

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS294/16

17 mai 2006

(06-2395)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – LOIS, RÉGLEMENTATIONS ET MÉTHODE DE CALCUL DES MARGES DE DUMPING ("RÉDUCTION À ZÉRO")

Communication présentée par les États-Unis

La communication ci-après, datée du 9 mai 2006, est distribuée à la demande de la délégation des États-Unis.

1. Les États-Unis saisissent cette occasion pour présenter aux Membres quelques observations importantes concernant le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")*, document WT/DS294/AB/R, distribué le 18 avril 2006 (ci-après le "rapport de l'Organe d'appel").¹ Il y a deux aspects clés du rapport de l'Organe d'appel qui devraient préoccuper les Membres. Ce sont: 1) les constatations "tel qu'appliqué" de l'Organe d'appel concernant le recours à ce qui est appelé "réduction à zéro" dans les procédures de fixation des droits; et 2) les constatations "en tant que tel" de l'Organe d'appel concernant la "méthode" de "réduction à zéro" dans les enquêtes antidumping.

Réduction à zéro "telle qu'appliquée"

2. En ce qui concerne les constatations "tel qu'appliqué", l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial et constaté que le recours à la "réduction à zéro" dans les procédures de fixation des droits était incompatible avec l'article 9.3 de l'Accord antidumping et l'article VI:2 du GATT de 1994, sur la base du raisonnement selon lequel la "réduction à zéro" aboutissait à un montant du droit antidumping qui dépassait la marge de dumping. Selon l'Organe d'appel, l'article 2.1 de l'Accord antidumping et les paragraphes 1 et 2 de l'article VI, lus conjointement, amènent à conclure que l'expression "marge de dumping" désigne toujours la marge de dumping pour les exportateurs et producteurs "du produit dans son ensemble". D'après lui, l'expression "marge de dumping" ne peut pas être interprétée comme s'appliquant spécifiquement par transaction ou spécifiquement par importateur.²

3. Les implications des conclusions de l'Organe d'appel, ainsi que le cheminement analytique par lequel l'Organe d'appel est arrivé à ces conclusions, sont très troublants. Ces implications signifient, entre autres choses, que des dispositions importantes de l'Accord antidumping sont privées de tout effet et que la manière dont les marges de dumping sont calculées est radicalement modifiée,

¹ Nous emploierons ci-après l'expression "*États-Unis – Réduction à zéro (CE)*" pour faire référence au différend d'une manière générale.

² Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 126.

dans des domaines qui n'ont rien à voir avec ce qui est appelé "réduction à zéro".³ Nous examinerons d'abord quelques-unes de ces implications.

Dumping ciblé

4. Une implication de l'analyse de l'Organe d'appel concerne l'article 2.4.2 de l'Accord antidumping et la disposition dite "relative au "dumping ciblé"". L'article 2.4.2 dispose ce qui suit:

Sous réserve des dispositions régissant la comparaison équitable énoncées au paragraphe 4, l'existence de marges de dumping pendant la phase d'enquête sera normalement établie sur la base d'une comparaison entre une valeur normale moyenne pondérée et une moyenne pondérée des prix de toutes les transactions à l'exportation comparables, ou par comparaison entre la valeur normale et les prix à l'exportation transaction par transaction. Une valeur normale établie sur la base d'une moyenne pondérée pourra être comparée aux prix de transactions à l'exportation prises individuellement si les autorités constatent que, d'après leur configuration, les prix à l'exportation diffèrent notablement entre différents acheteurs, régions ou périodes, et si une explication est donnée quant à la raison pour laquelle il n'est pas possible de prendre dûment en compte de telles différences en utilisant les méthodes de comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée ou transaction par transaction.

5. La première phrase de l'article 2.4.2 énonce les méthodes de comparaison normales que les autorités devraient utiliser pendant la phase d'enquête d'une procédure antidumping. Il est couramment fait référence à ces méthodes comme étant les méthodes de comparaison moyenne à moyenne et transaction par transaction. La deuxième phrase, cependant, autorise l'utilisation d'une méthode de comparaison différente "si les autorités constatent que, d'après leur configuration, les prix à l'exportation diffèrent notablement entre différents acheteurs, régions ou périodes". Dans ces cas (qui sont généralement désignés par l'expression "dumping ciblé"), "[u]ne valeur normale établie sur la base d'une moyenne pondérée pourra être comparée aux prix de transactions à l'exportation prises individuellement" (il s'agit, en d'autres termes, de la méthode de comparaison moyenne à transaction). Certains Membres qui estiment que l'Accord antidumping prohibe d'une manière générale la réduction à zéro estiment néanmoins que l'Accord autorise la réduction à zéro lorsque la disposition de l'article 2.4.2 relative au dumping ciblé est invoquée.

6. Cependant, si l'Organe d'appel a raison de dire que la marge de dumping doit toujours être calculée pour le produit dans son ensemble, il semblerait alors qu'il soit exclu de recourir à la réduction à zéro dans toutes les circonstances, y compris les situations dans lesquelles la méthode de comparaison moyenne à transaction est employée pour calculer les marges de dumping conformément à la disposition de l'article 2.4.2 relative au dumping ciblé. Et si tel est le cas, alors, si les marges de dumping sont calculées sans recours à la réduction à zéro, il est un fait mathématique que la marge de dumping calculée d'après la méthode de comparaison moyenne à transaction sera la même que celle qui est calculée d'après la méthode de comparaison moyenne à moyenne. En d'autres termes, si le raisonnement et la conclusion de l'Organe d'appel sont corrects, la méthode relative au dumping ciblé prévue dans la deuxième phrase de l'article 2.4.2 serait alors privée de tout effet.

³ À cet égard, il importe de reconnaître que le raisonnement de l'Organe d'appel est de portée beaucoup plus grande que celui qui figure dans les rapports *CE – Linge de lit et États-Unis – Bois de construction résineux*. Dans ces différends, les constatations de l'Organe d'appel à l'encontre du recours à la réduction à zéro concernaient l'emploi de la méthode de comparaison moyenne à moyenne dans les enquêtes antidumping, et étaient fondées sur le texte de l'article 2.4.2 de l'Accord antidumping. Le Département du commerce des États-Unis a précédemment annoncé qu'il ne pratiquerait plus la réduction à zéro lorsqu'il appliquerait la méthode moyenne à moyenne dans les enquêtes.

7. Les parties à des différends qui sont opposées à la réduction à zéro n'ont pas réussi à escamoter, dans leurs efforts d'explication, le problème de l'équivalence mathématique. Comme le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction* a récemment fait observer:

En réponse à un argument très simple concernant l'équivalence mathématique, le Canada et certaines tierces parties ont donné des explications alambiquées sur la manière dont la méthode de comparaison [moyenne à transaction] pourrait être appliquée, sans réduction à zéro, de sorte à donner des résultats qui seraient mathématiquement différents des résultats de la méthode de comparaison [moyenne à moyenne]. Leurs arguments reposent essentiellement sur l'idée que le dumping ciblé autorise les autorités chargées de l'enquête à établir leurs déterminations sur la base du comportement en matière de fixation des prix à l'égard d'ensembles de transactions qui sont plus restreints que le champ initial de l'enquête, et plus restreints que ceux qui sont analysés dans le cadre de la méthode [moyenne à moyenne]. Une telle approche va à l'encontre du texte même de la deuxième phrase de l'article 2.4.2 et/ou d'autres dispositions de l'*Accord antidumping*. En d'autres termes, le Canada et les tierces parties concernées n'ont pas expliqué comment la deuxième phrase de l'article 2.4.2 pourrait être appliquée, sans réduction à zéro, d'une manière compatible avec les règles de l'OMC, de sorte à donner des résultats qui seraient mathématiquement différents des résultats de la méthode de comparaison [moyenne à moyenne].⁴

8. Cependant, il serait extraordinaire que les Membres aient négocié le libellé spécifique de la disposition relative au dumping ciblé tout en voulant qu'elle soit dénuée de signification. Les parties avaient discuté, pendant la procédure du Groupe spécial et en appel, sur le contexte constitué par cette disposition et la manière dont elle devrait éclairer l'interprétation des dispositions pertinentes, ainsi que sur le problème posé par le fait que la disposition relative au dumping ciblé était rendue "inutile". De plus, le Groupe spécial avait invoqué dans son rapport ce libellé comme faisant partie du fondement des constatations et conclusions juridiques que l'Organe d'appel a infirmées. Or, l'Organe d'appel n'a pas examiné ce contexte ni pris en compte cette implication de son raisonnement. Pour ces raisons, les Membres dont les autorités recourent à la méthode du dumping ciblé devraient être particulièrement préoccupés par les implications du rapport de l'Organe d'appel. En outre, tous les Membres qui estiment qu'il faut donner effet aux dispositions de l'Accord qu'ils ont si laborieusement négociées devraient aussi se sentir préoccupés. Il est difficile de concilier l'approche de l'Organe d'appel avec les règles coutumières d'interprétation du droit international public.

Systemes de la valeur normale prospective

9. Une deuxième implication des conclusions de l'Organe d'appel concerne les systèmes de fixation des droits fondés sur la valeur normale prospective. Les systèmes de la valeur normale prospective sont expressément envisagés à l'article 9.4 ii) de l'Accord antidumping, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Détermination finale de l'existence d'un dumping concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS264/RW, distribué le 3 avril 2006, paragraphe 5.52 (souligné dans l'original) (ci-après "*États-Unis – Bois de construction*"). Le Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction*, ainsi que le Groupe spécial chargé du présent différend – *États-Unis – Réduction à zéro (CE)* – ont mentionné le problème de l'équivalence mathématique comme raison pour laquelle il n'y avait pas de prohibition générale de la réduction à zéro en vertu de l'expression "marges de dumping".

Lorsque les autorités auront limité leur examen conformément à la deuxième phrase du paragraphe 10 de l'article 6, un droit antidumping appliqué à des importations en provenance d'exportateurs ou de producteurs qui n'auront pas été visés par l'examen ne dépassera pas:

...

- ii) dans les cas où le montant des droits antidumping à acquitter est calculé sur la base d'une valeur normale prospective, la différence entre la valeur normale moyenne pondérée pour les exportateurs ou les producteurs choisis et les prix à l'exportation pour les exportateurs ou les producteurs qui n'ont pas fait individuellement l'objet d'un examen ...

10. Comme les États-Unis croient le comprendre, dans un système de la valeur normale prospective, les autorités fixent les droits antidumping spécifiquement par transaction à mesure que les importations ont lieu, au moyen d'une comparaison entre le prix à l'exportation et la valeur normale prospective. Si le prix à l'exportation est inférieur à la valeur normale prospective – c'est-à-dire, si la transaction se fait à un prix de dumping – les autorités fixent les droits. Si le prix à l'exportation est égal ou supérieur à la valeur normale prospective – c'est-à-dire, si la transaction se fait autrement qu'à un prix de dumping – les autorités ne fixent pas de droits. Les systèmes de la valeur normale prospective calculent ainsi le montant des droits antidumping exigibles d'une manière qui donnera des résultats semblables, et dans certains cas identiques, à ceux de l'approche suivie par les autorités des États-Unis dans les réexamens aux fins de la fixation des droits. Les autorités n'effectuent pas de compensation sur les marges de dumping calculées pour les transactions faisant l'objet d'un dumping afin de prendre en compte des marges de dumping négatives calculées pour les transactions ne faisant pas l'objet d'un dumping. En effet, comme le Canada – un Membre qui applique le système de la valeur normale prospective – l'a noté, "un système fondé sur la valeur normale prospective ne fait pas appel à la pratique de la réduction à zéro ... L'autorité chargée de l'enquête fixe des droits antidumping lorsque le prix à l'exportation est inférieur à la valeur normale moyenne pondérée, mais n'applique pas de droits antidumping à des transactions ne faisant pas l'objet d'un dumping lorsque l'inverse est vrai."⁵

11. Or si, comme l'affirme l'Organe d'appel, les marges de dumping doivent être calculées pour "le produit dans son ensemble", il apparaîtrait impossible pour une autorité de fixer de manière légitime des droits antidumping spécifiquement par transaction en recourant à une valeur normale prospective. Comme le Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction* l'a relevé:

Si l'interprétation de l'expression "marges de dumping" donnée par l'Organe d'appel était applicable dans tout l'*Accord antidumping* de la manière préconisée par le Canada, cette disposition, qui s'applique expressément aux systèmes prospectifs de fixation des droits, impliquerait qu'un remboursement devrait intervenir si un droit antidumping était acquitté en dépassement de la marge de dumping unique pour le produit dans son ensemble, calculée par agrégation des résultats de toutes les comparaisons intermédiaires, sans réduction à zéro. Une fois de plus, cela n'a aucun sens dans le contexte d'un système de fixation des droits fondé sur la valeur normale prospective, car (ainsi que même le Canada le reconnaît) la "marge de dumping" en cause est une différence de prix par transaction calculée pour une transaction à l'importation spécifique. De plus, si d'autres comparaisons pour le produit dans son ensemble étaient pour une raison ou une autre pertinentes, il devrait être procédé à des compensations pour les transactions ne faisant pas l'objet d'un dumping, de sorte qu'un importateur pourrait demander un remboursement sur la base d'une marge de

⁵ *États-Unis – Bois de construction*, paragraphe 5.55.

dumping calculée par référence à des transactions ne faisant pas l'objet d'un dumping effectuées par d'autres importateurs.⁶

12. Il est douteux que les Membres qui appliquent des systèmes de la valeur normale prospective aient envisagé le résultat qui découlerait de l'interprétation de l'Organe d'appel quand ils avaient négocié l'Accord antidumping.

Article 2.2 de l'Accord antidumping

13. Enfin, nous relèverions les implications des conclusions de l'Organe d'appel pour l'article 2.2 de l'Accord antidumping, qui contient aussi l'expression "marge de dumping". Entre autres choses, l'article 2.2 précise quand les autorités utiliseront une valeur normale construite comme base pour calculer les marges de dumping, et dispose ce qui suit:

Lorsque aucune vente du produit similaire n'a lieu au cours d'opérations commerciales normales sur le marché intérieur du pays exportateur ou lorsque, du fait de la situation particulière du marché ou du faible volume des ventes sur le marché intérieur du pays exportateur, de telles ventes ne permettent pas une comparaison valable, la marge de dumping sera déterminée par comparaison avec un prix comparable du produit similaire lorsque celui-ci est exporté à destination d'un pays tiers approprié, à condition que ce prix soit représentatif, ou avec le 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. (notes de bas de page omises)

Les États-Unis croient comprendre que la plupart des autorités appliquent l'article 2.2 sur la base de sous-groupes ou de modèles afin de minimiser le recours à des valeurs normales construites, qui sont généralement considérées comme étant une mesure du dumping moins exacte que des valeurs normales fondées sur les prix intérieurs.

14. Or si, comme l'affirme l'Organe d'appel, l'expression "marge de dumping" signifie toujours une marge de dumping pour "le produit dans son ensemble", les autorités doivent alors appliquer l'article 2.2 en ce qui concerne "le produit dans son ensemble", et non sur la base de sous-groupes ou de modèles. Le résultat d'une telle approche différente serait qu'"une valeur normale construite serait nécessairement utilisée pour tous les aspects de la détermination de la marge de dumping pour le produit dans son ensemble".⁷ Comme le Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction* l'a expliqué:

À notre avis, l'affirmation du Canada selon laquelle l'article 2.2 peut être appliqué par modèle pour accroître l'exactitude de la méthode de calcul n'est pas compatible avec son point de vue selon lequel les autorités chargées de l'enquête doivent calculer une marge de dumping unique pour le produit dans son ensemble. Par exemple, s'il y avait dix modèles du produit similaire et que les conditions de déclenchement de l'article 2.2 s'appliquaient à l'égard d'un seul modèle, le Canada affirme que l'autorité chargée de l'enquête pourrait utiliser une valeur normale construite pour ce modèle

⁶ *États-Unis – Bois de construction*, paragraphe 5.57. Comme pour le problème de l'équivalence mathématique, le Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction* a mentionné les problèmes posés pour les systèmes de la valeur normale prospective comme raison pour laquelle il n'y avait pas de prohibition générale de la réduction à zéro en vertu de l'expression "marges de dumping". Comme dans le cas du problème de l'équivalence mathématique, l'Organe d'appel a aussi été saisi du problème des systèmes de la valeur normale prospective, mais il ne l'a pas traité ni n'a expliqué pourquoi.

⁷ *États-Unis – Bois de construction*, paragraphe 5.61.

seulement (en procédant à un "calcul par sous-groupe"). Toutefois, l'article 2.2 dispose que la "marge de dumping" sera déterminée au moyen d'une valeur normale construite chaque fois que les conditions de déclenchement seront remplies. Si une "marge de dumping" au sens de l'article 2.2 s'entend d'une marge de dumping unique pour le produit dans son ensemble (et non pour un modèle spécifique), cela doit vouloir dire que la marge de dumping *pour le produit dans son ensemble* doit être calculée au moyen d'une valeur normale construite pour tous les modèles, même si les conditions de déclenchement s'appliquent uniquement à l'égard d'un modèle. En d'autres termes, il n'y aurait jamais de "calcul par sous-groupe" du type de celui envisagé par le Canada. Nous ne voyons rien dans le texte de l'article 2.2 qui prescrirait ce résultat et, comme le Canada l'indique, les autorités chargées de l'enquête ne l'interprètent pas comme prescrivant ce résultat. En effet, l'utilisation de différentes méthodes pour établir la valeur normale pour différents modèles ou sous-groupes d'un produit fait partie intégrante du calcul de moyennes par modèle, qui est lui-même autorisé par l'article 2.4.2 de l'*Accord antidumping*. De plus, une telle utilisation impérative d'une valeur normale construite en ce qui concerne tous les modèles irait à l'encontre du principe voulant qu'une valeur normale construite soit une option qu'il convient d'utiliser uniquement dans les circonstances limitées qui sont prévues à l'article 2.2. Cela alourdirait également la charge pesant sur les sociétés interrogées, qui seraient tenues de produire des données sur les coûts pour tous les modèles, et non juste pour un ou plusieurs modèles pour lesquels une valeur normale construite serait nécessaire.⁸

15. Ce sont les anomalies qui découlent du raisonnement de l'Organe d'appel sur la base du "produit dans son ensemble" que des experts neutres et impartiaux ont identifiées jusqu'à présent et dont les Membres devraient se préoccuper. Il peut y en avoir d'autres.

Absence d'analyse

16. Tout aussi troublant, cependant, est le fait que, comme il a été relevé plus haut, ces anomalies ont été signalées à l'Organe d'appel, sans que celui-ci les ait traitées dans son rapport. L'Organe d'appel n'a nullement considéré les implications de son raisonnement pour la disposition relative au dumping ciblé et pour l'article 2.2. En ce qui concerne les implications pour les systèmes de la valeur normale prospective, l'analyse de l'Organe d'appel consiste en une seule phrase dans une note de bas de page, dans laquelle il se contente d'affirmer – sans aucune explication – que la notion de "produit dans son ensemble" n'empêche pas la fixation des droits sur la base de valeurs normales prospectives.⁹

17. Les États-Unis partagent l'opinion selon laquelle les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne sont pas tenus de répondre à chacun des arguments avancés par une partie. Cependant, pour qu'une analyse soit valable, ils doivent examiner les arguments importants avancés par les parties. Les implications du raisonnement sur la base du "produit dans son ensemble", décrit ci-dessus, constituent le type même d'argument important que l'Organe d'appel aurait dû examiner. Le fait que l'Organe d'appel ne l'a pas fait nuit à la crédibilité de son analyse. Pour paraphraser l'Organe d'appel lui-même, "[l]a brièveté de l'analyse de cette question par [l'Organe d'appel] est à notre avis difficile à concilier avec son devoir de procéder à une analyse critique et approfondie".¹⁰ Il est particulièrement

⁸ États-Unis – Bois de construction, paragraphe 5.62. Comme dans son analyse de l'équivalence mathématique et des systèmes de la valeur normale prospective, le groupe spécial analysait les implications pour l'article 2.2 afin d'expliquer pourquoi une interprétation de la "marge de dumping" sur la base du "produit dans son ensemble" ne pouvait certainement pas être correcte.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel, note 234.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5

regrettable qu'il s'agisse de l'examen par l'Organe d'appel du rapport d'un groupe spécial qui, sur la question de la réduction à zéro dans les phases postérieures à l'enquête, avait procédé à une analyse rigoureuse en citant de multiples raisons à l'appui de sa conclusion. Il apparaît que l'Organe d'appel n'a pas tenu compte de cette analyse rigoureuse et qu'il a décidé qu'il n'avait pas besoin de procéder lui-même à une analyse rigoureuse pour infirmer le raisonnement et la conclusion juridiques du Groupe spécial.

18. Il est également préoccupant que les conclusions juridiques de l'Organe d'appel soient fondées sur des dispositions qui n'ont pas été modifiées à la suite du Cycle d'Uruguay. Les paragraphes 1 et 2 de l'article VI du GATT de 1994 ont été repris sans modification des dispositions correspondantes du GATT de 1947 et l'article 2.1 de l'Accord antidumping a été repris sans modification de l'article 2.1 du Code antidumping du Tokyo Round. L'Organe d'appel va jusqu'à affirmer que ces dispositions étaient "clairement" l'idée que le "dumping" est défini par rapport au "produit dans son ensemble".¹¹

19. Indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir sur l'opportunité de la réduction à zéro, il n'est tout simplement pas crédible d'affirmer que l'article VI et l'article 2.1 indiquent "clairement" que le dumping est défini par rapport au produit dans son ensemble. D'ailleurs, en ce qui concerne l'article VI, un groupe d'experts a conclu en 1960 que la "méthode idéale" pour imposer des droits antidumping consistait à établir une détermination de l'existence d'un dumping "pour chaque importation du produit en cause".¹² Étant donné qu'un groupe d'experts connaissant bien les questions antidumping a conclu qu'une approche par transaction était la "méthode idéale" au titre de l'article VI, il est difficile de comprendre comment l'Organe d'appel a pu conclure plus de 40 ans plus tard que l'article VI demandait "clairement" une approche axée sur le "produit dans son ensemble".

20. En outre, s'il est tellement clair que ces dispositions empêchent la réduction à zéro, il est difficile de saisir pourquoi tant de parties contractantes au GATT de 1947 et de signataires du Code antidumping du Tokyo Round ont pratiqué la réduction à zéro. Il est tout aussi difficile de comprendre comment le Groupe spécial dans l'affaire *Cassettes audio* aurait pu admettre le bien-fondé du recours à la réduction à zéro si cette dernière était aussi clairement prohibée par l'article VI et l'article 2.1. D'ailleurs, le Groupe spécial a rejeté une allégation selon laquelle la réduction à zéro était incompatible avec l'article 2.1 du Code antidumping du Tokyo Round.¹³

La réduction à zéro "en tant que telle"

21. S'agissant de la constatation "en tant que tel" de l'Organe d'appel, il importe de comprendre dès le départ de quoi les États-Unis ont fait appel. Le Groupe spécial a constaté que le Département du commerce des États-Unis ("USDOC") appliquait une "norme" non écrite de réduction à zéro qui était censée être à "l'origine du comportement incompatible avec les règles de l'OMC". De l'avis des États-Unis, la constatation du Groupe spécial était erronée parce que, entre autres choses, sa constatation de l'existence d'une "norme" n'était fondée sur rien d'autre qu'une description de ce que l'USDOC avait fait par le passé.

22. Pour examiner la constatation "en tant que tel" du Groupe spécial, l'Organe d'appel a commencé son analyse en déclarant ce qui suit:

du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS277/AB/RW, distribué le 13 avril 2006, paragraphe 124.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 126.

¹² IBDD, S9/204, paragraphe 8.

¹³ Rapport du Groupe spécial *CE – Droits antidumping sur les bandes audio en cassettes originaires du Japon*, ADP/136, distribué le 28 avril 1995 (groupe spécial établi au titre de l'Accord de 1979 relatif à la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce) (non adopté).

Nous convenons avec les États-Unis qu'un groupe spécial ne doit pas présumer à la légère l'existence d'une "règle ou norme" constituant une mesure appliquée de manière générale et prospective, surtout lorsqu'elle n'est pas énoncée sous la forme d'un document écrit. Si un groupe spécial le faisait, il agirait d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, à savoir "procéder à une évaluation objective de la question" dont il est saisi.

Lorsqu'une contestation "en tant que tel" est formulée à l'encontre d'une "règle ou norme" qui est énoncée sous la forme d'un document écrit – telle qu'une loi ou une réglementation – il n'y aurait, dans la plupart des cas, aucune incertitude quant à l'existence ou à la teneur de la mesure qui a été contestée. La situation est différente, cependant, lorsqu'une contestation est formulée à l'encontre d'une "règle ou norme" qui n'est *pas* énoncée sous la forme d'un document écrit. En pareil cas, l'existence même de la "règle ou norme" contestée peut être incertaine.

À notre avis, quand elle formule une contestation à l'encontre d'une telle "règle ou norme" qui constitue une mesure appliquée de manière générale et prospective, une partie plaignante doit, pour le moins, établir clairement, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve à l'appui, la possibilité d'imputer la "règle ou norme" alléguée au Membre défendeur; sa teneur précise; et, bien entendu, le fait qu'elle est effectivement appliquée de manière générale et prospective. Ce n'est que si la partie plaignante satisfait à cette exigence élevée et présente des éléments de preuve suffisants concernant chacun de ces éléments qu'un groupe spécial peut être à même de constater que la "règle ou norme" peut être contestée en tant que telle. Ces éléments de preuve peuvent comprendre la preuve d'une application systématique de la "règle ou norme" contestée. Une rigueur particulière est requise de la part d'un groupe spécial pour étayer une conclusion quant à l'existence d'une "règle ou norme" qui n'est *pas* énoncée sous la forme d'un document écrit. Un groupe spécial doit examiner soigneusement les facteurs concrets qui prouvent l'existence de la "règle ou norme" présumée afin de conclure qu'une telle "règle ou norme" peut être contestée en tant que telle".¹⁴

23. Dans la mesure où le cadre analytique présenté par l'Organe d'appel est compris comme imposant que la règle ou norme en question fasse partie d'un acte ou instrument du Membre défendeur¹⁵, qu'il soit écrit ou non, les États-Unis n'y voient pas d'objection. Ainsi, la question dont l'Organe d'appel était saisi – telle qu'elle était formulée par l'Organe d'appel lui-même – était de savoir si le Groupe spécial avait correctement appliqué ce cadre analytique. Malheureusement, l'Organe

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 196 à 198 (note de bas de page omise; italique dans l'original).

¹⁵ L'Organe d'appel a reconnu que tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC pouvait être une mesure de ce Membre aux fins d'une procédure de règlement des différends de l'OMC et que les mesures qui pouvaient faire l'objet d'une procédure de règlement des différends à l'OMC pouvaient inclure des "actes établissant des règles ou des normes censées être appliquées de manière générale et prospective" et les "instruments d'un Membre qui cont[enaient] des règles ou des normes". Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 188. Dans la mesure où cela est censé refléter le fait que la mesure doit être imputable à un Membre, cela est conforme aux articles 3:3 et 4:2 du Mémoire d'accord, qui font référence à des mesures "prises" par un Membre. Par ailleurs, il apparaît que dans son analyse, l'Organe d'appel confond la notion de "mesure" appliquée de manière générale et prospective et celle de "règle ou norme" appliquée de manière générale et prospective. Le problème tient peut-être en partie à ce que l'analyse de l'Organe d'appel repose sur un concept élaboré par ce dernier – analyse qui n'est en rien fondée sur le texte des Accords de l'OMC. Les Accords de l'OMC ne prétendent pas définir le mot "mesure" (pas plus qu'ils ne contiennent l'expression "règle ou norme" que l'Organe d'appel lui-même met entre guillemets).

d'appel n'a pas abordé cette question et il s'est au contraire embarqué dans sa propre analyse *de novo* concernant la "norme" de la réduction à zéro.

24. Rappelons encore une fois que l'allégation d'erreur formulée par les États-Unis portait essentiellement sur le fait que la constatation établie par le Groupe spécial de l'existence d'une norme appliquée de manière générale et prospective n'était fondée sur rien d'autre que des éléments de preuve concernant ce que l'USDOC avait fait par le passé. En rejetant l'allégation des États-Unis, l'Organe d'appel ne s'est toutefois pas limité aux faits qui soit étaient incontestés soit avaient été constatés par le Groupe spécial, et il s'est au contraire fondé sur des éléments de preuve qui – selon lui – "avaient été présentés" au Groupe spécial.¹⁶ En particulier, l'Organe d'appel a cité les éléments de preuve ci-après¹⁷:

- a) "Les programmes informatiques types utilisés par l'USDOC pour calculer les marges de dumping"

Le Groupe spécial ne s'est pas appuyé sur ce fait et l'Organe d'appel n'a pas expliqué en quoi ce fait était pertinent pour la question dont il était saisi.

- b) "Le Manuel antidumping de l'USDOC"

Le Groupe spécial a noté que les CE s'étaient fondées sur le Manuel antidumping en tant qu'élément de preuve¹⁸, mais il n'a pas lui-même cité le Manuel dans ses constatations. De plus, les États-Unis ont contesté l'importance du Manuel antidumping, en expliquant, éléments de preuve à l'appui, qu'il n'avait pas valeur de prescription et qu'en fait, il faisait référence à des méthodes que l'USDOC n'utilisait plus.¹⁹

- c) "Les avis d'experts"

Les soi-disant "avis d'experts" ne consistaient en rien d'autre que des déclarations concernant ce que l'USDOC avait fait par le passé.²⁰ En outre, l'"expert" n'était qu'une employée salariée d'un bureau d'étude engagée par le conseil de l'une des tierces parties.

- d) "Les procédures types de réduction à zéro (lignes du code informatique)"

Le Groupe spécial a reconnu que les lignes du code informatique "ne cré[aient] rien" mais "[étaient] simplement le reflet de quelque chose d'autre".²¹ En d'autres termes, le fait que l'USDOC avait utilisé certains codes informatiques pour mettre en œuvre la réduction à zéro n'avait aucune valeur explicative quant à la mesure qui avait amené l'USDOC à utiliser la réduction à zéro au départ.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 213.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 201.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.107.

¹⁹ Voir la *communication des États-Unis d'Amérique en tant qu'intimé*, 13 février 2006, paragraphes 203 et 207. Voir aussi la pièce EC-36.8 page 95 (référence dans le Manuel antidumping au critère des 99,5 pour cent, qui n'est plus appliqué).

²⁰ *Communication des États-Unis d'Amérique en tant qu'autre appelant*, 1^{er} février 2006, paragraphe 36 et note 34 (ci-après dénommée "communication des États-Unis en tant qu'autre appelant").

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.97; voir aussi la communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, paragraphe 37.

- e) "Le fait que les États-Unis n'avaient pas contesté que la méthode de réduction à zéro de l'USDOC reflète une politique délibérée"

Les États-Unis ont pourtant expliqué à l'Organe d'appel que la question de savoir si l'utilisation par l'USDOC de la réduction à zéro par le passé reflétait une "politique délibérée" ne s'était jamais posée au cours de la procédure du Groupe spécial, et que celui-ci n'avait même pas précisé quel élément du dossier les États-Unis étaient censés contester.²² L'Organe d'appel n'a même pas pris la peine d'examiner cette incohérence dans le raisonnement du Groupe spécial.

25. En bref, au lieu d'examiner si l'analyse par le Groupe spécial de l'allégation "en tant que tel" des CE était erronée, l'Organe d'appel a formulé ses propres constatations sur la base de son propre examen d'éléments de preuve qui soit n'avaient pas été pris en compte par le Groupe spécial soit étaient contestés par les parties. Ce faisant, l'Organe d'appel s'est écarté du rôle qui lui est assigné par le Mémoire d'accord. En conséquence, la norme "rigoureuse" pour une allégation "en tant que tel" proclamée par l'Organe d'appel au paragraphe 198 du rapport s'est avérée ne pas être si rigoureuse après tout. En définitive, l'identité de la mesure appliquée de manière générale et prospective dont il est allégué qu'elle amène l'USDOC à effectuer la réduction à zéro reste inconnue.

26. Un autre élément de l'appel des États-Unis était que le Groupe spécial avait indûment omis d'appliquer la distinction impératif/facultatif. Il s'agissait d'une allégation d'erreur *juridique* car la distinction impératif/facultatif est un outil qui permet d'analyser la question de savoir si une mesure, en tant que telle, constitue un manquement à une obligation spécifique. Si une mesure ne prescrit pas, en tant que telle, un manquement à une obligation particulière, elle ne constitue pas, en tant que telle, un manquement à cette obligation. En effet, c'est le fait même qu'une mesure, dans son application, exige d'un Membre qu'il manque à ses obligations qui étaye le but et la validité d'une constatation "en tant que tel". Comme l'Organe d'appel l'a noté à juste titre au paragraphe 189 du rapport, "les parties plaignantes qui formulent des contestations "en tant que tel" cherchent à empêcher les Membres *ex ante* d'adopter une certaine conduite". Cependant, le moyen grâce auquel ce but a été atteint pour les contestations "en tant que tel" qui ont été admises jusqu'à présent était une constatation selon laquelle une mesure, en tant que telle, prescrivait *ex ante* une conduite incompatible. En d'autres termes, une mesure n'était pas considérée comme étant l'"origine du problème" simplement parce qu'un Membre avait par le passé fait usage du pouvoir discrétionnaire que lui conférait la mesure d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC. En fait, elle prescrivait au Membre d'agir d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC (présentement et à l'avenir).

27. Nonobstant cet élément essentiel de l'argument *juridique* des États-Unis et de l'analyse *juridique* concernant une allégation "en tant que tel", l'Organe d'appel n'a jamais abordé ce point, si ce n'est pour noter qu'il ne s'était pas encore prononcé d'une manière générale sur la distinction impératif/facultatif.²³ En outre, l'Organe d'appel considérait apparemment l'argument des États-Unis comme portant sur la façon dont le Groupe spécial avait traité les *faits* au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord²⁴, en dépit du rôle *juridique* central que joue cette distinction.

28. En n'appliquant pas la distinction impératif/facultatif, l'Organe d'appel a constaté l'existence d'un manquement en tant que tel sans constater que la soi-disant "mesure" avait effectivement amené le Membre à manquer à ses obligations. Il est extrêmement difficile pour un Membre de réagir à une telle constatation. Si une mesure n'amène pas un Membre à commettre un manquement, le fait de la supprimer n'aura aucune incidence. Et s'il n'y a pas du tout de mesure, comment un Membre peut-il la supprimer ou la modifier?

²² Communication des États-Unis en tant qu'autre appelant, note 38.

²³ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 211.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 207 et 212.

Conclusion

29. En conclusion, nous signalerions l'observation faite au sujet du rapport de l'Organe d'appel par une personne qui approuve l'issue du différend: "Cette décision marque une évolution importante de la jurisprudence de l'OMC. En un sens, l'Organe d'appel a apporté une énorme contribution au libre-échange, *qui n'aurait pas pu être concrétisée uniquement par les négociations.*" (pas d'italique dans l'original)²⁵ Il est troublant de voir que même ceux qui approuvent l'issue de ce différend se rendent ainsi compte qu'elle n'a pas résulté du texte négocié de l'Accord et que l'on n'aurait pas pu espérer y parvenir par des négociations ultérieures entre les Membres. L'idée que le système de règlement des différends fonctionne de telle sorte qu'il accroît ou diminue les droits et obligations effectivement convenus par les Membres, nonobstant les articles 3:2 et 19:2 du Mémorandum d'accord, est extrêmement dangereuse pour la crédibilité que le système a acquise depuis onze ans.

30. Une fois encore, les États-Unis estiment que les questions soulevées par ce rapport sont importantes non seulement pour l'issue quant au fond du présent différend, mais aussi pour la manière dont le système de règlement des différends de l'OMC doit remplir sa fonction et pour le maintien de l'efficacité et de la crédibilité de ce système. Les États-Unis seront heureux d'engager un débat sur ces questions avec les Membres.

²⁵ International Economic Law & Policy Blog, Worldtradelaw.Net (consulté le 4 mai 2006) <http://worldtradelaw.net.typepad.com/ielpblog/2006/04/a_farewell_to_z.html>.