entre les prix bas pratiqués sur le territoire de l'État qui applique la législation et les prix plus élevés dans l'État exportateur, une loi antitrust peut interdire les prix de vente prédateurs pour les marchandises importées (ainsi que les

¹²⁸ Les États-Unis font référence à *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 US 1, page 4 (1958).

¹²⁹ En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis indiquent que la Loi Sherman ne mentionne pas expressément la discrimination en matière de prix mais vise indirectement la discrimination de prix internationale lorsque celle-ci constitue un élément factuel d'un cas de monopolisation fondé sur des prix prédateurs (y compris les ententes ou tentatives en vue de monopoliser le marché).

marchandises nationales).¹³⁰ Si l'on considère soudainement que les "droits antidumping" sont en toute circonstance l'unique mesure corrective possible contre des importations à bas prix, on peut s'interroger sur l'avenir de ces sortes de mesures correctives antitrust.

3.160 Les États-Unis relèvent en outre que, dans la mesure où la Loi antimonopole interdit de vendre à bas prix des produits importés, la politique menée par le Japon lui-même en matière de concurrence pourrait être menacée par les arguments en faveur de l'exclusivité de l'article VI. Cela pourrait inclure l'application des dispositions de cette loi à l'encontre de la monopolisation et des "pratiques commerciales déloyales". Selon la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, ces pratiques comprennent le "refus de traiter, la discrimination de prix, le dumping et les prix imposés".¹³¹ La portée exclusive revendiquée pour l'article VI du GATT de 1994 pourrait aussi empêcher la JFTC de continuer à appliquer ses "Directives concernant les rabais inéquitables" dans la mesure où elles s'appliquent contre les marchandises importées vendues à bas prix.

3.161 Les États-Unis font valoir que, de la même manière, les affaires d'"abus de position dominante" de l'UE telles que *TetraPak II*¹³², voire les mesures telles que la décision prise en 1997 par la Commission au sujet du rachat par Boeing de McDonnell Douglas¹³³ pourraient être suspectes, car elles comportaient des allégations selon lesquelles des entreprises étrangères se servaient de leur position dominante sur les marchés étrangers pour se livrer à des actes prédateurs dans l'UE. Sachant que les CE s'efforcent d'intégrer des marchés nationaux précédemment séparés, Bruxelles considère souvent avec inquiétude les discriminations de prix géographiques.¹³⁴

3.162 Le **Japon** répond qu'indépendamment de la question de savoir où commencent et où finissent précisément les lois antitrust, les partenaires commerciaux du monde entier ont décidé où commençaient et où finissaient les lois antidumping, et les deux types de lois sont distincts. Lorsqu'on examine le comportement réglementé par le texte clair et sans ambiguïté de la Loi de 1916, le caractère de cette loi devient évident. Elle réglemente le dumping.¹³⁵ Il ne s'agit pas d'une question

¹³⁰ Les États-Unis considèrent que le souci de faire appliquer la législation découlerait nécessairement d'effets économiques défavorables constatés à l'intérieur du pays qui l'applique et non à l'extérieur. Comme le sait le Groupe spécial, les affaires de monopolisation (et d'abus de position dominante) exigent l'identification d'un marché pertinent approprié à l'intérieur de la juridiction antitrust nationale. Un tel marché pourrait, du point de vue géographique, englober une partie du territoire de l'État qui applique la législation ou sa totalité, ou même une zone plus large dont l'État en question constituerait une partie (par exemple, des marchés "régionaux" ou "mondiaux").

¹³¹ Les États-Unis font référence à "Overview of the Anti-Monopoly Act," texte trouvé à "www.jftc.admix.go.jp/e-page/ama.htm").

¹³² Les États-Unis font référence à [1997] 4 CMLR 662 (ECJ 1996).

¹³³ Les États-Unis font référence à la décision du 30 juillet 1997, C (97) 2598.

¹³⁴ Les États-Unis font référence à Springer, *Borden and United Brands Revisited: a Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and U.S. Law*, 1 ECLR 42 (1997).

¹³⁵ En réponse à une question du Groupe spécial sur la portée de l'article VI et de l'Accord antidumping, le Japon indique qu'ils visent la discrimination de prix internationale dans laquelle les prix sur le marché du pays importateur sont inférieurs aux prix sur le marché du pays exportateur. Lorsque les conditions qui donnent lieu à ce type de discrimination de prix internationale sont remplies, une loi, quelque nom qu'on lui donne, est une mesure antidumping et doit être conforme à l'article VI et à l'Accord antidumping. En réponse à une question similaire des États-Unis sur le point de savoir si l'article VI et l'Accord antidumping s'appliqueraient à toute loi reposant sur la notion de discrimination de prix indépendamment de tous autres éléments dont cette loi exigerait la preuve, le Japon indique que l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping régissent toutes les lois et réglementations destinées à lutter contre la discrimination de prix internationale telle qu'elle est définie dans ces dispositions. Le fait d'exiger la preuve d'autres éléments ne change rien au fait qu'une loi est régie ou non par l'article VI et l'Accord antidumping. Un Membre ne peut se dérober aux obligations énoncées à l'article VI et dans l'Accord antidumping simplement en ajoutant, en modifiant ou en supprimant un élément. Et il ne peut non plus s'y dérober en ajoutant des dispositions non admissibles en matière de sanction qui sont différentes de celles autorisées par l'article VI et l'Accord antidumping ou plus sévères que celles-ci.

de lutte antitrust, et la décision du Groupe spécial en faveur du Japon sera sans effets sur les lois antitrust des Membres.¹³⁶

3.163 Le Japon rappelle aussi que la question qui se pose dans la procédure actuelle n'est pas la portée des lois antitrust des autres Membres mais le fait de savoir si la Loi de 1916 est incompatible avec les dispositions de l'OMC. Les États-Unis cherchent une fois encore à détourner l'attention du Groupe spécial vers les lois antitrust ou les lois sur la concurrence du Japon et de l'UE. Ce sujet est hors de propos et, de surcroît, ne relève pas du mandat du présent Groupe spécial.

3.164 Le Japon relève enfin que les États-Unis allèguent, dans leur réponse à une question du Groupe spécial, que la politique menée par le Japon lui-même en matière de concurrence pourrait être menacée par son argumentation en faveur de l'exclusivité de l'article VI. Les États-Unis citent le terme de "dumping" totalement hors du contexte dans lequel il est employé dans la page d'accueil non officielle en anglais de la JFTC et formulent une assertion erronée. L'examen de la version japonaise qui fait foi de la "Notification n° 15 du 18 juin 1982 de la Commission des pratiques commerciales loyales concernant les pratiques commerciales déloyales" démontre avec une absolue clarté que la Loi antimonopole du Japon régit les "ventes déloyales à bas prix" et non la "discrimination de prix internationale", comme le prétendent les États-Unis. Le terme de "dumping" figurant dans la page d'accueil de la Commission des pratiques commerciales loyales n'est employé que dans un sens générique pour désigner les "ventes déloyales à bas prix", afin de faciliter la compréhension du grand public.¹³⁷

3.165 Les **États-Unis** rejettent la tentative faite par le Japon pour minimiser les incidences nécessaires de sa position en l'espèce concernant les autres lois antitrust. L'argument du Japon se réduit apparemment à l'allégation que les lois antitrust ne régissent que la discrimination en matière de prix *intérieurs* et donc qu'aucune réglementation antitrust ne serait affectée par une constatation du présent Groupe spécial selon laquelle les mesures relatives à la discrimination de prix *internationale* doivent être conformes à l'article VI et à l'Accord antidumping.

3.166 Les États-Unis ne peuvent être d'accord. L'énoncé général du Japon selon lequel les réglementations antitrust ne régissent que la discrimination en matière de prix intérieurs ne correspond pas à la réalité. Aux États-Unis, la Loi Sherman et certaines parties de la Loi Clayton s'appliquent manifestement au comportement étranger qui a des effets anticoncurrentiels directs et prévisibles aux

¹³⁶ En réponse à une question des États-Unis, le Japon indique que les "pratiques de prix prédateurs" telle que cette expression est employée dans les lois antitrust n'ont pas besoin d'être conformes aux prescriptions de l'article VI et de l'Accord antidumping.

¹³⁷ En réponse à une question des États-Unis sur le point de savoir si le Japon admet que le terme de "dumping" peut être employé dans un contexte qui ne relève pas de l'article VI ou de l'Accord antidumping, le Japon indique que le terme de "dumping" peut inclure des notions diverses et ne signifie pas nécessairement "discrimination de prix internationale" en vertu de l'article VI du GATT de 1994. Par exemple, dans le rapport du groupe spécial *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, le terme de "dumping" désigne l'acte consistant, pour un raffineur, mélangeur ou importateur, à incorporer à l'essence ancienne formule des composants pour carburants dont l'utilisation est limitée dans l'essence nouvelle formule. Le Japon fait référence au paragraphe 2.4 du rapport du groupe spécial. Or, le Japon traite ici de la question du dumping tel qu'il est défini à l'article VI du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping. Par conséquent, toutes les autres définitions du "dumping" sont hors de propos. À une autre question des États-Unis sur le point de savoir si la JFTC est responsable du contenu du site Web en anglais, le Japon répond par l'affirmative. Toutefois, le terme "dumping" n'apparaît qu'une seule fois dans la page d'accueil en anglais, à un endroit où la JFTC donne un aperçu très général de la Loi antimonopole pour faciliter la compréhension du grand public. Quoi qu'il en soit, le Japon considère que ce type de débat sémantique engagé par les États-Unis n'a absolument rien à voir avec la présente affaire et ne sert qu'à obscurcir les questions importantes soulevées par la procédure actuelle. Il fait valoir que, pour déterminer la signification et la connotation juridiques d'une loi japonaise, il faut toujours se référer à l'exemplaire de la loi et de la notification qui fait foi et qui n'est disponible qu'en japonais. L'assertion des États-Unis est donc erronée et injustifiée.

États-Unis. Il en est ainsi depuis de nombreuses années, et cela ne soulève plus guère de controverses. Par exemple, la Loi Sherman et la Loi Clayton sont appliquées depuis longtemps - lorsqu'il y a lieu - au comportement de parties américaines et étrangères en matière de prix au niveau international. Parmi les premières affaires relevant de la Loi Sherman, il y a eu *United States v. American Tobacco Co.*¹³⁸ et *United States v. Pacific and Arctic Ry. Co.*¹³⁹. On peut également citer la plainte du Département de la justice dans *United States v. United Fruit Company*¹⁴⁰, et l'affaire privée *Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways*.¹⁴¹

3.167 Les États-Unis observent que plus récemment, dans sa décision de 1986 relative à l'affaire *Matsushita Electrical*, la Cour suprême a évalué des allégations formulées au titre de la Loi Sherman à l'encontre d'exportateurs japonais de téléviseurs, qui reposaient sur les mêmes faits que les allégations formulées sans succès par les demandeurs au titre de la Loi de 1916. Elle a rejeté les allégations formulées au titre de la Loi Sherman au motif qu'elles n'apportaient pas la preuve que les pertes dues à la prédation seraient récupérées dans l'avenir grâce à la rente de monopole, et non parce que ce comportement ne relevait pas de la législation antitrust. L'exemple le plus récent est peut-être le jugement d'expédient antitrust rendu en 1995 par le Département de la justice à l'encontre de la coentreprise prévue entre une entreprise américaine et deux entreprises européennes de télécommunications. Ce jugement répondait à la crainte que ces entreprises n'utilisent des facilités de monopole à l'étranger pour se livrer à des pratiques d'exclusion et de discrimination sur les marchés internationaux des télécommunications.¹⁴² De même, dans *Silicon Graphics, Inc.*, la Commission fédérale du commerce a approuvé une ordonnance d'expédient qui réglait des allégations figurant dans une plainte concomitante selon laquelle un rachat envisagé serait contraire à l'article 7 de la Loi Clayton et à l'article 5 de la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce. Le plaignant alléguait, entre autres, que le rachat envisagé faciliterait, grâce à une discrimination en matière de prix, l'exercice unilatéral d'une puissance commerciale par le repreneur sur le marché mondial des stations de jeu graphiques.¹⁴³ Comme le démontrent ces affaires, on peut s'occuper de la discrimination de prix internationale sans se désintéresser d'autres préoccupations antitrust.

3.168 Les États-Unis avancent que de nombreuses autres lois antitrust des Membres ont un domaine d'application international similaire – par exemple les articles antitrust du Traité d'Amsterdam. Ils reconnaissent que le Japon a considéré pendant de nombreuses années que sa Loi antimonopole n'avait pas de portée internationale, mais croient savoir que cette position est en train de changer. Le Japon applique désormais cette loi à certains comportements au-delà de ses frontières, tels que le recours à des contrats d'exclusivité par des fournisseurs étrangers et les fusions étrangères qui ont des conséquences importantes au Japon. Il n'y a pas non plus de raison évidente pour que les réglementations antitrust relatives à la discrimination en matière de prix ou au comportement prédateur s'arrêtent au "ras de l'eau". Les États-Unis rappellent d'ailleurs au Groupe spécial que, sur son site Web, la JFTC inclut le "dumping" dans sa définition des "pratiques commerciales déloyales". Il est intéressant de noter qu'en cherchant à expliquer l'emploi du terme "dumping" par la JFTC, le Japon semble admettre à présent que ce terme peut être employé dans un contexte qui ne relève pas de l'article VI et de l'Accord antidumping.

3.169 Le **Japon** s'inscrit en faux contre l'allégation des États-Unis selon laquelle il "a considéré pendant de nombreuses années que sa Loi antimonopole n'avait pas de portée internationale, mais [...] que cette position est en train de changer". Outre qu'elle présente de façon erronée la position du

¹³⁸ Les États-Unis font référence à 221 U.S. 106 (1911).

¹³⁹ Les États-Unis font référence à 228 U.S. 87 (1913).

¹⁴⁰ Les États-Unis font référence à E.D. La., Civ. Action No. 4560, 1954; plainte modifiée, 1956, jugement d'expédient, 1958.

¹⁴¹ Les États-Unis font référence à 559 F.Supp. 1124 (D.D.C. 1983).

¹⁴² Les États-Unis font référence à *United States v. Sprint Corporation*, Competitive Impact Statement (D.D.C. 1995), consultable à "www.usdoj.gov/atr/cases/".

¹⁴³ Les États-Unis font référence à *Silicon Graphics, Inc.*, 120 F.T.C. 928, 930, 933 (1995).

Japon, cette déclaration est hors de propos. Le Japon n'a jamais affirmé que sa Loi antimonopole n'avait pas de dimension internationale.¹⁴⁴

5. Le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916

3.170 Selon le **Japon**, le contexte historique et les travaux préparatoires de la Loi de 1916 montrent que le Congrès a voulu promulguer une loi antidumping pour remédier au problème commercial du dumping, c'est-à-dire de la discrimination de prix internationale.¹⁴⁵ Les responsables gouvernementaux, les législateurs et les industries des États-Unis craignaient que la fin de la première guerre mondiale ne porte préjudice aux sociétés et aux branches de production américaines à mesure que les sociétés et les branches de production étrangères chercheraient à se redresser et à récupérer ou accroître leur part du marché américain au moyen de méthodes de concurrence déloyales, y compris le dumping. Certains sénateurs et membres du Congrès ont proposé de relever les droits de douane pour conjurer cette menace. L'administration Wilson, qui préconisait un commerce libre mais loyal, a proposé au contraire une législation antidumping.

3.171 Le Japon relève que les travaux préparatoires officiels de la Loi de 1916 sont peu nombreux. On trouve néanmoins dans le compte rendu des auditions une correspondance relative à la Loi de 1916, laquelle confirme que cette loi était considérée comme une loi antidumping. Par exemple, les fabricants américains d'articles de bonneterie ont écrit ceci: "Nous sommes impatients d'avoir une législation antidumping qui protégera nos fabricants d'articles de bonneterie contre un afflux attendu d'articles de bonneterie bon marché à la suite de la guerre étrangère [...]."¹⁴⁶ Ils avertissaient toutefois qu'ils étaient "convaincus que l'article proposé [601] tel qu'il était rédigé dans H.R. 16763 n'aura aucun effet dans la lutte contre ces importations à bas prix".¹⁴⁷

3.172 Le Japon observe en outre que les comptes rendus des débats parlementaires sur la Loi de 1916 sont également peu nombreux. Certains législateurs ont toutefois indiqué que la Loi de 1916 était une mesure commerciale protectionniste ajoutée à une Loi de finances plus large pour rallier les suffrages des Républicains. Le représentant Denison a ainsi déclaré:

"Je trouve puérile cette disposition du projet de loi interdisant ce qu'on appelle la "concurrence déloyale": elle est généralement désignée sous le nom de disposition "antidumping" et est censée protéger les industries américaines [...]. Le chef de la majorité démocrate a dit [...], dans sa déclaration à la Chambre, que les Républicains devraient soutenir ce projet car cette disposition destinée à lutter contre la

¹⁴⁴ En réponse à une question des États-Unis sur le point de savoir si les lois antitrust peuvent s'appliquer à des comportements extérieurs à ses frontières mais qui influent sur la concurrence à l'intérieur de ses frontières, le Japon indique que les lois antitrust de certains Membres de l'OMC peuvent s'appliquer à des comportements extérieurs à leurs frontières mais qui influent sur la concurrence à l'intérieur de leurs frontières. Cependant, toute loi dite "antitrust" qui vise des pratiques commerciales internationales anticoncurrentielles, du fait que ces pratiques sont aussi réglementées par l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping, doit être compatible avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping si le pays concerné est Membre de l'OMC. Par conséquent, l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping s'appliquent à la Loi de 1916. Même si les États-Unis tentent à présent de présenter la Loi de 1916 comme une loi purement antitrust (malgré de nombreuses remarques officielles qui vont dans le sens contraire), cette loi est incompatible avec les obligations en question, comme l'a démontré le Japon. Toutefois, le Japon ne nie pas qu'il puisse exister des lois qui visent des pratiques commerciales internationales anticoncurrentielles auxquelles l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping ne s'appliqueraient pas. Aucune loi de ce type n'est en cause en l'espèce.

¹⁴⁵ Le Japon fait référence par exemple à *Geneva Steel*, *op. cit.*, pages 1223-24.

¹⁴⁶ Le Japon fait référence à "Hearings on H.R. 16763 Before the Senate Comm. on Finance, 64th Cong., 1st Sess.", page 274 (1916).

¹⁴⁷ Le Japon fait référence à *ibid.*

concurrence déloyale est une mesure de protection et qu'elle correspond à la politique des Républicains."¹⁴⁸

3.173 Le Japon dit que les autres membres du Congrès ont étudié les lois antidumping d'autres pays pour avoir des indications sur la manière de lutter contre le dumping aux États-Unis. Durant le débat du Congrès sur la "clause antidumping" de la Loi de finances (la Loi de 1916), le sénateur Penrose a fait valoir qu'il y avait "une loi plus efficace sur le dumping, qui a subi avec succès l'épreuve du temps et de l'expérience et figure dans la législation douanière du Canada".¹⁴⁹ Arguant que la législation antidumping ne devrait imposer aucune condition d'intention, il a expliqué comment fonctionnait la loi antidumping canadienne et fait observer que l'Afrique du Sud et l'Australie avaient des lois antidumping similaires.¹⁵⁰ Ses observations démontrent que le Congrès connaissait bien le problème du dumping et cherchait à y remédier lorsqu'il a adopté la Loi de 1916.

3.174 Le Japon fait valoir que les événements consécutifs à l'adoption de la Loi de 1916 confirment qu'il s'agit d'une loi antidumping. Plusieurs parties étaient opposées à la condition d'intention inscrite dans la Loi; les faits leur ont donné raison par la suite. La Commission douanière des États-Unis (qui est à présent la Commission du commerce international) a remis en 1919 un rapport concluant que la Loi de 1916 ne décourageait pas le dumping. Elle a recommandé d'aborder le problème en adoptant une loi rédigée sur le modèle de la loi antidumping canadienne de 1904 (qui prévoyait le calcul de droits antidumping sur des marchandises importées comparables aux marchandises canadiennes si les premières étaient vendues au-dessous de leur valeur commerciale à l'étranger).

3.175 Le Japon indique qu'un projet de loi prévoyant le calcul de droits antidumping a ensuite été déposé et adopté par la Chambre des représentants en 1919.¹⁵¹ Il "prévoyait l'imposition, sur toutes les marchandises importées vendues par l'exportateur à un prix inférieur à leur valeur intérieure à l'étranger et appartenant à une catégorie ou un type produit aux États-Unis ou faisant concurrence à des produits américains, de droits de dumping égaux à la différence entre la valeur intérieure à l'étranger et le prix à l'exportation".¹⁵² Le représentant Kitchin, qui figurait parmi les auteurs de la Loi de 1916, a dit que, "[d]ans la loi de 1916, [...] nous avons une proposition antidumping aussi rigoureuse et draconienne que celle qui figure dans le présent projet de loi".¹⁵³

3.176 Le Japon rappelle en outre que la Commission des finances du Sénat avait remplacé la disposition de la Chambre par une autre mesure. La version du Sénat disposait que des droits antidumping ne seraient appliqués qu'après que le Secrétaire du Trésor aurait constaté qu'une branche de production américaine subissait ou risquait de subir un dommage ou que sa création était empêchée du fait du dumping.¹⁵⁴ Cette mesure n'a pas été mise aux voix par le Sénat, mais elle a servi de modèle pour la législation qui est devenue par la suite la Loi antidumping de 1921.

¹⁴⁸ 53 Cong. Rec. App. 1475 (1916). Le Japon indique que d'autres personnes considéraient la Loi de 1916 comme une concession aux Républicains protectionnistes. Il fait référence par exemple à 53 Cong. Rec. 10761 (1916), où le représentant Fess dit de la clause antidumping que c'était l'une des "nombreuses concessions spécifiques" inscrites dans une Loi de finances plus large afin de rallier les suffrages des Républicains nécessaires pour mettre en œuvre un impôt sur le revenu controversé; *ibid.*, page 10751, où le représentant Green dit que "le but et l'objet d'une clause antidumping sont de la bonne doctrine républicaine"; *ibid.*, page 10616, où le représentant Bailey se plaint que cette clause "fermera la porte [...] à la concurrence étrangère" et est "contraire à la doctrine démocrate [et représente] une concession au républicanisme".

¹⁴⁹ Le Japon fait référence à 53 Cong. Rec. S13080 (1916) (déclaration du sénateur Penrose).

¹⁵⁰ Le Japon fait référence à *ibid.*

¹⁵¹ Le Japon fait référence à 59 Cong. Rec. 351.

¹⁵² J. Viner, *Dumping: A Problem in International Trade*, University of Chicago Press (1979 ed.), page 259.

¹⁵³ 59 Cong. Rec. 346.

¹⁵⁴ Le Japon fait référence à Viner, *op. cit.*, page 259.

3.177 Le Japon relève que la Loi de 1921 était une loi administrative complète destinée à remédier à la discrimination de prix entre les marchés étrangers et américain qui causait ou menaçait de causer un dommage à une branche de production américaine. À la différence de la Loi de 1916, elle n'imposait pas de condition d'intention, et la réparation prenait la forme de droits antidumping spéciaux au lieu de dommages-intérêts au triple dans une procédure civile ou pénale.

3.178 Le Japon observe qu'en 1975, lorsque les défendeurs dans une action en justice intentée aux États-Unis ont fait valoir que la Loi de 1916 devrait être annulée comme étant une loi pénale inconstitutionnellement vague, un tribunal américain a invoqué l'interprétation courante de la notion de dumping comme l'une des principales raisons pour rejeter cet argument:

"[...] le phénomène décrit par les termes de la [Loi de 1916] a une référence significative dans l'usage et la pratique des affaires. [...] 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 légiférait en votant cette loi. Le titre familial de la Loi constitue lui-même une indication supplémentaire que le comportement décrit à une référence significative dans les affaires. 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."¹⁵⁵

3.179 Les **États-Unis** avancent que la Loi de 1916 faisait partie d'une série de lois à caractère antitrust adoptées par le Congrès entre 1914 et 1916 afin de compléter les lois antitrust alors en vigueur, et surtout la Loi Sherman, qui avait été promulguée en 1890 et qui constitue la première et la plus fondamentale des lois antitrust américaines.¹⁵⁶ En 1914, le Congrès a adopté la Loi Clayton¹⁵⁷ et la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce.¹⁵⁸ Deux ans plus tard, il a adopté la Loi de 1916.

3.180 Les États-Unis signalent en outre que, quand la Loi de 1916 a ensuite été reprise dans le Code des États-Unis, elle a été placée sous le titre 15, "Commerce intérieur et international". Ont également été placées sous le titre 15 la Loi Sherman, la Loi Clayton et la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce, qui sont toutes des lois antitrust. En revanche, les lois antidumping sont reprises au titre 19.¹⁵⁹

¹⁵⁵ *Zenith II, op. cit.*, pages 258-59, aff'd, 723 F.2d 319, page 326 (3d Cir. 1983) (citations omises par le Japon).

¹⁵⁶ Les États-Unis font référence à 26 Stat. 209 (1890) (repris dans 15 U.S.C. §§ 1-7).

¹⁵⁷ Les États-Unis font référence à 38 Stat. 730 (1914) (repris dans 15 U.S.C. §§ 12-27).

¹⁵⁸ Les États-Unis font référence à 38 Stat. 717 (1914) (repris dans 15 U.S.C. §§ 41-58).

¹⁵⁹ En réponse à une question du Japon sur l'importance du placement d'une loi sous un certain titre dans le Code des États-Unis et sur le point de savoir si la codification correspond effectivement à l'intention du législateur, les États-Unis indiquent qu'ordinairement, lorsqu'une loi a été adoptée par le Congrès et promulguée, elle ne précise pas elle-même sous quel titre du Code des États-Unis elle doit être placée. Le placement de la nouvelle loi sous le titre approprié incombe au Bureau du Conseiller à la révision des lois, qui a été créé conformément à l'article 285 du titre 2 du Code des États-Unis (2 U.S.C. § 285). La personne qui dirige ce bureau, dénommée Conseiller à la révision des lois, est nommée de façon non partisane par le Président de la Chambre des représentants (voir 2 U.S.C. § 285c, où il est dit que "[...] le Conseiller à la révision des lois [...] est nommé par le Président indépendamment de son appartenance politique et uniquement en fonction de son aptitude à accomplir les tâches requises par cette position"; 2 U.S.C. 285a, où il est dit que le Bureau du Conseiller à la révision des lois "doit se montrer impartial quant aux questions de politique législative à trancher par la Chambre"). Les tâches du Bureau du Conseiller à la révision des lois, qui sont supervisées par la Commission judiciaire de la Chambre des représentants, sont énoncées à l'article 285. Elles consistent notamment à élaborer "une compilation, reformulation et révision complète des lois générales et permanentes des États-Unis, qui soit conforme à la politique, à l'intention et au but voulus du Congrès dans les textes promulgués à l'origine [...], aux fins de la promulgation de chaque titre comme droit positif", ainsi qu'à "élaborer et présenter périodiquement les révisions des titres du code promulgués comme droit positif qui

3.181 Les États-Unis jugent incomplète et trompeuse la description faite par le Japon des travaux préparatoires de la Loi de 1916. Le Japon s'appuie sur des fragments isolés de témoignages du Congrès et même de l'industrie privée pour aller à l'encontre de l'orientation manifeste des comptes rendus. Certaines de ses références historiques datent d'années postérieures à l'adoption de la Loi, ce qui équivaut à un commentaire *a posteriori* et ne correspond pas aux travaux préparatoires réels de celle-ci.

3.182 Les États-Unis font valoir que la préparation de la Loi de 1916 remonte en fait à 1912. Cette année-là, le Président Woodrow Wilson a été élu sur un programme qui promettait d'importantes réductions des droits de douane; les droits devaient être ramenés à un niveau qui permette de rapporter des recettes suffisantes au fonctionnement de l'État, mais qui ne soit pas élevé au point d'assurer une protection inutile à l'industrie nationale. Le parti démocrate, auquel appartenait Wilson, avait aussi promis une application plus rigoureuse de la législation antitrust.¹⁶⁰ Durant le premier mandat du Président Wilson, la Loi douanière de 1913, connue sous le nom de Loi douanière Underwood, a été promulguée ainsi que la Loi Clayton (15 U.S.C. §§ 12 et suivants) et la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce (15 U.S.C. §§ 41 et suivants).

3.183 Les États-Unis observent qu'en 1915 le Secrétaire au commerce, membre du Cabinet du Président Wilson, a déterminé qu'il fallait une législation supplémentaire sur la concurrence.¹⁶¹ Il a déclaré que la "concurrence déloyale" est prohibée par la loi dans le commerce intérieur [...], 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

peuvent être nécessaires pour tenir à jour ces titres" (2 U.S.C. § 285b). En outre, le Bureau du Conseiller à la révision des lois est chargé de "classer les dispositions législatives nouvellement promulguées selon la position qui leur convient dans le code lorsque les titres concernés n'ont pas encore été promulgués comme droit positif" (*ibid.*). À titre d'information, la distinction entre un titre du Code des États-Unis qui fait partie du "droit positif" et un qui n'en fait pas partie ne concerne principalement que des objectifs de rédaction technique des textes législatifs et sert à établir, aux fins de preuve légale, le libellé exact d'une loi. Un titre du Code des États-Unis fait partie du "droit positif" lorsqu'il a été lui-même promulgué comme loi. Il ne fait pas partie du "droit positif" lorsqu'il constitue un recueil de certaines lois générales et permanentes qui ont été placées là par le Bureau du Conseiller à la révision des lois, sous la supervision de la Commission judiciaire de la Chambre. En pareil cas, le "droit positif" est constitué par chacune des lois générales et permanentes qui ont été placées sous ce titre. Par exemple, les titres 15 et 19 ne font pas partie actuellement du "droit positif". Cela signifie simplement qu'en ce qui concerne par exemple la Loi de 1916, les articles 71 à 74 du titre 15 du Code des États-Unis ne sont pas du "droit positif"; le "droit positif" est constitué par les articles 801 à 804 de la Loi de finances de 1916. De même, en ce qui concerne la Loi douanière de 1930 modifiée, qui est la loi antidumping actuelle des États-Unis, les articles 1671 et suivants du titre 19 du Code des États-Unis ne sont pas du "droit positif"; le "droit positif" est constitué par les articles 701 et suivants de la Loi douanière de 1930 modifiée. Le Bureau du Conseiller à la révision des lois est actuellement engagé dans un projet permanent et complet, autorisé par la loi, en vue de réviser et de codifier chaque titre du Code des États-Unis pour le promulguer comme "droit positif". Jusqu'à présent, 22 titres sur 50 ont été transformés en "droit positif". Les États-Unis indiquent, aux fins du présent différend, que le Code des États-Unis lui-même a vu le jour en 1926, dix ans après la promulgation de la Loi de 1916 et bien avant la création du Bureau du Conseiller à la révision des lois. Jusque-là, les lois américaines étaient simplement regroupées dans un recueil intitulé "Statutes at Large", organisé selon l'ordre chronologique de la promulgation. La création du Code des États-Unis en 1926 a été entreprise par la Commission de révision des lois de la Chambre, avec l'aide d'un comité restreint du Sénat. C'est à ce moment-là que les lois américaines ont été assemblées et classées pour la première fois. Les États-Unis indiquent aussi que plus récemment, en 1994, la Commission judiciaire de la Chambre a publié un recueil de certaines lois antitrust ("Compilation of Selected Anti-trust Laws"), où la Loi de 1916 figure expressément comme l'une des principales lois antitrust. C'est également la Commission judiciaire de la Chambre qui supervise les travaux du Bureau du Conseiller à la révision des lois.

¹⁶⁰ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1218.

¹⁶¹ Les États-Unis font référence au Rapport annuel du Secrétaire au commerce de 1915, 40-41 (1915).

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". Le Secrétaire concluait qu'il "préférait [...] y remédier par une autre méthode que les droits de douane, en en faisant plutôt une infraction similaire à la concurrence déloyale intérieure qui est désormais interdite". Plus précisément, il

"recommand[ait] qu'une loi complémentaire à la Loi antitrust Clayton soit promulguée afin de rendre illicite la vente ou l'achat d'articles d'origine ou de fabrication étrangère lorsque les prix à payer sont largement inférieurs aux prix en vigueur pour ces articles dans le pays de production ou le pays d'où ils sont expédiés, dans le cas où ces prix restreignent substantiellement la concurrence des producteurs américains ou tendent à créer un monopole sur les marchés américains en faveur du producteur étranger."¹⁶²

3.184 Les États-Unis rappellent qu'en 1916 le Congrès a promulgué une législation mettant en œuvre la suggestion du Secrétaire au commerce¹⁶³ selon laquelle la Loi Clayton devrait être étendue au commerce d'importation. Le 1^{er} juillet 1916, le représentant Claude Kitchin a déposé le texte H.R. 16763, un vaste projet de loi destiné à percevoir des recettes supplémentaires grâce à l'élargissement de l'impôt sur le revenu et à la mise en place d'un impôt successoral fédéral. Ce texte contenait aussi, dans un article intitulé "concurrence déloyale", la disposition qui est devenue 15 U.S.C. § 72. Lors du débat qui s'est tenu sur ce projet à la Chambre des représentants, le représentant Kitchin a décrit cette disposition dans des termes qui indiquaient clairement que l'article en question visait à compléter les lois antitrust existantes et non à assurer une protection à des branches de production en particulier:

"Et puis, il y a dans ce projet de loi une disposition relative à la concurrence déloyale qui devrait être conforme aux idées républicaines et démocrates. Durant les 50 ans où il a rédigé des textes sur les droits de douane, le parti républicain n'a jamais eu la sagesse, le jugement ni le patriotisme d'incorporer dans aucune de ses lois une proposition concernant la concurrence déloyale. 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."¹⁶⁴

3.185 Les États-Unis rappellent en outre que le projet de loi du représentant Kitchin a fait l'objet d'un rapport favorable de la Commission des voies et moyens de la Chambre à l'intention de l'ensemble de la Chambre. La Commission affirmait dans ce rapport que le projet appliquait les mêmes règles concernant la concurrence déloyale au commerçant étranger à l'importation qu'au commerçant national sur le marché intérieur et qu'il plaçait "les personnes, sociétés de personnes, sociétés anonymes et associations étrangères, dont les produits sont vendus dans ce pays, [...] dans la même position que nos fabricants par rapport à la concurrence déloyale".¹⁶⁵

3.186 Les États-Unis indiquent que, durant le débat sur le texte H.R. 16763, de nombreux membres républicains du Congrès ont critiqué l'approche suivie dans la disposition antidumping, affirmant qu'il fallait protéger des branches de production entières et que le relèvement des droits de douane était la seule méthode adéquate pour protéger l'industrie américaine de la concurrence qui ferait suite à la

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Les États-Unis soutiennent que le Congrès connaissait la recommandation du Secrétaire. Ils font référence à 53 Cong. Rec. 13 079 (1916) (sénateur Penrose); 53 Cong. Rec. App. 1475 (1916) (remarques du représentant Denison).

¹⁶⁴ 53 Cong. Rec. App. 1938 (1916).

¹⁶⁵ H.R. Rep. 922, 64th Cong., 1st Sess. 9-10 (1916).

guerre.¹⁶⁶ Ainsi, les adversaires de cette législation reconnaissaient qu'elle n'était pas destinée à protéger des branches de production américaines en particulier, comme le feraient des droits de douane et d'autres droits, mais plutôt à lutter contre la concurrence déloyale. Un membre républicain du Congrès a même proposé que ses collègues récrivent la disposition "sous la forme d'une mesure protectrice", en y incluant une disposition débattue (mais non adoptée) lors d'une séance antérieure du Congrès et qui calculait des droits en cas de antidumping.¹⁶⁷ Comme on l'a dit précédemment, la disposition devenue ensuite 15 U.S.C. § 72, une initiative des démocrates, était destinée à protéger la concurrence.¹⁶⁸

3.187 Les États-Unis font valoir que la description faite par le Japon des événements de 1919-1921 est correcte dans la mesure où elle montre que la Commission douanière a constaté que la Loi de 1916 n'avait pas d'effets protectionnistes et que la Loi antidumping de 1921 était très "différente" de la Loi de 1916. Toutefois, le Japon cite aussi une déclaration parlementaire faite en 1919 par le représentant Kitchin comme prouvant qu'il estimait que la Loi était une "proposition antidumping". Or, cette citation date de trois ans après les faits et est sortie de son contexte. D'autres remarques faites par le représentant Kitchin au cours du même débat parlementaire montrent qu'il estimait que la Loi de 1916 ne portait que sur le comportement anticoncurrentiel.¹⁶⁹ Il a ainsi déclaré ceci:

"Nous avons tenté de nous prémunir contre la concurrence déloyale de la part des étrangers en adoptant la Loi de 1916. Nous sommes disposés à accepter que des marchandises étrangères viennent ici faire concurrence aux marchandises d'origine américaine, mais il ne doit pas y avoir une concurrence telle qu'elle élimine l'industrie américaine et donne ainsi un monopole aux étrangers.

Dans la Loi antitrust Clayton, que nous les démocrates avons adoptée, nous avons pris des mesures contre la concurrence déloyale entre nos industries nationales.

¹⁶⁶ Les États-Unis font référence par exemple à 53 Cong. Rec. 10 531 (1916) (représentant Longworth) (faisant valoir, selon les États-Unis, que cette disposition devrait être couplée à un droit de douane protecteur); *ibid.*, page 10587 (représentant Green) (faisant valoir, selon les États-Unis, qu'il fallait des droits de douane plus élevés); *ibid.*, page 10607 (représentant Meeker) (faisant valoir, selon les États-Unis, le même argument); *ibid.*, page 10619 (représentant Switzer) (faisant valoir, selon les États-Unis, que cette disposition devrait être complétée par un relèvement des droits de douane); *ibid.*, pages 13079-80 (sénateur Penrose) (faisant valoir, selon les États-Unis, que cette disposition était improvisée et qu'il fallait un droit de douane protecteur); *ibid.*, page 13490 (sénateur Colt) (faisant valoir, selon les États-Unis, que seuls des droits pouvaient sauvegarder les industries américaines et que cette disposition était "manifestement insuffisante").

¹⁶⁷ Les États-Unis font référence à *ibid.*, page 10761 (représentant Fess). Ils indiquent que, lors de sa session précédente, le Congrès avait examiné et rejeté une législation antidumping inspirée d'une loi canadienne, qui préfigurait les lois antidumping modernes en prévoyant une procédure administrative et l'imposition de droits sans qu'il y ait d'enquête sur l'intention de l'importateur. Ils font référence à *Zenith III, op. cit.*, page 1217; 53 Cong. Rec. 10619 (1916) (représentant Switzer); *ibid.*, page 13077 (sénateur Penrose); *ibid.*, page 13080 (texte de la loi canadienne). Les États-Unis soutiennent donc que le Congrès savait qu'une telle approche était possible mais qu'il avait choisi de promulguer l'article 72 – qui exige une intention anticoncurrentielle et prévoit des mesures correctives judiciaires et non pas administratives.

¹⁶⁸ Les États-Unis admettent qu'il est également vrai que certains membres du Congrès ont qualifié cette disposition de "protectionniste" ou y ont vu une "concession" aux républicains protectionnistes, afin de les amener à voter les dispositions rebutantes du projet de loi concernant l'impôt sur le revenu. Ils font référence par exemple à 53 Cong. Rec. 10588, pages 10594-95, 10619, 10747, 10749-50, 10761 (1916). Toutefois, ces remarques ne prévalent pas, selon eux, sur le fait que le projet de loi a été qualifié par l'administration qui l'a proposé, par son auteur et par le rapport de la Chambre comme un texte destiné uniquement à empêcher la concurrence déloyale. Les États-Unis font référence à *Zenith III, op. cit.*, page 1223, où le tribunal énumère les affaires relatives au poids plus grand à accorder aux rapports des commissions du Congrès et aux déclarations de l'auteur du projet de loi.

¹⁶⁹ Les États-Unis font référence à 59 Cong. Rec., page 346 (non pas la page 351).

À présent, s'il est opportun et juste de protéger nos industries nationales contre la concurrence déloyale d'autres industries nationales, pourquoi est-il inopportun et injuste de protéger nos industries nationales contre la concurrence déloyale des industries étrangères?"¹⁷⁰

3.188 Les États-Unis indiquent que, durant le même débat à la Chambre, un autre membre du Congrès, le représentant Fordney, a donné comme exemple de concurrence étrangère déloyale les exportations allemandes d'un certain produit chimique:

"Prenez le cas de l'acide oxalique, qui se vendait 6,5 cents la livre lorsque nos producteurs nationaux ont dû cesser leurs activités en raison de cette concurrence déloyale. Cela fait, les Allemands ont immédiatement relevé le prix à 9 cents la livre – un niveau plus élevé que jamais."¹⁷¹

3.189 Les États-Unis relèvent qu'un exemple similaire a été invoqué durant les débats que le Sénat a eus en 1921 à propos de la Loi antidumping de 1921, lorsque le sénateur Simmons a affirmé que le "monopole allemand des colorants" avait "délibérément, sciemment et intentionnellement" emprunté une voie destinée à éliminer l'industrie américaine des colorants:

"La disposition [de la Loi de 1916] devait répondre à un cas comme celui-là, où un monopole étranger ou une branche de production étrangère vend ses produits dans ce pays non pour réaliser des bénéfices ou au cours d'opérations commerciales normales, mais en vue d'éliminer une branche de production déjà établie aux États-Unis ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis. Cela était entièrement différent de la situation que nous constatons à propos de ce projet de loi."¹⁷²

3.190 Les États-Unis indiquent en outre que l'organisme chargé de réprimer les infractions à la Loi de 1916, le Département de la justice, a fait une annonce publique concernant la nature de cette loi lorsqu'elle a été adoptée. L'Assistant Attorney général Samuel J. Graham a dit que "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".¹⁷³

3.191 Les États-Unis indiquent enfin, et cela est déterminant aux fins qu'ils poursuivent, que le fait que les travaux préparatoires de la Loi de 1916 montrent qu'elle a été conçue comme une loi sur la concurrence est également confirmé par les décisions judiciaires qui l'ont interprétée. Par exemple, dans *Zenith III*, le tribunal a constaté spécifiquement que sa conclusion selon laquelle la Loi de 1916 était une loi antitrust était "solidement étayée par l'histoire politique et juridique de l'époque et par les travaux préparatoires de la Loi de 1916".¹⁷⁴

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, page 346.

¹⁷² 61 Cong. Rec., pages 1100 et 1101 (6 mai 1921).

¹⁷³ Lettre de Samuel J. Graham, Assistant Attorney général, datée du 30 juin 1916 (publiée dans le New York Times du 4 juillet 1916, page 10).

¹⁷⁴ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1215.

6. Les interprétations judiciaires américaines de la Loi de 1916

a) Pertinence des interprétations judiciaires de la Loi de 1916

3.192 Aux yeux du **Japon**, le texte de la Loi de 1916 est sans ambiguïté. L'analyse du Groupe spécial devrait donc se borner au texte.¹⁷⁵ La manière dont un tribunal américain qualifie la Loi n'entre pas en ligne de compte.¹⁷⁶ Quoi qu'il en soit, si le Groupe spécial examine les interprétations judiciaires américaines, il constatera qu'elles confirment que la Loi de 1916 est une mesure protectionniste contre le dumping.

3.193 Les **États-Unis** considèrent que c'est le rôle du Groupe spécial de déterminer en tant que fait la manière dont la loi est appliquée aux États-Unis. Comme la Loi de 1916 est appliquée par le biais du pouvoir judiciaire, le Groupe spécial doit considérer les interprétations judiciaires. Même s'il n'approuvait pas la manière dont les tribunaux ont interprété le texte de la Loi de 1916, cela ne devrait pas influencer sa décision dans le présent différend. Dans le système juridique américain, la Loi de 1916 signifie ce que les tribunaux disent qu'elle signifie, et c'est là le fait pertinent aux fins du présent différend.

b) Interprétation des lois en vertu du droit américain

3.194 En réponse à une question du Groupe spécial adressée aux États-Unis sur l'importance relative à accorder – par un tribunal américain et par le présent Groupe spécial – aux travaux préparatoires d'une loi par rapport à la jurisprudence qui l'interprète, les **États-Unis** indiquent que les travaux préparatoires sont un élément que les tribunaux américains considèrent lorsqu'ils interprètent une loi. Toutefois, les tribunaux utilisent différemment ces travaux préparatoires. En général, lorsque les termes de la loi sont ambigus ou que leur sens ordinaire conduirait à un résultat absurde, le tribunal considère les travaux préparatoires.¹⁷⁷ Néanmoins, certains tribunaux ont considéré les travaux préparatoires indépendamment de la clarté de la loi pour s'assurer que la clarté perçue n'était pas superficielle.¹⁷⁸ L'importance accordée à ces travaux dans l'interprétation d'une loi peut varier selon certains facteurs tels que la question de savoir s'ils sont suffisamment spécifiques, clairs et uniformes pour constituer un indicateur sûr de l'intention du législateur.¹⁷⁹ En ce qui concerne les déclarations

¹⁷⁵ Le Japon dit que les États-Unis ont beau alléguer que le Groupe spécial devrait s'en remettre à leur qualification de la Loi comme mesure corrective antitrust, il juge cela incorrect. L'existence et les caractéristiques de la Loi sont des questions de fait "laissée[s] [...] à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits". Le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*, op. cit., paragraphe 132. En revanche, "[l]a compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné" avec les prescriptions de la Loi est une question juridique. Le Japon fait référence à *ibid.* ainsi qu'au rapport *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, adopté le 12 janvier 2000, WT/DS98/R, paragraphe 7.30, où le groupe spécial dit ceci: "Nous considérons que, pour le Groupe spécial, s'en remettre totalement par principe aux constatations des autorités nationales ne saurait garantir l'"évaluation objective" prévue à l'article 11 du Mémorandum d'accord." Le Japon relève qu'évidemment, si les États-Unis devaient avancer un tel argument et que le Groupe spécial l'acceptait, le résultat serait absurde: tout Membre visé par une plainte aurait une maîtrise à peu près complète de l'issue de l'affaire. Sa législation serait jugée conforme aux Accords de l'OMC du simple fait qu'il le dirait.

¹⁷⁶ Le Japon fait en outre observer que les tribunaux américains appliquent généralement des principes d'interprétation très proches de ceux qui figurent aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ils s'intéressent essentiellement aux termes exprès de la loi dans leur contexte. C'est seulement lorsque le sens n'est pas clair qu'un tribunal peut avoir recours aux travaux préparatoires ou à d'autres moyens secondaires de déterminer le sens. Le Japon fait référence par exemple à *Connecticut National Bank v. Germain*, 503 US 250, 254 (1992).

¹⁷⁷ Les États-Unis font référence à *American Trucking Associations, Inc. v. Interstate Commerce Comm'n*, 669 F.2d 957 (5th Cir. 1982); *United States v. Smith*, 957 F.2d 835, page 836 (11th Cir. 1992).

¹⁷⁸ Les États-Unis font référence à *Hunt v. Nuclear Regulatory Comm'n*, 611 F.2d 332, page 336 (10th Cir. 1979).

¹⁷⁹ Les États-Unis font référence à *Miller v. C.I.R.*, 836 F.2d 1274, page 1282 (10th Cir. 1988).

faites par l'auteur du texte législatif, la Cour suprême a déterminé que, bien qu'elles ne soient ni déterminantes ni décisives, elles "ont droit à une certaine importance" et sont considérées "comme un indicateur faisant autorité quant à l'interprétation de la loi".¹⁸⁰

3.195 Les États-Unis indiquent que l'importance relative des travaux préparatoires par rapport à la jurisprudence qui interprète la loi dépend de la question de savoir si la jurisprudence constitue un précédent contraignant. Par exemple, si une cour d'appel a émis une opinion sur la loi, un tribunal de district du même circuit est lié par cette décision. Si le précédent n'est pas contraignant, l'importance accordée à la jurisprudence dépend de l'autorité morale que lui confère la valeur du raisonnement exposé dans l'opinion.

3.196 Les États-Unis soutiennent que le rôle des travaux préparatoires d'une loi est différent pour le présent Groupe spécial. Ici, les travaux préparatoires n'ont été cités qu'à titre de confirmation ou pour aider à expliquer les conclusions des tribunaux. Comme l'interprétation de la Loi de 1916 est une question de fait pour le présent Groupe spécial, celui-ci n'a pas pour rôle de considérer les travaux préparatoires eux-mêmes et d'évaluer leur importance. Il doit examiner la jurisprudence pour déterminer comment la Loi de 1916 est interprétée et appliquée aux États-Unis car celle-ci est appliquée par le pouvoir judiciaire.

3.197 Les États-Unis indiquent en outre que les tribunaux américains accordent habituellement plus d'importance au sens qu'avaient les termes au moment où la loi a été adoptée. Mais parfois les lois sont rédigées de façon extensible afin de donner aux tribunaux une plus grande latitude dans l'interprétation du sens des termes, car le Congrès est conscient que le sens peut évoluer au fil du temps. Il en est généralement ainsi pour les lois antitrust. La Cour d'appel du premier circuit a ainsi décrit avec justesse la "responsabilité interprétative spéciale" conférée au pouvoir judiciaire dans le contexte antitrust:

"La formulation large et générale des lois antitrust fédérales et le caractère non éclairant de leurs travaux préparatoires confèrent au pouvoir judiciaire une responsabilité interprétative spéciale. La Cour suprême a qualifié la Loi Sherman de "charte de liberté" pour les tribunaux, ayant un "caractère général et adaptable comparable à celui que revêtent [...] les dispositions constitutionnelles." *Appalachian Coals Inc. v. United States*, 288 U.S. 344, 359-60 (1933). [L]es tribunaux fédéraux ont été investis du "pouvoir de créer et de développer un "droit antitrust" à la manière des tribunaux de *common law*" [citation omise]. Ils sont aidés dans cette tâche par les critères d'interprétation des lois tels que la présomption d'absence de violation du droit international, qui servent à la fois d'indicateurs et de limites en l'absence d'indices plus explicites de l'intention du Congrès."¹⁸¹

3.198 Le **Japon**, répondant à la même question du Groupe spécial, observe que la Cour suprême des États-Unis détermine en dernier recours le sens d'une loi. Lorsqu'elle ne s'est pas occupée d'une question, un tribunal subsidiaire doit généralement suivre le précédent institué par la cour d'appel dont il relève, sinon il risque une infirmation. En l'absence de précédent contraignant émanant d'une cour d'appel, le tribunal applique des principes d'interprétation très proches de ceux qui figurent aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il s'intéresse essentiellement aux termes exprès de la loi dans leur contexte. C'est seulement lorsque le sens n'est pas clair ou est ambigu qu'il peut avoir recours à d'autres éléments tels que les travaux préparatoires comme moyen supplémentaire de déterminer le sens.

¹⁸⁰ Les États-Unis font référence aux affaires *Simpson v. United States*, 435 U.S. 6, page 13 (1978) et *North Haven Board of Education v. Bell*, 456 U.S. 512, pages 526-27 (1982).

¹⁸¹ *United States v. Nippon Paper Industries*, 109 F.3d 1, 9 (1st Cir. 1997) (avis concordant de Lynch).

3.199 Le Japon soutient aussi que, si le texte de la loi est ambigu, les tribunaux américains peuvent recourir à des moyens d'interprétation supplémentaires. Ils peuvent considérer, s'il y a lieu, le sens d'un terme au moment où la loi a été adoptée aussi bien qu'au moment où l'interprétation est faite. Cela dépend du tribunal, de la loi et des circonstances de l'affaire. Souvent, comme c'est le cas à l'OMC¹⁸², les tribunaux américains interprètent les termes d'une loi en fonction des préoccupations actuelles.

c) *United States v. Cooper Corp.*

3.200 Le **Japon** soutient que la Cour suprême n'a jamais traité du fond de la Loi de 1916 mais a décrit celle-ci comme étant "[l]es dispositions antidumping de la Loi de finances de 1916".¹⁸³ Par conséquent, si elle s'est exprimée au sujet de la Loi de 1916, c'est pour reconnaître qu'il s'agissait d'une mesure antidumping.

3.201 Les **États-Unis** font valoir que, contrairement à l'assertion du Japon, la Cour suprême n'a jamais reconnu que la Loi de 1916 était "une mesure antidumping". En fait, dans l'affaire *United States v. Cooper Corp.*, où elle a rendu en 1941 une décision interprétant la Loi Clayton, elle a expressément qualifié la Loi de 1916 de "complémentaire" de la Loi Sherman originelle de 1890.¹⁸⁴ En outre, dans la même décision, elle a également qualifié la Loi Clayton de complémentaire de la Loi Sherman.¹⁸⁵ Par conséquent, cette décision de la Cour suprême remontant à 58 ans étaye au lieu de réfuter les arguments invoqués ici par les États-Unis.

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

3.202 Le **Japon** note que les États-Unis diront sans aucun doute de l'affaire *Zenith III* et peut-être d'autres affaires plus anciennes qu'elles prouvent que la Loi de 1916 est une loi antitrust. Dans *Zenith III*, le tribunal a conclu que la Loi de 1916 devrait être considérée comme une loi sur la concurrence et non une loi antidumping. Toutefois, dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, les juges ont examiné attentivement le raisonnement exposé dans *Zenith III* et l'ont rejeté au motif qu'il ne tenait pas compte du texte de la Loi.

3.203 Le Japon rappelle que, dans *Geneva Steel*, le juge a formulé plusieurs observations au sujet de *Zenith III*. Premièrement, le tribunal a relevé que *Zenith III* n'était pas centrée sur la nature de la Loi de 1916 elle-même, tandis que, dans *Geneva Steel*, le tribunal n'était saisi d'aucune autre question: son attention était exclusivement centrée sur la nature de la Loi de 1916. Deuxièmement, le tribunal a relevé que, dans *Zenith III*, le tribunal avait en réalité cherché seulement à interpréter une expression figurant dans la Loi de 1916 – l'expression "ces articles" – et décidé que la Loi Robinson-Patman offrait un contexte utile pour l'interprétation de cette expression. Troisièmement, le tribunal a relevé que la déclaration essentielle faite dans *Zenith III* – selon laquelle la Loi de 1916 "est une loi antitrust, et non une loi protectionniste" – était tout au plus une opinion incidente et non une déclaration juridique ayant une autorité morale.¹⁸⁶

¹⁸² Le Japon fait référence par exemple au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, paragraphe 129.

¹⁸³ Le Japon fait référence à *United States v. Cooper Corp.*, 312 U.S. 600, page 609 (1941).

¹⁸⁴ Les États-Unis font référence à *ibid.*, pages 608-10.

¹⁸⁵ Les États-Unis font référence à *ibid.*

¹⁸⁶ Le Japon fait référence à *Geneva Steel, op. cit.*, pages 1218-19. Il observe qu'une opinion incidente est une opinion exprimée par le tribunal au sujet d'une règle, d'un principe ou d'une application particuliers du droit mais qui ne se rapporte pas à l'affaire considérée ou n'est pas essentielle pour statuer à son sujet. Il fait référence au *Black's Law Dictionary*, 6th ed. (1991), page 313.

3.204 Le Japon relève aussi que, dans *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal a conclu que la décision rendue dans *Geneva Steel* était correcte et que celle rendue dans *Zenith III* ne l'était pas. Comme le tribunal l'avait fait dans *Geneva Steel*, il a récusé la logique exposée dans *Zenith III* comme viciée et incompatible avec le sens ordinaire des termes de la loi en cause. Il a qualifié *Zenith III* d'effort fait pour récrire plutôt que pour interpréter le texte de la loi.¹⁸⁷

3.205 Le Japon fait valoir en outre que *Zenith III* est sans équivoque. Le tribunal a indiqué que, pour rédiger la Loi de 1916, "le Congrès a emprunté des termes de la loi sur l'évaluation en douane de l'époque" et qu'il a spécifiquement incorporé à la Loi de 1916 des dispositions de la Loi douanière de 1913.¹⁸⁸ Dans l'une de ses conclusions, le tribunal a expressément reconnu l'importance des lois douanières dans la Loi de 1916. Il a dit que "[e]n raison de l'emploi de termes empruntés à la Loi douanière de 1913 dans la Loi antidumping de 1916, nous déterminons qu'il n'y a pas de violation de la Loi de 1916, à moins que les critères de similarité de la loi sur l'évaluation en douane ne soient satisfaits".¹⁸⁹ Bien qu'il ait conclu que la Loi de 1916 était destinée à compléter les lois antitrust, le tribunal a refusé d'appliquer des critères antitrust pour évaluer les allégations formulées au titre de la Loi de 1916. Il a au contraire appliqué des critères tirés de la loi douanière, qui sont de nature protectionniste.¹⁹⁰

3.206 Le Japon fait enfin observer que, comme le tribunal l'avait relevé dans *Geneva Steel*, le tribunal a même admis dans *Zenith III* que la Loi de 1916 n'était pas exclusivement une loi antitrust mais contenait des éléments antidumping.¹⁹¹

3.207 Les **États-Unis** font valoir que *Zenith III* est la décision en première instance qui a fait jurisprudence sur l'interprétation à donner de dispositions précises de la Loi de 1916. Le tribunal de district des États-Unis (chargé du district est de Pennsylvanie) y a décrit en détail les origines antitrust de la Loi de 1916 et expliqué en quoi ces origines doivent influencer sur l'interprétation de dispositions précises de la Loi de 1916.

3.208 Les États-Unis indiquent que, dans *Zenith III*, le tribunal a communiqué ses vues lorsqu'il s'est prononcé sur les demandes de jugement en procédure sommaire qui contestaient le caractère suffisant des allégations formulées par les plaignants au titre de la Loi de 1916. Dans le cadre de cette procédure, le tribunal de district a 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". Il a expressément déclaré que sa tâche minimale 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 est employé à propos des obstacles tarifaires à la liberté des échanges".¹⁹²

3.209 Les États-Unis considèrent donc que, loin d'émettre une opinion incidente, le tribunal a manifestement considéré, dans *Zenith III*, qu'une analyse du caractère de la Loi de 1916 était nécessaire à sa conclusion. Après avoir examiné les dispositions de la Loi de 1916 et les avoir comparées en détail aux lois antitrust américaines telles que la Loi Clayton et la Loi Robinson-Patman, il a "conclu [...], sur la base du texte de la loi, que la Loi de 1916 est une loi

¹⁸⁷ Le Japon fait référence à *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, page 605.

¹⁸⁸ Le Japon fait référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1197.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Le Japon observe que, dans *Zenith III*, le tribunal a utilisé la loi sur l'évaluation en douane pour déterminer que le terme "ces" employé dans la Loi de 1916 signifiait "similaire", ce qui voulait dire commercialement interchangeable. Il a expliqué que, "en incorporant dans la Loi de 1916 une expression tirée de la loi douanière de l'époque, le Congrès avait nécessairement voulu ordonner que l'évaluation des marchandises importées en vertu de la Loi de 1916 suive les principes énoncés dans la Loi douanière de 1913". Le Japon fait référence à *Zenith III*, *op. cit.*, page 1216.

¹⁹¹ Le Japon fait référence à *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1218.

¹⁹² *Zenith III*, *op. cit.*, page 1212.

antitrust, et non une loi protectionniste".¹⁹³ Il a aussi expliqué 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", qu'il avait aussi examinés de manière approfondie.¹⁹⁴

3.210 Les États-Unis font observer que le tribunal 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 [...]".¹⁹⁵ 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".¹⁹⁶ 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."¹⁹⁷

3.211 Les États-Unis indiquent en outre que ce tribunal expliquait également qu'à l'époque du vote de la Loi de 1916 la "concurrence déloyale" – qui est également le sous-titre sous lequel a été promulguée la Loi – désignait les activités visées par les lois antitrust qui existaient 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."¹⁹⁸

3.212 Les États-Unis signalent 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

¹⁹³ *Ibid.*, page 1215 (italique ajouté par les États-Unis).

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ *Ibid.*, page 1221 (citant H.R. Rep. No. 922, 64th Cong., 1st Sess. 9-10 (1916)).

¹⁹⁶ *Ibid.*, page 1222.

¹⁹⁷ *Ibid.*, page 1222 (note de bas de page omise par les États-Unis) (citant 53 Cong. Rec. App. 1938 (1916)) (italique ajouté par les États-Unis).

¹⁹⁸ *Ibid.*, page 1219 (citant Annual Report of the Secretary of Commerce 43 (1915)).

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.*"¹⁹⁹

3.213 Les États-Unis indiquent que cette analyse du tribunal a été confirmée en appel en 1983.²⁰⁰ Dans cette opinion, la cour d'appel a constaté que la Loi de 1916 avait été votée "pour mettre un terme à la concurrence déloyale", avant de conclure que "nous interpréterons la Loi en fonction de cette motivation".²⁰¹

3.214 Les États-Unis rappellent qu'en 1986 la Cour d'appel du troisième circuit a eu de nouveau l'occasion d'examiner les allégations des demandeurs sur le fondement de la Loi de 1916 dans l'affaire *Zenith III* lorsque celle-ci lui a été renvoyée par la Cour suprême. Il est utile de connaître un peu le contexte pour comprendre parfaitement la décision de 1986 de cette cour.

3.215 Les États-Unis signalent 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, qui sont exposées ci-dessus, 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 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.

3.216 Les États-Unis indiquent que 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.²⁰²

3.217 Les États-Unis rappellent que la Cour d'appel se vit ordonner de réexaminer ses décisions antérieures dans l'affaire *In re Japanese Electronic Products II* 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".²⁰³

¹⁹⁹ *Ibid.*, page 1223 (note de bas de page omise et italique ajouté par les États-Unis).

²⁰⁰ Les États-Unis font référence à *In re Japanese Electronic Products Litigation II*, *op. cit.*

²⁰¹ *Ibid.*, page 325, n.4.

²⁰² Les États-Unis font référence à *Matsushita Electrical Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (ci-après "*Matsushita Electrical*"). 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, selon eux, ce qui constitue la preuve d'une atteinte à la concurrence dans le contexte des fusions et acquisitions de la Loi Clayton.

²⁰³ *In re Japanese Electronic Products III*, *op. cit.*, pages 48 et 49.

3.218 Les États-Unis indiquent que 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*.²⁰⁴ Dans cette affaire, la Cour suprême va réexaminer les dispositions dites de discrimination de prix "de première ligne"²⁰⁵ de la Loi Robinson-Patman et juger qu'il faut rapporter la preuve à la fois de ventes à des prix inférieurs à une mesure appropriée des coûts de production et de la probabilité de récupération pour établir l'existence de prix prédateurs nécessaire pour créer une responsabilité de première ligne. Pour statuer ainsi, la Cour suprême fait largement fond sur son arrêt *Matsushita Electrical*.

3.219 Les États-Unis estiment donc que 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*.²⁰⁶ L'arrêt *Matsushita Electrical* rendu par la Cour suprême en 1986 était et demeure un pilier de la jurisprudence antitrust américaine sur les questions de prix prédateurs.

3.220 En réponse à une question du Groupe spécial sur le point de savoir si le critère de la récupération des prix prédateurs appliqué dans *Brooke Group* le serait dans tous les cas de discrimination de prix internationale dont il est allégué qu'ils constituent une violation de la Loi de 1916, les États-Unis disent que cela semblerait être le cas. Les mêmes conditions de récupération qui s'appliquent à l'article 2 de la Loi Sherman et aux affaires de première ligne relevant de la Loi Robinson-Patman s'appliquent aussi à la Loi de 1916.²⁰⁷

3.221 Les États-Unis font valoir que, de ce fait, même une entreprise animée d'une intention prédatrice qui se livre à un comportement prédateur ne serait pas convaincue de violation de la Loi de 1916 sans qu'il soit prouvé, entre autres, que sa campagne de prédation a des chances de réussir, car une intention et un comportement anticoncurrentiels qui n'ont aucune chance de réussir

²⁰⁴ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. 209 (1993) (ci-après "*Brooke Group*").

²⁰⁵ Les États-Unis rappellent que la discrimination de prix "de première ligne" désigne les effets défavorables subis par les concurrents directs du vendeur mis en cause, tandis que la discrimination de prix "de deuxième ligne" désigne les effets défavorables exercés en aval sur les concurrents des clients privilégiés du vendeur mis en cause.

²⁰⁶ *In re Japanese Electronic Products III*, *op. cit.*, pages 48 et 49.

²⁰⁷ Sur la demande du Groupe spécial, les États-Unis précisent leur position à cet égard. Ils indiquent qu'en disant que la condition de prédation exigée dans *Brooke Group* "s'appliquerait" dans tous les cas, ils répondaient en fait à la question de savoir s'il existe une situation de fait dans laquelle le critère de prédation appliqué dans *Brooke Group* serait inapplicable. Ils voulaient dire qu'ils ne voyaient aucune situation de fait dans laquelle ce critère serait inapplicable. Ils n'ont pas pris position sur le point de savoir si la constatation d'une prédation exigée dans *Brooke Group* devrait être requise au titre de la Loi de 1916, car c'est une question à trancher par les tribunaux. Si un tribunal devait ne pas appliquer le critère de prédation *Brooke Group* dans un cas particulier, les États-Unis ne peuvent prévoir ce que serait le critère. Toutefois, le seul autre énoncé fourni par les tribunaux est que le plaignant doit prouver l'existence d'une intention spécifique, règle dont il a été dit qu'elle était à peu près impossible à respecter. Les États-Unis indiquent en outre qu'il n'y a eu presque aucune décision prise au titre de la Loi de 1916 après la décision rendue en 1993 par la Cour suprême dans l'affaire *Brooke Group*, jusqu'aux décisions rendues récemment dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*. Dans ces deux affaires, les tribunaux ont rendu des décisions préliminaires indiquant que l'application du critère de la récupération n'était pas requise. En 1995, un tribunal fédéral a rejeté une plainte au titre de la Loi de 1916 au motif que le demandeur ne l'avait pas présentée en justice, sans examiner le bien-fondé de cette plainte (les États-Unis font référence à *Geneva Steel*, *op. cit.*, note 2, faisant référence à l'affaire *Consolidated Inter. Automotive, Inc. v. Chen*). Un critère de la récupération a été appliqué par le troisième circuit dans sa décision de 1986 relative à l'affaire *In re Japanese Electronic Products III*. C'était le critère précédemment annoncé par la Cour suprême dans la même affaire et non la version *Brooke Group* ultérieure, qui reposait en grande partie sur l'opinion antérieure de la Cour concernant *Matsushita Electrical*.

n'entraîneront pas les effets anticoncurrentiels que la Loi de 1916 est destinée à empêcher. Par exemple, le simple fait d'exprimer, dans une note interne, l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production des États-Unis ne signifie rien si la partie mise en cause n'a pas concrètement de bonnes raisons de penser qu'elle récupérera ses pertes sur un marché géographique pertinent particulier aux États-Unis. Comme l'a déterminé la Cour suprême dans *Brooke Group*:

"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 [...] [m]ême si des documents de planification stratégique [de l'entreprise mise en cause] évoquent un désir de freiner l'expansion du segment [générique des cigarettes], aucune preuve objective de son comportement ne permet de déduire raisonnablement qu'elle avait le moindre projet réel d'agir ainsi par des moyens anticoncurrentiels."²⁰⁸

3.222 Les États-Unis observent que la première étape lorsqu'on cherche à déterminer s'il est probable que la récupération à la fois soit possible et ait lieu consiste à établir le marché géographique pertinent sur lequel est vendu le produit en cause au titre de la Loi de 1916. Comme cette loi exige aussi que l'on démontre une discrimination en matière de prix – c'est-à-dire que le prix prétendument prédateur facturé aux États-Unis est aussi substantiellement inférieur aux prix facturés par la même entreprise dans son pays – le marché géographique pertinent doit aussi être le marché à l'intérieur des États-Unis sur lequel les prix inférieurs sont facturés. La récupération n'est possible que si cette zone géographique est effectivement un marché géographique pertinent, c'est-à-dire qu'elle est suffisamment isolée de la concurrence des entreprises opérant dans d'autres zones géographiques pour qu'une hausse légère mais significative des prix dans cette zone n'attire pas de nouveaux venus dans une mesure suffisante pour faire échec à la hausse des prix. On applique généralement la même règle pour définir les marchés géographiques pertinents dans le cadre de la Loi Sherman, de la Loi Clayton et de la Loi portant création de la Commission fédérale du commerce.

3.223 Les États-Unis font observer que la deuxième étape consiste à déterminer s'il est probable que la récupération à la fois soit possible et ait lieu sur ce marché géographique pertinent. La question décisive est de savoir s'il y a 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.²⁰⁹ En général, une entreprise ne peut tabler sur une récupération des pertes antérieures que si elle détient une puissance commerciale substantielle sur le marché pertinent aux États-Unis, de sorte qu'elle peut vendre ses produits à des prix substantiellement supérieurs à ceux de ses concurrents sans perdre des ventes à leur profit. Le fait qu'une entreprise qui exporte vers les États-Unis puisse facturer des prix supérieurs sur un marché étranger parce qu'elle détient une puissance commerciale sur ce marché ne serait pas nécessaire ordinairement pour établir la possibilité d'une récupération au titre de la Loi de 1916. Bien entendu, le prix sur le marché étranger serait nécessaire pour établir – comme le veut la Loi de 1916 – que les prix facturés aux États-Unis sont "substantiellement inférieurs" aux prix facturés par l'entreprise sur le marché étranger.

3.224 En ce qui concerne la décision *Zenith III*, les États-Unis font valoir en outre que l'analyse du tribunal dans l'affaire *Zenith III* qui fait autorité a été étayée par d'autres décisions de tribunaux américains qui ont examiné la nature de la Loi de 1916.²¹⁰

²⁰⁸ *Brooke Group*, op. cit., page 241.

²⁰⁹ Les États-Unis font référence à *Matsushita Electrical*, op. cit. Ils rappellent que la Cour suprême a réaffirmé cette règle la même année dans une autre affaire antitrust, *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, op. cit..

²¹⁰ Les États-Unis font référence à *Western Concrete*, op. cit., page 1019 (9th Cir. 1985); *Helmac I*, pages 590-91; *Helmac II*, op. cit., pages 565-66; *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, 631 F. Supp. 984, pages 988-89 (S.D.N.Y. 1986); *Jewel Foliage Co. v. Uniflora Overseas Florida*, 497 F. Supp. 513, page 516

3.225 Les États-Unis font valoir également que la façon dont le Japon qualifie une décision rendue au début du procès *Zenith II* est tout aussi trompeuse. Dans cette affaire, le tribunal de district a déterminé que la Loi de 1916 n'était pas inconstitutionnellement vague, entre autres parce qu'elle tirait sa spécificité en matière de définition de termes connexes tels que celui de "dumping", qui ont un sens courant.²¹¹ Il a constaté que le sens courant de "dumping" était "une discrimination de prix entre des acheteurs opérant sur des marchés nationaux différents". Il s'agit là, bien entendu, d'une définition familière du "dumping" et non d'une définition fondée sur un examen des notions de "juste valeur" et de "dommage grave". Plus important encore aux fins du présent différend, le tribunal de district a ensuite souligné que la Loi contenait un élément supplémentaire d'"intention anticoncurrentielle prédatrice spécifique". Il a dit à cet égard:

"La Loi telle que je l'interprète interdit la discrimination régulière et continue en matière de prix entre des acheteurs sur des marchés nationaux différents chaque fois que cette discrimination repose sur un désir d'éliminer la concurrence. Cela constitue à mes yeux une définition plus que suffisante du comportement proscrit par la Loi."²¹²

3.226 Le Japon fait valoir qu'à l'exception d'une seule opinion ancienne et rejetée – *Zenith III* –, les précédents institués par les tribunaux américains étayaient sa position. Par un fait ironique, l'analyse du tribunal dans *Zenith III* a été très critiquée au motif qu'elle ne respectait pas les principes de l'interprétation des lois.²¹³ Dans la jurisprudence américaine, tout comme à l'OMC, l'analyse commence par le texte et se termine par le texte à chaque fois que celui-ci est sans ambiguïté (comme c'est le cas pour la Loi de 1916).

3.227 Le Japon signale à cet égard que le jugement *Zenith III* a un effet contraignant limité dans le système judiciaire américain. C'est tout au plus une décision non contraignante, sauf peut-être pour les tribunaux de district subsidiaires du même circuit²¹⁴ (encore que, vu les critiques formulées par d'autres tribunaux, elle puisse très bien être infirmée dans le troisième circuit si la question est à nouveau soulevée). De plus, les tribunaux modernes ont vivement critiqué l'analyse faite par le tribunal dans *Zenith III*, indiquant en particulier qu'elle ne tenait pas compte du texte de la Loi (comme les États-Unis le font dans la procédure actuelle).

3.228 Les États-Unis avancent que le Japon n'étaye en rien son assertion selon laquelle les décisions *Zenith III* assez récentes et fondées sur des recherches approfondies sont "discréditées", si ce n'est pour signaler que, dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, les tribunaux de district ont marqué leur désaccord au sujet de certains aspects de *Zenith III*. Le présent Groupe spécial n'a pas pour fonction d'interpréter le droit américain mais seulement de déterminer l'interprétation qu'en donnent les tribunaux et les autres autorités compétentes des États-Unis. En outre, il n'y a tout

(M.D. Fla. 1980); *Schwimmer v. Sony Corp.*, 471 F. Supp. 793, pages 796-97 (E.D.N.Y. 1979). Ils font aussi référence à *Outboard Marine Corp. v. Pezetel*, 461 F. Supp. 384, pages 408-09 (D. Del. 1978).

²¹¹ Les États-Unis rappellent d'ailleurs que la Loi de 1916 elle-même ne mentionne nulle part le terme de "dumping".

²¹² *Zenith II*, *op. cit.*, page 259 (italique ajouté par les États-Unis).

²¹³ Le Japon fait référence à *Geneva Steel*, *op. cit.*, pages 1218-19; *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, page 605.

²¹⁴ Le Japon observe à cet égard que, tout en alléguant que la décision est une opinion du troisième circuit, les États-Unis centrent leur examen sur une affaire de tribunal de district qui a été en partie confirmée et en partie infirmée par le troisième circuit. Par conséquent, l'essentiel de leur argument sur ce point repose sur des opinions incidentes tirées d'une opinion très critiquée datant de 20 ans formulée par un tribunal de district et non sur une opinion du troisième circuit. Le troisième circuit n'a jamais constaté que la Loi de 1916 n'avait que des éléments antitrust; il a au contraire constaté qu'elle avait à la fois des éléments antitrust et des éléments antidumping et que son "but premier" était d'interdire les prix anticoncurrentiels. Le Japon fait référence à *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, page 325. Les États-Unis jonglent donc, selon lui, avec les deux (en fait trois) opinions et brouillent la question.

bonnement aucun fondement à une telle présentation négative des précédents constitués par *Zenith III*, qui incluent non pas une mais trois décisions rendues par une cour d'appel et une interprétation très importante de la Loi Sherman par la Cour suprême. La décision rendue par le tribunal de district dans *Zenith III* a été citée et suivie par le tribunal de district dans *Helmec I*, et la Cour suprême a fondé sa décision de 1993 dans *Brooke Group* en partie sur sa propre décision de 1986 dans *Matsushita Electrical*.

e) *Western Concrete Structures v. Mitsui & Co.*

3.229 En ce qui concerne la façon dont les cours d'appel de circuit américaines considèrent la Loi de 1916, le **Japon** rappelle qu'en 1985 le neuvième circuit a dit que "le but exprès de la Loi est de protéger les branches de production nationales contre un dumping de la part de leurs concurrents étrangers".²¹⁵

3.230 Les **États-Unis** considèrent que la décision rendue en 1985 par le neuvième circuit dans *Western Concrete* limitant les personnes qui ont "qualité" pour engager une action au titre de la Loi de 1916 n'établit pas que la Loi est une loi "antidumping". La cour d'appel a cité la Loi Clayton comme étant analogue à la Loi de 1916²¹⁶ et indiqué que le plaignant avait allégué que les défendeurs avaient l'intention de léser les concurrents de leurs clients préférés et de les évincer du marché. Elle a dit que "dans chacune des affaires répertoriées, la loi a été appliquée ou limitée aux producteurs nationaux (ou aux importateurs [...] lorsqu'il n'y avait pas de producteurs nationaux [...]) de la marchandise faisant l'objet du dumping, interdisant de restreindre ou de monopoliser le commerce de cette marchandise".²¹⁷

3.231 Les États-Unis rappellent aussi qu'en 1983 la Cour d'appel du troisième circuit a conclu de la même façon que le "but primordial de la Loi de 1916 est de proscrire les pratiques anticoncurrentielles en matière de prix" et que le demandeur était tenu de prouver une intention prédatrice précise, et non pas simplement générale, de léser ou éliminer une branche de production.²¹⁸

3.232 Les États-Unis rappellent en outre qu'en 1986, 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".²¹⁹ Autrement dit, la Cour d'appel du troisième circuit a déterminé que la Loi de 1916 était une loi sur les prix prédateurs qui exigeait, entre autres, que soit prouvée la possibilité d'une récupération et qui visait les comportements anticoncurrentiels.

3.233 Les États-Unis considèrent donc que, contrairement à ce que dit le Japon, les cours d'appel américaines (y compris le neuvième circuit) n'ont pas traité uniformément la Loi de 1916 comme une mesure antidumping.²²⁰ Les faits montrent même que c'est exactement l'inverse.

²¹⁵ *Western Concrete*, op. cit., page 1019. Le Japon relève que le troisième circuit a examiné à deux reprises des questions découlant de la décision rendue par le tribunal de district dans *Zenith III* (avant que l'affaire ait été portée devant la Cour suprême et après), mais que dans aucune des deux décisions le tribunal de circuit n'examine la question précise de savoir si la loi doit être interprétée comme une loi antidumping ou une loi antitrust. Le Japon fait référence à *In re Japanese Electronic Products II*, op. cit.; *In re Japanese Electronic Products III*, op. cit. Le deuxième circuit a examiné une fois la question de savoir qui aurait qualité pour agir au titre de la Loi de 1916. Le Japon fait référence à *Isra Fruit Ltd. v. Agrexco Agr. Export Co.*, op. cit.

²¹⁶ Les États-Unis font référence à *Western Concrete*, op. cit., page 1019.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ Les États-Unis font référence à *In re Japanese Electronic Products II*, op. cit., page 325.

²¹⁹ *In re Japanese Electronic Products III*, op. cit., pages 48 et 49.

²²⁰ Les États-Unis indiquent que le Japon cite un passage de *Western Concrete* disant que "le but exprès [de la Loi de 1916] est de protéger les branches de production nationales contre un dumping de la part de leurs

- f) *Geneva Steel Co. v. Ranger Steel Supply Corp.* et *Wheeling-Pittsburgh Steel Corp. v. Mitsui & Co.*

3.234 Le **Japon** avance que plusieurs tribunaux fédéraux de district ont examiné à des degrés divers la question précise de savoir si la Loi de 1916 devrait être considérée comme une mesure corrective antidumping protectionniste ou une mesure corrective antitrust axée sur la concurrence. Dans les deux décisions les plus récentes, chacun des tribunaux a conclu que la Loi de 1916 était une loi antidumping protectionniste, en se fondant sur une analyse de son texte. Dans ces affaires, ils se sont appuyés expressément sur le sens ordinaire du texte de la Loi de 1916 pour rejeter les limites empruntées au droit antitrust américain que les défendeurs cherchaient à greffer sur la Loi de 1916. Dans *Geneva Steel*, le juge a résumé succinctement son point de vue de la manière suivante:

"La [Loi de 1916] signifie ce qu'elle dit en clair. [...] la Loi renferme un élément protectionniste qui interdit le dumping destiné à léser l'industrie nationale [...]"²²¹

3.235 Le Japon relève que le juge a analysé les cinq formes de dommage envisagées dans la loi et indiqué que seuls les deux derniers – "restreindre" ou "monopoliser" le commerce international et intérieur aux États-Unis – revêtaient le caractère de dommages au sens du droit sur la concurrence. Les trois premiers – "éliminer" ou "léser" une branche de production aux États-Unis, ou "empêcher la création" d'une branche de production aux États-Unis – avaient le caractère de dommages dus à un dumping.²²² Le juge aurait pu renforcer cet argument en notant que les notions de "léser" et d'"empêcher la création" d'une branche de production sont précisément parallèles à la définition du dumping donnée à l'article VI:1 du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping. Pour rendre sa décision, il a examiné et rejeté l'analyse et la conclusion formulées par le tribunal dans *Zenith III*.

3.236 Le Japon rappelle que, dans *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal est parvenu à la même conclusion, expliquant ce qui suit:

"De l'avis du présent tribunal, la conclusion à laquelle est parvenu le tribunal de district dans *Geneva Steel* était correcte. Le tribunal a déterminé que la Loi antidumping de 1916 n'exigeait pas le type d'intention prédatrice défini dans [le droit de la concurrence], car la loi "a une portée protectionniste au-delà des prescriptions en matière d'argumentation auxquelles le plaignant doit satisfaire dans les affaires antitrust et les affaires traditionnelles de discrimination prédatrice en matière de prix."²²³

Comme le tribunal devant lequel a été portée l'affaire *Geneva Steel*, celui devant lequel a été portée l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* a souligné les cinq dommages spécifiques énumérés par la loi. Il a confirmé que les trois premiers protégeaient les concurrents (comme une loi antidumping).²²⁴

concurrents étrangers". Or, à leurs yeux, le neuvième circuit a aussi expressément cité la Loi Clayton comme contexte pour la Loi de 1916. Les États-Unis font référence à *Western Concrete, op. cit.*, page 1019. La cour a indiqué que le plaignant avait allégué que les défendeurs avaient "l'intention de léser les concurrents [de leurs clients privilégiés] et de les évincer du marché". Elle a dit que "dans chacune des affaires répertoriées, la loi a été appliquée ou limitée aux producteurs nationaux (ou aux importateurs [...] lorsqu'il n'y avait pas de producteurs nationaux [...]) de la marchandise faisant l'objet du dumping, interdisant de restreindre ou de monopoliser le commerce de cette marchandise". *Ibid.*

²²¹ *Geneva Steel, op. cit.*, page 1215. Le Japon considère que ce passage sert aussi à démontrer que, comme les groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel, les États-Unis interprètent autant que possible les lois et accords sur la base de leur texte.

²²² Le Japon fait référence à *Geneva Steel, op. cit.*, page 1215. Ces dispositions reflètent d'ailleurs celles qui figurent dans la Loi douanière américaine de 1930 modifiée (19 U.S.C. § 1673d(b) (1999)).

²²³ *Wheeling-Pittsburgh, op. cit.*, page 604 (citations omises par le Japon).

²²⁴ Le Japon fait référence à *ibid.*, page 603.

3.237 Le Japon relève que, bien que les litiges *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* soient toujours en cours, les juges de district ont exprimé leurs vues de façon claire et sans équivoque sur le caractère de la Loi de 1916, et cette question, sinon celle de la responsabilité, a été réglée de façon définitive. En outre, l'examen de ces décisions indique que chacune a été soigneusement pesée et motivée.

3.238 Les **États-Unis** rappellent que, dans *Geneva Steel*, le tribunal du district de l'Utah a examiné les éléments de la Loi de 1916 lorsqu'il s'est prononcé sur la demande de classement de la plainte présentée par les défendeurs. Dans sa décision, la manière dont il considérait l'intention requise dans la Loi de 1916 était différente de celle du tribunal dans *Zenith III*. Selon lui, un plaignant pouvait démontrer, soit l'intention prédatrice traditionnelle de type antitrust, soit une intention de léser une branche de production des États-Unis.²²⁵ Il a toutefois fait observer ceci à propos de la prescription d'intention:

"[...] 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*."²²⁶

3.239 Les États-Unis observent que, dans *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal du district sud de l'Ohio s'est prononcé récemment sur une demande de classement d'une plainte civile. Il a dit que la Loi de 1916 exigeait effectivement la preuve d'une intention prédatrice, quoique de nature différente de celle exigée au titre de la Loi Sherman ou de la Loi Robinson-Patman. Comme dans *Geneva Steel*, le tribunal a déterminé qu'un plaignant devrait prouver l'existence d'une intention de léser ou d'éliminer une branche de production nationale ou d'empêcher sa création, mais il n'avait pas à établir la perspective raisonnable de s'assurer ainsi le contrôle du marché et de récupérer ces prix. Bien que certaines parties mises en cause aient préféré transiger plutôt que d'aller jusqu'au procès, l'affaire est encore en instance, car les parties qui restent en présence en sont à la communication des pièces.²²⁷

3.240 Les États-Unis signalent que, selon le droit américain, ni la décision *Geneva Steel* ni la décision *Wheeling-Pittsburgh* n'est considérée comme "définitive" ou "sans recours". Les 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.²²⁸ Une décision du tribunal 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.²²⁹ À ce stade, la décision du

²²⁵ Les États-Unis font référence à *Geneva Steel*, *op. cit.*, pages 1217, 1224.

²²⁶ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1224 (italique ajouté par les États-Unis).

²²⁷ Il faut noter que, depuis la deuxième réunion de fond entre le Groupe spécial et les parties, il y a eu, selon les États-Unis, des faits nouveaux dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*. D'après les États-Unis, le demandeur dans cette affaire a délibérément retiré les allégations qu'il avait formulées à l'encontre des défendeurs restants au niveau du tribunal de première instance, de sorte qu'il ne reste plus qu'un appel d'un avis avant dire droit concernant des mesures provisoires en instance devant la Cour d'appel du sixième circuit.

²²⁸ En réponse à une question du Groupe spécial sur l'état actuel de l'affaire *Geneva Steel* et de l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* pour les cas où il n'y a pas eu de transaction, les États-Unis indiquent que ces affaires sont toujours en instance au stade de la communication des pièces et qu'aucune décision définitive n'a été rendue, encore qu'il ait été fait appel de la décision rendue dans *Wheeling-Pittsburgh* selon laquelle la Loi de 1916 ne permet pas de prendre des mesures provisoires. Cet appel est en instance à la Cour d'appel du sixième circuit. Il faut noter que, depuis la deuxième réunion de fond entre le Groupe spécial et les parties, il y a eu, selon les États-Unis, des faits nouveaux dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*. D'après les États-Unis, le demandeur dans cette affaire a délibérément retiré les allégations qu'il avait formulées à l'encontre des défendeurs restants au niveau du tribunal de première instance, de sorte qu'il ne reste plus que l'appel susmentionné d'un avis avant dire droit concernant des mesures provisoires en instance devant la Cour d'appel du sixième circuit.

²²⁹ Les États-Unis font référence à *Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 545-47 (1949), qui interprète 28 U.S.C. § 1291; et aussi à *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Air Canada*, 727 F.2d 253, 254-55 (2d Cir. 1984), où il est dit, selon les États-Unis, qu'une demande de classement au motif qu'une demande n'a pas été formée n'est pas une décision définitive.

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.²³⁰ 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).²³¹

3.241 Les États-Unis font valoir en outre que l'examen par le Japon des conclusions formulées dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* est de toute façon sans rapport avec l'analyse à effectuer par le présent Groupe spécial. Le Japon semble adopter comme position que ces deux décisions sont "justes" et que la jurisprudence *Zenith* est "fausse". Or, ni le Japon, ni les États-Unis ni le présent Groupe spécial n'ont pour rôle de marquer leur accord ou leur désaccord au sujet d'une décision judiciaire quelconque.²³² Le présent Groupe spécial doit au contraire déterminer si la Loi de 1916 est susceptible d'une interprétation compatible avec les règles de l'OMC. Aux yeux des États-Unis, le Groupe spécial n'a pas à se débattre, en l'espèce, dans des spéculations relatives aux interprétations de la Loi de 1916 qui pourraient être compatibles avec l'OMC. Il existe déjà des décisions judiciaires applicables à la Loi de 1916 qui l'interprètent dans un sens parallèle aux lois antitrust américaines. La série de décisions rendues dans *Zenith* démontre que la Loi de 1916 est manifestement susceptible d'être interprétée dans un sens compatible avec les règles de l'OMC et, de fait, c'est ainsi qu'elle a été interprétée jusqu'ici.

3.242 Le **Japon** note que, par un retournement intéressant, après avoir tenté d'éviscérer *Wheeling-Pittsburgh* et *Geneva Steel* pour hisser au-dessus l'analyse dépassée et rejetée de *Zenith*, ils

²³⁰ Les États-Unis font référence à *Threadgill v. Armstrong World Industries Inc.*, 928 F.2d 1366, 1371 (3d Cir. 1991).

²³¹ Les États-Unis font référence à *Metropolitan Water Co. v. Valley Drainage District*, 223 U.S. 519, page 524 (1912), où, du fait qu'il n'a pas été demandé de réexamen par une instance supérieure, le jugement est devenu "sans recours" et obligatoire pour les parties. Dans ce contexte, le Japon demande aux États-Unis de répondre à l'observation suivante: depuis que l'affaire *Zenith III* – qui serait, selon les États-Unis, l'interprétation faisant autorité de la Loi de 1916 – a fait intervenir les troisième et neuvième circuits, il ne semble pas y avoir de précédent obligatoire dans d'autres circuits. Comme l'État de l'Utah appartient au dixième circuit et l'État de l'Ohio au sixième, il n'y a aucune raison de penser que, dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, le tribunal sera orienté par le précédent que constitue *Zenith III*. Les États-Unis répondent que cette observation est hors de propos, car la question est de savoir si la Loi de 1916 se prête à une interprétation compatible avec les règles de l'OMC.

²³² En réponse à une question du Japon sur le point de savoir si les États-Unis désapprouvent les vues exprimées dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* et s'ils ont pris des mesures quelconques dans ces deux affaires pour influencer les décisions correspondantes, les États-Unis indiquent tout d'abord que, d'une manière générale, ils (ou le Groupe spécial) n'ont pas pour rôle dans le présent différend de marquer leur accord ou leur désaccord au sujet d'une décision judiciaire américaine concernant l'interprétation de la Loi de 1916. Quoi qu'il en soit, les décisions préliminaires dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* ne font même pas partie de la jurisprudence pertinente, puisqu'elles ne sont ni définitives ni sans recours dans le système juridique américain. En outre, les États-Unis ne sont pas parties à l'affaire *Geneva Steel* ni à l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* et ils n'ont pris aucune mesure consistant à intervenir ou à déposer des mémoires dans l'une ou l'autre de ces affaires. Ils ne sont d'ailleurs pas d'accord pour dire que ces décisions sont incompatibles avec les obligations qu'ils ont contractées à l'OMC. En réponse à une question complémentaire du Japon, ils indiquent en outre que, dans les cas où ils sont eux-mêmes partie à un litige civil ou pénal (agissant par l'entremise du Département de la justice), il leur incombe directement de veiller à ce que leurs propres allégations et actes soient conformes à leurs lois et à leurs obligations, y compris leurs obligations internationales, 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.

ressuscitent ensuite *Wheeling-Pittsburgh* comme précédent faisant autorité. Ils s'appuient sur *Wheeling-Pittsburgh* pour suggérer que les tribunaux américains ont déterminé que la Loi de 1916 ne prévoyait pas de mesures provisoires. Le Japon n'a jamais fait valoir qu'elle prévoyait de telles mesures, et de toute façon cette question n'a assurément rien à voir avec l'argument qu'il invoque au titre de l'article XI. Le fait que les États-Unis s'appuient sur *Wheeling-Pittsburgh* montre cependant qu'ils sont incapables de mettre en place une défense cohérente.

3.243 Les **États-Unis** jugent intéressant de noter que le Japon s'est mis dans la position de défendre le raisonnement juridique des décisions préliminaires rendues par les tribunaux de première instance dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, dont il allègue précisément qu'elles menacent de nuire à ses intérêts en contravention avec les règles de l'OMC.

7. Déclarations de représentants de l'exécutif américain

3.244 Le **Japon** fait valoir qu'en niant dans la procédure actuelle le fait que la Loi de 1916 sert à lutter contre le dumping, le gouvernement américain contredit de nombreuses déclarations et positions officielles formulées par des représentants de l'exécutif américain, y compris l'administration actuelle.

3.245 Le Japon indique que plusieurs déclarations révélatrices portent sur la question de savoir si la Loi de 1916 serait "exemptée au bénéfice de l'antériorité" dans le cadre des Accords de l'OMC, comme elle l'était dans le cadre du GATT de 1947. Dans une lettre de 1997 adressée au représentant Ralph Regula, l'actuelle Représentante des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Charlene Barshefsky, a dit ceci:

"En réponse à l'une des questions que vous avez posées lors des auditions du 14 mars, j'ai indiqué par erreur que la Loi de 1916 était exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre des règles de l'OMC. Ce n'est pas le cas. En vertu du GATT de 1947, les États-Unis étaient autorisés à conserver des pratiques qui étaient incompatibles avec le GATT en 1947 lorsqu'ils avaient signé le Protocole d'application provisoire, qui exemptait au bénéfice de l'antériorité la législation impérative préexistante. Toutefois, avec l'entrée en vigueur du GATT de 1994, la clause d'antériorité du GATT de 1947 a cessé d'être applicable."²³³

3.246 Le Japon relève que cette question a été abordée en 1986 par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de l'époque, Clayton Yeutter, qui a reconnu dans une lettre adressée au Congrès que la Loi de 1916 "a été exemptée au bénéfice de l'antériorité lors de l'accession des États-Unis au GATT et qu'elle est par conséquent licite au regard du GATT".²³⁴ Ces déclarations montrent clairement qu'avant les Accords de l'OMC, les États-Unis n'ont pu conserver la Loi de 1916 que grâce à la clause d'antériorité.

²³³ Lettre du 4 avril 1997 adressée au représentant Ralph Regula par la Représentante des États-Unis pour les questions commerciales internationales Charlene Barshefsky, page 1.

²³⁴ Le Japon fait référence à la lettre du 18 février 1986 adressée au Sénateur Strom Thurmond par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales Clayton Thurmond, page 10. Il fait aussi référence à la lettre du 4 février 1986 adressée au Sénateur S. Thurmond par l'Assistant Attorney général, John 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". Le Japon fait référence en outre à la déposition faite le 18 juillet 1986 devant la Commission des finances du Sénat par le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, où il est dit, à la page 5, que "la Loi antidumping de 1916 [...] 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".

3.247 Ces déclarations démontrent, selon le Japon, que depuis des années les États-Unis considèrent que la Loi était incompatible avec le GATT et nécessitait une exemption au bénéfice de l'antériorité. Conjuguées aux déclarations examinées ci-après, elles confirment que, depuis des années, l'exécutif américain considère la Loi comme une loi antidumping.

3.248 Le Japon avance que d'autres déclarations pertinentes ont été prononcées dans le cadre des tentatives faites en 1985 et 1987 par certains membres du Congrès pour amender les articles 236 et 1655 de la Loi de 1916, amendements qui n'ont pas été adoptés et qui auraient affaibli les critères d'application de la Loi de 1916. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales Clayton Yeutter et l'Assistant ^{Attorney général} John Bolton ont confirmé que les dispositions de la Loi de 1916 établissent la responsabilité des sociétés étrangères qui pratiquent le dumping, comme l'indique la Loi de 1916, c'est-à-dire le dumping calculé comme étant la différence entre le prix aux États-Unis et le prix dans un pays étranger.²³⁵

3.249 Pour le Japon, les déclarations susmentionnées montrent que le gouvernement américain a toujours considéré la Loi comme une loi antidumping et que, s'il n'y avait eu la clause d'antériorité, elle aurait été illicite au regard du GATT. À cet égard, l'analyse de la Loi de 1916 présentée le 18 juillet 1986 par le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, à la Commission des finances du Sénat est utile:

"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."²³⁶

3.250 Aux yeux des **États-Unis**, les déclarations faites par les divers fonctionnaires du gouvernement sur le point de savoir si la Loi de 1916 était exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947 et si les amendements proposés à cette loi seraient compatibles avec le GATT comme tendant à prouver que la Loi de 1916 était une loi antidumping ne méritent pas d'être considérées par le Groupe spécial pour deux raisons. Premièrement, les déclarations sur le point de savoir si un amendement à la Loi de 1916 serait compatible avec le GATT sont hors de propos en l'espèce puisque les amendements en question n'ont jamais été adoptés. Deuxièmement, s'agissant des déclarations relatives à l'exemption au bénéfice de l'antériorité, la réponse simple à l'argument du Japon est que ces fonctionnaires ont commis une erreur de fait sur le point de savoir si la Loi de 1916 était exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947.²³⁷

3.251 Selon les États-Unis, le document L/2375/Add.1 (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

²³⁵ Le Japon fait référence à la lettre du 4 février 1986 adressée au Sénateur Strom Thurmond par l'Assistant Attorney général John Bolton.

²³⁶ Déposition faite le 18 juillet 1986 devant la Commission des finances du Sénat par le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, page 5 (italique ajouté par le Japon).

²³⁷ En réponse à une question du Japon sur le point de savoir si les États-Unis nient la véracité de ces déclarations, les États-Unis disent qu'ils ne nient pas leur sincérité; leurs auteurs les jugeaient exactes. Les États-Unis disent simplement que, pour autant qu'on puisse les interpréter comme incompatibles avec les positions qu'ils ont adoptées en l'espèce, ces déclarations sont erronées au plan des faits.

n'étaient pas conformes aux articles III et VI du GATT de 1947 – lesquels sont les deux articles auxquels le Japon prétend que la Loi de 1916 est contraire, et 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.

3.252 Les États-Unis font valoir que la notification qu'ils avaient présentée dans le document L/2375/Add.1 était 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. Ils 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 (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).

3.253 Les États-Unis estiment que, comme leur notification contenue dans le document L/2375/Add.1 (19 mars 1965), déclaration officielle du gouvernement américain, est un fait qui dément les déclarations citées par le Japon, le Groupe spécial ne devrait accorder aucun poids à ces déclarations pour décider si la Loi de 1916 est ou non compatible avec les règles de l'OMC. Il doit examiner le poids actuel de la jurisprudence aux États-Unis et décider pour son compte si la Loi de 1916 est incompatible avec une obligation quelconque contractée à l'OMC.

3.254 Le **Japon** juge inconcevable et fausse en tant que point de droit l'assertion des États-Unis selon laquelle les déclarations américaines citées par lui "ne méritent pas d'être considérées". Dire, comme ils le font, que les auteurs de ces déclarations ont "commis une erreur" et n'exprimaient pas l'opinion officielle des États-Unis n'est tout simplement pas crédible. Ces déclarations ont été faites par les hauts fonctionnaires américains les plus compétents en la matière. Elles expriment, ainsi que les documents du gouvernement américain, l'interprétation officielle donnée par les États-Unis à la Loi de 1916.

3.255 En réponse à une question du Groupe spécial adressée aux États-Unis sur le point de savoir dans quelles circonstances une déclaration d'un fonctionnaire du gouvernement américain pourrait être considérée comme l'expression de l'opinion des États-Unis, les **États-Unis** disent qu'en général, si le fonctionnaire parle au nom de l'ensemble des États-Unis en ayant la qualité pour le faire, ses propos expriment l'opinion des États-Unis. En l'espèce, les déclarations citées par le Japon n'expriment que l'opinion des organismes auxquels appartiennent les intéressés.

3.256 Les États-Unis considèrent que les affaires portées devant la Cour internationale de Justice (ci-après "CIJ") que mentionne le Groupe spécial ont trait à une question différente. Dans ces affaires, la question était de savoir si une déclaration d'un fonctionnaire du gouvernement créait une obligation juridique contraignante et non si elle pouvait être considérée comme l'expression d'une opinion d'une partie au différend. Dans l'affaire *Essai nucléaire*, la CIJ a jugé que les déclarations répétées faites, parmi d'autres hauts représentants, par le Président français selon lesquelles la France cesserait ses essais nucléaires dans l'atmosphère étaient un acte unilatéral qui créait une obligation juridique contraignante. Dans une affaire ultérieure, *Différend frontalier*, la CIJ a déterminé qu'une déclaration du chef d'État malien ne constituait pas un acte unilatéral créant une obligation juridique contraignante aux fins du différend. Elle a donné l'explication suivante:

"[...] puisqu'elle aura à fixer le tracé de la frontière sur la base du droit international, peu importe que l'attitude du Mali puisse ou non s'interpréter comme une prise de position déterminée, voire un acquiescement, quant aux principes jugés applicables à la solution du différend par la sous-commission juridique. S'ils sont applicables en tant qu'éléments de droit, ils le sont quelle qu'ait été l'attitude du Mali."

3.257 Selon les États-Unis, il ne fait aucun doute que les déclarations sur lesquelles s'appuie le Japon (et les CE) ne constituent pas un acte unilatéral de la part des États-Unis créant une obligation juridique contraignante dans le présent différend. À l'instar des déclarations en cause dans l'affaire du *Différend frontalier*, elles ne prétendent pas engager les États-Unis à entreprendre ou à s'abstenir d'entreprendre une action quelconque. Il s'agit au contraire de déclarations sur le point de savoir si, de l'avis d'un auteur donné, la Loi de 1916 était exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947 et si le Code antidumping de 1979 et l'article VI du GATT de 1947 disposent que les droits antidumping sont l'unique mesure corrective possible en cas de dumping. Dans les deux cas, les déclarations faites par des fonctionnaires gouvernementaux ne peuvent trancher ou modifier la question de savoir si la Loi de 1916 était effectivement exemptée au bénéfice de l'antériorité dans le cadre du GATT de 1947 ou si, en droit, l'article VI du GATT de 1947 et le Code antidumping de 1979 disposaient que les droits antidumping étaient l'unique mesure corrective possible en cas de dumping. Il s'agit de questions que le Groupe spécial doit trancher conformément au mandat énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord, qui lui impose de procéder à une "évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions". Si un groupe spécial était juridiquement lié par les déclarations des parties relatives aux faits contestés ou à la conformité de leurs mesures, il ne pourrait s'acquitter du mandat qui lui est confié en vertu de l'article 11.

8. Déclarations figurant dans les documents pertinents du gouvernement américain

3.258 Le Japon rappelle que, dans 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, il est dit expressément 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 [...]".²³⁸ Par conséquent, les deux organismes gouvernementaux qui font appliquer la législation antitrust américaine conviennent que la Loi n'est pas une loi antitrust mais une loi antidumping.

3.259 En réponse à une question du Japon sur la manière dont la position des États-Unis dans la procédure actuelle peut être conciliée avec les termes des Directives de 1995 pour l'application de la législation antitrust aux opérations internationales selon lesquels "la Loi de 1916 n'est pas une loi antitrust", les États-Unis indiquent, en premier lieu, que la citation extraite du texte par le Japon est incomplète et trompeuse. La citation complète est la suivante: "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."²³⁹ En second lieu, ils indiquent que les directives en question n'ont pas force de loi mais qu'elles "sont conçues pour offrir aux entreprises qui effectuent des opérations internationales des conseils dans le domaine antitrust sur des questions se rapportant spécifiquement à la politique d'application du droit international des organismes [d'exécution]".²⁴⁰ Le Département de la justice et la Commission fédérale du commerce continuent de s'y référer dans leurs discours et leurs déclarations de politique générale, et d'y renvoyer les praticiens. Elles n'ont pas été supprimées ni remplacées par des directives ultérieures.

3.260 Le Japon fait observer en outre que le Groupe spécial a raison de signaler que la Loi de 1916 figure au titre des mesures antidumping dans l'"Overview and Compilation of U.S. Trade Statutes" du gouvernement américain. L'inclusion de la Loi de 1916 dans cet aperçu général et son explication sont révélatrices.²⁴¹ Cet ouvrage est établi par le Government Printing Office des États-Unis à

²³⁸ Le Japon fait référence aux Directives 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 (avril 1995), section 2.82.

²³⁹ Italique ajouté par les États-Unis.

²⁴⁰ Directives pour l'application de la législation antitrust aux opérations internationales (avril 1995), page 1.

²⁴¹ Le Japon fait référence à "Overview and Compilation of US Trade Statutes", pages X, 65 et 519.

l'intention de la Chambre des représentants. Le texte de la Loi de 1916 y figure à la section A, "Textes autorisant l'application mesures en cas de subventions étrangères et de dumping" ("Authorities to respond to foreign subsidy and dumping practices") du chapitre 9, "Lois sur les mesures correctives commerciales" ("Trade Remedy Laws").²⁴² Un point concerne encore davantage la procédure actuelle: l'exposé de la Loi de 1916 au chapitre 2 de l'Aperçu général. Là sont citées trois dispositions du droit américain relatives aux pratiques de dumping, parmi lesquelles la Loi de 1916 et le titre VII de la Loi douanière de 1930.

3.261 Pour le Japon, la nature de la Loi de 1916 est ainsi clairement énoncée. Selon les termes employés par le gouvernement américain, la Loi de 1916 régit les "pratiques de dumping" ou la "discrimination de prix internationale, selon laquelle des marchandises sont vendues sur un marché à l'exportation (tel que celui des États-Unis) à des prix inférieurs aux prix auxquels des marchandises comparables sont vendues sur le marché intérieur de l'exportateur".²⁴³ Le Japon ne voit pas comment les États-Unis pourraient tenter d'écarter cet énoncé clair.

3.262 En réponse à une question du Groupe spécial sur le fait que la Loi de 1916 figure à la fois dans la sélection de lois antitrust ("Compilation of Selected Anti-trust Laws") du 20 décembre 1994 et l'"Overview and Compilation of U.S. Trade Statutes" du 4 août 1995, les **États-Unis** disent que la Commission judiciaire de la Chambre des représentants publie périodiquement une sélection de lois antitrust. Elle l'a fait en 1950, 1959, 1965, 1978 et, dernièrement, en 1994. L'édition de 1994 est un document officiel de la Commission judiciaire, qui comprend une introduction du Président de la Commission indiquant qu'il s'agit d'une "source de référence pour le texte officiel des lois antitrust de notre pays". Elle place aussi expressément la Loi de 1916 dans la liste des "principales" lois antitrust.

3.263 Les États-Unis indiquent que la Commission judiciaire est aussi chargée de la "[r]évision et de la codification des lois des États-Unis", en vertu de l'article 10 du règlement de la Chambre des représentants, et de la surveillance des travaux du Bureau du Conseiller à la révision des lois relatifs au placement des lois sous le titre approprié du Code des États-Unis, comme l'indique l'article 285 du titre 2 du Code (2 U.S.C. § 285). La Loi de 1916 a été placée sous le titre 15 du Code des États-Unis, en compagnie des autres lois antitrust américaines.

3.264 En ce qui concerne l'"Overview and Compilation of U.S. Trade Statutes", les États-Unis indiquent que, sur la couverture de cet ouvrage, on explique qu'il a été "[é]tabli à l'usage des membres de la Commission des voies et moyens [de la Chambre des représentants] par des membres de son personnel" et que "[c]e document n'a pas été approuvé officiellement par la commission et ne peut refléter le point de vue de ses membres". Le personnel de la Commission des voies et moyens établit ce recueil officiel tous les deux ans depuis 1987, la dernière édition datant du 27 juin 1997 (sans les modifications pertinentes apportées au recueil de 1995). Comme le relève le Groupe spécial, ce recueil officiel place la Loi de 1916 dans la liste des lois commerciales. Les États-Unis font cependant remarquer qu'à la page 63, ce recueil officiel présente la Loi de 1916 en relation avec la première loi antidumping américaine, promulguée en 1921²⁴⁴, qui constitue le fondement du droit antidumping actuel des États-Unis. Il est dit, dans ce recueil officiel, que les deux lois visent "des types *différents* de pratiques de dumping".²⁴⁵ Autrement dit, contrairement à la loi antidumping des États-Unis, la Loi de 1916 ne concerne pas le dumping visé par l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping. On explique aussi, dans le recueil officiel, que le Congrès a constaté qu'il fallait "un type de loi antidumping différent" de la Loi de 1916, car "[l]es conditions énoncées dans [la Loi de 1916], en particulier la nécessité de prouver l'intention, sont difficiles à satisfaire [...]."

²⁴² Le Japon fait référence à *ibid.*, pages X et 519.

²⁴³ Le Japon fait référence à *ibid.*, page 65.

²⁴⁴ Les États-Unis font référence à la Loi antidumping de 1921, 19 U.S.C. §§ 160-71 (abrogée).

²⁴⁵ Les États-Unis font référence à "Overview and Compilation of US Trade Statutes" (italique ajouté par les États-Unis).

3.265 Selon les États-Unis, la raison pour laquelle la Loi de 1916 figure dans deux recueils différents tient, selon toute probabilité, à la compétence des commissions de la Chambre. Une commission fait normalement figurer dans son recueil les lois pour lesquelles elle est compétente en vertu du règlement de la Chambre, et la Commission judiciaire et, très vraisemblablement, la Commission des voies et moyens chercheraient à être saisies d'un projet d'amendement à la Loi de 1916.²⁴⁶

3.266 Les États-Unis indiquent que, dans le cas d'un projet d'amendement à la Loi de 1916, la Commission judiciaire serait assurément compétente puisque la Loi de 1916 est une loi antitrust figurant sous le titre 15 du Code des États-Unis et que l'article 10 du règlement de la Chambre donne compétence à la Commission judiciaire pour la "[p]rotection du commerce extérieur et intérieur contre les restrictions illicites et les monopoles". La Commission des voies et moyens est normalement compétente pour les projets de loi antitrust ou les projets d'amendement à des lois antitrust, qu'ils soient de portée internationale ou seulement nationale, mais elle peut aussi l'être pour un projet d'amendement à la Loi de 1916 (avec la Commission judiciaire), en raison des circonstances qui ont présidé à la promulgation de cette loi. À cet égard, la Loi de 1916 a été adoptée à une époque où le règlement de la Chambre ne permettait de saisir qu'une seule commission d'un projet de loi. Comme les dispositions qui ont ensuite pris la forme de la Loi de 1916 ne constituaient qu'une partie du projet plus vaste de Loi de finances de 1916 et qu'en vertu des règles de la Chambre, la commission compétente pour toutes les lois de finances était à l'époque (et est encore actuellement) la Commission des voies et moyens, c'est cette dernière qui a été saisie de l'ensemble du projet de loi, alors que les dispositions qui allaient prendre la forme de la Loi de 1916, si elles avaient figuré dans un projet de loi distinct, auraient été renvoyées devant la Commission judiciaire. Il se peut, mais ce n'est pas certain, qu'en raison du rôle joué par la Commission des voies et moyens dans l'adoption de la Loi de 1916, le Président de la Chambre renvoie aujourd'hui devant cette commission (ainsi que devant la Commission judiciaire) un projet d'amendement à la Loi de 1916. C'est très probablement pour les mêmes raisons que le personnel de la Commission des voies et moyens a placé la Loi de 1916 dans son recueil officiel.

3.267 Aux yeux des États-Unis, le recueil de la Commission judiciaire confirme que la Loi de 1916 est une loi antitrust, et il est bon de noter qu'il a été établi par la commission de la Chambre qui connaît le mieux les lois antitrust des États-Unis. Le recueil officiel de la Commission des voies et moyens n'est pas nécessairement incompatible avec le fait que la Commission judiciaire qualifie la Loi de 1916 de loi antitrust, car il inclut aussi la Loi de 1916 parmi les lois sur le commerce extérieur. D'une part, le recueil officiel de la Commission des voies et moyens indique expressément que la Loi de 1916 est d'un "type différent" de la loi antidumping américaine. De l'autre, si l'on interprète ce recueil officiel du point de vue de la compétence des commissions de la Chambre, on voit que, pour inclure la Loi de 1916 dans son recueil, le personnel de la Commission des voies et moyens s'est probablement appuyé sur sa conception de la compétence de la Commission et non sur une conception selon laquelle la Loi de 1916 n'est pas une loi antitrust. Dans le recueil officiel de la Commission des voies et moyens, la Loi de 1916 est d'ailleurs exposée (page 63) dans le cadre de son historique.

G. VIOLATIONS DE L'ARTICLE VI:2 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 18.1 DE L'ACCORD ANTIDUMPING

3.268 Le **Japon** fait valoir que l'article VI du GATT de 1994 et les principales dispositions de l'Accord antidumping énoncent le seul moyen compatible avec les règles de l'OMC de remédier au

²⁴⁶ Les États-Unis indiquent à cet égard que, quand un projet de loi est déposé pour la première fois à la Chambre, il est souvent renvoyé devant plusieurs commissions pour examen avant d'être mis aux voix à la Chambre. Les commissions devant lesquelles le projet est renvoyé sont réputées compétentes au sujet d'une ou plusieurs dispositions du projet en vertu de l'article 10 du règlement de la Chambre. La décision sur le point de savoir devant quelle commission renvoyer un projet de loi est prise par le Président de la Chambre et peut être contestée.

dumping. Ils définissent le dumping et expliquent l'enquête qu'un Membre doit effectuer et les constatations et déterminations spécifiques qu'il doit établir avant de pouvoir imposer une mesure antidumping. Ils définissent aussi de façon précise la mesure qu'il peut prendre.

3.269 Le Japon considère que l'article VI du GATT de 1994 autorise *une seule* mesure face au dumping: l'imposition d'un droit antidumping.²⁴⁷ Par conséquent, à supposer qu'un Membre ait suivi les prescriptions énoncées à l'article VI:2 du GATT de 1994 et dans l'Accord antidumping, il a deux possibilités: i) il "pourra percevoir" un droit antidumping dont le montant sera inférieur ou égal à la marge de dumping afférente au produit faisant l'objet du dumping; ou ii) il pourra décider de ne pas prendre de mesures. Toute autre action serait contraire à l'article VI du GATT de 1994.²⁴⁸

3.270 Le Japon fait valoir que son point de vue est également étayé par l'historique de la négociation de l'article VI du GATT de 1994. Après l'achèvement de la Conférence de La Havane, à la deuxième session des parties contractantes, le Groupe de travail compétent a indiqué dans son rapport 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 sont permises par d'autres dispositions de l'Accord général".²⁴⁹

3.271 Le Japon avance que le but général du GATT de 1994 renforce cette interprétation de l'article VI:2 du GATT de 1994. L'un des buts principaux du régime institué par le GATT de 1994 est de supprimer les obstacles au commerce entre les pays et de promouvoir le libre-échange. L'article VI du GATT de 1994 permet aux Membres de faire ce qu'ils ne seraient normalement pas autorisés à faire: entraver le commerce en appliquant aux importations des droits contraires à l'article II du GATT de 1994. Comme il leur donne le droit d'entraver le commerce dans des circonstances précises, il est logique qu'il établisse le droit de limiter les importations faisant l'objet d'un dumping au moyen d'une seule mesure corrective autorisée: l'imposition d'un "droit antidumping".

3.272 Le Japon considère que le texte de l'article 18.1 de l'Accord antidumping réaffirme l'interprétation selon laquelle l'article VI du GATT de 1994 est la seule mesure corrective autorisée par le GATT en cas de dumping.²⁵⁰ Le sens ordinaire de cette disposition ne saurait être plus explicite. "Aucune mesure particulière" ne peut être prise pour remédier au dumping sauf une mesure qui satisfait aux prescriptions de l'article VI du GATT de 1994.

²⁴⁷ Le Japon fait référence à l'article VI:2, qui 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. [...]"

²⁴⁸ En réponse à une question du Groupe spécial sur le point de savoir comment les parties entendent les termes "en vue de neutraliser [...] le dumping" figurant à l'article VI:2 du GATT de 1994, le Japon dit que ces termes renseignent sur le but et la raison d'être des procédures d'imposition de droits antidumping. Ces termes et leur contexte établissent la raison pour laquelle la mesure visant à remédier au dumping est limitée à un droit qui ne peut être supérieur à la marge de dumping. Un droit antidumping n'excédant pas la marge de dumping est la seule mesure corrective autorisée en cas de dumping.

²⁴⁹ Le Japon fait référence au rapport du Groupe de travail sur les modifications de l'Accord général, adopté les 1^{er} et 2 septembre 1948, IBDD, II/41, 42, paragraphe 12.

²⁵⁰ Le Japon rappelle que l'article 18.1 est libellé comme suit:

"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."

3.273 Le Japon relève que des représentants des États-Unis reconnaissent que l'imposition d'un droit antidumping est le seul moyen admissible de remédier au dumping. Dans sa lettre du 18 février 1986 adressée au Président de la Commission judiciaire du Sénat Strom Thurmond, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de l'époque, Clayton Yeutter, a dit sans ambiguïté:

"Le Code [antidumping du Tokyo Round] et le GATT autorisent tous deux un signataire à imposer des droits antidumping pour contrebalancer le dumping étranger. Cette mesure corrective représente une exception particulière aux règles normales du GATT concernant les droits de douane. Le Code, cependant, limite expressément ces mesures correctives à la perception non rétroactive de droits antidumping pour neutraliser la marge de dumping. *Il interdit le recours à des sanctions additionnelles telles que des dommages-intérêts au titre de la législation antitrust.*"²⁵¹

3.274 Le Japon rappelle de même que, dans une lettre du 4 février 1986 adressée au Président Strom Thurmond, l'Assistant Attorney général de l'époque, John Bolton, a dit ceci:

"Par conséquent, toute mesure privée destinée à remédier au dumping doit aussi être compatible avec le GATT. Le Code n'autorise un signataire à imposer, en cas de dumping, que des droits antidumping limités à la marge de dumping."²⁵²

3.275 Le Japon avance en outre qu'il ne peut guère faire mieux que l'analyse de la Loi de 1916 présentée le 18 juillet 1986 à la Commission des finances du Sénat américain par le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer:

"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 [qui est à présent l'article 18.1 de l'Accord antidumping], "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". *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.*

²⁵¹ Le Japon fait référence à la lettre du 18 février 1986 adressée au Sénateur Thurmond par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Clayton Yeutter, pages 9 et 10 (italique ajouté par le Japon).

²⁵² Le Japon fait référence à la lettre du 4 février 1986 adressée au Sénateur Thurmond par l'Assistant Attorney général John Bolton, page 17.

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."²⁵³

3.276 Le Japon considère que cette simple explication démontre le caractère évident de bon nombre d'incompatibilités de la Loi de 1916 avec le régime antidumping de l'OMC. Cette loi est une loi antidumping. Elle doit donc être conforme à l'article VI du GATT de 1994 et aux dispositions de l'Accord antidumping. Or, il est tout à fait évident qu'elle ne l'est pas.

3.277 Le Japon soutient donc que la Loi de 1916 est contraire aux obligations contractées par les États-Unis en vertu du paragraphe 2 de l'article VI du GATT de 1994 et de l'article 18.1 de l'Accord antidumping, car elle prévoit, en cas de violation, diverses sanctions, y compris des amendes, des peines de prison et des dommages-intérêts au triple. L'article VI:2 limite à une seule les mesures correctives applicables en cas de dumping: l'imposition de droits antidumping d'un montant spécifié.²⁵⁴ En revanche, la Loi de 1916 prévoit des amendes, des dommages-intérêts au triple et des peines de prison; elle est donc contraire au paragraphe 2 de l'article VI et à l'article 18.1 de l'Accord antidumping.

3.278 Les **États-Unis** font valoir que l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping ne régissent pas toutes les mesures qui visent le dumping. L'interprétation du Japon selon laquelle l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping établissent que les droits antidumping sont la seule mesure corrective en cas de dumping causant un dommage est contredite par le sens ordinaire des termes employés dans les deux articles en question. En outre, le Japon laisse commodément de côté la note de bas de page relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping. Ces articles – et en particulier l'article 18.1 – disposent qu'un Membre peut prendre une mesure contre un dumping causant un dommage même lorsque cette mesure n'est pas expressément prévue à l'article VI du GATT de 1994 ou dans l'Accord antidumping, pour autant qu'elle ne soit pas incompatible avec les autres dispositions du GATT de 1994.

3.279 Aux yeux des États-Unis, rien dans l'article VI:2 du GATT de 1994 ne porte sur la question de savoir si les droits antidumping sont la seule mesure corrective en cas de dumping. Le Japon lui-même fait valoir que l'article VI a été prévu pour offrir une exception à l'interdiction d'imposer des droits de douane supérieurs aux taux consolidés, énoncée à l'article II du GATT de 1994 – c'est-à-dire pour ne pas constituer la seule mesure corrective en cas de dumping. En outre, le paragraphe 2 dit simplement qu'un Membre "pourra" percevoir un droit antidumping pour neutraliser ou empêcher le dumping. Il ne laisse entendre en aucune façon que d'autres mesures correctives que les droits antidumping sont interdites en cas de dumping. Il ne dit pas, par exemple, qu'un Membre "pourra seulement" percevoir des droits antidumping. Si l'on entendait signifier "seulement", on aurait pu le dire dans le texte et on l'aurait dit.

3.280 Les États-Unis soutiennent que, contrairement à ce que fait valoir le Japon, l'historique de la négociation de l'article VI n'étaye pas sa position selon laquelle les droits antidumping sont la seule mesure corrective en cas de dumping. Il prouve qu'à l'origine l'article VI du GATT de 1947 comprenait un paragraphe – le paragraphe 7 – dont le passage pertinent disposait:

²⁵³ Le Japon fait référence à la déposition faite le 18 juillet 1986 par Alan F. Holmer, Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, devant la Sous-Commission du commerce international du Sénat des États-Unis, page 4 (italique ajouté par le Japon).

²⁵⁴ Le Japon fait aussi référence à l'article 18.1 de l'Accord antidumping, où il est dit qu'"[i]l 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 omise par le Japon).

"Aucune partie contractante n'aura recours, pour neutraliser les effets d'un dumping [...] à des mesures autres que les droits antidumping [...]."²⁵⁵

Toutefois, ce paragraphe 7 n'a existé que durant un an environ. L'article VI a 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.

3.281 Les États-Unis rappellent qu'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 n'est pour autant que ces autres mesures sont permises par d'autres dispositions de la Charte."²⁵⁶

3.282 Les États-Unis rappellent 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."²⁵⁷

3.283 Les États-Unis observent 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."

Dans une note de bas de page relative à l'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".

²⁵⁵ Reproduit dans GATT, Index analytique: Guide des règles et pratiques du GATT, sixième édition (1995), page 238.

²⁵⁶ 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, page 255 (italique ajouté par les États-Unis).

²⁵⁷ IBDD, II/43, page 45, paragraphe 12 (italique ajouté par les États-Unis).

3.284 Les États-Unis rappellent qu'une disposition presque identique à l'article 16:1 du Code antidumping du Tokyo Round figure désormais dans l'Accord antidumping, à l'article 18.1, sauf qu'elle se réfère maintenant au GATT de 1994 au lieu du GATT de 1947. L'article 18.1 et sa note disposent ce qui suit:

"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 par 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."

3.285 Les États-Unis font observer que, dans le "projet de texte Dunkel" de l'Accord antidumping du 20 décembre 1991, l'article consacré aux dispositions finales avait été laissé en blanc. Durant les travaux du Groupe de rédaction juridique en avril 1992, le Secrétariat a inséré un nouvel article sur les dispositions finales, dont le paragraphe 1 était constitué du texte de l'ancien article 16:1, les termes "Accord général" ayant été mécaniquement remplacés par "GATT de 1993"²⁵⁸, termes qui ont ensuite été mécaniquement remplacés par "GATT de 1994".

3.286 Les États-Unis estiment que, dans le contexte du Code antidumping de 1979, le sens de la note de bas de page relative à 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.²⁵⁹ Par exemple, une partie contractante qui était partie au Code antidumping de 1979 conservait la faculté de traiter ce dumping en éliminant le 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. 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 ou un droit compensateur en vertu de l'article VI, la partie contractante en question pouvait s'engager dans ces voies.

3.287 Les États-Unis font valoir 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.

3.288 Les États-Unis considèrent que les mêmes conclusions valent aujourd'hui. Si un Membre 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

²⁵⁸ Les États-Unis font référence au document de salle n° 625 du 6 avril 1992, page 32.

²⁵⁹ Les États-Unis font référence à J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, The Bobbs-Merrill Co. (1969), page 411, où il est dit que, "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".

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.

3.289 La position des États-Unis en l'espèce est, bien entendu, que la Loi de 1916 ne devrait tout simplement pas être considérée comme une mesure contre le dumping. Au contraire, en vertu du droit américain, elle a été interprétée comme une loi antitrust. Plus fondamentalement, c'est une loi dont les éléments ne sont pas les mêmes que les éléments "dumping" et "dommage" de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, de sorte qu'elle n'est pas soumise à l'article VI:2 ni à l'article 18.1.

3.290 Le **Japon** maintient que, selon lui, l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping prescrivent le seul moyen de remédier au dumping compatible avec les règles de l'OMC. En premier lieu, l'interprétation de la note 24 donnée par les États-Unis est incorrecte. Le texte de l'article 18.1 et de la note 24 de l'Accord antidumping réaffirme l'interprétation selon laquelle l'article VI du GATT de 1994 est la seule mesure corrective autorisée par le GATT en cas de dumping. Le sens ordinaire de cette disposition ne saurait être plus explicite. "Aucune mesure particulière" ne peut être prise pour remédier au dumping sauf une mesure qui satisfait aux prescriptions de l'article VI du GATT de 1994. La note 24 dispose que d'autres mesures "appropriées" au titre d'autres dispositions du GATT de 1994, telles qu'une mesure de sauvegarde, peuvent être imposées lorsque les conditions fixées à cette fin par l'OMC sont satisfaites. Autrement dit, un Membre peut agir sur les importations au moyen de mesures autorisées par d'autres dispositions du GATT de 1994. Par exemple, dans une situation de dumping (c'est-à-dire lorsque les conditions requises pour imposer un droit antidumping sont satisfaites), un Membre peut imposer une mesure de sauvegarde après avoir respecté les dispositions de l'Accord de l'OMC sur les sauvegardes.²⁶⁰

3.291 Le Japon observe toutefois que la note n'autorise pas d'autres mesures correctives que les droits antidumping pour contrebalancer le dumping. La seule "mesure particulière" autorisée "conformément" à l'article VI est l'imposition de droits antidumping après que certaines conditions ont été satisfaites. En l'espèce, aucune disposition du GATT de 1994 ne justifie les procédures et sanctions prévues par la Loi de 1916. Si l'interprétation des États-Unis était correcte, un Membre pourrait prendre toute mesure en sus des droits antidumping après avoir terminé une enquête conformément à l'Accord antidumping.²⁶¹

3.292 Le Japon considère que l'interprétation des États-Unis dans la procédure actuelle s'écarte manifestement des positions officielles prises par eux antérieurement. L'analyse présentée à la Commission des finances du Sénat par le Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, étaye manifestement la position japonaise. Il a déclaré que "le recours à des sanctions additionnelles telles qu'amendes, embargo, emprisonnement ou autres mesures draconiennes" n'était pas autorisé et que l'article 16 (aujourd'hui l'article 18.1 de l'Accord antidumping) permettait à un gouvernement d'offrir à ses administrés un seul moyen de remédier au dumping: la perception de droits antidumping.

3.293 Les **États-Unis** répondent tout d'abord que l'article VI ne régit pas toutes les lois et mesures qui imposent des ajustements à la frontière ni même toutes les lois et mesures qui imposent des

²⁶⁰ En réponse à une question du Groupe spécial sur l'interprétation de la note 24, le Japon indique que, par exemple, une mesure de sauvegarde compatible avec l'article XIX du GATT de 1994 pourrait très bien avoir comme effet incident d'arrêter les importations "faisant l'objet d'un dumping", mais que la mesure elle-même n'aurait pas pour objet de remédier au dumping. Selon le Japon, la note 24 évite simplement le conflit qui pourrait avoir lieu entre d'autres mesures contre les importations conformes à l'OMC et l'obligation énoncée à l'article 18.1 de l'Accord antidumping de ne pas prendre d'autres mesures contre le dumping.

²⁶¹ Le Japon observe à cet égard que, selon l'interprétation des États-Unis, la note 24 serait entièrement contradictoire avec l'idée principale de l'article 18.1: le fait qu'un pays ne peut prendre aucune autre mesure contre le dumping que l'imposition de droits antidumping.

ajustements à la frontière sous forme de droits. Il ne régit que les lois et mesures qui visent à contrebalancer le dumping dommageable par l'imposition de droits, sur la base de constatations relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage", comme il ressort clairement du rapport du groupe spécial du GATT de 1947 sur l'affaire *Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et congelée en provenance du Canada*.²⁶² Dans ce rapport, le groupe spécial examine d'abord l'une des deux dispositions fondamentales du GATT de 1947 qui interdisent d'imposer des droits. Il s'agit de l'article I:1, qui dispose que les droits et impositions de toute nature perçus à l'occasion de l'importation doivent être conformes au principe de la nation la plus favorisée. L'autre disposition, selon le groupe spécial, est l'article II:1, qui dispose qu'un Membre importateur ne peut appliquer aux produits d'un autre Membre des droits supérieurs au taux qui figure dans sa Liste de concessions, c'est-à-dire au taux consolidé. Plus précisément, l'article II:1 b) dispose que les produits d'un Membre

"ne seront pas soumis [...] à des droits de douane proprement dits plus élevés que ceux de [la Liste de concessions du Membre importateur]. De même, ces produits ne seront pas soumis à d'autres droits ou impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation, qui seraient plus élevés que ceux qui étaient imposés à la date du présent Accord, ou que ceux qui, comme conséquence directe et obligatoire de la législation en vigueur à cette date dans le territoire importateur, seraient imposés ultérieurement".

3.294 Selon les États-Unis, l'article II:2 admet effectivement certaines situations où des droits plus élevés que le taux consolidé peuvent être imposés, l'une d'elles étant l'imposition d'"un droit antidumping ou un droit compensateur en conformité de l'article VI". Sinon, selon le rapport du groupe spécial, les droits plus élevés que le taux consolidé (ou les droits imposés sur une base autre que NPF) sont interdits.²⁶³

3.295 Les États-Unis font valoir que, lorsqu'on lit l'article VI dans le contexte des articles I:1 et II:1, on voit en quoi la portée de l'article VI est limitée. L'article VI lui-même ne s'applique qu'aux lois et mesures qui visent à contrebalancer un dumping dommageable par l'imposition de droits antidumping.

3.296 Les États-Unis estiment que, vu la portée limitée de l'article VI, et en particulier son statut de dérogation à l'obligation NPF énoncée aux articles I:1 et II:1, il ne s'ensuit pas que l'article VI (ou l'article 18.1 de l'Accord antidumping) agirait en soi comme une interdiction contre les mesures qu'un Membre pourrait prendre. Au contraire, l'article VI est considéré à juste titre comme établissant un droit pour le Membre, celui d'imposer des droits qui contrebalancent le dumping dommageable. L'article VI et l'Accord antidumping requièrent effectivement d'un Membre qu'il suive les règles énoncées dans l'Accord antidumping lorsqu'il impose des droits antidumping. Mais ils n'interdisent pas l'imposition d'autres mesures qui contrebalancent le dumping dommageable. D'ailleurs, l'article VI n'aborde même pas cette question. C'est l'article 18.1 de l'Accord antidumping qui l'aborde, et il indique clairement qu'un Membre peut prendre toute autre mesure compatible avec les dispositions du GATT de 1994.

²⁶² Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *États-Unis – Droits compensateurs sur la viande de porc fraîche, réfrigérée et congelée en provenance du Canada*, adopté le 11 juillet 1991, IBDD, S38/32, paragraphe 4.4 (ci-après "*États-Unis – Viande de porc*").

²⁶³ En réponse à une question du Groupe spécial sur la façon dont les parties interprètent les termes "En vue de neutraliser [...] le dumping" figurant à l'article VI:2 du GATT de 1994, les États-Unis font valoir que ces termes sont employés à l'article VI:2 du GATT de 1994 pour différencier le type de droit qu'un Membre peut imposer en vertu de l'article VI des types de droits qui seraient contraires aux articles I:1 et II:1 du GATT de 1994. Comme le groupe spécial l'explique dans *États-Unis – Viande de porc*, l'article I:1 interdit les droits sur les produits importés qui ne sont pas conformes au principe NPF. L'article II:1 interdit les droits plus élevés que le taux consolidé. Dans ce contexte, les termes "En vue de neutraliser [...] le dumping" figurant à l'article VI:2 peuvent être considérés comme une tentative pour préciser une situation dans laquelle il est justifié qu'un Membre impose des droits plus élevés que le taux consolidé et sur une base autre que NPF.

3.297 Aux yeux des États-Unis, c'est précisément pour cette raison que M. Jackson a émis l'avis selon lequel "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".²⁶⁴

3.298 En réponse à l'argument du Japon selon lequel "[s]i l'interprétation des États-Unis était correcte, un Membre pourrait prendre toute mesure en sus des droits antidumping après avoir terminé une enquête conformément à l'Accord antidumping", les États-Unis maintiennent leur position selon laquelle l'article 18.1 permet de prendre d'autres mesures correctives que des droits en cas de dumping, tant que ces mesures ne sont pas contraires aux autres dispositions du GATT de 1994. Toutefois, cette condition limite strictement les mesures offertes à un Membre. Par exemple, l'obligation NPF énoncée à l'article III restreint beaucoup les mesures qu'un Membre peut prendre. Si une loi imposait des dommages-intérêts à un importateur lorsqu'un "dumping" et un "dommage" ont été constatés, elle ne serait pas régie par l'article VI, car elle n'imposerait pas de droits. Ce serait au contraire une loi interne, régie par l'article III:4, et le traitement qu'elle accorderait aux produits importés ne pourrait être moins favorable que celui accordé aux produits nationaux par toute loi nationale comparable. En outre, il est très probable que cette loi serait contraire à l'article III:4, car les régimes antitrust nationaux fondent généralement la responsabilité en matière de prix bas sur des facteurs tels que la possession d'une large part du marché et la prédation.

3.299 Les États-Unis font valoir que, pour ces raisons, même si le Groupe spécial devait déterminer d'une manière ou d'une autre que la Loi de 1916 est régie par l'article VI du GATT de 1994, il devrait néanmoins constater que rien dans l'article VI ou l'article 18.1 de l'Accord antidumping ne fait des droits antidumping la seule mesure corrective en cas de dumping dommageable. Au contraire, la seule condition émanant de l'article VI et de l'Accord antidumping est que toute autre mesure prise par un Membre en cas de dumping dommageable doit être conforme aux autres dispositions du GATT de 1994. Comme l'article III:4 est la seule autre disposition du GATT de 1994 au titre de laquelle le Japon formule une plainte dans la procédure actuelle, toute violation de l'article VI et de l'Accord antidumping dans la procédure actuelle devrait reposer sur une violation de l'article III:4, ce que le Japon n'a pas établi.²⁶⁵

3.300 Le **Japon** fait valoir que l'article III n'a rien à voir dans ce contexte. Il ne permet pas à un Membre de prendre des mesures spécifiques contre le dumping. Un Membre peut prendre les mesures autorisées par les autres dispositions de l'OMC dans une situation où un dumping existe. Toutefois, les États-Unis n'indiquent pas et ne peuvent indiquer d'autre disposition de l'OMC justifiant l'imposition d'une peine de prison, de dommages-intérêts au triple, etc. Ils tentent à nouveau de se soustraire à la charge qui leur incombe de prouver que l'imposition d'une peine de prison, de dommages-intérêts au triple, etc. est compatible avec l'OMC et que les droits antidumping ne sont pas la seule mesure corrective en cas de dumping. Ils citent l'assertion de M. Jackson selon laquelle "les mesures qui ne sont pas contraires à d'autres dispositions du GATT peuvent aussi être employées contre le dumping". Ces propos sont conformes à ceux du Japon et n'étaient pas l'argumentation des États-Unis.

²⁶⁴ Les États-Unis font référence à J. H. Jackson, *op. cit.*, page 411.

²⁶⁵ En réponse à une question du Japon sur le point de savoir si la Loi de 1916 serait une mesure compatible avec le GATT dans le cas où les sanctions en cas de dumping dommageable incluraient la peine capitale ou l'emprisonnement à vie, les États-Unis disent que cette question implique à tort que la Loi de 1916 constitue une sanction contre le dumping dommageable. Cela mis à part, si ces mesures correctives étaient autorisées par la Loi de 1916, cela serait incompatible avec l'article III:4, car il n'y a pas de loi nationale analogue qui prévoit de telles mesures.

3.301 Le Japon observe que, par un nouvel argument tortueux destiné à étayer leur argumentation, les États-Unis prétendent que la Loi de 1916 ne relève pas de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping mais qu'elle est régie par l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, comme ce serait une mesure autorisée par une autre disposition de l'OMC, les droits antidumping ne seraient pas la seule mesure corrective en cas de dumping. La fausseté de cette logique est évidente.²⁶⁶ Si une loi n'est pas une loi antidumping, le fait que d'autres dispositions puissent être violées n'a rien à voir avec le point de savoir si d'autres mesures que des droits antidumping sont autorisées pour neutraliser le dumping. Dans toute leur argumentation, les États-Unis ont été incapables d'expliquer en quoi les sanctions prévues par la Loi de 1916 – peine de prison, dommages-intérêts au triple, amendes et remboursement des frais de justice – sont des mesures autorisées en vertu des dispositions de l'OMC. En réponse à la question du Japon, ils disent que, s'il existe une loi nationale analogue qui prévoit la peine capitale ou l'emprisonnement à vie, un Membre peut prévoir de telles mesures correctives en cas de dumping. Cette interprétation va à l'encontre non seulement des dispositions pertinentes de l'OMC mais aussi des objectifs du régime de l'OMC.

3.302 Les **États-Unis** disent, en réponse aux exemples hypothétiques pris par le Japon de la peine capitale et de l'emprisonnement à vie comme mesures correctives en cas d'infraction à la Loi de 1916, que ces peines ne figurent pas parmi les mesures pénales (non utilisées) prévues dans la Loi elle-même. Si elles y figuraient, elles seraient contraires aux dispositions de l'article III du GATT de 1994 concernant le traitement national, à moins que les États-Unis ne commencent à exécuter ceux qui se livrent à la discrimination de prix au plan national, ce qu'ils ne font pas.

3.303 En réponse à une question du Groupe spécial sur le sens du mot "mesure" ("*measure*") employé à l'article premier de l'Accord antidumping par opposition à celui du mot "mesure" ("*action*") employé à l'article 18.1 de l'Accord antidumping et dans la note 24 relative à cet article, le **Japon** indique que le mot "mesure" ("*measure*") employé à l'article premier de l'Accord antidumping désigne les mesures provisoires prévues à l'article 7, les engagements en matière de prix prévus à l'article 8 et les droits antidumping prévus à l'article 9 de l'Accord antidumping. Tous ces types de mesures doivent être conformes à l'Accord antidumping.

3.304 Le Japon fait valoir que le terme de "mesure" ("*action*") employé à l'article 18.1 est, en revanche, délibérément plus large. Comme il n'est pas défini dans l'Accord antidumping, son sens doit être déterminé "suivant son sens ordinaire considéré à la lumière de son contexte, et de l'objet et du but" de l'Accord antidumping.²⁶⁷ Les rédacteurs, conscients que des pays pourraient être tentés de prendre d'autres mesures visant le "dumping", ont ajouté un énoncé clair disant que de telles mesures n'étaient pas autorisées. Le terme de "mesure" ("*action*") couvre donc tout type de mesures à la frontière, mesures internes, mesures de procédure ou autres pratiques destinées à sanctionner le dumping. Cette distinction trouve aussi un écho dans l'emploi du terme plus restreint d'"appliquée" à l'article premier, par rapport au terme plus large de "pris" employé à l'article 18.1.

3.305 En réponse à la même question du Groupe spécial, les **États-Unis** estiment que, pour interpréter le terme de "mesure" ("*measure*") employé à l'article premier de l'Accord antidumping, il faut d'abord considérer que ce terme est modifié par le terme "antidumping". Lorsqu'on lit l'expression "mesure antidumping" conjointement au sens ordinaire du reste de l'article premier, il devient clair qu'elle désigne l'une quelconque des mesures prévues par l'Accord antidumping, ce qui inclut 1) les mesures provisoires prévues à l'article 7, 2) les engagements en matière de prix prévus à l'article 8 et 3) l'imposition de droits antidumping prévue à l'article 9. Un examen de l'historique de

²⁶⁶ En réponse à une question des États-Unis, le Japon confirme son point de vue selon lequel l'article VI régit absolument toutes les mesures prises pour neutraliser le dumping, qu'elles soient appliquées à la frontière ou à l'intérieur des frontières.

²⁶⁷ Le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, paragraphe 70 (ci-après "rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment*").

l'article premier confirme ce sens. À cet égard, l'article premier du Code antidumping du Tokyo Round (1979) ne concernait expressément qu'une mesure sous la forme d'un droit antidumping. Il disposait que "[l]institution d'un droit antidumping est une mesure à prendre dans les seules circonstances prévues à l'article VI" et conformément aux règles énoncées dans le Code antidumping. Une correction technique a ensuite été apportée à l'article premier de l'Accord antidumping pour préciser que toute mesure prévue par l'Accord antidumping pourrait être prise dans les seules circonstances prévues à l'article VI et conformément aux règles énoncées dans l'Accord antidumping. C'est pourquoi l'Accord parle désormais d'"[u]ne mesure antidumping" au lieu seulement d'un droit antidumping.

3.306 Les États-Unis observent en outre que, lorsqu'on donne ce sens à l'expression "mesure antidumping", on peut interpréter à bon droit l'article premier comme disposant que, si un Membre prend une mesure prévue par l'Accord antidumping, il ne peut le faire que dans les circonstances prévues à l'article VI – ce qui veut dire que l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage" doit avoir été constatée – et s'il suit les règles énoncées dans l'Accord antidumping. L'article premier n'explique pas ce qu'un Membre peut faire si, en cas de dumping, il agit autrement qu'en ayant recours à l'une des mesures prévues à l'article VI et dans l'Accord antidumping. Toutefois, son libellé même laisse entendre que d'autres mesures que celles prévues dans l'Accord antidumping peuvent être prises contre le dumping. C'est pourquoi la deuxième phrase de l'article premier explique qu'il ne concerne que ce qui peut se passer "pour autant que des mesures soient prises dans le cadre d'une législation ou d'une réglementation antidumping".

3.307 Les États-Unis font observer que le Japon n'a pas contesté le fait qu'ils ont pris l'un quelconque des trois types de mesures prévues dans l'Accord antidumping. Il n'a contesté que la Loi de 1916 en tant que telle. Cela signifie qu'en l'absence de contestation de l'une des trois mesures spécifiques prévues dans l'Accord antidumping, le Groupe spécial n'est pas compétent pour établir des constatations au sujet d'allégations formulées au titre de l'Accord antidumping. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué clairement dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, les seuls éléments qui peuvent être contestés dans le cadre de l'Accord antidumping sont les trois types de mesures antidumping énoncés dans l'Accord antidumping:

"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."²⁶⁸

3.308 Les États-Unis font valoir que, de la même façon, compte tenu du raisonnement exposé dans le rapport du groupe spécial *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, qui a été confirmé par

²⁶⁸ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment*, *op. cit.*, paragraphe 79 (italique ajouté par les États-Unis).

l'Organe d'appel, le Groupe spécial n'est pas compétent pour statuer sur une plainte au titre de l'article VI du GATT de 1994. Dans cette affaire, le groupe spécial avait constaté que "l'article VI du GATT de 1994 n'est pas indépendamment applicable à un différend auquel l'Accord SMC ne s'applique pas"²⁶⁹, s'appuyant sur un libellé parallèle à celui de l'article premier de l'Accord antidumping.

3.309 Le **Japon** considère que la constatation particulière de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* citée par les États-Unis est sans rapport avec l'actuelle procédure de groupe spécial. L'affaire *Guatemala – Ciment* portait sur la question de savoir si un *droit* antidumping provisoire ou définitif avait été perçu avant l'ouverture de la procédure de groupe spécial concernée. Or, en l'espèce, le sujet des délibérations n'est pas un droit antidumping ou un engagement en matière de prix mais les mesures autres que les droits antidumping ou les engagements en matière de prix. Par conséquent, les constatations établies sur ce point particulier par le groupe spécial ou l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment* ne s'appliquent pas ici.

3.310 En ce qui concerne le terme de "mesure" ("*action*") employé à l'article 18.1 et dans la note 24 de l'Accord antidumping, les **États-Unis** observent qu'à l'instar du terme de "mesure" ("*measure*") employé à l'article premier de l'Accord antidumping, le terme de "mesure" ("*action*") employé à l'article 18.1 et dans la note 24 de l'Accord antidumping est modifié. L'article 18.1 en particulier parle de "mesure particulière contre le dumping". Une mesure "particulière" contre le dumping est une mesure qui régleme des transactions particulières à l'importation, telle que celles qui peuvent prendre la forme de l'imposition de droits, d'une ordonnance, d'une restriction quantitative ou d'une procédure d'évaluation. Une mesure ("*action*") est une mesure "contre le dumping" si elle est destinée à contrebalancer le dumping.

3.311 Les États-Unis considèrent que, lorsqu'on lit ensemble l'article 18.1 et la note 24, on voit qu'ils signifient qu'un Membre peut prendre une mesure particulière contre le dumping si celle-ci est conforme, et non pas contraire, aux dispositions du GATT de 1994.

3.312 Les États-Unis font valoir qu'il devrait être évident que l'article 18.1 et la note 24 n'ont même pas pour but de régir une mesure telle que la Loi de 1916 ou de la limiter. Premièrement, la Loi de 1916 ne régleme pas des transactions particulières à l'importation ni même des importations en général; elle se borne à mettre en jeu la responsabilité de l'importateur. Deuxièmement, elle n'est pas axée sur le dumping mais sur le comportement anticoncurrentiel privé généralement condamné par les lois antitrust. Le Groupe spécial n'a évidemment besoin d'aborder aucune de ces questions puisque, en premier lieu, la Loi de 1916 ne relève même pas de l'article VI du GATT de 1994 ni de l'Accord antidumping.

H. VIOLATIONS DE L'ARTICLE VI:1 DU GATT DE 1994 ET DES ARTICLES 1^{ER}, 2, 3, 4, 5, 9 ET 11 DE L'ACCORD ANTIDUMPING

3.313 Le Japon affirme que la Loi de 1916 est contraire aux prescriptions énoncées à l'article VI du GATT de 1994 et dans de nombreuses dispositions de l'Accord antidumping car elle exige l'imposition de mesures correctives non admissibles contre le dumping dans des situations où les conditions de procédure imposées pour l'application de la seule mesure corrective autorisée ne sont pas remplies.

3.314 Le Japon affirme, premièrement, que la Loi de 1916 prévoit l'application de mesures correctives contre le dumping en dehors des circonstances définies à l'article VI:1 du GATT de 1994 et à l'article premier de l'Accord antidumping. Elle prévoit plus précisément l'imposition de mesures en l'absence d'une enquête i) ouverte et effectuée conformément aux dispositions de l'article premier

²⁶⁹ Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/R, paragraphe 278 (ci-après "*Brésil – Noix de coco desséchée*").

de l'Accord antidumping et ii) qui établit les faits requis par cet article.²⁷⁰ Elle est donc incompatible avec l'article VI:1 du GATT de 1994 et l'article premier de l'Accord antidumping.

3.315 Le Japon rappelle, deuxièmement, que la Loi de 1916 interdit l'importation d'un produit à un prix "substantiellement inférieur à [sa] valeur commerciale effective ou [son] prix de gros [...] sur les principaux marchés du pays de production ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés [...]". Or, l'article VI:1 a) du GATT de 1994 et l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord antidumping exigent que le premier élément de référence auquel le prix du produit importé est comparé soit le prix réel du produit dans le pays exportateur.²⁷¹

3.316 Le Japon observe en outre que l'article 2.4.1 de l'Accord antidumping offre à ceux qui font l'objet d'une allégation de dumping une protection contre les fluctuations monétaires. La Loi de 1916 n'offre aucune protection de ce type. Le Japon considère donc qu'elle est incompatible avec l'article VI:1 a) du GATT de 1994 et l'article 2 de l'Accord antidumping, car elle déroge à ces prescriptions.

3.317 Le Japon fait valoir, troisièmement, qu'en vertu de l'article VI:1 et VI:6 a) du GATT de 1994 et de l'article 3 de l'Accord antidumping, un Membre doit constater, avant d'appliquer une mesure antidumping, que le dumping a causé ou menace de causer un dommage important à sa branche de production nationale (ou retarde la création d'une branche de production nationale).²⁷² Ces articles établissent aussi les critères qui définissent et régissent la détermination de l'existence d'un dommage. Par exemple, les paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 3 de l'Accord antidumping énoncent les facteurs qu'un Membre doit examiner lorsqu'il détermine s'il y a eu un dommage: volume et incidence des importations faisant l'objet d'un dumping, etc.

3.318 Le Japon observe qu'au contraire la Loi de 1916 exige seulement que l'*intention* soit démontrée. En outre, celle-ci est définie comme l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher sa création; la condition "de manière importante" ne figure donc pas dans la Loi de 1916. Cette loi prévoit aussi l'imposition de sanctions à la seule condition que soient démontrées la différence de prix mentionnée ci-dessus et l'intention, condition qui diffère substantiellement de celle énoncée dans les Accords de l'OMC. Cela est directement contraire aux obligations contractées par les États-Unis en vertu de l'article VI du GATT de 1994 et de l'article 3 de l'Accord antidumping.

3.319 Le Japon fait observer, quatrièmement, que les articles 4 et 5 de l'Accord antidumping imposent des prescriptions limitant la ou les parties habilitées à poursuivre une action antidumping. Ils exigent plus précisément qu'une demande soit présentée "par la branche de production nationale ou en son nom".²⁷³ En revanche, comme le montrent les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*,

²⁷⁰ Le Japon fait référence au rapport du groupe spécial *Nouvelle-Zélande – Importation de transformateurs électriques en provenance de Finlande*, adopté le 18 juillet 1985, IBDD S32/57, paragraphe 4.4, où il est dit qu'"il est évident, d'après la teneur de l'article VI, qu'aucun droit antidumping ne doit être perçu sans que certains faits aient été établis".

²⁷¹ Le Japon rappelle qu'en vertu de l'article VI:1 a) et de l'article 2.1, l'élément de référence premier et préféré pour la comparaison est le "prix comparable pratiqué au cours d'opérations commerciales normales pour le produit similaire destiné à la consommation dans le pays exportateur".

²⁷² Le Japon fait référence au rapport du groupe spécial *Droits antidumping de la Suède*, adopté le 26 février 1955, IBDD, S3/90, paragraphe 8, où il est dit que "[l]e pays importateur ne peut en effet percevoir des droits antidumping que lorsque l'effet du dumping est tel qu'il cause [...] un préjudice important à une production nationale".

²⁷³ Le Japon fait référence à l'article 5.1 de l'Accord antidumping. Il observe aussi que l'article 4.1 définit la "branche de production nationale" comme "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" et que l'article 5.4 exige que les autorités déterminent qu'une demande est soutenue par "les producteurs nationaux dont les productions additionnées constituent plus de 50 pour cent de la production

un seul producteur américain du produit similaire peut engager une action au titre de la Loi antidumping de 1916.²⁷⁴ Le Japon indique en outre que l'article 5 dispose que les demandes doivent contenir des éléments de preuve de l'existence des trois éléments que sont le dumping, le dommage et le lien de causalité et fixe un seuil *de minimis* applicable à l'élément dumping. La Loi de 1916 ne contient aucune de ces prescriptions. Un plaignant au titre de cette loi n'a besoin que de présenter un "énoncé concis et simple" de sa plainte.²⁷⁵ Enfin, l'article 5.10 de l'Accord antidumping dispose que les Membres doivent terminer leurs enquêtes et décider d'imposer ou non des droits dans un délai de 18 mois. La Loi de 1916 ne fixe aucun délai de ce type. Elle est donc incompatible avec l'article VI du GATT de 1994 et les articles 4 et 5 de l'Accord antidumping.

3.320 Le Japon avance, cinquièmement, que l'article 9 de l'Accord antidumping définit le régime que les Membres doivent appliquer lorsqu'ils imposent et perçoivent des droits antidumping. Or, un tel régime ne figure pas dans la Loi de 1916, qui dispose que le gouvernement américain peut percevoir des amendes fixes et que les parties privées au litige ont droit à des dommages-intérêts au triple et au remboursement des frais d'avocat, sans avoir à satisfaire une seule des conditions énoncées à l'article 9. En outre, elle ne tient pas compte de l'obligation mentionnée à l'article 9.3 selon laquelle la sanction ne doit pas dépasser la marge de dumping et impose de surcroît une peine de prison. De plus, elle est contraire à l'article VI et à l'article 9, car elle impose aux importateurs des sanctions punitives rétroactives, y compris des dommages-intérêts au triple et des peines de prison. Par contre, l'article 9, et notamment son paragraphe 2, précise que les droits antidumping sont une mesure prospective, ce que confirme l'examen de l'article 11. Par conséquent, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI du GATT de 1994 et à l'article 9 de l'Accord antidumping.

3.321 Le Japon fait valoir enfin que l'article 11 de l'Accord antidumping limite la durée des mesures antidumping et exige que soit périodiquement réexaminée la nécessité de maintenir les droits antidumping. La Loi de 1916 ne contient aucune disposition en matière de durée ou de réexamen. Elle est donc contraire à l'article VI du GATT de 1994 et à l'article 11 de l'Accord antidumping.

3.322 Les **États-Unis** font valoir que les allégations formulées par le Japon au titre de diverses autres dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping reposent sur l'hypothèse que le Groupe spécial a déjà constaté que la Loi de 1916 était contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994 et à l'article 18.1 de l'Accord antidumping. Par conséquent, chacune de ces allégations repose sur le même fondement erroné, à savoir que l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping font des droits antidumping la seule mesure corrective en cas de dumping et, de surcroît, que la Loi de 1916 est une loi antidumping qui prévoit d'autres mesures correctives en cas de dumping que les droits antidumping.

3.323 Les États-Unis soutiennent que le Japon n'a pas établi que l'article VI et l'Accord antidumping régissaient des mesures antitrust telles que la Loi de 1916 ou même qu'ils régissaient toutes les mesures antidumping. Les diverses allégations formulées par le Japon au titre de l'article VI et de l'Accord antidumping doivent donc être rejetées.

totale du produit similaire" produite par les producteurs qui expriment leur soutien ou leur opposition à la demande. Il observe qu'en aucune circonstance une enquête ne peut être ouverte si ceux qui la soutiennent représentent moins de 25 pour cent de la production nationale totale du produit similaire.

²⁷⁴ Le Japon fait référence à la Loi de 1916, qui dit que "[t]oute personne lésée [...] peut intenter une action à ce titre devant le tribunal fédéral du district [...]" (italique ajouté par le Japon). Il indique que cela s'oppose au rapport du Groupe d'experts sur "les droits antidumping et les droits compensateurs", adopté le 13 mai 1959, IBDD, S8/156, paragraphe 18, où il est dit que "l'imposition de droits antidumping en vue de neutraliser le préjudice causé à une seule entreprise d'une grande production nationale [...] revêtirait un caractère protectionniste".

²⁷⁵ Le Japon se réfère au Règlement fédéral de procédure civile 8 a) 2) des États-Unis.

I. VIOLATIONS DES ARTICLES 1^{ER} ET 18.1 DE L'ACCORD ANTIDUMPING

3.324 Le **Japon** soutient qu'en appliquant la Loi de 1916 sans satisfaire aux prescriptions de l'article VI du GATT de 1994 et des articles 2, 3, 4, 5, 9 et 11 de l'Accord antidumping, les États-Unis ont aussi contrevenu à l'obligation qui découle pour eux des articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping.

3.325 Le Japon rappelle que l'article 1^{er} de l'Accord antidumping dispose ce qui 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. 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."²⁷⁶

3.326 Le Japon rappelle aussi que 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."

3.327 Le Japon rappelle enfin que, comme cela a été démontré précédemment, les États-Unis ont violé de nombreuses dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et des articles 2, 3, 4, 5, 9 et 11 de l'Accord antidumping. Ils ont donc violé les articles 1^{er} et 18.1 de l'Accord antidumping.

3.328 Les **États-Unis** font valoir que les allégations formulées par le Japon au titre de diverses autres dispositions de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping reposent sur l'hypothèse que le Groupe spécial a déjà constaté que la Loi de 1916 était contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994 et à l'article 18.1 de l'Accord antidumping. Par conséquent, chacune de ces allégations repose sur le même fondement erroné, à savoir que l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping font des droits antidumping la seule mesure corrective en cas de dumping et, de surcroît, que la Loi de 1916 est une loi antidumping qui prévoit d'autres mesures correctives en cas de dumping que les droits antidumping.

3.329 Les États-Unis soutiennent que le Japon n'a pas établi que l'article VI et l'Accord antidumping régissaient des mesures antitrust telles que la Loi de 1916 ou même qu'ils régissaient toutes les mesures antidumping. Les diverses allégations formulées par le Japon au titre de l'article VI et de l'Accord antidumping doivent donc être rejetées.

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

1. **Rapport entre l'article III:4 et l'article VI du GATT de 1994**

3.330 En réponse à une question posée par le Groupe spécial aux deux parties à propos du rapport entre l'article III:4 et l'article VI du GATT de 1994, le **Japon** fait valoir que les articles III:4 et VI ne sont pas liés au sens où ils devraient dépendre l'un de l'autre ou s'exclure mutuellement. Une mesure interne peut donc contrevenir aux deux articles, comme c'est le cas en l'espèce. Plus spécifiquement, si une mesure est conforme à l'article VI, il s'agit d'une mesure à la frontière autorisée (appliquée à l'importation ou à l'occasion de l'importation) qui ne relève donc pas de l'article III. En l'espèce, la mesure est cependant contraire à l'article VI, car il s'agit d'une loi antidumping non conforme à cet article; elle est également contraire à l'article III, car elle régit les produits importés dans le cadre d'un régime distinct et moins favorable que le régime applicable aux produits nationaux.

²⁷⁶ Note de bas de page omise par le Japon.

3.331 Les **États-Unis** considèrent, en réponse à la question posée par le Groupe spécial, qu'une loi ou une mesure spécifique relève de l'article III:4 du GATT de 1994 si elle peut être qualifiée d'"intérieure". En principe, est "intérieure" une loi ou une mesure qui, comme la Loi de 1916, affecte la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation d'un produit importé sur le marché intérieur. Bien qu'il soit possible, dans le cas d'un produit importé, de percevoir une imposition intérieure ou d'imposer une réglementation au moment ou au lieu de l'importation qui soient encore soumises aux dispositions de l'article III²⁷⁷, une loi ou une mesure "intérieure" ne peut cependant prescrire un ajustement à la frontière, tel que l'imposition de droits sur un produit importé.

3.332 Les États-Unis estiment qu'une loi ou une mesure spécifique relève de l'article VI du GATT de 1994 si elle satisfait à deux prescriptions. Premièrement, elle doit concerner un type particulier d'ajustement à la frontière, et non un type quelconque, et imposer des droits sur un produit importé. Deuxièmement, ce doit être aussi une loi ou une mesure antidumping, au sens où elle doit tenter de contrebalancer un dumping causant un dommage, sur la base des constatations relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage".

3.333 Le rapport du groupe spécial relevant du GATT de 1947 dans l'affaire *États-Unis – Viande de porc*²⁷⁸ confirme que l'article VI ne régit pas toutes les lois et mesures qui imposent des ajustements à la frontière ni même toutes celles qui imposent de tels ajustements sous forme de droits, mais plutôt uniquement les lois et mesures qui tentent de contrebalancer un dumping causant un dommage en imposant des droits, sur la base des constatations relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage". Comme il est expliqué dans le rapport du groupe spécial, l'une des deux dispositions fondamentales du GATT interdisant l'imposition de droits est l'article I:1 du GATT de 1994, qui dispose que les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'occasion de l'importation doivent être conformes au principe de la nation la plus favorisée. L'autre disposition, selon ce rapport, est l'article II:1 qui dispose qu'un Membre importateur ne doit pas percevoir, sur les produits d'un autre Membre, des droits qui seraient plus élevés que le taux prévu dans sa liste de concessions, c'est-à-dire le taux consolidé. Plus précisément, l'article II:1 b) prévoit que les produits d'un Membre "ne seront pas soumis [...] à des droits de douane proprement dits plus élevés que ceux de [la liste de concessions du Membre importateur]. De même, ces produits ne seront pas soumis à d'autres droits ou impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation, qui seraient plus élevés que ceux qui étaient imposés à la date du présent Accord, ou que ceux qui, comme conséquence directe et obligatoire de la législation en vigueur à cette date dans le territoire importateur, seraient imposés ultérieurement". L'article II:2 reconnaît bien qu'il existe des situations où l'on peut percevoir des droits plus élevés que le taux consolidé, tels qu'"un droit antidumping ou un droit compensateur en conformité de l'article VI", mais, à part cela, les droits supérieurs au taux consolidé (ou les droits imposés sur une autre base que celle de la nation la plus favorisée) sont interdits. Par conséquent, si on lit l'article VI dans le contexte du paragraphe 1 de l'article premier et de l'article II:1, on voit dans quelle mesure la portée de l'article VI est limitée. L'article VI lui-même s'applique uniquement aux lois ou aux mesures qui tentent de contrebalancer un dumping préjudiciable en imposant des droits, sur la base des constatations relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage".

3.334 Les États-Unis font valoir en outre qu'une loi ou une mesure antitrust qui vise les comportements anticoncurrentiels du secteur privé, comme la pratique des prix prédateurs, en infligeant des dommages-intérêts au triple – comme le fait la Loi de 1916 – ne relève pas de l'article VI pour deux raisons indépendantes. Premièrement, ce n'est pas une loi ou une mesure qui impose un type quelconque d'ajustement à la frontière; c'est une loi ou une mesure intérieure. Deuxièmement, ce n'est pas une loi ou une mesure antidumping; elle concerne les comportements anticoncurrentiels du secteur privé plutôt que le dumping préjudiciable.

²⁷⁷ Les États-Unis font référence à la note interprétative relative à l'article III.

²⁷⁸ Les États-Unis font référence à l'affaire *États-Unis – Viande de porc*, *op. cit.*, paragraphe 4.4.

3.335 Les États-Unis affirment que si une loi ou une mesure antitrust visait les comportements anticoncurrentiels du secteur privé, comme la pratique des prix prédateurs, en imposant des droits sur les produits importés, elle ne relèverait toujours pas de l'article VI, car il ne s'agirait pas d'une loi ou d'une mesure antidumping. En revanche, elle relèverait de l'article II:1 b) – sans y être conforme – qui dispose qu'un Membre importateur ne doit pas percevoir de droits sur les produits d'un autre Membre, qui seraient plus élevés que le taux consolidé. L'article II:2 reconnaît effectivement, comme il a été expliqué précédemment, que des droits peuvent néanmoins être perçus dans certaines situations, comme "un droit antidumping [...] en conformité de l'article VI", mais il n'existe aucune disposition qui s'appliquerait à une loi ou à une mesure antitrust visant les comportements anticoncurrentiels du secteur privé.

3.336 Enfin, les États-Unis soutiennent que si une loi ou une mesure antidumping visait un dumping préjudiciable en infligeant des dommages-intérêts, elle ne relèverait pas non plus de l'article VI, étant donné qu'elle n'imposerait pas de droits et ne serait donc même pas une sorte de mesure à la frontière. Elle serait plutôt régie par l'article III:4, et le traitement que cette loi ou mesure antidumping accorderait aux produits importés ne pourrait être moins favorable que celui accordé aux produits nationaux par toute loi ou mesure nationale comparable. En outre, il est très probable que cette loi ou mesure antidumping serait contraire à l'article III:4, car les régimes antitrust nationaux fondent généralement la responsabilité en matière de prix bas sur des facteurs tels que la possession d'une large part du marché et la prédation.

3.337 En résumé, les États-Unis font remarquer que, dans le cas de l'article III:4, c'est la nature des mesures imposées par la loi qui détermine si elles relèvent de cet article. Comme il est indiqué ci-dessus, une loi ou une mesure spécifique relève de l'article III:4 si elle peut être qualifiée d'"intérieure", et est "intérieure" une loi ou une mesure qui affecte la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation d'un produit importé sur le marché intérieur. Une loi ou une mesure "intérieure" n'impose pas de droits à la frontière. Le fait que la loi puisse viser des pratiques spécifiques, notamment antidumping ou antitrust, n'est pas pertinent au titre de l'article III:4.

3.338 Les États-Unis observent qu'au contraire, dans le cas de l'article VI, il faut considérer à la fois la nature des mesures imposées par la loi et le fait que la loi puisse viser des pratiques spécifiques si l'on veut déterminer la pertinence de cet article. Comme il est indiqué ci-dessus, l'article VI régit un type particulier de loi ou de mesure, à savoir celles qui prévoient un ajustement à la frontière, et seulement si elles prennent la forme de droits imposés sur un produit importé. En second lieu, il doit s'agir également d'une loi ou d'une mesure antidumping, au sens où elle tente de contrebalancer un dumping causant un dommage sur la base des constatations relatives à l'existence d'un "dumping" et d'un "dommage".

2. La Loi de 1916 considérée isolément et comparée à la Loi Robinson-Patman

3.339 Le **Japon** estime que la Loi de 1916 réglemente les prix des produits importés selon un régime distinct de la loi américaine analogue qui régit les prix des produits nationaux, à savoir la Loi Robinson-Patman. Le traitement différencié et moins favorable qui en découle est incompatible avec l'obligation de traitement national contractée par les États-Unis au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.²⁷⁹

²⁷⁹ La première phrase de l'article III:4 du GATT de 1994 est ainsi conçue:

"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."

3.340 Le Japon observe que, pour établir une infraction à l'article III:4, la partie plaignante doit démontrer que la Loi de 1916 i) est une "loi, un règlement ou une prescription", ii) "affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation" des produits importés "sur le marché intérieur" et iii) accordant aux importations un traitement moins favorable qu'aux produits nationaux similaires.

3.341 Le Japon estime que ces trois critères sont satisfaits en l'espèce. Il fait remarquer, tout d'abord, que la Loi de 1916 est un acte législatif, c'est-à-dire une loi, des États-Unis. Cette loi affecte la vente des produits importés aux États-Unis, car elle réglemente, en l'interdisant, le fait de vendre ou de faire vendre des produits importés à un prix inférieur au seuil qu'elle a fixé (prix sur le marché intérieur ou prix sur des marchés tiers). Le fait qu'elle s'applique aussi aux importateurs n'est pas pertinent. Elle s'applique non seulement à l'importation des produits, mais aussi à la vente aux États-Unis ("vente sur le marché intérieur") des produits importés.²⁸⁰

3.342 Le Japon rappelle en outre que les groupes spéciaux appliquent communément l'article III:4 du GATT de 1994 dans les affaires où les conditions de la concurrence sont affectées. Depuis des années, ils interprètent cet article comme ayant une portée excessivement large en raison de l'emploi du terme "affectant" – "[...] toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions *affectant* la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation [de] produits sur le marché intérieur [...]". Par exemple, le groupe spécial chargé de l'affaire *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* a indiqué ce qui suit dans son rapport de 1958:

"Le choix du mot "affectant" 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.*"²⁸¹

C'est précisément le cas en l'espèce; la Loi de 1916 établit des niveaux de prix minimaux par produit qui sont applicables *uniquement* aux importations.

3.343 À propos de la règle du "traitement non moins favorable" énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994, le Japon fait valoir que la situation en l'espèce ressemble beaucoup à celle que le groupe spécial a résolue dans *États-Unis – L'article 337*. Dans cette affaire, le groupe spécial a constaté que les États-Unis manquaient à leurs obligations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. L'article 337 est une loi américaine, administrée par la Commission du commerce international des États-Unis, offrant aux détenteurs de brevets américains une voie de recours lorsque des marchandises importées (mais pas des marchandises nationales) sont des contrefaçons de brevets américains. Un détenteur de brevet américain peut également engager une poursuite en contrefaçon auprès d'un tribunal fédéral de district au sujet de marchandises importées (et nationales).

3.344 Le Japon rappelle que le groupe spécial a constaté que ce dispositif n'était pas compatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 pour différentes raisons. Premièrement, le groupe spécial a constaté ce qui suit:

²⁸⁰ Le Japon fait également référence au rapport du groupe spécial *États-Unis – L'article 337*, adopté le 7 novembre 1983, IBDD, S36/386, paragraphe 5.10 (ci-après "*États-Unis – L'article 337*"), dans lequel le groupe spécial a constaté, selon le Japon, qu'une mesure des États-Unis s'appliquant aux importateurs était incompatible avec l'article III:4, et en a conclu que cette mesure affectait néanmoins les produits importés au sens de l'article III:4.

²⁸¹ Rapport du groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, IBDD, S7/64, paragraphe 12 (italique ajouté par le Japon).

"[...] donner au requérant le choix de l'instance lorsqu'il s'agit de produits importés et ne pas offrir un choix correspondant lorsqu'il s'agit de produits d'origine nationale est en soi un traitement moins favorable des produits importés et est par conséquent incompatible avec l'article III:4."²⁸²

Deuxièmement, le groupe spécial a constaté que plusieurs différences entre l'article 337 et les procédures des tribunaux fédéraux de district désavantageaient ou traitaient de façon moins favorable les détenteurs de brevets étrangers qui contestaient des plaintes déposées au titre de l'article 337.²⁸³ Voici quelques-unes des différences importantes signalées par le groupe spécial:

- i) un défendeur étranger ne pourrait introduire une demande reconventionnelle au titre de l'article 337, mais pourrait le faire dans le cadre d'une procédure d'un tribunal fédéral de district;
- ii) l'article 337 prévoit des sanctions (arrêtés d'interdiction) qui ne s'appliquent pas aux produits originaires des États-Unis; et
- iii) un détenteur de brevet étranger pourrait faire l'objet de deux plaintes, l'une au titre de l'article 337 et l'autre devant un tribunal fédéral de district, alors qu'un détenteur de brevet national ne pourrait être poursuivi que devant un tribunal fédéral de district.²⁸⁴

3.345 Le Japon fait valoir qu'en l'espèce, comme dans *États-Unis – L'article 337*, les États-Unis contreviennent à l'article III:4 du GATT de 1994, car ils ont mis en place un régime juridique distinct visant uniquement les importations, en sus du régime appliqué aux importations et aux produits nationaux. Les importations doivent satisfaire à une prescription juridique, la Loi de 1916, qui ne s'applique pas aux produits nationaux. La loi américaine autorise donc une entité américaine, mais non une entité étrangère, à pratiquer une discrimination de prix internationale.

3.346 Le Japon observe en outre que les États-Unis ont systématiquement fait valoir que la Loi de 1916 équivaut à la Loi Robinson-Patman, qui est la loi américaine fondamentale en matière de discrimination de prix. Cette loi interdit aux vendeurs d'offrir leurs marchandises à des prix discriminatoires selon les acheteurs de manière à limiter fortement la concurrence ou tendre à créer un monopole. Toutefois, il n'est pas possible d'invoquer la Loi Robinson-Patman pour établir que les produits nationaux sont traités de la même manière.²⁸⁵

3.347 Le Japon rappelle que les produits importés sont *aussi* visés par la Loi Robinson-Patman, de la même manière que les produits nationaux. Cette loi, comme toute mesure légitime concernant la concurrence ou la lutte antitrust, ne fait pas de distinction entre les produits importés et les produits nationaux. Elle interdit les ventes discriminatoires, qu'il s'agisse de produits américains ou de produits d'origine étrangère. La Loi Robinson-Patman est totalement neutre quant à l'origine, contrairement à la Loi de 1916 qui est totalement spécifique quant à l'origine. Le Japon reconnaît que la Loi Robinson-Patman s'applique uniquement à la discrimination de prix pratiquée aux États-Unis, et que la Loi de 1916 peut être considérée comme un complément à cette loi au sens où elle s'applique au *dumping* qui est une discrimination de prix pratiquée entre le marché intérieur du producteur et un marché à l'exportation.

²⁸² *États-Unis – L'article 337*, op. cit., paragraphe 5.18.

²⁸³ Le Japon fait référence à *ibid.*, paragraphe 5.19.

²⁸⁴ Le Japon fait référence à *ibid.*, paragraphes 5.19 et 5.20.

²⁸⁵ Le Japon signale que, dans son examen de la Loi Robinson-Patman, il met l'accent sur les "affaires concernant des dommages de première ligne" dans lesquelles le plaignant est un concurrent du défendeur (comme dans une affaire relevant de la Loi de 1916).

3.348 Selon le Japon, cette complémentarité n'empêche pas une violation de l'article III:4 du GATT de 1994. La complémentarité ne concerne pas l'origine des marchandises mais la discrimination. Le Japon estime que la situation est analogue à celle que le groupe spécial a étudiée dans *États-Unis - L'article 337*. Un traitement moins favorable est inhérent à cette situation, car, du fait des deux modes de mise en jeu de la responsabilité, l'importateur ou le vendeur de produits importés sont assujettis à des régimes distincts. Le vendeur de produits nationaux ne doit respecter que la Loi Robinson-Patman.

3.349 Le Japon estime que, pour soumettre les marchandises américaines à un traitement qui ne soit pas plus favorable que celui accordé aux marchandises importées au titre de la Loi de 1916, les États-Unis devraient appliquer des sanctions similaires et offrir des mesures correctives analogues dans les affaires équivalentes concernant des marchandises américaines. Il faudrait une législation qui rendrait les producteurs américains passibles de sanctions équivalentes s'ils vendaient leurs marchandises aux États-Unis à des prix plus bas que sur les marchés étrangers, dans des conditions analogues à celles prévues par la Loi de 1916. Dans leur déclaration en qualité de tierce partie, les Communautés européennes ont expliqué qu'il faudrait une législation sur le mode suivant:

"Est illicite, pour un producteur d'articles aux États-Unis, le fait, d'une manière habituelle et systématique, de vendre ces articles aux États-Unis, à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, sur les marchés des pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés, après déduction 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."

3.350 Le Japon observe que la Loi de 1916 ne s'applique pas à ces actes effectués par des producteurs américains, et la Loi Robinson-Patman non plus. En fait, de tels actes peuvent être accomplis impunément par des producteurs de marchandises américaines (ou au moins ne pas être visés par d'autres lois que celles qui sont généralement applicables). En d'autres termes, les producteurs de marchandises américaines peuvent faire ce que les producteurs de marchandises étrangères n'ont pas le droit de faire. Ils peuvent chercher à utiliser des marchés isolés non américains afin d'obtenir des bénéfices élevés, nécessaires pour pouvoir vendre à bas prix aux États-Unis. Les marchandises importées sont donc traitées de façon moins favorable que les marchandises américaines, ce qui est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994.

3.351 Le Japon estime en outre que la Loi de 1916 est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994, car elle entraîne par ailleurs que les produits importés sont traités de façon moins favorable que les produits nationaux, eu égard à la réglementation américaine en matière de discrimination de prix. Comme le tribunal l'a indiqué brièvement dans *Wheeling-Pittsburgh*, "la Constitution ou d'autres textes n'exigent pas que le Congrès impose les mêmes normes de conduite aux importateurs de marchandises qu'aux producteurs nationaux".²⁸⁶ La brève comparaison ci-après entre la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman montre que le Congrès américain n'a pas hésité à tirer parti de cette règle.

3.352 Le Japon soutient en particulier ce qui suit:

- a) il est plus facile d'engager une action au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman, en raison des prescriptions différentes en matière d'argumentation;

²⁸⁶ Le Japon fait référence à l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, page 602.

- b) il est plus facile d'engager et de gagner une action au titre de la Loi de 1916 que d'engager une action au titre de la Loi Robinson-Patman, car les critères pour obtenir réparation au titre de la Loi de 1916 sont bien moins élevés que dans le cadre de la Loi Robinson-Patman;
- c) les comportements faisant l'objet de sanctions sont plus graves au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman; et
- d) comme un plaignant peut prouver plus facilement une infraction à la Loi de 1916 qu'une infraction à la Loi Robinson-Patman, un concurrent national peut imposer plus facilement des frais de litige et des frais commerciaux importants aux producteurs étrangers qu'aux concurrents nationaux.

3.353 Le Japon fait valoir que, même si les États-Unis pouvaient établir (ce qu'ils ne peuvent pas faire, à son avis) que le traitement accordé au titre de la Loi de 1916 est, à certains égards, plus favorable que le traitement accordé au titre de la Loi Robinson-Patman, cela ne serait pas déterminant. Comme le groupe spécial l'a déterminé dans *États-Unis – L'article 337*, un traitement plus favorable des produits importés dans certains domaines ne peut compenser un traitement moins favorable dans d'autres domaines.²⁸⁷ En outre, la question de savoir si un traitement moins favorable a effectivement été subi dans un cas particulier n'est pas pertinente. Comme cela a été le cas dans *Communauté économique européenne – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, un règlement qui n'établit pas nécessairement de discrimination à l'égard des produits importés, mais est susceptible de le faire, est contraire à l'article III du GATT de 1994.²⁸⁸ Ainsi, la simple possibilité qu'une mesure se traduise éventuellement dans certaines circonstances par un traitement moins favorable des produits importés est suffisante pour établir une violation. C'est clairement le cas en l'espèce.²⁸⁹

²⁸⁷ Le Japon fait référence à *États-Unis – L'article 337*, *op. cit.*, paragraphe 5.14.

²⁸⁸ Le Japon fait référence au rapport du Groupe spécial *Communauté économique européenne – 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 (ci-après "CEE – Oléagineux").

²⁸⁹ En réponse à une question des États-Unis sur la manière dont le Japon concilie sa position selon laquelle la distinction impératif/non impératif peut être appliquée à une mesure au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 avec son interprétation de l'affaire *CEE – Oléagineux*, le Japon fait valoir que, si une loi ou un règlement sont impératifs, le simple fait qu'ils fassent courir aux produits importés un risque de discrimination constitue un traitement moins favorable et donc une violation de l'article III:4. Comme il est clair, à première vue, que la Loi de 1916 est impérative, la simple possibilité d'une discrimination suffit à établir une violation de l'article III:4. Dans l'affaire *CEE – Oléagineux*, le groupe spécial a constaté ce qui suit: "[...] 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." (*CEE – Oléagineux*, *op. cit.*, paragraphe 141; en italique dans le texte original). Le rapport du groupe spécial *États-Unis – Tabac*, citant ce précédent, fait aussi remarquer qu'"une réglementation intérieure qui exposait simplement des produits importés à un risque de discrimination avait été précédemment reconnue par un groupe spécial du GATT comme constituant, en soi, une forme de discrimination et, par conséquent, un traitement moins favorable au sens de l'article III" (*États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 96). Ainsi, la proposition du Japon selon laquelle la simple possibilité d'une discrimination suffit à établir une violation de l'article III:4 est confirmée par des précédents fermement établis du GATT de 1947. Lorsque la législation en cause est impérative, comme en l'espèce, aucune autre conclusion n'est possible. Cette proposition est totalement compatible avec la distinction impératif/non impératif. En fait, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le groupe spécial a appliqué les deux principes. Comme il a été indiqué ci-dessus, le groupe spécial a constaté une violation de l'article III en raison de la simple possibilité d'une discrimination. Il a fait cette constatation parce que le règlement en cause avait un caractère impératif. Toutefois, s'agissant de l'article VIII, il a fait la

3.354 Les **États-Unis** estiment que, pour déterminer si la Loi de 1916 est contraire à la garantie de traitement national prévue à l'article III:4, le Japon doit établir que le traitement accordé par la Loi de 1916 aux produits étrangers est moins favorable que le traitement accordé par une loi nationale analogue aux produits nationaux. Le Japon reconnaît, de manière correcte, que la loi comparable qui est applicable aux produits nationaux est l'article 2 de la Loi Clayton, modifié en 1936 par la Loi Robinson-Patman.²⁹⁰

3.355 Les États-Unis font remarquer que le Japon suggère cependant que "la simple possibilité qu'une mesure se traduise éventuellement dans certaines circonstances par un traitement moins favorable des produits importés est suffisante pour établir une violation". En outre, le Japon suggère qu'"[u]n traitement moins favorable est inhérent à cette situation", car la Loi de 1916 est censée créer "un régime distinct" pour les importateurs et les vendeurs de produits importés. En un mot, le Japon fait valoir en fait que la simple existence de la Loi de 1916 – qui, bien entendu, a été promulguée des années avant l'article III:4 du GATT de 1994 et n'a jamais été modifiée depuis – est suffisante pour établir une violation de cet article.

3.356 Les États-Unis estiment que ces arguments, et le critère de responsabilité qui semble en découler au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, ne sont pas corrects. L'article III:4 n'exige pas que toutes les lois de tous les Membres qui s'appliquent d'une manière ou d'une autre aux produits importés s'appliquent exactement de la même manière aux produits nationaux. Il exige plutôt que les Membres de l'OMC accordent aux produits d'origine étrangère un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux produits nationaux. En bref, l'article III:4 vise principalement le traitement des produits importés dans l'ensemble des "lois, règlements et prescriptions" des Membres de l'OMC. Il ne suffit donc pas, pour établir que la Loi de 1916 est contraire à la garantie de traitement national énoncée à l'article III:4, d'établir simplement que la Loi de 1916 existe et qu'elle ne s'applique pas aux produits nationaux. Le Japon doit établir que les États-Unis ont recours à la Loi de 1916 pour traiter les produits étrangers de façon moins favorable que toute loi nationale analogue ne traite les produits nationaux similaires.²⁹¹

3.357 Les États-Unis font remarquer que, conformément à ce critère, le rapport du groupe spécial *États-Unis – L'article 337* a rejeté en particulier l'argument selon lequel un traitement différent se traduit nécessairement par un traitement défavorable. Ainsi, le groupe spécial a expliqué ce qui suit:

"[...] le simple fait que les produits importés sont soumis au titre de l'article 337 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."²⁹²

3.358 Les États-Unis observent en second lieu que si les arguments du Japon étaient acceptés, on pourrait constater sans examen ni analyse d'aucune sorte qu'une loi ou partie d'une loi d'un pays quelconque, qui ne s'appliquerait expressément qu'aux importateurs – indépendamment du moment et des circonstances de sa promulgation –, est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994. Ces

distinction impératif/non impératif et a finalement conclu qu'il n'y avait aucune violation. Ainsi, dans l'argument du Japon, la distinction impératif/non impératif n'est pas en contradiction avec la théorie de "la simple possibilité".

²⁹⁰ Les États-Unis font référence à *Zenith III*, op. cit., pages 1213 et 1214.

²⁹¹ Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes suggèrent d'inverser cette charge de la preuve, c'est-à-dire que les États-Unis devraient "démontrer que [la Loi de 1916] empêche le traitement moins favorable des produits importés". Cela n'est pas correct; la charge de la preuve incombe au Japon.

²⁹² *États-Unis – L'article 337*, op. cit., paragraphe 5.11.

arguments ne peuvent pas et ne doivent pas être acceptés à la place de l'examen et de l'analyse approfondis qui devraient être effectués au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.²⁹³

3.359 De l'avis des États-Unis, un examen et une analyse approfondis des 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 préoccupations au sujet du traitement national relevant de l'article III:4 du GATT de 1994. La Loi de 1916 a rarement été invoquée par des particuliers et ne l'a jamais été par les pouvoirs publics américains. Plus important encore, elle établit un critère pour obtenir réparation qui *n'a jamais* été respecté dans le cas d'importateurs et de marchandises importées. La Loi Robinson-Patman, au contraire, a été invoquée avec succès dans des milliers d'actions auprès des tribunaux fédéraux et des administrations, y compris un grand nombre de poursuites administratives engagées par la Commission fédérale du commerce. En bref, les annales relatives à l'application de la Loi de 1916 montrent clairement que cette loi traite les importateurs et les marchandises importées *de façon plus favorable* que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs américains et leurs marchandises.

3.360 Les États-Unis rappellent en outre que 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 1914.²⁹⁴ 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*:

"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."²⁹⁵

3.361 Selon les États-Unis, l'interprétation donnée le plus couramment par les tribunaux est donc que la Loi de 1916 ne doit pas être appliquée aux importateurs et aux marchandises importées d'une

²⁹³ À cet égard, les États-Unis n'approuvent pas l'argument du Japon (ainsi que l'argument similaire des Communautés européennes) selon lequel le droit des États-Unis permet à une entreprise américaine, mais non à une entreprise étrangère, de pratiquer une discrimination de prix internationale. Ils estiment que, même en mettant de côté la question de savoir si ce point de vue est le bon au regard de l'article III, une telle pratique serait en fait interdite par la Loi Sherman chaque fois qu'elle aurait un effet prédateur sur un marché américain pertinent. La Loi Sherman confère aux tribunaux un mandat très étendu mais souple en vue de prévenir les comportements anticoncurrentiels dans le commerce extérieur et le commerce intérieur des États-Unis. En outre, le Japon ne reconnaît pas que la Loi de 1916 s'applique bien aux entreprises américaines qui importent des marchandises. Par exemple, l'un des défendeurs dans l'affaire *Geneva Steel* est une entreprise américaine dont le siège social est à Houston, Texas.

²⁹⁴ Selon les États-Unis, les Communautés européennes reconnaissent que la Loi Robinson-Patman "s'applique uniquement à la discrimination de prix pratiquée aux États-Unis", et que la Loi de 1916 "peut être considérée comme un complément" du fait qu'elle est applicable à "la discrimination de prix pratiquée entre le marché intérieur du producteur et un marché d'exportation". En fait, en ce qui concerne les produits importés, la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman visent effectivement, de manière complémentaire, différents ensembles d'éléments de fait. La Loi de 1916 s'applique uniquement aux produits importés qui sont, entre autres, vendus aux États-Unis à des prix "substantiellement inférieurs" à leurs prix sur certains marchés étrangers. En conséquence, établir la responsabilité dans le cadre de la Loi de 1916 exige, entre autres, de comparer les prix sur les marchés étrangers et les prix sur le marché américain. La Loi Robinson-Patman, au contraire, s'applique uniquement aux produits nationaux et aux produits importés qui sont vendus à des prix différents aux États-Unis; les prix de ces produits sur les marchés étrangers n'entrent pas en ligne de compte.

²⁹⁵ *Zenith III*, *op. cit.*, page 1223; les États-Unis font aussi référence à *ibid.*, page 1214, 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".

manière plus rigoureuse que la Loi Clayton – modifiée par la Loi Robinson-Patman – est appliquée aux vendeurs et marchandises nationales. Ainsi, par exemple, le tribunal de district a constaté expressément ce qui suit dans *Zenith III*:

"[La Loi de 1916] était destinée à compléter les lois antitrust en imposant aux importateurs des restrictions juridiques portant sur la 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."²⁹⁶

[...]

[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."²⁹⁷

3.362 Les États-Unis observent que la Cour d'appel du troisième circuit a indiqué en appel que le "traitement national" était défini, à l'article XVI du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu en 1953 avec le Japon, comme un "traitement accordé dans les territoires d'une partie à des conditions non moins favorables que le traitement accordé sur ces territoires, dans des situations similaires, aux [...] produits [...] de cette partie". La Cour d'appel a conclu ce qui suit:

"[...] l'application de la Loi de 1916 aux marchandises importées ou vendues aux États-Unis [n'était pas contraire au] mandat figurant à l'article XVI selon lequel le "traitement national" doit être accordé aux produits japonais vendus aux États-Unis. [...] Pour les raisons susmentionnées, nous estimons que l'application de la Loi de 1916 aux [appareils électroniques grand public] fabriqués au Japon et vendus aux États-Unis n'est pas contraire à l'article XVI du Traité."²⁹⁸

3.363 Les États-Unis font valoir que, 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 – ce que le Japon ne prend pas en compte – et, en tout état de cause, ne prévoit en aucun cas un traitement moins favorable.

3.364 Le **Japon** souligne tout d'abord que les États-Unis sont tenus de démontrer que le traitement national des produits importés est garanti même s'il existe un régime distinct pour les marchandises importées. Toutefois, les États-Unis ne démontrent pas pourquoi un dispositif juridique distinct est nécessaire alors que les marchandises nationales et les marchandises importées relèvent de la Loi Robinson-Patman.

3.365 En réponse à une question des États-Unis sur ce qui permet au Japon d'affirmer que la charge de la preuve incombe aux États-Unis, le Japon estime avoir démontré que la Loi de 1916, par son texte même, constitue une violation *prima facie* de l'article III:4 du GATT de 1994. En vertu des règles concernant la charge de la preuve que l'Organe d'appel a établies dans *États-Unis – Chemises, chemisiers et blouses*²⁹⁹, il incombe désormais aux États-Unis de prouver que l'allégation du Japon n'est pas fondée. Malheureusement, au lieu d'accepter cette charge et d'essayer de s'en acquitter, les

²⁹⁶ *Ibid.*, page 1197.

²⁹⁷ *Ibid.*, page 1223.

²⁹⁸ *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, page 324.

²⁹⁹ Le Japon fait référence au rapport de l'Organe d'appel dans *États-Unis – Chemises, chemisiers et blouses*, *op. cit.*

États-Unis ont tenté d'entraîner le Japon et le Groupe spécial dans un inutile débat de procédure. Il s'agit encore d'une tentative des États-Unis pour éluder les questions importantes en l'espèce.

3.366 Le Japon estime en outre que l'argument des États-Unis relatif aux annales de l'application de la Loi de 1916 n'est pas pertinent. Comme il est indiqué dans le rapport du groupe spécial *CEE - Oléagineux*, la simple possibilité qu'une mesure se traduise éventuellement dans certaines circonstances par un traitement moins favorable des produits importés est suffisante pour établir une violation.³⁰⁰ C'est clairement le cas en l'espèce. Le Japon observe également que, si les affirmations des États-Unis sont correctes, l'abrogation de la Loi de 1916 ne devrait rencontrer aucun obstacle.

3.367 Le Japon estime aussi que la question n'est pas de savoir quelle loi les plaignants utilisent plus souvent – les deux lois ne sont pas interchangeables et ne s'appliquent même pas aux mêmes comportements. Les questions sont plutôt les suivantes: i) la Loi de 1916 prévoit-elle une forme distincte de responsabilité applicable aux commerçants étrangers mais non aux commerçants nationaux? et ii) si une entreprise présentait des allégations équivalentes dans le cadre de chaque loi, laquelle serait la plus facile à prouver? La Loi de 1916 impose effectivement une responsabilité supplémentaire aux commerçants étrangers, et un plaignant peut plus facilement établir une allégation dans le cadre de cette loi. En outre, en ce qui concerne la seconde question, la logique des États-Unis est déconcertante. La Loi de 1916 n'a pas été souvent utilisée par le passé, car les entreprises recouraient à la Loi douanière de 1930 pour régler les questions de dumping. Toutefois, l'intérêt porté à cette loi augmente actuellement, les entreprises prenant conscience de ses nombreux avantages. Et, bien entendu, on comprend que les affaires analogues concernant des dommages de première ligne relevant de la Loi Robinson-Patman aient cessé depuis *Brooke Group*, du fait des prescriptions supplémentaires en matière d'argumentation et de preuves.

3.368 Les **États-Unis** observent qu'ils *n'ont pas* fait valoir dans le présent différend qu'il fallait rejeter l'allégation du Japon au titre de l'article III:4 en raison du fait que la Loi de 1916 n'avait pas eu d'effets sur les échanges. Bien que cet argument ne soit pas dénué de fondement, les États-Unis ont choisi de ne pas l'invoquer. En ce qui concerne la suggestion du Japon selon laquelle "l'abrogation de la Loi de 1916 ne devrait rencontrer aucun obstacle", les États-Unis estiment que cette loi devrait être rejetée de façon sommaire. Le Japon n'a pas établi que la Loi de 1916 était contraire à l'article III:4, que ce soit à première vue ou telle qu'elle est appliquée. Comme cette démonstration fait totalement défaut, il n'y a aucune raison d'examiner quelle mesure corrective éventuelle pourrait convenir par ailleurs.

3.369 Les États-Unis insistent également sur le fait qu'ils ne font pas valoir, contrairement à ce que le Japon essaie de suggérer, que la Loi de 1916, dans l'ensemble, traite les produits importés de façon plus favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits nationaux et, dans quelques cas seulement, traite les produits importés de façon moins favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits nationaux. Dans le présent différend, les États-Unis font valoir principalement qu'un élément d'une plainte au titre de la Loi de 1916 – la prescription relative à l'intention de nuire ou à l'intention prédatrice – 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 parfaitement cette opinion, car aucune affaire engagée au titre de la Loi de 1916 n'a jamais abouti. 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. Quand on prend en compte ce facteur dans la mesure où il serait éventuellement capable d'exercer une influence compensatrice dans chaque cas considéré individuellement, comme il faudrait le faire, la seule conclusion raisonnable est, de nouveau, que la Loi de 1916 traite les importateurs et les marchandises

³⁰⁰ Le Japon fait référence à *CEE – Oléagineux*, *op. cit.*, paragraphe 141.

importées de *façon plus favorable* que la Loi Robinson-Patman ne traite les vendeurs américains et leurs marchandises.

3.370 Les États-Unis font en outre remarquer que cette approche a été suivie par le groupe spécial chargé de l'affaire *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".³⁰¹ Il a constaté que quelques-uns des avantages procéduraux donnés aux défendeurs 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 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".³⁰²

3.371 Les États-Unis estiment donc qu'il serait tout à fait approprié que le Groupe spécial commence et termine son analyse de l'allégation formulée par le Japon au titre de l'article III en se fondant sur le fait qu'il est pratiquement impossible de satisfaire à la prescription relative à l'intention.

3.372 Enfin, les États-Unis s'inscrivent en faux contre l'allégation du Japon qui veut que le rapport du groupe spécial *CEE – Oléagineux* défende la thèse selon laquelle "la simple possibilité qu'une mesure se traduise éventuellement dans certaines circonstances par un traitement moins favorable des produits importés est suffisante pour établir une violation de l'article III:4 du GATT de 1994". La présente affaire ne défend pas une thèse aussi large. Si tel était le critère, cela signifierait que la distinction impératif/non impératif ne pourrait être appliquée dans les affaires relevant de l'article III. Par définition, la distinction impératif/non impératif pose la question de savoir s'il est *possible* de l'appliquer de manière compatible avec les règles de l'OMC. Toutefois, comme nous l'avons souligné, cette distinction a été appliquée par les groupes spéciaux qui ont examiné les plaintes relevant de l'article III – y compris, par exemple, *États-Unis – Fonds spécial* et *Thaïlande – Cigarettes*. Dans l'affaire *CEE – Oléagineux*, la question concernait la discrimination *de facto* au titre de l'article III. Le groupe spécial a examiné si les faits pouvaient entraîner un traitement moins favorable même si, à première vue, la mesure ne traitait pas les produits importés de façon moins favorable. En l'espèce, il n'est pas possible que les faits entraînent un traitement défavorable, car, comme les États-Unis l'ont expliqué à plusieurs reprises, les critères juridiques de recouvrement au titre de la Loi de 1916 sont plus rigoureux, ou au moins aussi rigoureux, que ceux prévus au titre de la Loi Robinson-Patman. Et ces critères sont applicables dans chaque scénario factuel. En fait, c'est la raison pour laquelle il n'y a eu aucun recouvrement au titre de la Loi de 1916.

3. Comparaison élément par élément de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman

a) Les prescriptions en matière d'argumentation

3.373 Le **Japon** affirme que la charge imposée en matière d'argumentation est moins lourde pour un plaignant au titre de la Loi de 1916 que pour un plaignant au titre de la Loi Robinson-Patman. Cela veut dire qu'une plus grande charge incombe à un défendeur au titre de la Loi de 1916. Par exemple, comme le montrent les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, un plaignant typique qui allègue une pratique de prix prédateurs au titre de la Loi Robinson-Patman doit satisfaire à des prescriptions spéciales et plus détaillées en matière d'argumentation et de preuves. Ces prescriptions concernent la question de savoir si un défendeur pourrait s'attendre raisonnablement, en fixant des prix inférieurs aux coûts, à conquérir une si grande part de marché qu'il pourrait ensuite relever ses prix et récupérer ses pertes antérieures. Par contre, un plaignant au titre de la Loi de 1916 doit seulement alléguer et prouver qu'un défendeur pratique un dumping systématique avec l'intention de léser ou d'éliminer une

³⁰¹ Les États-Unis font référence à *États-Unis – L'article 337*, *op. cit.*, paragraphe 5.16.

³⁰² Les États-Unis font référence à *ibid.*, paragraphe 5.17.

branche de production nationale, ou d'empêcher sa création, ou de restreindre ou monopoliser le commerce international ou intérieur.

3.374 En outre, le Japon fait valoir que dans une affaire relevant de la Loi Robinson-Patman, il ne suffit pas que le plaignant allègue de manière générale une infraction aux lois antitrust et un dommage traditionnels; une plainte au titre des lois antitrust doit comprendre suffisamment de renseignements précis pour permettre d'identifier chaque élément de l'infraction qui est alléguée.³⁰³ Un plaignant au titre de la Loi de 1916 rencontre donc moins d'obstacles pour déposer sa plainte initiale, car les prescriptions en matière d'argumentation sont non seulement moins nombreuses mais aussi moins spécifiques.

3.375 Le Japon observe qu'un tribunal fédéral de district dans l'État d'Ohio – le même État où un tribunal fédéral de district est chargé de l'affaire *Wheeling-Pittsburgh* – a récemment classé une plainte concernant des dommages de première ligne relevant de la Loi Robinson-Patman. Le tribunal a accédé à la demande des défendeurs de classer la plainte au titre de la Loi Robinson-Patman, car ils n'avaient pas suffisamment fait valoir une "perspective raisonnable" de récupération.³⁰⁴ En outre, le tribunal a estimé que le plaignant n'avait pas fait valoir que le défendeur récupérerait plus que les pertes qu'il avait subies au départ en fixant des prix prétendument inférieurs à ses coûts.³⁰⁵

3.376 Selon le Japon, le fait qu'une plainte relevant de la Loi de 1916 requiert moins d'argumentation facilite son introduction. Quelles que soient les chances, pour le plaignant, d'avoir finalement gain de cause dans une affaire, cela fait de la Loi de 1916 un moyen de harcèlement. C'est pourquoi les États-Unis contreviennent à l'article III:4 du GATT de 1994.

3.377 Les **États-Unis** estiment que l'argument du Japon peut être rejeté pour deux raisons. Premièrement, en ce qui concerne les prescriptions comparées en matière d'argumentation, il importe de faire remarquer qu'en vertu des règles fédérales de procédure civile, les plaintes déposées dans tous les tribunaux fédéraux de district aux États-Unis sont des argumentations avec avis. Cela signifie qu'une plainte donnée doit simplement énoncer des allégations qui – si elles sont prouvées – suffiront à établir les infractions à la loi alléguées dans la plainte. Comme la Cour suprême l'a indiqué, "le système libéral d'"argumentation avec avis" prévu par les règles fédérales de procédure civile" exige simplement "un exposé bref et clair de la plainte qui informe équitablement le défendeur de l'allégation du plaignant et des fondements sur lesquels elle repose".³⁰⁶ Par conséquent, du point de vue du contenu des argumentations, il n'est pas plus difficile de déposer une plainte alléguant une ou plusieurs infractions à la Loi Robinson-Patman qu'une plainte alléguant une ou plusieurs infractions à la Loi de 1916. Dans chaque situation, il suffit que la plainte énonce les faits qui, s'ils sont prouvés, établiront les infractions à la loi qui sont alléguées.

³⁰³ Le Japon fait référence, par exemple, à une affaire du tribunal fédéral de district de l'Ohio, *The Zeller Corp. v. Federal-Mogul Corp.*, 3:95CV7501, 1996 US Dist. LEXIS 21198 (N.D. Ohio) (ci-après "*Zeller Corp.*"). Dans cette affaire, le tribunal a accédé à la demande des défendeurs de classer une plainte relevant de la Loi Robinson-Patman, car le plaignant n'avait pas suffisamment fait valoir une "perspective raisonnable" de récupération (*ibid.*, page *8). Le tribunal a jugé que le plaignant avait "invoqué uniquement des allégations à titre de conclusion afin d'étayer son allégation selon laquelle Neapco pourrait atteindre une puissance commerciale suffisante pour récupérer des ventes dont les prix sont prétendument inférieurs aux coûts" (*ibid.*, page *6). Le tribunal a également jugé que le plaignant "n'[avait] pas fait valoir que Neapco récupérerait plus que les pertes qu'il avait subies au départ en fixant des prix prétendument inférieurs à ses coûts" (*ibid.*, page *8). Par contre, dans *Wheeling-Pittsburgh*, un autre tribunal de district de l'Ohio a jugé que les allégations formulées à titre de conclusion dans la plainte déposée dans cette affaire au titre de la Loi de 1916 suffisaient à rejeter une demande de classement (*Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, page 603).

³⁰⁴ Le Japon fait référence à *Zeller Corp.*, *op. cit.*, n. 74.

³⁰⁵ Le Japon fait référence à *ibid.*

³⁰⁶ Les États-Unis font référence à *Leatherman v. Tarrant County NICU*, 507 US 163, page 168 (1993).

3.378 Les États-Unis soutiennent que la conclusion selon laquelle les prescriptions en matière d'argumentation n'ont aucunement découragé le dépôt des plaintes au titre de la Loi Robinson-Patman est confirmée par le nombre relatif de procédures engagées récemment au titre de la Loi de 1916 et de la Loi Robinson-Patman. Depuis que la Cour suprême a rendu sa décision dans *Brooke Group* en 1993, plus de 40 décisions de cours d'appel et de tribunaux de district publiées dans plus de 40 affaires différentes ont concerné des allégations d'infraction 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. En outre, pendant cette période, 14 décisions ont été rendues par des tribunaux fédéraux de district dans des affaires de violation en première ligne de la Loi Robinson-Patman. Par contre, deux plaintes seulement ont été déposées au titre de la Loi de 1916 pendant cette même période. En bref, ces données étayaient fortement la conclusion selon laquelle il est beaucoup plus facile à un plaignant de satisfaire aux prescriptions en matière d'argumentation au titre de la Loi Robinson-Patman qu'au titre de la Loi de 1916.

3.379 En réponse à cet argument des États-Unis au sujet des règles fédérales de procédure américaines, le **Japon** fait remarquer que la question ne concerne pas la similarité de la forme des "avis de plainte", mais la différence entre les charges imposées aux plaignants en matière d'argumentation.

3.380 Les **États-Unis** observent en outre que la seconde raison pour laquelle ils rejettent l'argument du Japon est que, en ce qui concerne la difficulté comparée de faire échec à une demande de classement ou à une demande de jugement en procédure sommaire, la jurisprudence établit qu'il n'est pas plus facile à un plaignant de le faire au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman. En fait, depuis la décision *Brooke Group*, quatre décisions ont été rendues par des cours d'appel – dans trois affaires concernant des allégations de discrimination de prix de première ligne.³⁰⁷

3.381 Les États-Unis rappellent que, dans *Rebel Oil v. Atlantic Richfield* par exemple, deux revendeurs d'essence ont allégué qu'ARCO avait, entre autres, pratiqué la discrimination de prix de première ligne

"en appliquant à Las Vegas une politique de prix prédateurs afin d'essayer d'accroître sa part de marché et de monopoliser à terme le marché de l'essence à Las Vegas".³⁰⁸

Le tribunal de district a accepté une demande de jugement en procédure sommaire contre ARCO, mais la Cour d'appel du neuvième circuit a infirmé cette décision.³⁰⁹ La Cour d'appel a fait remarquer la distinction qui avait été établie dans *Brooke Group* entre la "perspective raisonnable" de récupération, nécessaire pour démontrer la discrimination de première ligne, et la "probabilité dangereuse" de récupération, nécessaire pour démontrer la tentative de monopolisation.³¹⁰ Elle s'est fondée sur cette distinction pour infirmer l'acceptation du jugement en procédure sommaire et a conclu ce qui suit:

"L'élément de preuve apporté par Rebel suffit cependant pour soulever une contestation de fait important sur le point de savoir si ARCO a atteint une puissance

³⁰⁷ Les États-Unis font référence à *Kentmaster Manufacturing Co., v. Jarvis Products Corp.*, 146 F.3d 691, pages 694-95 (9th Cir. 1998), amendé, No. 96-56341, 1999 WL 19636 (9th Cir. Jan. 20, 1999); *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, page 188 (1st Cir. 1996); *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 146 F.3d 1088, page 1091 (9th Cir. 1998), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998), et 51 F.3d 1421, page 1429 (9th Cir. 1995).

³⁰⁸ *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 957 F.Supp. 1184, page 1192 (D. Nev. 1997), confirmé, 146 F.3d 1088 (9th Cir.), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998).

³⁰⁹ Les États-Unis font référence à *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421 (9th Cir. 1995).

³¹⁰ Les États-Unis font référence à *ibid.*, pages 1442, 1445 et 1447.

commerciale suffisante pour appliquer des prix d'oligopole supracompétitifs. Cette démonstration suffit pour permettre à Rebel de survivre au jugement en procédure sommaire sur la question du dommage antitrust résultant de la discrimination de prix au titre de la Loi Clayton."³¹¹

3.382 Les États-Unis rappellent également une seconde affaire, *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, dans laquelle le tribunal de district a examiné des allégations selon lesquelles Hasbro avait, entre autres, pratiqué la discrimination de prix de première ligne en

"accordant à de gros détaillants en jeux de société des remises, des conditions et des services substantiels qui ne sont pas offerts de façon identique à de plus petits détaillants et grossistes qui leur font concurrence, et qui ne sont ni justifiés par les coûts ni autorisés d'une autre manière par l'article 2 [de la Loi Clayton]".³¹²

Le tribunal a relevé le critère *Brooke Group* de responsabilité pour dommage de première ligne; observé que le plaignant avait notamment allégué que Hasbro "fixe les prix de ses produits à un niveau inférieur à une mesure appropriée de ses coûts [...]"; conclu que le plaignant "a formulé une allégation de dommage de première ligne [...]"; et donc écarté la demande faite par Hasbro de rejeter l'allégation de discrimination de première ligne.³¹³

3.383 Les États-Unis observent que, dans une troisième affaire intitulée *En Vogue v. UK Optical, Ltd.*, le tribunal de district a classé une demande, présentée par l'un des défendeurs, visant à rejeter les allégations du plaignant au sujet de la discrimination de prix de première ligne.³¹⁴

3.384 En conclusion, les États-Unis font remarquer que, dans ces trois affaires – qui ont fait l'objet d'une décision après *Brooke Group* –, les allégations de discrimination de prix de première ligne l'ont emporté sur les demandes de classement ou les demandes de jugement en procédure sommaire. Le fait que ces demandes aient pu être acceptées dans d'autres affaires citées par le Japon – comme *Zeller Corp.* – ne réduit aucunement les risques de responsabilité respectifs que confèrent la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman. En fait, cela montre simplement que chaque affaire est différente, et même si certains plaignants peuvent fournir suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir passer de la phase préliminaire d'un procès au procès lui-même, d'autres plaignants n'en sont pas capables.

³¹¹ Les États-Unis comparent *ibid.*, pages 1432 à 1443, et *ibid.*, pages 1444 à 1448. Ils observent que le tribunal a confirmé l'acceptation d'un jugement en procédure sommaire concernant la tentative de monopolisation alléguée, et conclu que "Rebel n'a pas fourni suffisamment d'éléments de preuve pour permettre au jury de rendre un verdict sur la question de la "puissance commerciale" d'ARCO dans le cadre de la Loi Sherman [...]". (*ibid.*, page 1448) Sur renvoi, le tribunal de district a accepté une nouvelle demande de jugement en procédure sommaire présentée par ARCO, en observant qu'"[a]fin de satisfaire aux prescriptions en matière de prix prédateurs, le plaignant doit présenter des éléments de preuve montrant que le défendeur a fixé des prix inférieurs à ses coûts", et que Rebel n'avait pas "démonstré les coûts réels encourus par ARCO pour produire de l'essence". La Cour d'appel a confirmé cette décision sur la même base. (*Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 957 F.Supp. 1184, 1196, 1197, 1203 (D. Nev. 1997), confirmé, 146 F.3d 1088 (9th Cir.), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998).

³¹² *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, 1995-2 Trade Cas. ¶ 71095 (S.D.N.Y. 1995), page 75241.

³¹³ Les États-Unis font référence à *ibid.* Ils observent que le plaignant est parvenu ultérieurement à un accord avec deux défendeurs commerçants, Toys R Us et K Mart Corporation. Deux ans plus tard, le tribunal de district a accédé à une demande de jugement en procédure sommaire faite par Hasbro, en concluant notamment que le plaignant "n'a fourni aucun élément factuel pour étayer l'un ou l'autre des deux éléments d'une allégation antitrust de prix inférieurs aux coûts". Les États-Unis font référence à *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, 958 F.Supp. 895, pages 897-98, note 1, 906 (S.D.N.Y. 1997), confirmé *per curiam*, 130 F.3d 1101 (3d Cir. 1997), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 48 (1998).

³¹⁴ Les États-Unis font référence à *En Vogue v. UK Optical, Ltd. and British Optical Import Company*, 843 F.Supp. 838, pages 845 à 847 (E.D.N.Y. 1994).

b) La prescription en matière d'intention ou la prescription en matière d'effet

3.385 Le **Japon** fait valoir qu'une autre différence essentielle entre la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman est la charge de prouver l'intention ou de prouver l'effet. En vertu de la Loi de 1916, un plaignant doit prouver que des prix bas au point d'être discriminatoires sont fixés avec l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production nationale, ou d'empêcher sa création, ou de restreindre ou monopoliser le commerce aux États-Unis.³¹⁵ Par contre, la Loi Robinson-Patman interdit la discrimination de prix "[dès lors] que ladite discrimination peut avoir pour effet de restreindre substantiellement la concurrence ou de tendre à créer un monopole [...], ou de léser, éliminer ou interdire de concurrence toute personne qui en accorde ou qui en accepte en connaissance de cause le bénéfice".³¹⁶ Les tribunaux américains, dont la Cour suprême, en ont donné une interprétation qui exige de prouver non seulement l'intention mais l'effet.³¹⁷ Par conséquent, si un défendeur étranger a l'intention de léser, éliminer ou interdire la concurrence mais n'y parvient pas, il ne peut être poursuivi avec succès au titre de la Loi Robinson-Patman, mais peut l'être au titre de la Loi de 1916.³¹⁸

3.386 Le Japon indique que les fonctionnaires du gouvernement américain eux-mêmes ont approuvé cette analyse et reconnu qu'il est plus facile de prouver une plainte au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman. 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, a déclaré ce qui suit:

"En vertu des règles énoncées dans S. 1655 [une proposition d'acte législatif visant à modifier la Loi de 1916], le même comportement adopté par deux entreprises, l'une nationale et l'autre étrangère, pourrait être considéré comme une concurrence déloyale qui ferait l'objet de dommages-intérêts au triple [au titre de la Loi de 1916] dans le cas d'une entreprise étrangère et ne serait absolument pas punissable dans le cas d'une entreprise nationale [au titre de la Loi Robinson-Patman]. Cela revient à refuser le traitement national."³¹⁹

3.387 Le Japon fait valoir qu'à l'exception des différences concernant le fond des critères, il est plus facile de prouver l'intention de léser au titre de la Loi de 1916, car le critère subjectif d'intention est plus facile à prouver que le critère objectif d'effet. Par exemple, une simple note interne indiquant qu'il faut baisser les prix afin de conquérir la part de marché d'un concurrent pourrait suffire à prouver

³¹⁵ Le Japon fait référence au texte de la Loi de 1916. Il observe en outre que, dans *Geneva Steel*, le tribunal a jugé qu'"en vertu de son libellé exprès, la Loi de 1916 n'est pas seulement limitée au dommage antitrust ou à la discrimination de prix prédatrice" (*Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1215). Les plaignants n'ont donc pas besoin de prouver que les prix sont réellement prédateurs, mais seulement que "les défendeurs ont agi comme des importateurs en ce qui concerne le dumping systématique d'[un produit], avec l'intention de léser, par tous les moyens, la branche de production [...] nationale". (*ibid.*) Le Japon fait également référence à *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, pages 604 à 606.

³¹⁶ Italique ajouté par le Japon.

³¹⁷ Le Japon fait valoir que dans *Brooke Group*, *op. cit.*, page 225, la Cour suprême des États-Unis a confirmé que les prescriptions en matière de preuves énoncées dans la Loi Robinson-Patman étaient comparativement élevées en rejetant expressément l'idée que la preuve d'une mauvaise intention ou d'une intention de nuire pourrait, en soi, établir la pratique de prix prédateurs. La Cour a estimé qu'il fallait en outre prouver l'effet, c'est-à-dire prouver que la concurrence a été lésée.

³¹⁸ Selon le Japon, ce fait établit, en soi et par soi, une violation de l'article III:4 par les États-Unis. Le Japon fait référence, par exemple, au rapport *États-Unis – L'article 337*, *op. cit.*, paragraphes 5.13 et 5.14, dans lequel le groupe spécial constate qu'il est essentiel de savoir, dans le cas d'une infraction à l'article III:4, si le traitement différencié "est susceptible" de conduire à un traitement moins favorable, en se fondant sur une analyse de l'"incidence potentielle" des lois.

³¹⁹ Déposition du Conseiller juridique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, Alan Holmer, *op. cit.*, page 4.

l'intention de léser; mais prouver l'effet (et la probabilité raisonnable de récupération) exige une enquête économique complexe au sujet de la dynamique de la concurrence sur le marché en question. En fait, dans *Brooke Group*, les plaignants avaient montré l'intention subjective mais non l'effet, et la Cour suprême a déterminé que la preuve subjective, à elle seule, n'était pas suffisante.

3.388 Selon le Japon, cette distinction montre que les États-Unis manquent à leur obligation de traitement national au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

3.389 Les **États-Unis** observent que, depuis plus de 80 ans, il est pratiquement impossible d'établir des infractions à la Loi de 1916, car il faut prouver l'intention requise au titre de cette loi. Ainsi, la Commission tarifaire a déclaré ce qui suit, en 1921:

"[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."³²⁰

De même, dans l'affaire *Geneva Steel*, dont le Japon se sert largement pour fonder d'autres arguments, le tribunal de district a observé qu'il peut être "'presque impossible" de prouver l'intention requise, étant donné que des éléments de preuve concernant des réductions de prix normaux [...] ne suffiraient pas à établir la responsabilité au titre de la Loi de 1916".³²¹

3.390 Pour les États-Unis, il ressort clairement de l'historique des litiges au titre de la Loi de 1916 qu'il est au moins aussi difficile de prouver l'intention anticoncurrentielle qui est exigée pour établir une infraction à cette loi que l'intention anticoncurrentielle correspondante qui est exigée pour établir les infractions de monopolisation et de tentative de monopolisation au titre de l'article 2 de la Loi Sherman. Contrairement à l'allégation du Japon selon laquelle les États-Unis fondent leur position sur le fait que les tribunaux américains "devraient" considérer ou "considèrent" que la prédation fait partie de la Loi de 1916, comme il a été indiqué ci-dessus dans la partie factuelle, les tribunaux qui ont examiné l'élément intentionnel de la Loi de 1916 ont déjà considéré que ces prescriptions faisaient précisément partie de la loi. En fait, c'est la jurisprudence américaine interprétant la Loi de 1916 qui détermine la nature de cette loi.

3.391 Les États-Unis observent en outre qu'il est même plus difficile, selon la jurisprudence, d'établir qu'un défendeur particulier a eu l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher sa création. Ainsi, dans *Zenith II*, le tribunal de district a conclu que, pour satisfaire à la prescription d'intention figurant dans la Loi de 1916, il fallait établir que le défendeur avait une "intention spécifique, prédatrice, anticoncurrentielle", c'est-à-dire qu'il avait l'intention d'"éliminer la concurrence".³²²

3.392 Les États-Unis signalent qu'en réponse à cet argument, le Japon se contente de suggérer que l'"intention de léser" est plus facile à prouver au titre de la Loi de 1916 que le critère objectif d'effet. Par exemple, une simple note interne demandant de baisser les prix afin de prendre la part de marché d'un concurrent pourrait suffire à prouver l'intention de léser [...]. Toutefois, le Japon ne fournit aucun élément de preuve et aucune analyse de cas pour étayer cette suggestion.

3.393 Selon les États-Unis, il est en fait très peu probable qu'un tribunal juge une telle note interne particulièrement pertinente quant à l'intention requise par la Loi de 1916. En général, les tribunaux américains hésitent à fonder l'intention prédatrice sur des propos enthousiastes formulés au cours de réunions ou dans des notes internes, du fait même qu'ils n'ont guère d'intérêt si la personne ou

³²⁰ 56 Cong. Rec. 346 (9 décembre 1919).

³²¹ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1220.

³²² Les États-Unis font référence à *Zenith II*, *op. cit.*, page 259.

l'entreprise qui les formulent a peu de chance de réussir sa campagne prétendument prédatrice. Comme la Cour suprême l'a indiqué dans *Brooke Group*:

"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 [...] [m]ême si des documents de planification stratégique [de l'entreprise mise en cause] évoquent un désir de freiner l'expansion du segment [générique des cigarettes], aucune preuve objective de son comportement ne permet de déduire raisonnablement qu'elle avait le moindre projet réel d'agir ainsi par des moyens anticoncurrentiels."³²³

En outre, même si l'on pouvait concevoir qu'une telle campagne réussisse, de tels propos sont souvent ambigus parce qu'ils énoncent souvent des objectifs parfaitement concurrentiels. Ainsi, le tribunal de district a indiqué dans *Geneva Steel*:

"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."³²⁴

3.394 Les États-Unis font valoir que, par contre, pour établir la responsabilité civile au titre de la Loi Robinson-Patman, il n'est pas nécessaire de prouver que le défendeur avait l'intention de léser la concurrence ou les concurrents. Par conséquent, le même comportement observé dans deux entreprises différentes pourrait être considéré comme une infraction à la Loi Robinson-Patman mais non à la Loi de 1916. En bref, la prescription d'intention figurant dans la Loi de 1916 sans rien d'autre – du fait qu'elle est si difficile à respecter – aboutit à rendre cette loi beaucoup plus favorable pour les importateurs que la Loi Robinson-Patman ne l'est pour les entreprises nationales. Cette conclusion est étayée par le fait qu'aucune procédure engagée au titre de la Loi de 1916 n'a *jamaï*s abouti au cours des 82 années d'existence de cette loi, alors que des plaignants ont obtenu gain de cause dans des milliers de procédures engagées au titre de la Loi Robinson-Patman.

c) La prescription de récupération

3.395 Le **Japon** observe que, dans une décision qui fait jurisprudence, à savoir *Brooke Group*, la Cour suprême des États-Unis a considérablement alourdi la charge de la preuve incombant aux plaignants qui cherchent à établir une infraction à la Loi Robinson-Patman dans des affaires relatives aux dommages de première ligne. Elle a décidé qu'un plaignant ne pourrait plus, comme c'était le cas depuis longtemps, démontrer que l'obligation relative à la diminution de la concurrence était respectée en prouvant l'intention du défendeur, et elle a exigé beaucoup plus d'éléments afin de prouver une violation en demandant de prouver en outre l'effet et la récupération.

3.396 Le Japon rappelle que, s'agissant des affaires relatives aux dommages de première ligne, la Cour suprême a adopté une analyse basée sur le marché dans laquelle un plaignant doit prouver "que le concurrent avait une perspective raisonnable [...] de récupérer ce qu'il avait investi en pratiquant des prix inférieurs au coût".³²⁵ La Cour a conclu qu'un plaignant est tenu de démontrer, afin de prouver la récupération, que le fait de pratiquer des prix inférieurs au coût doit permettre: i) de parvenir aux effets escomptés sur les rivaux du défendeur (c'est-à-dire les évincer du marché) et

³²³ *Brooke Group, op. cit.*, pages 225 et 241.

³²⁴ *Geneva Steel, op. cit.*, page 1224.

³²⁵ Le Japon fait référence à *Brooke Group, op. cit.*, pages 222 à 224.

ii) d'empêcher la concurrence suffisamment longtemps pour que le défendeur augmente ses prix et récupère les bénéfices qu'il a perdus pendant la période de baisse des prix.³²⁶

3.397 Selon le Japon, les plaignants au titre de la Loi Robinson-Patman sont ainsi assujettis à une prescription qu'il est extrêmement difficile, voire presque impossible, de respecter. Le Japon relève que depuis *Brooke Group*, pas un seul procès concernant une discrimination de prix de première ligne au titre de la Loi Robinson-Patman n'a abouti. Sur les 12 affaires jugées, cinq ont été classées car le plaignant n'avait prouvé ni que les prix de vente étaient inférieurs au coût ni qu'il existait une possibilité de récupération³²⁷, deux l'ont été car le plaignant n'avait pas démontré que les prix de vente étaient inférieurs au coût³²⁸, deux car il n'avait pas été plaidé que les prix de vente étaient inférieurs au coût ou qu'il existait une possibilité de récupération³²⁹, une car la possibilité de récupération³³⁰ n'avait pas été plaidée, et deux car les plaignants n'avaient pas la qualité requise.³³¹

3.398 Le Japon indique qu'un tribunal fédéral de district de l'État d'Ohio a récemment classé une plainte concernant des dommages de première ligne dans le cadre de la Loi Robinson-Patman. L'affaire *Zeller Corp.*, qui relève de cette loi, souligne les obstacles presque insurmontables auxquels les plaignants sont confrontés dans de telles affaires. D'ailleurs, le tribunal a signalé qu'il est extrêmement difficile de répondre aux prescriptions en matière de prix prédateurs établies dans *Brooke Group*: "le critère énoncé dans *Brooke Group* a constitué une forteresse quasi imprenable pour [un] plaignant qui allègue un dommage dû aux bas prix pratiqués par son rival".³³²

3.399 Le Japon affirme qu'en revanche, les plaintes relevant de la Loi de 1916, comme dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, ont bien plus de chances de succès. Un plaignant au titre de la Loi de 1916 n'est pas tenu de prouver la récupération. Ce traitement différencié est contraire à l'article III:4.

³²⁶ Le Japon fait référence à *ibid.*, pages 225 et 226 (citations omises par le Japon). Il fait remarquer que plusieurs cours d'appel de circuit des États-Unis ont observé qu'il est extrêmement difficile de prouver, en vertu de la décision *Brooke Group*, un dommage causé à la concurrence par des prix prédateurs. La Cour d'appel du huitième circuit a noté que les prescriptions concernant les ventes à des prix inférieurs au coût et la possibilité de récupération "font qu'il est très difficile aux plaignants de prouver la pratique de prix prédateurs dans les affaires antitrust. Toutefois, cette difficulté reflète la réalité économique, à savoir que les procès pour mécanismes de prix prédateurs sont rares et aboutissent encore plus rarement". Le Japon fait référence à *International Travel Arrangers v. NWA, Inc.*, 991 F.2d 1389, page 1396 (8th Cir. 1993) (citant *Matsushita Elec. Indus. Co.*, 475 U.S., page 589). La Cour d'appel du premier circuit a observé de même que "les conditions imposées pour prouver la pratique de prix prédateurs sont difficiles à remplir parce que les conditions dans lesquelles cette pratique est plausible ne sont pas courantes et que ces prix peuvent être facilement confondus avec des prix simplement bas dont profitent les consommateurs". Le Japon fait référence à *Tri-State Rubbish Waste, Inc. v. Waste Management, Inc.*, 998 F.2d 1073, page 1080 (1st Cir. 1993). Cela n'est pas compatible avec l'obligation de traitement national figurant à l'article III:4.

³²⁷ Le Japon fait référence à *Taylor Publishing Company v. Jostens, Inc.*, 36 F. Supp. 2d 360, page 369 (E.D.Tex. 1999); *Sally Bridges v. Maclean-Stevens Studios, Inc.*, 35 F. Supp. 2d 20, page 28 (D.C. Maine 1998); *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, 958 F. Supp. 895, page 906 (S.D.N.Y. 1997); *Clark v. Flow Measurement, Inc.*, 948 F. Supp. 519, page 529 (D.S.C. 1996); *C.B. Trucking, Inc. v. Waste Management, Inc.*, 944 F. Supp. 66, page 69 (D. Mass. 1996).

³²⁸ Le Japon fait référence à *Stearns Airport Equipment Co. v. FMC Corp.*, 977 F. Supp. 1269, page 1273 (N.D. Tex. 1997); *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Company*, 957 F. Supp. 1184, page 1204 (D.C. Nev. 1997).

³²⁹ Le Japon fait référence à *Malek Wholesaler, Inc. v. First Film Extruding, Ltd.*, 97 C 7087, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3674, page *9 (N.D. Ill.); *Cardinal Indus. Inc. v. Pressman Toy Corp.*, 96 Civ. 4590 (MBM), 1996 U.S. Dist. LEXIS 18714, page *18 (S.D.N.Y.).

³³⁰ Le Japon fait référence à *Zeller Corp.*, *op. cit.*, pages *6 à 8 (N.D. Oh.).

³³¹ Le Japon fait référence à *The City of New York v. Coastal Oil New York, Inc.*, 96 Civ. 8667 (RPP), 1998 U.S. Dist. LEXIS 2049, page *19 (S.D.N.Y.); *Lago & Sons Dairy, Inc. v. H.P. Hood, Inc.*, Civ. No. 92-200-SD, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12909, pages *13 et 14 (D.N.H.).

³³² Le Japon fait référence à *Zeller Corp.*, *op. cit.*, pages *6 (citant la demande de classement du défendeur).

3.400 Les États-Unis nient que le recouvrement au titre de la Loi de 1916 ait cessé depuis la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Brooke Group* en 1993. Les faits prouvent que c'est le contraire. 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. Par conséquent, les affaires engageant la responsabilité pour dommage de deuxième ligne – et celles qui mettent en jeu la responsabilité pour dommage de première ligne – doivent être prises en compte dans toute comparaison entre la Loi Robinson-Patman et la Loi de 1916. Depuis la décision *Brooke Group* prise par la Cour suprême en 1993, il y a eu plus de 40 décisions de cours d'appel et de tribunaux de district publiées dans plus de 40 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 1998.³³³ 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 créent 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.

3.401 Les États-Unis estiment que cette conclusion reste valable même si l'on ne considère que le nombre des affaires de discrimination de prix de première ligne jugées depuis *Brooke Group*. 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.³³⁴ 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, 14 décisions ont été rendues par des tribunaux de district dans des affaires de discrimination de première ligne.³³⁵ Bien

³³³ 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, No. 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, page 28 (D. Me. 1998); *Malek Wholesaler, Inc. v. First Film Extruding, Ltd.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3674 (N.D. Ill. Mar. 20, 1998); *City of New York v. Coastal Oil New York, Inc.*, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72087 (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, page 1192 (D. Nev. 1997), confirmé, 146 F.3d 1088 (9th Cir.), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998).

³³⁴ *Kentmaster Manufacturing Co. v. Jarvis Products Corp.*, 146 F.3d 691, 694-95 (9th Cir. 1998), amendé, No. 96-56341, 1999 WL 19636 (9th Cir. Jan. 20, 1999); *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 146 F.3d 1088, page 1091 (9th Cir. 1998), reg. ord. *certiorari* rejetée, 119 S. Ct. 541 (1998), et 51 F.3d 1421, page 1429 (9th Cir. 1995); *Coastal Fuels of Puerto Rico, Inc. v. Caribbean Petroleum Corp.*, 79 F.3d 182, page 188 (1st Cir. 1996).

³³⁵ Les États-Unis font référence à *J&S Oil, Inc. v. Irving Oil Corp.*, 1999-2 Trade Cas. (CCH) ¶ 72615 (D.Me. August 4, 1999), paragraphes 85551 à 85554; *Wynn ex rel. Alabama v. Philip Morris Inc.*, 51 F.Supp. 2d 1232, page 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, pages 372 et 373 (E.D. Tex. 1999); *Sally Bridges v. MacLean-Stevens Studios, Inc.*, 35 F.Supp. 2d 20, pages 27 et 28 (D. Me. 1998); *City of New York v. Coastal Oil New York, Inc.*, 1998-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72087 (S.D.N.Y. 1998); *Stearns Airport Equip. Co. v. FMC Corp.*, 977 F.Supp. 1269, page 1273 (N.D. Tex. 1997);

que la plupart de ces affaires soient en instance et ne soient pas encore définitivement réglées, 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.

3.402 Les États-Unis font valoir en outre que plusieurs affaires établissent, soit directement soit par implication, que les prescriptions en matière de prix prédateurs et de récupération qui sont applicables aux affaires relevant de l'article 2 de la Loi Sherman et aux affaires de première ligne relevant de la Loi Robinson-Patman s'appliquent également à la Loi de 1916. Ainsi, dans l'affaire *Brooke Group* elle-même, la Cour suprême a déterminé que la pratique de prix prédateurs constituait une infraction à l'article 2 de la Loi Sherman ou une infraction à la Loi Robinson-Patman (selon une théorie du dommage de première ligne) si 1) les prix contestés sont "inférieurs à une mesure appropriée des coûts [du défendeur] et 2) le défendeur a une "perspective raisonnable" [dans le cas de la responsabilité au titre de la Loi Robinson-Patman] ou une "probabilité dangereuse" [dans le cas de la responsabilité au titre de la Loi Sherman] de "récupérer ce qu'il investissait en appliquant des prix inférieurs à ses coûts".³³⁶ Cette détermination a résulté en partie de la décision rendue en 1986 par la Cour suprême dans *Matsushita Electrical*, qui a indiqué que le bien-fondé des ententes ou tentatives en vue de monopoliser le marché par le biais de prix prédateurs abusivement bas ne pourrait être établi qu'en prouvant que ces prix étaient inférieurs à une mesure appropriée des coûts de production et que les défendeurs tablaient de manière réaliste sur une récupération des pertes antérieures dans l'avenir grâce à la rente de monopole.³³⁷ Sur renvoi, la Cour d'appel dans *In re Japanese Electronic Products III* a appliqué exactement ce critère de prix prédateurs aux allégations du plaignant dans le cadre de la Loi de 1916 – qui étaient fondées sur l'"intention [alléguée] de léser ou éliminer une branche de production aux États-Unis" – et a constaté qu'elles devaient être rejetées en raison de la même absence de preuve de la récupération qui avait conduit à rejeter les allégations faites au titre de la Loi Sherman.³³⁸

3.403 En réponse, le **Japon** relève que la Cour suprême a indiqué expressément, dans son arrêt de 1986 concernant le litige *Zenith*, que cette décision ne s'appliquait pas aux allégations faites par les requérants au titre de la Loi de 1916 et que la décision de la Cour d'appel s'appuyait sur le fait que les requérants n'avaient pas prouvé leur allégation relative à une entente. L'affirmation des États-Unis n'est donc pas fondée.

3.404 Les **États-Unis** admettent que la Cour suprême n'a statué que sur les allégations des plaignants au titre de la Loi Sherman (car il s'agissait des allégations pour lesquelles la Cour suprême avait accordé l'ordonnance de *certiorari*, ou, en d'autres termes, des seules allégations pour lesquelles le requérant avait demandé un examen de la Cour suprême). Toutefois, la Cour suprême a renvoyé l'ensemble de l'affaire, y compris les allégations relevant de la Loi de 1916, pour que la Cour d'appel l'examine à la lumière de sa décision. La Cour d'appel s'est conformée aux instructions de la Cour suprême en décidant que ne pas démontrer une possibilité de récupération au titre de la Loi Sherman revenait à ne pas établir une allégation au titre de la Loi de 1916, et donc en assimilant les deux.

Cardinal Indus., Inc. v. Pressman Toy Corp., 1997-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71738 (S.D.N.Y. Dec. 17, 1996); *Zeller Corp.*, 1997-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71805 (N.D. Ohio June 25, 1996); *Anti-Monopoly, Inc. v. Hasbro, Inc.*, 958 F.Supp. 895, page 906 (S.D.N.Y. 1997), et 1995-2 Trade Cas. ¶ 71095 (S.D.N.Y. 1995), page 75241; *Clark v. Flow Measurement, Inc.*, 948 F.Supp. 519, pages 522 à 529 (D. S.C. 1996); *C.B. Trucking, Inc. v. Waste Management, Inc. and WMX*, 944 F.Supp. 66, pages 68 et 69 (D. Mass. 1996); *En Vogue v. UK Optical, Ltd. and British Optical Import Company*, 843 F.Supp. 838, pages 845 à 847 (E.D.N.Y. 1994); *Lago & Sons Dairy, Inc. v. H.P. Hood, Inc.*, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12909 (D. N.H. 1994).

³³⁶ *Brooke Group*, 509 U.S., page 224.

³³⁷ Les États-Unis font référence à *Matsushita Electrical*, *op. cit.*, page 574; ils font aussi référence à *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104 (1986).

³³⁸ Les États-Unis font référence à *In re Japanese Electronic Products III*, *op. cit.*, pages 48 et 49.

L'allégation faite au titre de la Loi de 1916 n'aurait pas été rejetée si les éléments de preuve exigés avaient été moins nombreux ou différents.

3.405 Les États-Unis rappellent en outre que, dans la seule affaire où un plaignant a pu aborder la question de savoir à quels dommages-intérêts il pourrait éventuellement avoir droit – dans *Helmac II*, en conséquence d'une détermination préalable par défaut –, le tribunal a indiqué que des dommages-intérêts ne seraient accordés que pour les ventes dont les prix étaient inférieurs au coût moyen. Cette détermination ainsi que les autres décisions rendues par les tribunaux au titre de la Loi de 1916 montrent que, même si un plaignant dispose d'éléments de preuve détaillés au sujet de l'intention prédatrice, il est peu probable qu'il puisse établir une infraction à la Loi de 1916 à la satisfaction d'un tribunal américain, sans fournir également le même type d'éléments de preuve concernant les comportements et les effets anticoncurrentiels qui sont exigés dans les affaires de monopolisation relevant de la Loi Sherman et dans les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman.

d) Les moyens de défense disponibles

3.406 Le **Japon** soutient qu'un défendeur au titre de la Loi Robinson-Patman qui a pratiqué une discrimination de prix dispose de plusieurs moyens de défense affirmatifs. En revanche, les défendeurs au titre de la Loi de 1916 n'ont aucun moyen de défense. Les moyens de défense prévus dans la Loi Robinson-Patman sont notamment les suivants:

- a) "justification des coûts": les différences de prix peuvent être fondées sur des différences de coûts de fabrication, de vente ou de livraison qui résultent de méthodes ou de volumes différents de vente ou de livraison des produits aux divers acheteurs³³⁹;
- b) "évolution des conditions": des modifications de prix sont permises compte tenu de l'évolution des conditions influant sur le marché ou sur la possibilité de vente d'un produit (par exemple, la détérioration de marchandises périssables, la péremption des produits saisonniers, les ventes publiques de biens saisis, les marchandises périmées ou endommagées)³⁴⁰; et
- c) nécessité de "faire face à la concurrence": un vendeur peut baisser ses prix pour faire face à un prix également faible pratiqué par un concurrent.^{341, 342}

3.407 Ainsi, selon le Japon, même si un plaignant a satisfait aux prescriptions plus rigoureuses en matière d'argumentation et de preuves qui figurent dans la Loi Robinson-Patman, un défendeur peut encore éviter de voir sa responsabilité mise en jeu en établissant simplement l'un ou l'autre de ces moyens de défense. Bien au contraire, un défendeur au titre de la Loi de 1916 ne dispose pas de tels échappatoires. Si le plaignant satisfait aux prescriptions comparativement floues en matière d'argumentation et de preuves, le défendeur est responsable au titre de la Loi de 1916. La disposition

³³⁹ Le Japon fait référence à 15 U.S.C. § 13 a) (1997).

³⁴⁰ Le Japon fait référence à 15 U.S.C. § 13 a) (1997).

³⁴¹ Le Japon fait référence à 15 U.S.C. § 13 b) (1997).

³⁴² En outre, le Japon observe qu'en vertu de décisions rendues depuis déjà longtemps par les tribunaux, un défendeur dispose de deux autres moyens de défense affirmatifs dans une affaire relevant de la Loi Robinson-Patman. Il s'agit du "moyen de défense relatif à la disponibilité", reconnu par les tribunaux, selon lequel un vendeur ne se livre pas à un acte de discrimination en matière de prix s'il fixe deux prix, l'un normal et l'autre réduit sous réserve que certaines conditions raisonnables soient remplies, les deux prix étant offerts de manière réaliste à l'acheteur prétendument défavorisé. Le Japon fait référence, par exemple, à *Boise Cascade Corp. v. Federal Trade Commission*, 837 F.2d 1127, page 1163 (D.C. Cir. 1988). Il existe aussi un moyen de défense relatif à la "remise fonctionnelle", reconnu par les tribunaux, selon lequel les vendeurs ont le droit de pratiquer des prix différents pour rémunérer les services de distribution assurés par certaines catégories de clients (par exemple, les grossistes). Le Japon fait référence, par exemple, à *Texaco, Inc. v. Hasbrouck*, 496 U.S. 543, page 561 (1990).

des États-Unis concernant l'octroi de moyens de défense affirmatifs aux défenseurs nationaux mais non aux défenseurs étrangers mis en cause dans les affaires de discrimination de prix est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994.

3.408 Les **États-Unis** admettent 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 principaux: 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".³⁴³ Ces moyens de défense sont conçus pour ne pas empêcher ou décourager les différences de prix destinées à favoriser la concurrence. Toutefois, 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 d'origine nationale 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 aux États-Unis, ou d'empêcher sa création – ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur.

3.409 Les États-Unis affirment 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 déterminer s'il est possible de montrer qu'une intention prédatrice existait en premier lieu. Ainsi, comme le Professeur Hawk l'a reconnu dans son traité consacré aux lois sur la concurrence des États-Unis et des Communautés européennes, même si la Loi de 1916 ne prévoit pas expressément les moyens de défense concernant la concurrence et la justification des coûts, "[c]es considérations semblent pertinentes pour déterminer l'intention prédatrice et doivent donc être implicitement incluses dans la Loi de 1916".³⁴⁴ En particulier, si le défendeur a facturé les prix en cause avec l'intention de faire face à la concurrence en offrant des prix comparables à ceux des autres vendeurs, il est peu probable qu'un tribunal conclue que le défendeur avait néanmoins l'intention de restreindre ou monopoliser la branche du commerce en cause, ou l'intention de léser ou éliminer une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher sa création. De même, si le défendeur a facturé les prix en cause afin de répondre à l'évolution des conditions du marché, comme la détérioration de marchandises périssables, le niveau requis de l'intention prédatrice ne pourra probablement pas être établi. En outre, si le défendeur a facturé les prix en cause pour prendre en compte une réduction de ses coûts et la répercuter concrètement sur les consommateurs, il est peu probable qu'un tribunal conclue néanmoins que le défendeur a agi avec une intention prédatrice. En fait, dans *Geneva Steel*, 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 responsabilité dans le cadre de la Loi de 1916".³⁴⁵

3.410 En résumé, les États-Unis estiment que les moyens de défense affirmatifs mentionnés par le Japon dont les défenseurs disposent dans les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman sont aussi offerts, en réalité, aux défenseurs dans les affaires relevant de la Loi de 1916. Toutefois, les éléments de preuve qui établissent ces moyens de défense n'ont pas à être présentés comme moyens de défense. Ils peuvent plutôt servir à réfuter tout élément de preuve que le plaignant peut apporter par ailleurs pour montrer avec quelles intentions le défendeur a facturé les prix en cause.

3.411 Le **Japon** répond que les arguments des États-Unis sont, factuellement, incorrects. Les éléments de preuve qui établissent 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

³⁴³ Les États-Unis font référence à 15 U.S.C. 13 a), b).

³⁴⁴ Les États-Unis font référence à B. Hawk, United States, Common Market and International Anti-trust (1996-1 Suppl.), page 357.

³⁴⁵ *Geneva Steel*, *op. cit.*, page 1220.

suffiront pas à réfuter la "prescription d'intention" au titre de la Loi de 1916. Au surplus, l'affirmation des États-Unis est purement spéculative. Il existe une différence considérable entre la disposition explicite concernant les moyens de défense dans la Loi Robinson-Patman et la possibilité spéculée d'invoquer des moyens de défense au titre de la Loi de 1916.

3.412 Les **États-Unis** soutiennent qu'à leur avis, les moyens de défense affirmatifs dont disposent les défenseurs dans les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman sont aussi offerts, en réalité, aux défenseurs dans les affaires relevant de la Loi de 1916.

e) Les comportements sanctionnés

3.413 Le **Japon** affirme que les comportements sanctionnés par la Loi de 1916 sont plus graves que ceux qui sont sanctionnés par la Loi Robinson-Patman. La Loi de 1916 et les lois antitrust américaines (figurant à l'article 4 de la Loi Clayton) offrent la possibilité d'exiger des dommages-intérêts au triple et le remboursement des frais de justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable. Toutefois, la Loi de 1916 prévoit, pour *tous les types d'infractions*, des amendes allant jusqu'à 5 000 dollars ou une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou les deux peines. L'article 3 de la Loi Robinson-Patman, par contre, ne prévoit les mêmes sanctions *que pour une catégorie limitée* de pratiques de discrimination de prix qui recourent l'article 2 a) de la Loi Robinson-Patman, et pour "les ventes effectuées à des prix déraisonnablement bas" aux fins d'éliminer la concurrence ou un concurrent.³⁴⁶

3.414 Selon le Japon, l'application par les États-Unis de sanctions pénales à un éventail plus large de comportements étrangers que de comportements nationaux est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994.

3.415 Les **États-Unis** rappellent que la Loi Robinson-Patman, comme la Loi de 1916, contient une disposition concernant la responsabilité pénale. En bref, l'article 3 de cette loi, 15 U.S.C. § 13 a), interdit

"1) la discrimination de prix territoriale "aux fins d'éliminer la concurrence ou un concurrent"; 2) la facturation de "prix déraisonnablement bas aux fins d'éliminer la concurrence ou un concurrent"; et 3) l'octroi de remises, rabais ou réductions qui ne sont pas offerts aux concurrents d'un bénéficiaire pour la vente "de marchandises de type, de qualité et de quantité similaires"".³⁴⁷

3.416 Les États-Unis relèvent que la Cour suprême a déterminé que des "prix déraisonnablement bas" sont des prix "inférieurs aux coûts", et que l'article 3 interdit donc les ventes à des prix "inférieurs aux coûts" qui sont effectuées avec l'intention prédatrice requise.³⁴⁸ Les deux lois

³⁴⁶ Les États-Unis font référence à 15 U.S.C. § 13 a) (1997).

³⁴⁷ Section du droit antitrust de l'Association du barreau américain, Antitrust Law Developments (quatrième édition) (1997), page 490, citant 15 U.S.C. § 13 a).

³⁴⁸ Les États-Unis font référence à *United States v. National Dairy Products Corp.*, 372 U.S. 29, pages 36 et 37 (1963). La Cour a aussi déterminé que de telles ventes ne sont pas contraires à l'article 3 de la Loi

"lorsqu'elles visent à réaliser un objectif commercial légitime, comme la liquidation de marchandises en excédent, périmées ou périssables, ou la nécessité de faire face à un prix licite et aussi bas pratiqué par un concurrent".

Les États-Unis observent en outre que, précédemment, le dixième circuit avait déterminé que de telles ventes ne sont pas contraires à l'article 3 de la Loi si elles sont effectuées "afin d'augmenter le volume et de faire baisser le coût unitaire pour conserver [sa] part proportionnelle d'un marché en régression" (*Ben Hur Coal Co. v. Wells*, 242 F.2d 481, page 486 (10th Cir.), reg. ord. *certiorari* rejetée, 354 U.S. 910 (1957)).

prévoient, à l'encontre de celui qui contrevient aux proscriptions pénales, une amende pouvant aller jusqu'à 5 000 dollars ou une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou les deux peines. En outre, comme le tribunal de district l'a indiqué dans *Zenith*:

"La disposition de la Loi de 1916 qui établit des sanctions pénales est pratiquement identique aux dispositions correspondantes de la Loi antitrust Sherman en vigueur à l'époque et spécifie les mêmes peines."³⁴⁹

Par conséquent, si l'on considère à la fois la portée et les sanctions fondamentales, l'élément pénal de la Loi de 1916 ne traite pas les importateurs de façon moins favorable que les dispositions pénales de la Loi Robinson-Patman. Cette conclusion est encore renforcée par le fait que les États-Unis n'ont jamais engagé de poursuites au titre de la Loi de 1916. Par contre, il y a eu plusieurs poursuites pénales au titre de l'article 3 de la Loi Robinson-Patman.

3.417 Les États-Unis relèvent que le Japon fait néanmoins valoir que l'élément pénal de la Loi de 1916 est moins favorable, en se fondant sur le fait que, selon lui, l'article 3 de la Loi Robinson-Patman ne viserait qu'"une catégorie limitée de pratiques de discrimination de prix qui recoupent l'article 2 a) [...] et les ventes effectuées à des prix déraisonnablement bas [...]". Toutefois, cette suggestion ne semble être aucunement fondée. En fait, comme son libellé même l'indique, l'article 3 s'applique à la "discrimination de prix territoriale"; à la facturation de "prix déraisonnablement bas"; et à l'octroi de remises, rabais ou réductions qui ne sont pas offerts aux concurrents d'un bénéficiaire pour la vente "de marchandises de type, de qualité et de quantité similaires". En bref, la portée de cet article semble réellement plus large que celle de la Loi de 1916 et de l'article 2 a) de la Loi Robinson-Patman, ce qui établit clairement qu'au minimum les dispositions pénales de la Loi de 1916 ne sont pas moins favorables aux importateurs que celles de l'article 3 de la Loi Robinson-Patman.

f) Les frais de litige et les frais commerciaux

3.418 Le **Japon** soutient que, comme les plaignants peuvent gagner plus facilement un procès contre des importateurs et des produits importés au titre de la Loi de 1916 qu'un procès contre des concurrents nationaux au titre de la Loi Robinson-Patman, ils ont davantage tendance à poursuivre en justice des importateurs que des concurrents nationaux pour le même comportement allégué. En conséquence, les importateurs courent un plus grand risque de harcèlement juridique et commercial au titre de la Loi de 1916 que les producteurs nationaux au titre de la Loi Robinson-Patman.³⁵⁰

3.419 Le Japon observe que ces frais de transaction et ces frais commerciaux se traduisent par des dépenses juridiques, une perturbation des activités commerciales, une incertitude sur les marchés et un effet restrictif sur les importations. En outre, il est courant aux États-Unis de menacer d'engager un long procès pour contraindre les défendeurs à accepter un règlement à l'amiable. Dans *Geneva Steel*, les défendeurs sont exposés aux dépenses et à l'incertitude liées aux poursuites engagées contre eux depuis près de trois ans. Dans le litige *Wheeling-Pittsburgh*, les conséquences ont été pires. Sur les neuf défendeurs, six ont conclu des règlements à l'amiable.³⁵¹ Bien que ces règlements restent confidentiels, la plupart contiennent certaines restrictions concernant l'importation d'acier étranger ainsi que des accords visant à acheter au plaignant des quantités d'acier non divulguées.³⁵² Au dire du

³⁴⁹ *Zenith III*, op. cit., page 1214.

³⁵⁰ Le Japon relève qu'il n'y a pratiquement plus de litiges au titre de la Loi Robinson-Patman depuis que la Cour suprême des États-Unis a rendu sa décision dans *Brooke Group*. Par comparaison, la Loi de 1916 est davantage invoquée depuis quelque temps, ce qui impose aux défendeurs désignés dans les affaires récentes des frais de transaction et des frais commerciaux qui entravent les échanges.

³⁵¹ Le Japon observe que trois défendeurs seulement, tous japonais, poursuivent la procédure et préfèrent, jusqu'à présent, continuer à supporter les frais et les incertitudes liés au litige plutôt que les frais d'un règlement à l'amiable.

³⁵² Le Japon fait référence à des communiqués de presse de la Wheeling-Pittsburgh Steel Corporation.

plaignant dans cette affaire, un défendeur a même accepté, pour régler le litige, de lui verser une somme d'argent dont le montant n'a pas été révélé.³⁵³

3.420 Le Japon fait valoir que les règlements eux-mêmes faussent les échanges. Les importateurs ont été obligés d'acheter de l'acier auprès d'un producteur américain.³⁵⁴ Ils ont dû accepter de réduire leurs importations d'acier, ce qui a entièrement profité à un producteur d'acier américain.³⁵⁵ Guettant l'issue positive des actions engagées au titre de la Loi de 1916 dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, l'un d'eux a même accepté de verser tout simplement une somme au plaignant afin de mettre un terme au harcèlement juridique.³⁵⁶

3.421 Selon le Japon, ce qui est peut-être encore plus préoccupant, c'est que ces affaires récentes et les règlements qui en découlent augmentent le risque que des procès similaires et des actions collectives soient engagés. Guettant l'issue positive de *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, un cabinet d'avocats américain au moins a demandé aux plaignants d'intenter une action collective au titre de la Loi de 1916 contre des importateurs d'acier.³⁵⁷

3.422 Les **États-Unis** s'inscrivent en faux contre l'argument du Japon selon lequel les entreprises nationales peuvent "imposer plus facilement des frais de litige et frais commerciaux importants aux producteurs étrangers [grâce à des procès au titre de la Loi de 1916] qu'aux concurrents nationaux [grâce à des procès au titre de la Loi Robinson-Patman]". Le Japon n'étaye aucunement cette déclaration imprécise, et rien ne peut l'étayer. Les affaires citées montrent que cette théorie n'est pas valable; il est évident que le bien plus grand nombre d'affaires relevant de la Loi Robinson-Patman imposent aux entreprises nationales des frais de litige et des frais commerciaux bien plus importants que les deux affaires relevant de la Loi de 1916 ne pourront jamais imposer aux entreprises étrangères.

3.423 Les États-Unis rappellent à cet égard que la Loi de 1916 a rarement été invoquée par des particuliers et ne l'a jamais été par les pouvoirs publics américains. Plus important encore, elle établit un critère pour obtenir réparation qui *n'a jamais* été respecté dans le cas d'importateurs et de marchandises importées. La Loi Robinson-Patman, au contraire, a été invoquée avec succès dans des milliers d'actions auprès des tribunaux fédéraux et des administrations, y compris un grand nombre de poursuites administratives engagées par la Commission fédérale du commerce.

3.424 Pour finir, s'agissant des plaintes du Japon au sujet du fait que, dans les deux affaires en cours *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, les défendeurs ont dû supporter "les frais et les incertitudes" du litige et que, dans l'affaire *Wheeling-Pittsburgh*, six des neuf défendeurs ont conclu des "règlements à l'amiable" (probablement de leur plein gré), les États-Unis font valoir que ces deux plaintes n'ont rien à voir avec les questions considérées. Elles résultent plutôt du fait que si les entreprises d'un pays font le choix d'exercer des activités commerciales dans un autre pays, elles doivent se conformer aux lois de ce pays ainsi qu'à celles de leur propre pays.

g) Les conditions requises en matière de différences de prix et de niveaux de prix relatifs

3.425 Selon les **États-Unis**, lorsqu'il s'agit d'établir la discrimination de prix requise – comme fonction à la fois des différences de prix et des niveaux de prix par rapport aux coûts –, la Loi de 1916 traite les produits étrangers de façon plus favorable que la Loi Robinson-Patman ne traite les produits

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Le Japon fait référence à des documents publicitaires provenant d'un bureau d'avocats de San Francisco.

nationaux, car il est plus difficile d'établir une discrimination de prix contraire à la Loi de 1916 qu'une discrimination de prix contraire à la Loi Robinson-Patman.

3.426 Les États-Unis font valoir, tout d'abord, 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.³⁵⁸

3.427 Les États-Unis estiment en outre que 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".

3.428 Les États-Unis observent qu'en revanche, la Loi Robinson-Patman exige simplement que soit 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.³⁵⁹ 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".

3.429 Les États-Unis affirment, en troisième lieu, que même si les prescriptions de la Loi de 1916 concernant les niveaux de prix par rapport aux coûts ne sont comparées qu'aux prescriptions correspondantes de la Loi Robinson-Patman relatives à la responsabilité pour des dommages de première ligne – et une telle approche ne tient pas compte du risque, important et lourd de conséquences, que les entreprises nationales courent dans le cadre de la Loi Robinson-Patman d'être reconnues responsables d'une discrimination de deuxième ligne au titre de cette loi –, la Loi de 1916 est plus favorable pour les importateurs que la Loi Robinson-Patman ne l'est pour les entreprises nationales. En vertu de la Loi Robinson-Patman, la Cour suprême des États-Unis a seulement déclaré que le plaignant doit "prouver que les prix incriminés sont inférieurs à une mesure appropriée du coût encouru par le rival".³⁶⁰ Or les juridictions inférieures ne se sont pas entendues sur ce que devait être une mesure appropriée des coûts encourus par le rival. Alors que certaines, par exemple, ont jugé que les prix incriminés devaient seulement être inférieurs au coût moyen, d'autres ont considéré qu'ils devaient être inférieurs aux coûts variables moyens.

3.430 Les États-Unis observent que, d'autre part, dans le contexte de la Loi de 1916, le seul tribunal qui a examiné carrément cette question – afin d'établir des dommages-intérêts éventuels – a demandé au plaignant de prouver que le défendeur avait vendu les produits en cause à des prix inférieurs à ses propres 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

³⁵⁸ Les États-Unis font référence à *International Telephone & Telegraph Corp. et al.*, 104 F.T.C. 280, page 417, citant E. Kintner, *A Robinson-Patman Primer*, troisième édition (1979), page 35.

³⁵⁹ Les États-Unis font référence à *Chroma Lighting v. GTE Products Corp.*, 1997-1 Trade Cas (CCH) 71836 (9th Cir. 1997), paragraphe 79885.

³⁶⁰ Les États-Unis font référence à *Brooke Group, op. cit.*, pages 222 et 223.

dommages-intérêts que dans les cas où [le défendeur] a fixé des prix inférieurs au coût variable moyen."³⁶¹

3.431 Les États-Unis font remarquer que le Japon n'a étudié aucun aspect de ces arguments, probablement parce qu'il a reconnu que les différences de prix et les niveaux de prix relatifs à invoquer pour établir la responsabilité au titre de la Loi de 1916 sont plus difficiles à prouver que les éléments correspondants de la Loi Robinson-Patman. En fait, le Japon ne mentionne les différences de prix et les niveaux de prix relatifs que dans son examen des marges de dumping, dans lequel il reconnaît que les différences de prix "substantielles" qui sont exigées pour établir la responsabilité dans le cadre de l'Accord antidumping et de la Loi de 1916 sont plus importantes que les marges de dumping "*de minimis*" qui ne constituent pas un dumping au titre de l'Accord antidumping.

3.432 Le **Japon** fait valoir que, pour établir une infraction à la Loi Robinson-Patman dans une affaire dite de dommages de première ligne, il faut montrer que le défendeur facture des prix inférieurs au coût de production variable moyen. Si les prix sont supérieurs à ce coût, il n'y a pas d'infraction à la Loi Robinson-Patman, qu'il y ait ou non une discrimination de prix. Toutefois, la Loi de 1916 est applicable dans tous les cas où les marchandises sont importées aux États-Unis à "un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective [...]", indépendamment du coût de production variable moyen.³⁶² Cette différence fait courir aux défendeurs dans le cadre de la Loi de 1916 le risque d'être responsables de pratiquer des prix supérieurs au coût variable moyen. Par contre, les producteurs nationaux ne courent pas un tel risque dans le cadre de la Loi Robinson-Patman. Comme les États-Unis l'admettent eux-mêmes, "certaines juridictions inférieures [dans les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman] 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". En faisant cette concession, les États-Unis reconnaissent qu'il peut être plus difficile d'établir une discrimination de prix dans les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman qu'une infraction à la Loi de 1916. En vertu de la décision *Oilseeds*, c'est tout ce qui est nécessaire pour établir une infraction à l'article III:4 du GATT de 1994.

3.433 Les **États-Unis** ne sont pas d'accord avec le Japon lorsqu'il laisse entendre que les ventes effectuées à des prix inférieurs au coût variable moyen sont une condition préalable à la constatation d'une responsabilité au titre de la Loi Robinson-Patman, mais non au titre de la Loi de 1916.³⁶³ Dans le cadre de la Loi Robinson-Patman, il n'est pas nécessaire de prouver au préalable, afin de constater la responsabilité pour des dommages de deuxième ligne, que des ventes ont été effectuées à des prix inférieurs à une certaine mesure des coûts encourus par le défendeur. En outre, à propos de la responsabilité pour des dommages de première ligne, la Cour suprême a refusé expressément d'exiger la preuve que des ventes ont été effectuées à des prix inférieurs au coût variable moyen. Au lieu de cela, elle a déclaré, dans *Brooke Group*, que le plaignant devait "prouver que les prix incriminés sont inférieurs à une mesure appropriée du coût encouru par le rival"³⁶⁴, sans spécifier de mesure particulière. Par contre, dans *Helmac II*, la seule affaire où une responsabilité au titre de la Loi de 1916 a été près d'être constatée – et seulement par défaut, en raison de difficultés concernant la communication des pièces –, le tribunal de district a conclu que la responsabilité du défendeur ne serait engagée que pour les ventes effectuées à des prix inférieurs à ses propres coûts variables

³⁶¹ *Helmac II*, op. cit., page 583.

³⁶² Le Japon observe qu'il est dit, dans l'affaire *Helmac II*, que le critère de responsabilité au titre de la Loi de 1916 est constitué par des ventes effectuées à des prix inférieurs au coût moyen, et que le critère de *Brooke Group* pour les affaires relevant de la Loi Robinson-Patman est constitué par des ventes effectuées à des prix inférieurs à une mesure appropriée du coût. Toutefois, dans d'autres affaires, dont *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh*, il n'a pas été nécessaire d'établir l'existence de ventes à des prix inférieurs au coût variable moyen pour mettre en jeu la responsabilité au titre de la Loi de 1916.

³⁶³ Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes laissent entendre elles aussi que des ventes à des prix inférieurs aux coûts variables moyens sont une condition préalable pour mettre en jeu la responsabilité au titre de la Loi Robinson-Patman, mais non au titre de la Loi de 1916.

³⁶⁴ *Brooke Group*, op. cit., pages 222 et 223.

moyens.³⁶⁵ Ainsi, comme ces affaires l'établissent, il faut montrer qu'un défendeur a effectué des ventes à des prix inférieurs au coût variable moyen pour établir la responsabilité au titre de la Loi de 1916, mais il n'est pas nécessaire de le montrer pour établir la responsabilité quant à des dommages de première ligne au titre de la Loi Robinson-Patman.³⁶⁶

K. VIOLATION DE L'ARTICLE XI DU GATT DE 1994

3.434 Le **Japon** soutient que la Loi de 1916 est contraire aux obligations contractées par les États-Unis au titre de l'article XI du GATT de 1994 parce qu'elle établit des "prohibitions ou [...] restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions" à l'importation qui ne sont pas admissibles.³⁶⁷

3.435 Le Japon estime que la partie plaignante, pour établir une infraction à l'article XI, doit montrer i) que la Loi de 1916 est un "autre procédé" maintenu par les États-Unis, ii) que ce procédé fait application de "restrictions autres que [les] droits de douane, taxes ou autres impositions" et iii) qu'il est appliqué à l'"importation" de produits aux États-Unis. Chacun de ces éléments est démontré ci-après.

3.436 Premièrement, le Japon affirme que la Loi de 1916 est incontestablement un procédé au sens de l'article XI du GATT de 1994. C'est une loi des États-Unis ayant force obligatoire.³⁶⁸

3.437 Deuxièmement, le Japon fait valoir que la Loi de 1916 impose des "restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions" et fait ainsi application de ces restrictions. Elle prévoit en particulier des sanctions, telles qu'"une amende de 5 000 dollars au plus ou [...] une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou [les] deux peines". En outre, une personne lésée par une infraction peut obtenir des dommages-intérêts au triple ainsi que le remboursement des frais de

³⁶⁵ Les États-Unis font référence à *Helmac II*, *op. cit.*, page 583. Ils observent que les Communautés européennes "contestent l'importance accordée par les États-Unis à l'affaire *Helmac II*". Selon eux, cette position est quelque peu surprenante, dans la mesure où le fait d'exiger la preuve que des ventes ont été effectuées à des prix inférieurs au coût variable moyen dans les affaires relevant de la Loi de 1916 contribue à rendre cette loi plus favorable pour les importateurs que la Loi Robinson-Patman ne l'est pour les entreprises nationales. Quoi qu'il en soit, les Communautés européennes n'étaient aucunement cette position, sauf dans la mesure où elles suggèrent que le fait d'exiger la preuve que des ventes ont été effectuées à des prix inférieurs aux coûts variables moyens n'est pas compatible avec la décision prise par le tribunal dans *Helmac I*.

³⁶⁶ Les États-Unis observent que, comme les Communautés européennes le font remarquer, le tribunal de district a indiqué dans *Helmac I* que la Loi de 1916 s'appliquait aux mises en vente ainsi qu'aux ventes effectives, alors que la Loi Robinson-Patman s'appliquait aux ventes effectives. Toutefois, contrairement au point de vue des Communautés européennes, cette détermination ne rend pas moins difficile l'établissement de la responsabilité au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman. Dans le cadre de la Loi de 1916, le plaignant doit encore montrer que les offres de vente ont été faites "d'une manière habituelle et systématique", alors que deux ventes seulement peuvent servir à établir la responsabilité au titre de la Loi Robinson-Patman.

³⁶⁷ L'article XI:1 est ainsi conçu:

"Aucune partie contractante n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'une autre partie contractante, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé."

³⁶⁸ Le Japon fait référence, par exemple, au rapport *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, paragraphes 104 à 109 (ci-après "*Japon – Semi-conducteurs*") (où il est constaté, selon le Japon, que le terme "procédé" est utilisé à l'article XI dans un sens large qui comprend non seulement les lois et règlements, mais aussi certaines "demandes non impératives").

justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable. De manière évidente, la "peine d'emprisonnement d'un an au plus" n'est ni une taxe, ni un droit de douane, ni une autre imposition. Il est tout aussi évident que l'amende, les dommages-intérêts au triple et le remboursement des frais ne sont pas des droits de douane ni des taxes. Il ne s'agit pas non plus des "autres impositions" énoncées à l'article XI:1.³⁶⁹ Par conséquent, ce deuxième élément est démontré non seulement par la peine d'emprisonnement mais aussi par les autres sanctions non admissibles.

3.438 Troisièmement, le Japon estime que la Loi de 1916 s'applique à l'importation de produits aux États-Unis. Elle rend illicite le fait d'"importer ou faire importer ou vendre" des marchandises quelconques "en provenance d'un pays étranger aux États-Unis", dans certaines conditions.

3.439 Le Japon observe en outre que l'importation est notamment illicite si les marchandises font l'objet d'un dumping, ou sont importées ou vendues aux États-Unis à un prix substantiellement inférieur "à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros". En particulier, la Loi s'applique aux marchandises que l'on veut faire

"[...] importer ou vendre [...] aux États-Unis à un 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, majoré du fret, des droits et des autres impositions et frais nécessairement afférents à leur importation et leur vente [...]".

Cette prescription met en évidence le fait que la Loi de 1916 est une mesure qui s'applique à l'importation des produits aux États-Unis. Elle institue en substance des niveaux de prix minimaux par produit afin de protéger les branches de production aux États-Unis. Elle fonctionne donc de la même manière que le système de prix minimaux à l'importation que le groupe spécial a déclaré incompatible avec l'article XI du GATT de 1994 dans *CEE – Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes*.³⁷⁰ En outre, la Loi ne s'applique pas uniquement à un produit spécifique, mais à tout produit. La Loi de 1916 est une restriction qui s'applique aux importations au sens de l'article XI du GATT de 1994.

3.440 Le Japon juge sans importance le fait que la Loi de 1916 s'applique à "un importateur ou un agent à l'importation d'articles quelconques". Comme le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis - L'article 337* l'a indiqué, dans le contexte de l'article III du GATT de 1994, une mesure appliquée aux importateurs en leur imposant des sanctions affecte également les produits importés.³⁷¹ Dans le contexte de l'article XI, elle les affecte en leur imposant des restrictions.

3.441 Le Japon estime donc, comme il a été démontré ci-dessus, que la Loi de 1916 est contraire à l'article XI du GATT de 1994.

³⁶⁹ Le Japon signale que l'article VIII du GATT de 1994 énumère les types d'impositions admissibles qui sont énoncées à l'article XI ainsi qu'aux articles I^{er} et II du GATT de 1994.

³⁷⁰ Le Japon fait référence au rapport du groupe spécial *CEE – Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes*, adopté le 18 octobre 1978, IBDD, S25/75, paragraphe 4.9 (ci-après "*CEE – Prix minimaux à l'importation*") (où il est estimé, selon le Japon, que le système de prix minimaux à l'importation des CEE constituait une "restriction" autre que des droits de douane, taxes ou autres impositions" au sens de l'article XI, paragraphe 1"). Le Japon fait aussi référence au rapport *Japon – Semi-conducteurs*, paragraphe 29 (qui, selon le Japon, élargit le principe selon lequel les restrictions qui sont appliquées aux importations de marchandises à des prix inférieurs à certains seuils sont contraires à l'article XI:1, contrairement aux restrictions qui sont appliquées aux exportations de marchandises à des prix inférieurs à certains seuils).

³⁷¹ Le Japon fait référence à *États-Unis – L'article 337*, op. cit., paragraphe 5.10.

3.442 Les **États-Unis** observent que l'article XI interdit de manière générale les restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation, à certaines exceptions près. Étant donné que la Loi de 1916 ne contient aucune disposition qui permettrait à un tribunal d'imposer un type quelconque de prohibition ou de restriction à l'importation de produits, le Groupe spécial devrait rejeter la présente plainte. En fait, le seul tribunal qui a examiné plus précisément si la Loi de 1916 permet d'imposer des restrictions quantitatives à l'importation, dans *Wheeling-Pittsburgh*³⁷², a jugé qu'aucune mesure provisoire n'était prévue dans le cadre de cette loi.

3.443 Selon les États-Unis, un tribunal peut, tout au plus, rendre un *jugement monétaire* (ou imposer une sanction pénale) à l'encontre des *défendeurs* dans une affaire, pour le montant du dommage causé aux activités commerciales du plaignant. Un jugement monétaire (ou une sanction pénale) rendu à l'encontre d'une partie ne s'applique évidemment pas à un produit particulier. En fait, les défendeurs dans l'affaire sont libres de continuer à importer leur produit. En outre, le jugement ne s'applique évidemment pas aux importateurs du même produit qui ne sont pas parties au procès. Par conséquent, l'affirmation non étayée du Japon selon laquelle la Loi de 1916 "établit des niveaux de prix minimaux par produit" ne repose sur aucun fondement.

3.444 Les États-Unis sont d'avis que même un examen superficiel du rapport du groupe spécial *CEE - Prix minimaux à l'importation* montre qu'il n'existe aucune similarité entre la Loi de 1916 et le régime de prix minimaux à l'importation en cause dans cette affaire. La mesure contestée dans cette affaire *interdisait* l'importation de produits déterminés (concentrés de tomates) en dessous d'un certain prix. En tant que telle, elle relevait facilement de l'article XI. En fait, la CEE n'a même pas contesté que le régime était visé par l'article XI.³⁷³ La seule vraie question posée dans cette affaire était donc l'application des exceptions énoncées à l'article XI:2.

3.445 Les États-Unis estiment que le Japon fait de même fausse route en invoquant le rapport du groupe spécial *États-Unis – L'article 337*. Dans cette affaire, il fallait déterminer si l'article III:4 s'appliquait aux procédures prévues à l'article 337. Le groupe spécial a constaté que l'application de l'article III:4 était inévitable, car les procédures prévues à l'article 337 s'appliquaient à des personnes et non à des produits.

3.446 En l'espèce, les États-Unis ne contestent pas que l'article III s'applique à la Loi de 1916. Toutefois, l'analyse au titre de l'article III est totalement différente d'une analyse au titre de l'article XI. Comme le Japon l'a indiqué, on a donné à l'article III une portée extrêmement large selon que la mesure "affectait" ou non les conditions de la concurrence entre les produits nationaux et les produits importés. Dans l'article XI, rien ne concerne la question de savoir si la mesure "affecte" les produits importés, et rien n'indique qu'il faut effectuer une analyse comparable à celle sur l'évolution des conditions de la concurrence qui est prévue à l'article III.

3.447 Le **Japon** répond que le fait que la Loi de 1916 ne prévoit pas de mesures provisoires n'est pas pertinent. Les États-Unis affirment que la Loi de 1916 est compatible avec l'article XI parce que, selon eux, elle ne permet pas à un tribunal d'imposer une "prohibition ou [une] restriction" touchant les échanges. Or, c'est une mesure qui s'applique à l'importation de produits et la restreint. Du fait qu'elle permet d'imposer des amendes, des peines d'emprisonnement, des dommages-intérêts au triple et le remboursement des frais, elle est contraire à l'article XI.

3.448 Le Japon observe également qu'une peine d'emprisonnement n'a pas de caractère "monétaire". À son avis, il est évident qu'une telle peine restreint sérieusement les importations et a des conséquences sur les importations plus graves encore qu'une sanction monétaire ou des orientations administratives. Dans une affaire antérieure – *Japon – Semi-conducteurs* –, le groupe spécial a affirmé que, dans certaines circonstances particulières, un instrument aussi léger que les directives

³⁷² Les États-Unis font référence à *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*

³⁷³ Les États-Unis font référence à *CEE – Prix minimaux à l'importation*, *op. cit.*, paragraphe 3.3.

administratives pouvait être considéré comme une "mesure gouvernementale" visant à faire appliquer les politiques commerciales. Le Japon ne croit pas que l'article XI permette aux Membres de prendre des mesures dont l'application aurait davantage de conséquences et d'incidences, telle une peine d'emprisonnement.

3.449 Les **États-Unis** répètent leur argument selon lequel un jugement rendu au titre de la Loi de 1916 à l'encontre d'une partie défenderesse (civile ou pénale) ne s'applique pas à un produit particulier et ne peut donc imposer de restriction à son sujet. Ils observent également que le Japon n'a pas examiné les distinctions qu'ils ont faites entre la présente affaire et les mesures et allégations qui sont en cause dans *CEE – Prix minimaux à l'importation* et *États-Unis – L'article 337*. Au lieu de cela, le Japon cite le rapport d'un groupe spécial différent – *Japon – Semi-conducteurs* – pour étayer la proposition selon laquelle "dans certaines circonstances particulières, un instrument aussi léger que les directives administratives [peut] être considéré comme une "mesure gouvernementale" visant à faire appliquer les politiques commerciales".

3.450 De l'avis des États-Unis, les questions étudiées dans *Japon – Semi-conducteurs*, comme dans *CEE – Prix minimaux à l'importation* et *États-Unis – L'article 337*, sont différentes de celles qui sont examinées en l'espèce. Dans *Japon – Semi-conducteurs*, il fallait déterminer si le statut légal des pratiques en question rendait l'article XI inapplicable. Le groupe spécial a conclu ce qui suit:

"[...] le train de mesures en question partait du même principe qu'un régime formel de contrôle des exportations et en comprenait les éléments essentiels. La seule différence était l'absence d'obligations formelles et juridiquement contraignantes en ce qui concerne l'exportation ou la vente pour l'exportation de semi-conducteurs. Cependant, le Groupe spécial a conclu qu'il s'agissait d'une différence de forme plutôt que de fond puisque les mesures étaient appliquées de la même façon que des prescriptions impératives. Il a conclu que le train de mesures constituait un système cohérent qui restreignait la vente pour l'exportation, à des prix inférieurs au prix coûtant pour l'entreprise, des semi-conducteurs soumis à surveillance et destinés à des marchés autres que les États-Unis, et qu'il était incompatible avec l'article XI:I."³⁷⁴

3.451 Le "train de mesures" en question comprenait "par exemple [...] des appels répétés du MITI, par l'obligation faite aux exportateurs de communiquer des informations sur les prix à l'exportation, par la surveillance systématique des coûts et des prix à l'exportation pour chaque entreprise et chaque produit, et par l'institution du mécanisme de prévisions de l'offre et de la demande, utilisé de manière à influencer directement le comportement des entreprises privées".³⁷⁵

3.452 Selon les États-Unis, il est évident que la Loi de 1916 ne peut être comparée aux mesures en cause dans *Japon – Semi-conducteurs* ou *CEE – Prix minimaux à l'importation*.³⁷⁶

L. VIOLATION DE L'ARTICLE XVI:4 DE L'ACCORD SUR L'OMC ET DE L'ARTICLE 18.4 DE L'ACCORD ANTIDUMPING

3.453 Le **Japon** soutient que les États-Unis contreviennent aux obligations qu'ils ont contractées au titre de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de l'article 18.4 de l'Accord antidumping. Selon l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC:

"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."

³⁷⁴ *Japon – Semi-conducteurs*, op. cit., paragraphe 117.

³⁷⁵ Les États-Unis font référence à *Japon – Semi-conducteurs*, op. cit., paragraphe 117.

³⁷⁶ À cet égard, les États-Unis font référence à leurs arguments antérieurs.

3.454 Le Japon rappelle que l'article 18 de l'Accord antidumping établi, au paragraphe 4, une disposition similaire qui s'applique spécifiquement aux obligations prévues dans ledit accord:

"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."

3.455 Selon le Japon, ces dispositions disent clairement que les Accords de l'OMC s'étendent à toutes les "lois, réglementations et procédures administratives". Il est interdit à l'avenir d'adopter une législation incompatible, et celles qui le seraient actuellement doivent être modifiées et rendues conformes aux obligations prévues dans les Accords de l'OMC.³⁷⁷

3.456 Le Japon affirme que les États-Unis enfreignent chacune de ces dispositions, car, comme il a été démontré ci-dessus, ils n'ont pas rendu la Loi de 1916 conforme aux obligations qu'ils ont contractées au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

3.457 Selon les **États-Unis**, du fait que 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, en fait, interprétée ainsi jusqu'à présent, rien dans l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC n'impose aux États-Unis de prendre des mesures pour la modifier.

3.458 En réponse à une question posée aux États-Unis par le Groupe spécial sur la manière dont les obligations énoncées à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC sont transposées dans l'ordre juridique américain, les États-Unis observent que, lorsqu'ils ont préparé leurs positions de négociation pour le Cycle d'Uruguay, ils ont prévu d'examiner si le droit américain pouvait être affecté par ces positions ou par les propositions des autres participants au Cycle d'Uruguay. En outre, après l'Acte final du Cycle d'Uruguay, ils ont entrepris un examen complet du droit américain pour déterminer quelles étaient les lois, réglementations ou procédures administratives qu'il faudrait peut-être modifier pour respecter leurs obligations dans le cadre de l'OMC (dont l'article XVI:4). Quand une modification de la législation était nécessaire, elle a été proposée au Congrès 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.

3.459 Pour répondre à la même question du Groupe spécial, le **Japon** indique qu'aux États-Unis, les obligations internationales ne sont pas appliquées directement. Cela vaut tout particulièrement pour les obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Les obligations sont transposées si et seulement si le Congrès en décide ainsi en adoptant une nouvelle loi ou un amendement à une loi en vigueur, que le Président promulgue par la suite.

3.460 En réponse à une autre question posée aux deux parties par le Groupe spécial sur le point de savoir si les prescriptions énoncées à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC diffèrent de celles figurant

³⁷⁷ Le Japon observe que, dans le cadre du GATT de 1947, les lois en vigueur, dont la Loi de 1916, étaient "exemptées au bénéfice de l'antériorité". Par contre, dans le cadre des Accords de l'OMC, seules les lois spécifiées sont exemptées. Les États-Unis n'ont pas spécifié que la Loi de 1916 devait bénéficier d'une exemption, et elle n'est donc pas exemptée au titre de l'antériorité. La seule mesure pour laquelle ils ont demandé une exemption au bénéfice de l'antériorité est la Loi Jones relative à l'exclusion des navires construits à l'étranger du commerce américain. Le Japon fait référence au paragraphe 3 a) du texte liminaire qui ouvre le GATT de 1994.

à l'article 18.4 de l'Accord antidumping, le Japon fait valoir qu'elles diffèrent sur deux points pertinents. Premièrement, l'article XVI:4 a une portée plus générale et s'applique à tous les Accords de l'OMC, y compris le GATT de 1994 et l'Accord antidumping. En d'autres termes, l'article 18.4 reflète l'obligation générale énoncée à l'article XVI:4 telle qu'elle s'applique à la lutte contre le dumping. Deuxièmement, outre l'obligation générale d'"assurer [...] la conformité" des lois, réglementations et procédures administratives, l'article 18.4 impose l'obligation supplémentaire de le faire en "pren[ant] toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier". Ces différences renforcent le point de vue du Japon selon lequel la simple éventualité d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC suffit à établir une infraction dans le contexte des dispositions antidumping.

3.461 Les **États-Unis**, en réponse à la même question, 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 accords visés. 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 les accords du Tokyo Round sur le dumping et sur les subventions 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. Les États-Unis estiment que l'article 18.4 de l'Accord antidumping devrait être interprété de la même façon.

3.462 En réponse à une autre question posée aux deux parties par le Groupe spécial sur le point de savoir si, à la lumière de l'article 18.4 de l'Accord antidumping, les dispositions antidumping de l'OMC donnent matière à établir une distinction entre les lois impératives et les lois non impératives, le **Japon** observe que chaque Membre doit rendre ses lois, réglementations et procédures administratives conformes aux dispositions des Accords de l'OMC. Les États-Unis ne l'ont pas fait et contreviennent donc à l'article 18.4. L'obligation dans le cadre de l'OMC est "d'assurer [...] la conformité" en prenant "toutes les mesures nécessaires, de caractère général ou particulier". Compte tenu du sens ordinaire de ces termes dans leur contexte, et à la lumière de leur objet et de leur but, il suffit qu'une loi prévoie des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, même s'il est possible de prendre des mesures compatibles avec ces règles. C'est cette obligation, et non la dichotomie impératif/dispositif tirée du précédent que constitue le GATT de 1947, qui devrait s'appliquer dans le différend actuel.

3.463 Le Japon fait valoir que la Loi de 1916 est, en tout cas, impérative. Il a démontré qu'elle prescrivait des mesures incompatibles avec l'article VI et l'Accord antidumping.

3.464 Les **États-Unis** font valoir, dans leur réponse à la question du Groupe spécial, qu'il n'y a rien d'inhérent au contexte antidumping qui rende inapplicable la distinction généralement applicable entre législation impérative et législation non impérative. La distinction 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 des Accords de l'OMC, pas plus qu'elle n'est circonscrite dans son application à une disposition particulière d'aucun d'entre eux. Par exemple, cette distinction a été appliquée dans le contexte de l'article III et de l'article VIII. Elle a également été appliquée dans le contexte de l'article XI³⁷⁸ et, semble-t-il, dans le contexte des articles I^{er}, II et X.³⁷⁹

³⁷⁸ Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'importation de thon*, en date du 3 septembre 1991 (non adopté), IBDD, S39/174.

³⁷⁹ Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *CEE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, paragraphes 5.25 et 5.26.

3.465 Selon les États-Unis, cette distinction est compatible avec 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 paraît ostensiblement contraire au droit international doit donc, si possible, être toujours interprétée de manière à éviter ce conflit".³⁸⁰

Ainsi, la jurisprudence du GATT de 1947 qui établit une distinction entre loi impérative et loi "discrétaire" 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'une partie dès lors qu'une seule de ses interprétations possibles permettrait d'agir de manière compatible avec ces obligations.³⁸¹

3.466 Les États-Unis observent également que deux affaires citées par le Groupe spécial, *CEE – Pièces détachées et composants* et *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*³⁸², étayaient la conclusion selon laquelle la Loi de 1916 est une mesure non impérative et, par conséquent, l'existence de la Loi de 1916 *en soi* ne constitue pas une infraction à une quelconque obligation dans le cadre de l'OMC.

3.467 Les États-Unis rappellent que, dans *CEE – Pièces détachées et composants*, le groupe spécial a noté que la disposition anti-échappatoire ne faisait pas obligation à la Commission ou au Conseil des Communautés européennes d'imposer des droits ou d'autres mesures; elle les autorisait simplement à entreprendre certaines actions.³⁸³ Il a rappelé qu'un groupe spécial antérieur avait conclu, dans un rapport adopté par les parties contractantes (*États-Unis – Fonds spécial*), qu'"une législation qui donne seulement à l'exécutif la possibilité d'agir de façon incompatible avec l'article III:2 ne peut pas, en soi, constituer une violation de cette disposition".³⁸⁴ Le groupe spécial a donc conclu que la simple existence de la disposition anti-échappatoire n'était pas incompatible avec les obligations découlant pour les CEE de l'Accord général.

3.468 Les États-Unis signalent que, de manière similaire, le rapport du groupe spécial *CE – Cassettes audio* conclut que la disposition réglementaire en cause était non impérative, car l'expression "en principe" était ambiguë et laissait le champ libre aux CEE pour agir de manière compatible.³⁸⁵ Le groupe spécial a refusé de fonder sa constatation sur le fait que les obligations

³⁸⁰ Oppenheim's International Law, neuvième édition, pages 81 et 82 (note de bas de page omise par les États-Unis).

³⁸¹ Les États-Unis font référence à *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 123.

³⁸² 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*").

³⁸³ Les États-Unis font référence à *CEE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, paragraphe 5.25.

³⁸⁴ Les États-Unis font référence à *ibid.*, paragraphe 5.25.

³⁸⁵ Les États-Unis font référence au rapport du groupe spécial *CE – Cassettes audio*, *op. cit.*, paragraphes 362 à 364.

découlant de la législation antidumping dépendaient de la réalisation de certaines conditions préalables factuelles.

3.469 Les États-Unis font valoir que, de même, la simple existence de la Loi de 1916 n'est contraire à aucune obligation dans le cadre de l'OMC parce que cette loi n'exige pas que les autorités compétentes agissent de manière incompatible. Il est clair que la Loi de 1916 est susceptible d'une interprétation qui est compatible avec les règles de l'OMC, et 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*".³⁸⁶ Ainsi interprétée, la Loi de 1916 est manifestement compatible avec les obligations prévues dans le cadre de l'OMC – notamment l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping – parce que les lois sur la concurrence ne sont pas du domaine de l'OMC. En outre, une loi relative aux importations qui serait "parallèle" à une loi nationale ne poserait aucun problème de traitement national au titre de l'article III du GATT de 1994.

³⁸⁶ Les États-Unis font référence à 494F. Supp., page 1223.

IV. COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

A. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

1. Violation de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping

a) Applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping

4.1 En ce qui concerne le sens et la portée de l'article VI du GATT de 1994, les **Communautés européennes** estiment que cet article fait beaucoup plus que créer une exception par rapport aux autres dispositions du GATT de 1994; sa portée est plus large. Il ressort clairement de son introduction³⁸⁷ que son but est d'offrir un ensemble de règles afin de traiter le problème du dumping dans le commerce international.

4.2 Les Communautés européennes relèvent que l'article VI du GATT de 1994 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.

4.3 Au sujet de la définition du dumping, les Communautés européennes observent que son trait essentiel est que le dumping concerne exclusivement les importations et la discrimination de prix sous la forme de prix plus élevés sur le marché du pays exportateur que sur le marché du pays importateur. À propos des conditions préalables de l'adoption de mesures contre le dumping, 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 [...]". L'article VI:2 autorise ensuite la mesure qui peut être prise contre le dumping:

"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."

4.4 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.

4.5 Les Communautés européennes font remarquer en outre que seul le dumping répondant à la définition énoncée à l'article VI:1 du GATT de 1994 est condamnable, et encore seulement dans les cas indiqués de dommage, menace de dommage ou retard important. 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"

³⁸⁷ Les Communautés européennes font référence au libellé suivant de l'article VI:

"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 [...]."

comme d'"empêcher", le texte précise bien que les droits antidumping sont l'unique "remède" institué par le GATT de 1994 pour traiter le problème du dumping, passé, présent ou à venir.

4.6 Les Communautés européennes estiment que l'Accord antidumping cadre parfaitement avec ce dispositif prévu à 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 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 l'article 18 du même accord (qui dispose qu'"[i]l ne pourra être pris 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") confirme qu'une mesure ne peut être prise contre le dumping des importations d'un autre Membre du GATT de 1994 *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.

4.7 Les Communautés européennes observent que le but de l'article VI et de l'Accord antidumping serait contrecarré si les parties étaient autorisées à appliquer d'autres mesures que les droits antidumping – par exemple, des dommages-intérêts dans des actions en responsabilité au civil ou des sanctions pénales – afin de régler le problème pour lequel l'article VI établit que les droits antidumping sont la seule mesure corrective. Il serait aussi contrecarré si les Membres pouvaient justifier l'application de ces autres mesures 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 "prédateur". C'est exactement ce que fait la Loi de 1916. Bien entendu, 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.

4.8 D'autre part, les Communautés européennes observent que le GATT de 1994 contient des règles antidumping (article VI), et que ces règles établissent l'unique système de mesures correctives autorisé par le GATT pour traiter le problème du dumping. Par contre, il ne contient aucune discipline spécifique concernant les questions antitrust. La question que pose la Loi de 1916 est donc la suivante: la Loi de 1916 doit-elle par nature être soumise aux règles de l'article VI et de l'Accord antidumping?

4.9 Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial doit répondre à cette question en se référant aux principes du GATT de 1994 et aux règles de l'OMC. Elle ne doit pas être tranchée sur la base de la législation ou de la jurisprudence nationale d'un Membre particulier. 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 qui sont distinctes de la classification juridique aux fins de l'OMC, et il y a lieu pour le Groupe spécial d'en tenir compte pour élucider cette question.

4.10 Ainsi, selon les Communautés européennes, c'est l'article VI lui-même qui répond à la question de savoir si la Loi de 1916 est soumise ou non aux dispositions de cet article. Selon la définition qu'il donne, le dumping "permet l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un

autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale". Un premier trait essentiel de cette définition est qu'elle se rapporte à des règles *qui concernent exclusivement les importations*. Elle repose sur la notion de discrimination de prix sous la forme de prix plus élevés sur le marché du pays exportateur que sur le marché du pays importateur.³⁸⁸ Cette analyse définit les types de règles qui sont des règles antidumping soumises à la discipline de l'article VI du GATT de 1994:

- a) Les règles sont ciblées sur les produits importés et par le fait de leur importation.
- b) La pratique est définie par référence à une discrimination qui prend la forme de prix plus élevés sur le marché intérieur de l'exportateur que sur le marché d'importation.

4.11 Pour les Communautés européennes, il est évident que la Loi de 1916 est une loi soumise aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994:

- a) 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 au triple aux personnes lésées par le comportement prohibé.
- b) Le comportement assujéti 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".

4.12 Les Communautés européennes font valoir que 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.

4.13 Au surplus, de l'avis des Communautés européennes, 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, la seule mesure corrective que celui-ci permette (l'imposition de droits antidumping) est subordonnée à la constatation i) d'un dumping, au sens de la définition qu'en donne l'article VI, et ii) d'un dommage, d'une menace de dommage ou d'un retard important. La substitution des critères d'intentions particulières 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, d'une menace de dommage ou d'un retard important.

³⁸⁸ Les Communautés européennes signalent à cet égard, notamment à la lumière de l'argument des États-Unis selon lequel la plainte présentée par le Japon et les Communautés européennes au titre de l'article VI conduirait à soumettre à cet article toutes les réglementations en matière de discrimination de prix internationale, que le dumping tel qu'il est défini à l'article VI ne constitue qu'une sous-catégorie de la discrimination de prix internationale.

4.14 À propos de la pertinence de la jurisprudence américaine, les Communautés européennes répètent qu'à leur sens la question de la classification juridique de la Loi de 1916 relève des règles de l'OMC qui devrait donc être réglée par le Groupe spécial et non par les tribunaux nationaux (américains, en l'espèce). En tout état de cause, les vues des tribunaux sur la question sont loin d'être concordantes.³⁸⁹ Il suffit de noter que certaines décisions (c'est-à-dire 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 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."

4.15 Mais, de l'avis des Communautés européennes, 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*, qui est qualifiée de "législation antitrust complexe", la Cour d'appel du troisième circuit a dit:

"[l]a 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".³⁹⁰

4.16 Les Communautés européennes font valoir 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. Même si les Communautés européennes n'admettent pas que l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1994 exige d'examiner si la loi protège les concurrents par 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 qui vient d'être citée 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.

4.17 Enfin, les Communautés européennes conviennent avec le Japon qu'en refusant d'admettre dans la présente procédure que la Loi de 1916 est un moyen d'action contre le dumping, les États-Unis

³⁸⁹ À cet égard, les Communautés européennes attirent l'attention sur une déclaration de la Cour internationale de justice, qui, en référence à un jugement antérieur de la CPJI, a indiqué ce qui suit:

"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)" (*Elletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, (Jugement), C.I.J. Recueil 1989, page 47, paragraphe 62).

Les Communautés européennes allèguent qu'elles ont montré tout au long de leur argumentation, et que les États-Unis n'ont pas nié, que les vues des tribunaux américains qui ont interprété la Loi de 1916 sont loin d'être concordantes.

³⁹⁰ *In re Japanese Electronic Products II*, *op. cit.*, pages 322 et 324 (italique ajouté par les Communautés européennes); les Communautés européennes font aussi référence, par exemple, à *Zenith I*, *op. cit.*; *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*; *Geneva Steel*, *op. cit.*, pages 1212 à 1214.

contredisent directement de nombreuses déclarations et positions officielles formulées par des représentants de l'exécutif américain, y compris des fonctionnaires de l'administration actuelle.

b) Violation de l'article VI:2 du GATT de 1994

4.18 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, "[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", comme le précise déjà l'article VI:2 du GATT de 1994. 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.

4.19 Les Communautés européennes rappellent que les mesures correctives prévues par la Loi antidumping de 1916 sont des dommages-intérêts au triple et/ou des sanctions pénales (amendes et/ou peines d'emprisonnement). Ce ne sont pas des droits. Comme il a été expliqué ci-dessus, 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.

4.20 Selon les Communautés européennes, les autorités américaines ont reconnu là encore ce qui précède. À cet égard, les Communautés européennes renvoient simplement le Groupe spécial à la 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 américain. La seule observation que l'on peut ajouter à cette déclaration parfaitement claire de M. Holmer est que l'article 16 du Code antidumping de 1979 est identique à l'article 18 de l'Accord antidumping de l'OMC.

4.21 Les Communautés européennes estiment que l'objectif de la mesure autorisée à l'article VI étant de compenser et de corriger (en termes économiques), il faut supposer que seule peut être adoptée une mesure de prix chiffrable neutralisant 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 (au sens d'une marge de dumping ou, éventuellement, d'un niveau de dommage). En revanche, la responsabilité pénale ne peut certainement pas servir à y remédier. L'existence de sanctions pénales pécuniaires n'a aucun rapport avec la marge de dumping.

4.22 De l'avis 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'une autre mesure, qui pourrait être plus ou moins restrictive pour les échanges, n'est aucunement soumise 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. Le contexte de l'article VI comprend la structure du GATT de 1994. Il importe de faire remarquer que les articles III à XIX du GATT de 1994 règlent les 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. Lorsqu'il est lu dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but, l'article VI empêche les Membres de prendre des mesures autres que des droits pour contrecarrer le dumping, par exemple d'infliger des peines d'emprisonnement aux importateurs.

4.23 Passant à l'historique de la négociation de l'article VI, les Communautés européennes observent que, 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. Les Communautés européennes rappellent notamment que le Groupe de travail de 1948 sur "Les modifications apportées à l'Accord général" a indiqué ce qui suit au sujet du texte actuel de l'article VI (correspondant à l'article 34 de la Charte de La Havane):

"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."³⁹¹

4.24 Selon les Communautés européennes, 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.

4.25 Les Communautés européennes signalent également que le Groupe de travail a indiqué en outre qu'il

"[...] estim[ait] 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".³⁹²

4.26 Les Communautés européennes ajoutent que le Groupe de travail a confirmé 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

³⁹¹ IBDD, II/44, 45, paragraphe 12.

³⁹² *Ibid.*, réimprimé dans GATT, Analytical Index: Guide to GATT Law and Practice (1994), pages 216 et 217.

corrective autorisée pour contrecarrer les pratiques de dumping dans le cadre de l'article VI du GATT de 1994.

4.27 Les Communautés européennes font valoir en outre 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. Par conséquent, 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.

4.28 Au sujet de l'interprétation de la note de bas de page relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping, les Communautés européennes relèvent que le sens ordinaire de la note relative à l'article 18.1 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 et des mesures de sauvegarde.

4.29 Selon les Communautés européennes, 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. Le rapport du Groupe de travail établi par la Sous-Commission C de la troisième Commission de la Conférence de La Havane ne fait que confirmer cette conclusion. Les paragraphes 3 iv) et 6 montrent clairement 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 1994.³⁹³ En outre, 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.

4.30 En conclusion, les Communautés européennes considèrent que le fait que cette note de bas de page a été jugée nécessaire confirme simplement que d'autres mesures contre le dumping, tels les dommages-intérêts au triple, les amendes et les peines d'emprisonnement, ne sont pas compatibles avec les règles de l'OMC.

³⁹³ Les Communautés européennes font référence au document E.CONF.2/C.3/C/18, paragraphes 3 iv) et 6.

2. Violation de l'article III:4 du GATT de 1994

- a) La Loi Robinson-Patman en tant que mesure équivalente s'appliquant aux marchandises américaines

4.31 Les Communautés européennes estiment que, dans la mesure où la Loi de 1916 n'est pas incompatible avec l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping, elle est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994, puisqu'elle applique aux produits des Membres de l'OMC importés aux États-Unis un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires des États-Unis.

4.32 Les Communautés européennes observent que la Loi de 1916 est incontestablement une "loi", au sens de l'article III:4, affectant la vente de produits sur le marché intérieur parce qu'elle interdit, notamment, la vente ou la mise en vente de ces produits en dessous d'un certain prix. En outre, bien qu'elle s'applique nominalement aux importateurs, cela n'empêche pas l'article III:4 d'être applicable.³⁹⁴ Par surcroît, les circonstances dans lesquelles un produit est importé n'empêchent pas de qualifier de "similaires" les produits nationaux et les produits importés.

4.33 En ce qui concerne le "traitement moins favorable" accordé par les États-Unis aux produits importés, les Communautés européennes estiment que 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:4, puisque les produits d'origine nationale ne sont pas soumis aux prescriptions de cette loi. Par conséquent, les Communautés européennes sont d'accord avec le Japon pour dire que la Loi de 1916 est contraire à l'article III:4, car elle établit un régime juridique distinct et supplémentaire pour les importations et les soumet à des prescriptions juridiques distinctes qui ne sont pas applicables aux marchandises nationales.

4.34 Les Communautés européennes observent que les États-Unis essaient de défendre la Loi de 1916 en alléguant que les produits nationaux sont soumis à une législation comparable qui régleme la discrimination de prix sur le marché intérieur américain, et que les produits importés ne sont donc pas traités "d'une façon moins favorable". À cet égard, les États-Unis font état de la Loi Robinson-Patman. Toutefois, ils n'ont pas montré que cette loi empêche d'accorder un traitement moins favorable aux produits importés.

4.35 À ce propos, les Communautés européennes font valoir tout d'abord que les produits importés sont aussi visés par la Loi Robinson-Patman, de la même manière que les produits nationaux. Cette loi, comme toute mesure légitime concernant la concurrence ou la lutte antitrust, ne fait pas de distinction entre les produits importés et les produits nationaux. Il est vrai que la Loi Robinson-Patman s'applique uniquement à la discrimination de prix pratiquée aux États-Unis et que la Loi de 1916 peut être considérée comme un complément à cette loi dans la mesure où elle s'applique au *dumping*, qui est une discrimination de prix pratiquée entre le marché intérieur du producteur et un marché d'exportation. Il n'est pourtant pas possible de dire que la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman sont complémentaires d'une façon qui permettrait d'éviter une infraction à l'article III:4 du GATT de 1994. La complémentarité ne concerne pas l'origine des marchandises mais la discrimination. Pour soumettre les marchandises américaines à un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux marchandises importées, les États-Unis devraient donc appliquer des sanctions similaires et offrir des mesures correctives analogues dans les affaires équivalentes concernant des marchandises américaines. Il faudrait une législation qui rendrait les producteurs américains passibles de sanctions équivalentes s'ils vendaient leurs marchandises aux États-Unis à des prix plus bas que sur les marchés étrangers, dans des conditions analogues à celles prévues par la Loi de 1916, par exemple, sur le mode suivant:

³⁹⁴ Les Communautés européennes font référence au rapport du groupe spécial États Unis - L'article 337, *op. cit.*, paragraphe 5.10 en particulier.

"Est illicite, pour un producteur d'articles aux États-Unis, le fait, d'une manière habituelle et systématique, de vendre ces articles aux États-Unis, à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de gros, sur les marchés des pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés, après déduction 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."

4.36 Les Communautés européennes indiquent que la Loi de 1916 ne s'applique pas à ces actes effectués par des producteurs américains, et la Loi Robinson-Patman non plus. En fait, de tels actes peuvent être accomplis impunément par des producteurs de marchandises américaines (ou au moins ne pas être visés par d'autres lois que celles qui sont généralement applicables). En d'autres termes, les producteurs de marchandises américaines peuvent faire ce que les producteurs de marchandises étrangères n'ont pas le droit de faire. Ils peuvent chercher à utiliser des marchés isolés non américains afin d'obtenir des bénéfices élevés, nécessaires pour pouvoir vendre à bas prix aux États-Unis. Les marchandises importées sont donc traitées de façon moins favorable que les marchandises américaines, ce qui est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994.³⁹⁵

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

4.37 Les Communautés européennes estiment que, même si la Loi Robinson-Patman était considérée comme une mesure équivalente s'appliquant aux marchandises américaines, les produits importés seraient encore traités "de façon moins favorable" que les produits nationaux.³⁹⁶ 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 (comme l'octroi de dommages-intérêts) à des conditions moins favorables pour les produits importés que celles découlant pour les produits nationaux de l'application de la Loi Robinson-Patman. Par conséquent, un traitement moins favorable est accordé aux produits importés, ce qui est contraire à l'article III:4 du GATT de 1994.

4.38 Les Communautés européennes exposent que la véritable raison pour laquelle l'application de la règle du "traitement non moins favorable" nécessite une comparaison élément par élément des lois

³⁹⁵ Les Communautés européennes affirment à cet égard que leurs arguments démontrent aussi le caractère erroné de l'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 est considérée à juste titre comme une mesure "antitrust". Même s'il y avait quelque raison de dire qu'une mesure se situe en dehors du champ d'application de certaines disciplines du GATT de 1994 une fois qu'elle est classée en tant que mesure "antitrust", il est évident, pour les Communautés européennes, qu'une mesure "antitrust" authentique ne s'appliquerait pas uniquement aux produits importés.

³⁹⁶ À titre préliminaire, les Communautés européennes rappellent 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 dans les affaires concernant des dommages de première ligne, il doit être prouvé i) que le défendeur a appliqué des prix inférieurs à une mesure appropriée du coût et ii) qu'il a une perspective raisonnable de récupérer ce qu'il a investi en pratiquant des prix inférieurs au coût.

en cause plutôt que de la fréquence de leurs applications concrètes est le but de l'article III. Il y a longtemps que, dans la pratique, cet article protège les possibilités de concurrence. 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 – Oléagineux*:

"[...] 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."³⁹⁷

4.39 D'autre part, les Communautés européennes contestent la valeur et la pertinence en l'espèce de l'affirmation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 a rarement été invoquée par des particuliers et ne l'a jamais été par les pouvoirs publics américains. L'analyse de la règle du "traitement non moins favorable" doit être effectuée sur la base des deux ensembles de règles, et il n'est donc pas pertinent de se référer à l'historique de l'application de l'un d'entre eux. Prendre en compte l'historique de l'application de la Loi de 1916 pourrait laisser entendre qu'un traitement moins favorable découlant de l'application de cette loi à un moment donné³⁹⁸ pourrait être compensé par un traitement plus favorable résultant de son application à un autre moment. Le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Essence* a clairement rejeté un tel raisonnement, et la même conclusion devrait s'appliquer en l'espèce.³⁹⁹

4.40 Les Communautés européennes font valoir que, en tout état de cause, les difficultés relatives à l'application pratique ont été reconnues pour la pratique des prix prédateurs en général et, en particulier, pour une plainte relevant de la Loi Robinson-Patman. 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".⁴⁰⁰ En outre, 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. Ce qui est plus important, c'est que la Loi de 1916 a i) une "capacité de harcèlement" parce qu'elle donne aux plaignants (c'est-à-dire aux concurrents de l'importateur sur le marché intérieur) un droit d'agir de manière privée devant les tribunaux fédéraux de district, et ii) un "effet restrictif" sur les importateurs du fait de ses propres termes, y compris la nature des mesures correctives qu'elle prévoit (c'est-à-dire les peines d'emprisonnement et les dommages-intérêts au triple).

4.41 Les Communautés européennes estiment en outre qu'une comparaison entre les textes de la Loi Robinson-Patman et de la Loi de 1916 montre qu'ils diffèrent en ce qui concerne les éléments

³⁹⁷ Rapport du groupe spécial *CEE – Oléagineux*, *op. cit.*, paragraphe 141 (italique ajouté par les Communautés européennes).

³⁹⁸ Les Communautés européennes font référence aux affaires *Geneva Steel*, *op. cit.*, et *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*

³⁹⁹ Pour les Communautés européennes, 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.

⁴⁰⁰ *Brooke Group*, *op. cit.*

dont il faut apporter la preuve pour qu'il y ait infraction à la loi, ce qui a pour conséquence que les produits importés reçoivent un traitement défavorable en violation de l'article III:4 du GATT de 1994. Ces éléments concernent, notamment, 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.

4.42 À propos des prescriptions relatives à l'intention, les Communautés européennes relèvent que, au titre de la Loi Robinson-Patman, un plaignant alléguant un dommage de première ligne doit établir, pour démontrer avec succès une pratique de prix prédateurs, i) que le défendeur demande des prix inférieurs à une mesure appropriée du coût, c'est-à-dire les coûts variables moyens et ii) qu'il a une perspective raisonnable de récupérer ce qu'il a investi en appliquant des prix inférieurs aux coûts.⁴⁰¹ Ces deux conditions, et notamment la seconde, représentent une charge de la preuve dont il est très difficile de s'acquitter, comme la Cour suprême elle-même l'a reconnu.⁴⁰²

4.43 Les Communautés européennes font valoir que les prescriptions d'intention prévues dans la Loi Robinson-Patman ne sont pas présentes dans le cadre d'une affaire relevant de la Loi de 1916. Conformément à la Loi de 1916, les prix discriminatoires doivent plutôt être pratiqués avec l'intention de léser ou d'éliminer une branche de production aux États-Unis ou d'empêcher sa création. 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 d'origine nationale, 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 d'origine nationale. Cela a été reconnu par le tribunal dans l'affaire *Helmac I*.

4.44 En outre, les Communautés européennes conviennent avec le Japon que le critère subjectif d'intention établi dans la Loi de 1916 est plus facile à prouver que le critère objectif d'effet établi dans la Loi Robinson-Patman. Comme le Japon l'indique à juste titre, les plaignants avaient montré, dans *Brooke Group*, l'intention subjective mais non l'effet, et la Cour suprême avait déclaré que la preuve subjective, à elle seule, n'était pas suffisante.

4.45 Au sujet de la mesure de la discrimination par les prix, les Communautés européennes observent que 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. Par contre, au titre de 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.

4.46 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. 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.⁴⁰³ 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

⁴⁰¹ Les Communautés européennes font référence à *Brooke Group*, *op. cit.*

⁴⁰² Les Communautés européennes font référence à *Matsushita Electrical*, *op. cit.*

⁴⁰³ Selon les Communautés européennes, les procédures *Geneva Steel*, *op. cit.*, et *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*, sont deux exemples concrets.

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.

4.47 Ce qui compte, selon les Communautés européennes, 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.

4.48 Enfin, les Communautés européennes contestent l'importance accordée par les États-Unis à l'affaire *Helmac II*, principalement du 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 1916.⁴⁰⁴

4.49 Les Communautés européennes soutiennent qu'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. Comme il a été observé dans l'affaire *Helmac I*:

"Il est évident qu'une vente doit avoir lieu pour que l'on puisse déposer une plainte au titre de la Loi Robinson-Patman. C'est une obligation qui découle du type de comportement interdit par la loi, un fournisseur donnant un avantage compétitif à un concurrent en lui facturant un prix plus bas. L'acheteur favorisé ne peut en aucun cas réaliser cet avantage tant que cette vente entre le fournisseur et lui n'a pas eu lieu. Sans cette vente, il n'obtient aucun avantage en matière de prix de revient ni aucun avantage compétitif. Cela explique l'obligation qu'il y ait une vente pour déposer une plainte dans le cadre d'une plainte [sic] relevant de la Loi Robinson-Patman."⁴⁰⁵

4.50 Les Communautés européennes estiment que pour les raisons énoncées ci-dessus, les États-Unis, en maintenant en vigueur la Loi de 1916, accordent un "traitement moins favorable" aux produits étrangers qu'à leurs propres produits nationaux.

3. La distinction entre loi dispositive et loi impérative et sa pertinence en l'espèce

a) Les plaintes contre la législation nationale en soi

4.51 Les Communautés européennes s'inscrivent en faux contre l'assertion des États-Unis selon laquelle, pour contester la législation d'un Membre comme étant incompatible avec les règles de l'OMC, il y aurait une obligation générale de montrer que cette législation est impérative. Cela est réfuté par le texte des dispositions de l'OMC ainsi que par la pratique du GATT de 1947 et de l'OMC. Ces deux éléments ont montré tout à fait clairement qu'une législation peut être déclarée incompatible en soi avec les dispositions de l'OMC, et les Communautés européennes estiment que cela s'applique en particulier aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC qui sont en cause dans le différend

⁴⁰⁴ Les Communautés européennes font référence à *Helmac I*, *op. cit.*

⁴⁰⁵ *Helmac I*, *op. cit.*, page 15.

actuel. Par exemple, il a été constaté dans plusieurs rapports de groupes spéciaux au titre du GATT de 1947 qu'une législation nationale était contraire à l'article III du GATT de 1947 avant même qu'elle ait été effectivement appliquée, et donc avant qu'une discrimination effective ait eu lieu.⁴⁰⁶ En outre, le fait que les mesures nationales puissent être contestées en soi a aussi été confirmé par la pratique de l'OMC.

4.52 Les Communautés européennes soutiennent que la possibilité que des lois soient en elles-mêmes incompatibles avec les dispositions de l'OMC est aussi confirmée par l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.⁴⁰⁷ Les types de dispositions énoncés à l'article XVI:4, et certainement les lois comme celle en cause dans le différend actuel, sont par définition des mesures d'application générale. Par conséquent, l'article XVI:4 reconnaît de manière générale que les lois doivent être conformes en soi aux dispositions de l'OMC – et qu'il est donc possible de les contester comme étant incompatibles en soi si les Membres ne les rendent pas conformes. L'article XVI:4 ne fait par là aucune distinction entre les lois impératives ou "non impératives" et les lois "dispositives".

4.53 Les Communautés européennes font valoir qu'en l'espèce, la possibilité de contester la Loi de 1916 indépendamment de ses applications concrètes découle aussi du caractère même des obligations contractées dans le cadre de l'OMC sur lesquelles le Japon fonde ses allégations. Quant aux dispositions de l'OMC en matière de dumping, les Communautés européennes ont déjà signalé qu'elles réglementent de façon complète la question de savoir si, et dans quelles conditions, des mesures peuvent être prises contre le dumping. Dans le cadre de cette réglementation, vu l'incidence dangereuse que peut avoir sur le marché une pratique que les rédacteurs des Accords de l'OMC ont, dans certaines conditions, jugée répréhensible et donc "condamnabile", ces mêmes rédacteurs ont aussi autorisé les Membres de l'OMC à réagir et à sanctionner *unilatéralement* une violation de ces dispositions.⁴⁰⁸ Les Membres de l'OMC se sont néanmoins engagés à ne pas prendre de mesures antidumping en dehors des conditions énoncées dans les dispositions pertinentes de l'OMC, y compris celles invoquées dans le différend actuel. Le fait d'approuver ou de maintenir une législation qui est en soi contraire à cet engagement annule la garantie que les États-Unis ont donnée, en acceptant

⁴⁰⁶ Les Communautés européennes font référence, par exemple, au rapport du groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.2, où il est dit que la législation imposant la discrimination fiscale ne devait être appliquée par les autorités fiscales qu'à la fin de l'année, après que le groupe spécial ait examiné la question, et au 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, paragraphes 5.39, 5.57, 5.60 et 5.66, dans lequel la législation imposant la discrimination n'était pas, par exemple, appliquée par les autorités. Les Communautés européennes font aussi référence aux rapports des groupes spéciaux *CEE – Pièces détachées et composants*, *op. cit.*, paragraphes 5.25 et 5.26, *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*, paragraphe 84, et *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 118.

⁴⁰⁷ Les Communautés européennes font référence au texte de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, qui 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." (italique ajouté par les Communautés européennes)

⁴⁰⁸ Les Communautés européennes observent que cela constitue néanmoins une dérogation à la règle générale selon laquelle les violations des Accords de l'OMC, et donc leurs sanctions, ne devraient pas être unilatérales. À cet égard, les Communautés européennes font référence à l'article 23:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, qui dispose ce qui suit:

"Lorsque des Membres chercheront à *obtenir réparation en cas de violation d'obligations* ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils *auront recours* et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord." (italique ajouté par les Communautés européennes)

l'article VI du GATT de 1994 et l'Accord antidumping, de ne pas prendre de mesures antidumping en dehors des conditions énoncées dans ces règles.⁴⁰⁹

4.54 Les Communautés européennes soutiennent en outre que l'approche des États-Unis selon laquelle "le Japon [...] devait démontrer qu'aucune interprétation de la Loi de 1916 ne serait compatible avec les règles de l'OMC" et "[l]e [...] Groupe spécial doit [...] déterminer si la Loi de 1916 est susceptible d'une interprétation compatible avec les règles de l'OMC" est fondamentalement erronée. Même si l'on pouvait imaginer une interprétation de la Loi de 1916 qui serait compatible avec les règles de l'OMC (ce qui n'est pas le cas), les Communautés européennes doutent que cela règle la question. Les États-Unis n'ont pas cherché à faire valoir que l'interprétation de la Loi de 1916 donnée dans *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* était compatible avec les règles de l'OMC, mais seulement qu'il ne s'agissait pas de "décisions définitives" et que les autres tribunaux avaient exprimé des vues différentes. Pour les Communautés européennes, le simple fait que la Loi de 1916 *soit susceptible* d'être interprétée d'une manière contraire à l'article VI du GATT de 1994 suffirait à établir qu'elle est incompatible avec cette disposition, car elle est contraire à l'engagement de ne pas prendre des mesures antidumping en dehors des conditions énoncées dans les dispositions de l'OMC.

4.55 De l'avis des Communautés européennes, c'est notamment le cas de mesures comme la Loi de 1916, qui offrent des possibilités considérables de harcèlement aux producteurs nationaux désireux d'intimider des importateurs. Les affaires *Geneva Steel* et *Wheeling-Pittsburgh* l'illustrent de manière éloquente. Ces affaires, qui prendront des années, voire des dizaines d'années, pour arriver à leur terme, mettent les importateurs face à la perspective d'une responsabilité considérable mais incertaine – celle d'avoir à payer des dommages-intérêts au triple plus des honoraires d'avocat. Dans ces affaires, plus la loi est obscure, c'est-à-dire plus elle est susceptible d'être interprétée de différentes manières, plus elle déroute les importateurs. En fait, comme le Japon l'a expliqué, de nombreux importateurs préfèrent transiger plutôt que de traverser ce processus. Mais ils le paient chèrement.⁴¹⁰

4.56 Vu ce qui précède, les Communautés européennes estiment que la Loi de 1916, en soi, empêche de respecter les dispositions antidumping de l'OMC invoquées dans le différend actuel ainsi que l'article III:4 du GATT de 1994.

b) La nature de la Loi de 1916

4.57 Les Communautés européennes considèrent que la Loi de 1916 est une loi impérative au sens de la pratique du GATT de 1947 et de l'OMC. Suivant cette pratique, les mesures impératives sont celles qui, en droit interne, obligent l'exécutif à imposer une mesure. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Chaussures autres qu'en caoutchouc*:

"[...] 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

⁴⁰⁹ Les Communautés européennes relèvent, en ce qui concerne l'article III du GATT de 1994, que les raisons pour lesquelles une loi en soi peut entraîner une violation ont été déjà suffisamment éclaircies dans la pratique du GATT de 1947 et de l'OMC. Les Communautés européennes rappellent que l'article III protège les possibilités de concurrence et l'attente que peuvent avoir les Membres de ne pas être mis en état d'infériorité sur le marché.

⁴¹⁰ Au sujet de la même question, les Communautés européennes demandent ce qui se passerait si un Membre de l'OMC adoptait une loi antidumping si extravagante ou obscure qu'aucun importateur ou exportateur ne se donnerait la peine de se défendre, mais cesserait de vendre ses produits dès qu'il serait menacé de poursuites. Selon les États-Unis, aucune mesure ne pourrait être prise dans le cadre de l'OMC à moins qu'un droit ne soit effectivement perçu (ce qui n'est pas le cas) ou qu'un autre Membre ne puisse prouver qu'il n'y a aucun moyen d'interpréter ou d'appliquer la loi de manière compatible avec les dispositions de l'OMC. Aux yeux des Communautés européennes, ce résultat est non seulement inacceptable en soi mais aussi totalement contraire à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

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 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."⁴¹¹

4.58 Pour les Communautés européennes, il ressort de ce qui précède que la définition de la législation impérative dans la pratique de l'OMC ne correspond pas à la définition vraiment hors du commun que les États-Unis ont avancée à plusieurs reprises dans leurs communications. En d'autres termes, non seulement il n'est pas nécessaire que la législation soit "impérative" pour être contestée en soi comme étant incompatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC, mais encore la catégorie des "lois impératives" n'est pas limitée aux lois "qui ne se prêtent à aucune interprétation compatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC".

4.59 Selon les Communautés européennes, les États-Unis semblent invoquer (et confondre) deux questions différentes. La première est le *pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi*, et la seconde est la prétendue *ambiguïté dans l'interprétation de la loi*. En ce qui concerne la seconde, la vérité simple est que pas une seule des interprétations possibles évoquées par les États-Unis ne remédie au fait que la Loi de 1916 est incompatible avec les règles de l'OMC. Au sujet de la première question, 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 ou non 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.

4.60 Les Communautés européennes soutiennent que les raisons pour lesquelles la Loi de 1916 est impérative sont multiples. En premier lieu, elle n'est tout simplement pas appliquée par l'exécutif américain. Son administration est conférée au système judiciaire. Ce sont les tribunaux, et seulement eux, qui peuvent prendre des mesures relevant de la loi en cause dans le différend actuel. En outre, la Loi de 1916 n'"impos[e pas] à l'exécutif des obligations", et celui-ci ne peut de toute façon pas "modifier de son propre chef" les obligations qu'elle énonce.

4.61 Selon les Communautés européennes, les tribunaux sont chargés par définition d'interpréter la loi et non de prendre des décisions arbitraires quant à son respect. Leur mission consiste à dire ce qu'est la loi et, ce faisant, ils sont assujettis au droit et seulement au droit. 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. En d'autres termes, même si les tribunaux pouvaient appliquer la Loi de 1916 de manière compatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC, ce qui n'est pas le cas, le gouvernement des États-Unis ne pourrait rien faire pour obliger les tribunaux récalcitrants à en faire autant s'ils ne le faisaient pas. Cela ne fait que confirmer que cette loi est "impérative".

4.62 Les Communautés européennes estiment en outre qu'un tribunal n'a pas le pouvoir discrétionnaire de classer une affaire solidement fondée au titre de la Loi de 1916. Cela résulte des termes de la Loi de 1916 et s'applique à toute action engagée au titre de cette loi. Le type de mesure corrective demandé n'y change rien. Par exemple, en ce qui concerne la responsabilité pénale, la Loi de 1916 indique ce qui suit:

⁴¹¹ *États-Unis – Chaussures autres qu'en caoutchouc*, op. cit., paragraphe 6.13 (italique ajouté et note de bas de page omise par les Communautés européennes).

"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."⁴¹²

Les Communautés européennes estiment donc que les tribunaux doivent impérativement prendre des mesures contre le dumping au titre de la Loi de 1916, une fois qu'une affaire a été dûment établie.

4.63 Les Communautés européennes relèvent que la Loi de 1916 indique de même ce qui suit au sujet de la responsabilité civile:

"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."⁴¹³

Pour les Communautés européennes, un tribunal n'a donc pas le pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder les dommages-intérêts au triple qui ont été dûment établis.

4.64 Les Communautés européennes estiment que, de ce fait, 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. Ces effets juridiques sont contraires aux dispositions invoquées par les Communautés européennes en l'espèce. Dans les deux cas, les tribunaux sont tenus de prendre des mesures.

4.65 Les Communautés européennes estiment que, contrairement à ce que prétendent les États-Unis, il n'y a rien, même dans le cadre de l'ancien 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. 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.

4.66 Selon les Communautés européennes, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, on se trouvait dans une situation où la loi nationale était *incomplète*.⁴¹⁴ Il y avait l'obligation 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, la faculté 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, 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, en particulier pour la rendre compatible avec les règles de l'OMC. Toutes les prescriptions à observer sont déjà énoncées dans la Loi de 1916.

c) Le contenu de l'obligation énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC

4.67 Les Communautés européennes soutiennent que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC énonce une obligation nouvelle et additionnelle dans le cadre du système commercial multilatéral. Il impose

⁴¹² Itaque ajouté par les Communautés européennes.

⁴¹³ Itaque ajouté par les Communautés européennes.

⁴¹⁴ Les Communautés européennes font référence à *États-Unis – Tabac*, paragraphes 114 à 118.

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.

4.68 Les Communautés européennes observent que le nouveau principe régissant le rapport entre les lois, réglementations et procédures administratives intérieures qui est énoncé à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC est un principe fondamental.⁴¹⁵ 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, il constitue une règle de rang plus élevé que les dispositions des Accords figurant en annexe.

4.69 Selon les Communautés européennes, 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. Cette convention codifie le principe coutumier selon lequel les obligations découlant de traités internationaux doivent être mises en œuvre de bonne foi (article 26) et 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 (article 27). L'obligation de respecter les obligations découlant de l'OMC résulte donc directement de la présence de ces règles dans l'Accord et ses annexes, et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC deviendrait redondant s'il était interprété comme ne contenant pas une obligation additionnelle et différente. Les Communautés européennes soutiennent en outre que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC va aussi plus loin que la suppression de la "clause d'antériorité" du Protocole d'application provisoire, puisque celle-ci est prévue dans le texte introductif du GATT de 1994.

4.70 Pour les Communautés européennes, l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC ne constitue pas simplement une obligation d'éviter de violer les Accords de l'OMC. Il constitue aussi une obligation d'adopter des mesures positives pour faire en sorte que rien dans les "lois, réglementations et procédures administratives" ne soit contraire aux Accords de l'OMC, c'est-à-dire 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.⁴¹⁶

4.71 Selon les Communautés européennes, 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 d'une 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"⁴¹⁷ pour les procédures (ou toute

⁴¹⁵ Les Communautés européennes font référence au rapport de l'arbitre sur l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, 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".

⁴¹⁶ Les Communautés européennes font référence de nouveau au texte de l'article XVI:4 qui 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." (italique ajouté par les Communautés européennes)

⁴¹⁷ Les Communautés européennes font référence à *Inde – Brevets*, *op. cit.*, paragraphe 58.

autre mesure) administratives nécessaires au respect des obligations découlant de l'OMC. 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.

4.72 Pour les Communautés européennes, il est clair 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 détourner l'attention de ce fait évident en faisant valoir que certains tribunaux ont donné à entendre que la Loi de 1916 pouvait avoir certaines caractéristiques d'une législation antitrust. Toutefois, cette sorte de qualification n'est pas pertinente parce qu'elle ne concerne pas – et règle encore moins – la question fondamentale que pose le différend actuel: celle de savoir si la pratique de discrimination de prix décrite dans la Loi de 1916 est aussi visée par les règles antidumping de l'OMC, et si la discipline de cette pratique figurant dans la Loi de 1916 est compatible avec les obligations découlant de l'OMC.

4.73 Les Communautés européennes estiment que la jurisprudence susmentionnée, 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. Au contraire, en permettant de prendre des mesures correctives non autorisées par les règles antidumping de l'OMC et dans des conditions non établies par ces règles, cette jurisprudence est en soi une violation des obligations contractées par les États-Unis.

4.74 Les Communautés européennes soutiennent en outre que les deux décisions les plus récentes de tribunaux américains⁴¹⁸ interprètent en fait et permettent d'appliquer la Loi de 1916 d'une façon qui violerait ces dispositions – ce que même les États-Unis admettent implicitement (puisque leur seul moyen de défense est de laisser entendre qu'elles ne représentent pas actuellement l'interprétation judiciaire actuellement prépondérante aux États-Unis). Ces décisions constituent, pour le moment, l'expression définitive de la jurisprudence dans les affaires où elles ont été rendues. Elles existent tant qu'elles ne sont pas annulées par une décision contraire.

4.75 Les Communautés européennes relèvent que les affaires qui, selon les États-Unis, représentent l'interprétation judiciaire actuellement prépondérante aux États-Unis témoignent de l'insécurité et de l'imprévisibilité juridiques qui découlent de la Loi de 1916. Au contraire, ces décisions ne relèvent même plus du domaine de l'insécurité et de l'imprévisibilité en ce qui concerne le respect des obligations contractées dans le cadre de l'OMC. On est entré dans le domaine des violations sûres et prévisibles de ces obligations.

4.76 Les Communautés européennes font valoir qu'il ressort clairement de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC que les États-Unis sont tenus de veiller à éviter de tels conflits en modifiant la Loi de 1916 et en intervenant pour corriger les interprétations qu'ils estiment erronées et en conflit avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Les États-Unis n'ont pris aucune mesure 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 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 indiqué qu'ils désapprouvaient les décisions adoptées par leurs tribunaux dans ces deux affaires. C'est même leur moyen de défense que de nier qu'il y ait une mesure quelconque à prendre.

4.77 Pour les Communautés européennes, c'est encore plus évident puisque la Loi de 1916 est assurément un acte législatif de caractère impératif au sens de la pratique du GATT de 1947 et de

⁴¹⁸ Les Communautés européennes font référence à *Geneva Steel*, *op. cit.*; *Wheeling-Pittsburgh*, *op. cit.*

l'OMC. Mais même à part cela, l'article XVI:4 confirme ce que la pratique des groupes spéciaux relevant du GATT de 1947 avait déjà fait apparaître, à savoir que la législation d'un Membre peut enfreindre les obligations contractées dans le cadre du GATT de 1947/de l'OMC indépendamment des applications concrètes (c'est précisément la raison pour laquelle l'article XVI:4 exige d'éliminer les incompatibilités qui figurent déjà dans les recueils de lois des Membres). L'article XVI:4 prévoit cette confirmation de manière générale. Il ne fait aucune distinction entre législation impérative et législation dispositive. Il ne fait aucune exception en ce qui concerne la législation dispositive. Il n'est pas limité aux jugements définitifs.

4. Application de bonne foi des obligations découlant des traités

4.78 Les Communautés européennes rappellent tout d'abord que la règle fondamentale d'interprétation des traités énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités indique en premier lieu qu'"[u]n traité doit être interprété de bonne foi [...]".

4.79 Les Communautés européennes observent ensuite que l'article VI du GATT de 1994 n'est pas une interdiction, à l'instar de la plupart des autres dispositions du GATT de 1994, telles que l'article III ou l'article XI, ou même l'article I^{er}. L'article VI reconnaît l'existence d'un problème particulier dans le commerce international et passe ensuite aux moyens de lui donner une solution. Il règle ce qui peut être fait en la matière en définissant les conditions à remplir pour l'application de mesures correctives, telle l'existence d'un dommage, et en autorisant les mesures correctives à prendre pour neutraliser le dumping.

4.80 Les Communautés européennes affirment que, en conséquence, la justification de la distinction impératif/dispositif, à supposer qu'elle soit encore valable, ne concerne pas les mesures réglementaires par opposition aux prohibitions. Lorsqu'une disposition régleme des comportements, ce n'est pas interpréter le texte de bonne foi que de prétendre que, si une mesure prise par un Membre s'en écarte sur un point important ou permet aux autorités compétentes de prendre d'autres mesures à leur gré, les autres disciplines ne s'appliquent plus, automatiquement. Pourtant, c'est exactement ce que prétendent les États-Unis.

4.81 Pour cette raison, les Communautés européennes estiment que l'allégation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1916 échappe aux disciplines de l'article VI et de l'Accord antidumping parce qu'elle prévoit une mesure corrective autre que des droits, et leur allégation selon laquelle cette loi n'est pas incompatible avec les règles de l'OMC parce qu'elle est en un certain sens discrétionnaire, doivent succomber.

4.82 Les Communautés européennes font valoir également que, lorsqu'un texte règle un certain problème, une partie s'attend légitimement à ce que les autres parties ne se réservent pas la possibilité de prendre des mesures qui ne contreviennent pas à la loi. L'approche des États-Unis concernant l'interprétation de leurs obligations au titre de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping n'est pas de bonne foi et donc erronée.

5. Conclusion

4.83 Pour les raisons énoncées ci-dessus, les Communautés européennes souscrivent aux allégations du Japon selon lesquelles la Loi de 1916 n'est ni compatible avec les dispositions de l'OMC susmentionnées ni justifiée par celles-ci.

B. INDE

1. Violation de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping

4.84 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, les Membres concernés peuvent percevoir des droits antidumping, à condition que le dommage important pour la branche de production nationale soit établi et que les procédures énoncées soient suivies. Par conséquent, l'article VI établit clairement que l'application de droits antidumping doit être le seul et unique moyen autorisé par le GATT de 1994 pour s'attaquer au problème des importations en dumping.

4.85 L'Inde fait toutefois observer que, conformément à la Loi de 1916, les États-Unis peuvent appliquer des mesures autres que des droits antidumping – par exemple, des dommages-intérêts dans des actions en responsabilité au civil et/ou des sanctions pénales.⁴¹⁹ 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 multilatérales pour s'opposer à des pratiques de dumping.

4.86 L'Inde rappelle que les États-Unis ont essayé de justifier ces mesures correctives prévues dans la Loi de 1916 en vertu de la note de bas de page 24 relative à l'article 18.1 de l'Accord antidumping. Cette note est ainsi conçue: "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." Mais les États-Unis n'ont cité aucune disposition du GATT de 1994 susceptible de justifier les mesures correctives prévues par la Loi de 1916. Ils se sont bornés à indiquer que la mesure relevant de la Loi de 1916, si elle n'est pas réglementée par le GATT de 1994, "est *a fortiori* compatible avec ses dispositions". On peut remarquer qu'une note de bas de page ne peut l'emporter sur la disposition principale. La disposition en l'espèce, à savoir l'article 18.1, est libellée de façon telle que les Membres ne peuvent prendre aucune "mesure particulière [...] si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994 [...]". Par conséquent, l'argument des États-Unis selon lequel le GATT de 1994 ne réglemente pas la mesure n'est pas correct. Le GATT de 1994 interdit en fait toute mesure (y compris les mesures relevant de la Loi de 1916) autre que les droits antidumping, à moins qu'elle ne soit conforme avec le GATT de 1994 et l'Accord antidumping.

4.87 L'Inde relève que les États-Unis ont aussi 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. Le mot "pourra" figurant à l'article VI:2 donne aux Membres le pouvoir discrétionnaire de recourir ou non à la mesure corrective prévue en cas de dumping. Toutefois, si le Membre concerné décide de prendre des mesures, il doit le

⁴¹⁹ 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 judiciaires prévues par cette loi, à la place et/ou en complément de la Loi antidumping de 1921 et de la législation antidumping adoptée ultérieurement par les États-Unis.

faire uniquement en imposant des droits antidumping. La Loi de 1916 viole donc manifestement l'article VI:2 du GATT de 1994 et l'article 18.1 de l'Accord antidumping.

4.88 L'Inde n'approuve pas l'affirmation des États-Unis selon laquelle l'application de mesures autres que des 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 du GATT de 1994 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.

4.89 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, l'Inde estime que 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.

4.90 En ce qui concerne l'autre 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, selon laquelle 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 traite du "dumping" et devrait, de ce fait, être soumise aux disciplines de l'article VI du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping.

4.91 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 concernée, 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.

4.92 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 aimerait simplement attirer l'attention du Groupe spécial sur la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets*.⁴²⁰

2. Violation de l'article III du GATT de 1994

4.93 Au sujet de la prescription de traitement national prévue à l'article III du GATT de 1994, l'Inde observe que les États-Unis ont fait valoir que la Loi de 1916 équivalait à la Loi Robinson-Patman. Elle estime que ces deux lois instituent deux régimes différents pour engager des poursuites dans le cas de produits importés et de produits nationaux, respectivement. Toutefois, les États-Unis ont fait valoir que le traitement au titre de la Loi de 1916 était, à certains égards, plus favorable qu'au titre de la Loi Robinson-Patman. Mais une comparaison de ces lois et de leur application fait ressortir les différences suivantes:

- a) il est plus facile d'engager une action au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman, en raison des prescriptions différentes en matière d'argumentation;
- b) il est plus facile d'engager et de gagner une action au titre de la Loi de 1916 que d'engager une action au titre de la Loi Robinson-Patman, car les critères pour obtenir réparation au titre de la Loi de 1916 sont bien moins élevés que dans le cadre de la Loi Robinson-Patman;
- c) les comportements faisant l'objet de sanctions sont plus graves au titre de la Loi de 1916 qu'au titre de la Loi Robinson-Patman; et
- d) comme un plaignant peut prouver plus facilement une infraction à la Loi de 1916 qu'une infraction à la Loi Robinson-Patman, un concurrent national peut imposer plus facilement des frais de litige et des frais commerciaux importants aux producteurs étrangers qu'aux concurrents nationaux.

4.94 L'Inde fait valoir en outre que même si l'argument des États-Unis selon lequel la Loi de 1916 est plus favorable à certains égards était vrai, il ne serait pas justifié. Comme le groupe spécial relevant du GATT de 1947 l'a déterminé dans *États-Unis – L'article 337*, un traitement plus favorable des produits importés dans certains domaines ne peut être justifié par un traitement moins favorable dans d'autres domaines. Par surcroît, il n'est pas pertinent de se demander s'il y a eu effectivement un traitement moins favorable dans tel ou tel cas. Dans *CEE – Oléagineux*, le groupe spécial relevant du GATT de 1947 a estimé qu'un règlement qui n'établit pas nécessairement une discrimination à l'égard des produits importés, mais est susceptible de le faire, viole l'article III du GATT de 1994. La comparaison entre la Loi de 1916 et la Loi Robinson-Patman montre que les produits importés pourraient être traités de façon moins favorable que les produits nationaux en vertu du régime de la Loi de 1916. Par conséquent, la Loi de 1916 doit être estimée contraire aux dispositions de l'article III du GATT de 1994.

⁴²⁰ *Inde – Brevets*, op. cit., paragraphes 65 et 66.

3. Conclusion

4.95 En conclusion, l'Inde estime que la Loi de 1916 est une loi qui prévoit une réparation dans les cas de dumping allégué et qu'elle n'est pas conforme aux dispositions des articles III et IV du GATT de 1994 ni à celles de l'Accord antidumping. Elle annule ou compromet ainsi les avantages résultant des Accords précités pour les partenaires commerciaux des États-Unis. L'Inde prie donc instamment le Groupe spécial de constater que la Loi de 1916 viole ces dispositions et invite le Groupe spécial à recommander que les États-Unis rendent leur législation intérieure conforme à leurs obligations dans le cadre du GATT de 1994.
