

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS296/9
28 juillet 2005

(05-3392)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – ENQUÊTE EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS SUR LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES (DRAM) EN PROVENANCE DE CORÉE

Déclaration de la Corée

La déclaration ci-après, communiquée par la délégation de la Corée en relation avec l'adoption par l'Organe de règlement des différends, à sa réunion du 20 juillet 2005, des rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée* (WT/DS296/AB/R, WT/DS296/R), est distribuée à la demande de cette délégation.

Introduction

Monsieur le Président, l'ORD examine aujourd'hui les rapports concernant l'affaire *États-Unis – DRAM* (DS/296). Ce différend résulte de l'imposition par les États-Unis d'une ordonnance en matière de droits compensateurs visant certains semi-conducteurs Hynix importés de Corée. Le Département du commerce des États-Unis (le "DOC") a allégué que le gouvernement coréen avait subventionné Hynix, par une série de contributions financières, de septembre 2000 à octobre 2001. La question clé dans l'enquête du DOC était de savoir si oui ou non le gouvernement coréen avait chargé certains établissements financiers privés d'effectuer ces contributions financières, ou leur avait ordonné de le faire. Dans une analyse approfondie et détaillée, le Groupe spécial a constaté que, à une exception près, une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas pu arriver aux conclusions énoncées dans la détermination du DOC. Les constatations juridiques et factuelles du Groupe spécial qui l'ont amené à cette conclusion ont fait l'objet d'un appel de la part des États-Unis. La Corée a formé un appel incident sur un point sur lequel le Groupe spécial a constaté qu'il y avait eu une action de charger ou ordonner à l'égard d'une banque coréenne, alors que cette banque n'a jamais accompli en fait l'acte qui lui aurait été ordonné.

La Commission du commerce international des États-Unis (l'"ITC") a constaté en outre que les importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées avaient causé un dommage important. Le Groupe spécial a constaté que l'ITC n'avait donné aucune explication de la façon dont il était arrivé à la conclusion que l'incidence des facteurs autres que les importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées n'était pas imputée à ces importations. En conséquence, les États-Unis ne respectent pas leurs obligations au titre de l'article 15.5 de l'Accord SMC. Il n'y a pas eu d'appel sur les questions relatives au dommage. Ainsi, la mesure des États-Unis a été jugée incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 15.5 de l'Accord SMC, et les États-Unis devraient agir immédiatement pour mettre leur mesure en conformité. En ce qui concerne les incompatibilités que le Groupe spécial a constatées dans la détermination de l'existence d'une subvention établie par le DOC, il est important de noter que, comme l'Organe d'appel l'a dit expressément dans son rapport, sa

décision infirmant ces constatations ne signifie pas qu'il confirmait, en fait, la conformité de l'ordonnance en matière de droits compensateurs imposée par les États-Unis avec l'Accord SMC.

M. le Président, la Corée voudrait tout d'abord remercier toutes les personnes concernées pour le travail considérable qu'elles ont accompli. De l'avis de la Corée, à une petite exception près, le rapport du Groupe spécial contenait une analyse approfondie et acceptable des points de fait et de droit, bien que la Corée ne soit certainement pas d'accord avec un certain nombre des conclusions du Groupe spécial. Toutefois, la Corée a de sérieuses réserves quant au rapport de l'Organe d'appel. Bien que certaines questions aient fait l'objet d'une analyse juridique, ce rapport n'est malheureusement pas limité à ces questions, comme l'exige clairement la prescription de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, qui dispose qu'un appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Au lieu de cela, il offre un exemple évident d'établissement des faits non justifiés de la part de l'Organe d'appel.

M. le Président, la Corée demande à l'ORD de lui accorder quelques instants pour examiner plus en détail la portée et la nature du rapport de l'Organe d'appel. Elle ne peut évidemment pas aborder chaque aspect de l'analyse de l'Organe d'appel, même dans des remarques approfondies, mais les principaux points saillants doivent être portés à l'attention des Membres. Parmi les questions de droit soumises à l'Organe d'appel, nous examinerons celle de l'interprétation juridique de l'expression "chargent ou ordonnent", ainsi que l'appel incident de la Corée sur la question de savoir si l'on peut constater qu'un organisme privé a été chargé ou s'est vu ordonner d'exécuter une fonction des pouvoirs publics lorsqu'il ne l'a jamais exécutée en fait, et la question des critères en matière de preuve appliqués dans l'interprétation juridique extraordinaire que le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont donnée des prescriptions en matière de présentation de rapports énoncées à l'article 22.5 de l'Accord SMC. Enfin, nous examinerons certains des exemples les plus frappants et les plus regrettables de l'établissement des faits *de novo* effectué par l'Organe d'appel, car la Corée estime que cela représente une défaillance du processus d'examen en appel, qui suscite de sérieuses préoccupations.

L'interprétation des termes "chargent ou ordonnent"

Premièrement, il faut noter certains points de droit pour comprendre le différend dans son ensemble. On peut dire que trois questions de droit étaient soumises à l'Organe d'appel, bien que les parties n'aient pas été d'accord sur la façon de caractériser certaines d'entre elles. La première question qui était manifestement une question de droit était celle de la définition des termes "chargent ou ordonnent" figurant à l'article 1.1. a) 1) iv) de l'Accord SMC. Les États-Unis ont fait valoir que le Groupe spécial avait imposé un critère trop strict en interprétant ces termes. Le Groupe spécial avait indiqué qu'ils reposaient sur la notion de "délégation ou de commandement". L'Organe d'appel a modifié l'interprétation du Groupe spécial qu'il a jugée trop stricte dans la mesure où elle reposait uniquement sur les termes "délégation" ou "commandement". En réalité, comme l'Organe d'appel semblait en convenir, il s'agissait plus d'une clarification que d'une modification des décisions du Groupe spécial. Dans un cas comme dans l'autre, la Corée accepte la décision de l'Organe d'appel. Celle-ci se situe manifestement dans les limites de l'article 17:6 du Mémoire d'accord.

Appel incident de la Corée

L'Organe d'appel a rejeté l'appel incident de la Corée sur la question de l'action de "charger ou ordonner". La Corée a indiqué à l'Organe d'appel que le Groupe spécial avait en fait confirmé les constatations du DOC concernant l'action alléguée d'ordonner à l'égard de la Korea First Bank (KFB). Cette constatation du Groupe spécial était fondée sur une simple rumeur, des éléments de preuve circonstanciels fournis dans un article de presse concernant une seule transaction parmi les quatre contributions financières alléguées. Or, la KFB n'a jamais effectué la transaction qui était le seul objet de cet article de presse. De l'avis de la Corée, il était impossible qu'un organisme privé ait été chargé ou se soit vu ordonner d'"effectuer" une contribution financière des pouvoirs publics si, en fait, cet

organisme privé ne l'a pas effectuée. D'ailleurs, les États-Unis en sont convenus et ont qualifié ce point d'"axiomatique". En s'écartant de façon surprenante du reste de leur argumentation contre le rapport du Groupe spécial, les États-Unis ont fait valoir que le Groupe spécial avait fait cette constatation dans un contexte plus général, en se fondant sur la totalité des éléments de preuve. Cet argument, selon lequel le Groupe spécial ne limitait pas en fait ses conclusions à l'objet de l'article de presse mais le prenait au contraire comme un élément de preuve d'une action plus générale de charger ou ordonner, était directement contraire aux arguments des États-Unis sous-tendant la partie principale de leur propre appel, selon lesquels le Groupe spécial avait examiné séparément chaque élément de preuve. En fait, la mise en évidence de cette contradiction dans l'argumentation des États-Unis était l'une des raisons de l'appel incident de la Corée. Bien que cette contradiction n'ait apparemment pas été d'une trop grande subtilité, l'Organe d'appel semble être passé totalement à côté dans sa propre analyse.

Mais la question de savoir si le Groupe spécial a examiné les choses dans un contexte plus général sera abordée de nouveau plus loin; ce dont il s'agit pour l'instant, c'est du fait que l'Organe d'appel n'a pas partagé l'avis des parties et a constaté qu'il pouvait y avoir une action de charger ou ordonner quand aucune action n'était effectuée par l'organisme privé. Apparemment, le terme employé tout de suite après dans l'article 1.1 a) 1) iv) – "d'exécuter" – n'a pas été considéré comme un contexte suffisamment important pour que l'Organe d'appel en prenne note. De plus, dire qu'il peut y avoir une action de charger ou ordonner dans une sorte de vide, quand il n'y a aucune contribution financière, est un exercice théorique des plus stériles. La question de droit globale est de savoir si l'article 1.1 a) 1) iv) a été convenablement appliqué, et non simplement une petite partie de cet article prise isolément. Cette partie de l'analyse textuelle de l'Organe d'appel peut être considérée comme une opinion incidente, qu'il aurait mieux valu exclure de l'analyse.

Le critère en matière de preuve appliqué par le Groupe spécial

La deuxième question de droit était de savoir si le Groupe spécial avait imposé aux États-Unis un critère en matière de preuve trop strict en déclarant que les éléments de preuve démontrant l'existence d'une action de charger ou ordonner devaient être "probants et déterminants". L'Organe d'appel a confirmé la description du critère en matière de preuve donnée par le Groupe spécial et la façon dont il était appliqué. Il est important de noter que l'Organe d'appel a rejeté la qualification des termes probants et déterminants proposée par les États-Unis et a constaté que le Groupe spécial n'avait pas appliqué en fait un critère inapproprié. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

Il nous semble, tout bien considéré, que le Groupe spécial n'a pas appliqué le terme "déterminants" de la manière suggérée par les États-Unis; **si tel avait été le cas, il aurait imposé à tort un critère qualitatif plus élevé que celui qui est envisagé dans l'Accord SMC.**¹

Ce point est important parce que, comme la Corée l'a indiqué à l'Organe d'appel, le critère très inapproprié des "éléments de preuve déterminants" a en fait été imposé par le DOC à l'encontre de la Corée au cours du processus d'enquête. Au stade de la détermination préliminaire, le DOC a établi une présomption de culpabilité à l'égard des entités coréennes interrogées sur la base de constatations antérieures concernant d'autres producteurs et d'autres banques. Puis, dans la détermination finale, le DOC a déclaré que la Corée n'avait pas réfuté cette présomption au moyen d'"éléments de preuve déterminants". La Corée insiste sur ce point car, étrangement, il est totalement passé sous silence dans le rapport de l'Organe d'appel, comme si la Corée n'avait jamais formulé cet argument. Et ce point aura une importance cruciale lorsque nous aborderons la question de savoir si l'Organe d'appel

¹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 139. (pas de caractères gras dans l'original)

aurait dû "compléter l'analyse" après avoir infirmé certaines parties des constatations du Groupe spécial.

L'article 22.5 de l'Accord SMC et les arguments a posteriori

La dernière question de droit concernait l'interprétation de l'article 22.5 de l'Accord SMC. Cet article exige, entre autres, que les autorités chargées de l'enquête établissent un rapport public contenant "**tous** les renseignements pertinents sur les points de fait et de droit et les raisons" qui ont conduit à une détermination positive. Sur cette base et sur d'autres, le Groupe spécial a rejeté certains éléments de preuve présentés par les États-Unis comme étant des justifications *a posteriori*, parce qu'ils ne figuraient pas ou n'étaient pas mentionnés dans le rapport sur la détermination du DOC et que rien n'indiquait que le DOC avait effectivement pris ces renseignements en considération.

De l'avis de la Corée, le Groupe spécial avait absolument raison. Il serait inapproprié d'exposer ainsi les défendeurs à un double risque. Premièrement, les défendeurs devraient présenter leurs arguments devant l'autorité chargée de l'enquête. Puis, dans un deuxième temps, ils devraient répondre à des allégations entièrement nouvelles sur des points de fait concoctées après coup par les avocats de la partie adverse, devant le Groupe spécial. Ce double risque est incompatible avec les prescriptions claires de l'Accord SMC.

Dans le cadre de son argumentation, la Corée a porté à l'attention de l'Organe d'appel les termes de l'ancien Code des subventions du GATT. Or, cela n'est pas mentionné dans le rapport de l'Organe d'appel; il n'y est même pas fait référence. Cela est vraiment surprenant vu l'importance que la Corée attachait à cette question. L'Organe d'appel peut certes ne pas être d'accord avec un argument important présenté par une partie, mais il ne peut pas simplement l'ignorer.

Comme l'Organe d'appel n'a pas pris la peine d'examiner les termes en question, la Corée les citera ici pour l'information de l'ORD. L'article 2.15 du Code des subventions du GATT est libellé comme suit:

En cas de constatation positive, l'avis exposera les constatations et les conclusions établies sur **tous les points de fait et de droit** considérés comme pertinents par les autorités chargées de l'enquête.

Comme on le voit, le mot "tous" apparaît dans un endroit très différent dans l'Accord SMC et dans le Code des subventions du GATT. Il ne suffit plus qu'un rapport expose "tous les points de fait et de droit". Il est exigé désormais que "tous les renseignements pertinents" étayant les conclusions sur ces points de fait et de droit soient présentés. L'article 22.5 de l'Accord SMC a représenté un grand pas en avant dans les exigences de transparence des procédures administratives et il offre une protection contre les arguments *a posteriori* du genre de ceux auxquels le Groupe spécial a été confronté dans ce différend.

Ou du moins, c'était ce qui était exigé avant ce différend. L'Organe d'appel, légiférant de manière étonnante par voie de décision judiciaire, a tout simplement éliminé l'élément clé de l'article 22.5. Il semble considérer qu'il est trop contraignant pour les autorités chargées de l'enquête de devoir fournir dans leurs rapports "tous" les renseignements pertinents. Il faut noter qu'il ne s'agit pas de "tous les renseignements", mais de "tous les renseignements *pertinents*" étayant la détermination administrative. Cela n'impose pas une lourde charge. C'est simplement une question de transparence et d'objectivité.

Ainsi, à partir d'aujourd'hui, "tous" ne signifie plus "tous". Alors qu'est-ce que cela signifie? Est-ce que cela signifie "aucun" ou "quelques-uns"? La Corée suppose que l'Organe d'appel décidera finalement que "tous" signifie "quelques-uns", mais nous ne connaissons les paramètres de la nouvelle définition de l'article 22.5 que lorsqu'il y aura d'autres litiges, et il est maintenant certain qu'il y en aura d'autres sur ce point.

Il n'appartient pas à l'Organe d'appel d'exclure des termes du traité simplement parce qu'il considère qu'ils ne conviennent pas. Et pourquoi les Membres devraient-ils rester à spéculer sur la façon dont l'Organe d'appel statuera dans l'avenir? Nous avons déjà négocié ce critère une fois. Il était très clair. "Tous les renseignements pertinents" devaient être fournis.

Les États-Unis demandent régulièrement que les Membres conviennent de règles assurant une plus grande transparence dans le règlement des différends. Or, nous sommes ici en présence d'un cas où il existait une règle très claire, déjà négociée, concernant la transparence dans les enquêtes nationales en matière de mesures commerciales correctives. Toutefois, les États-Unis ont demandé que cette prescription soit vidée de tout son sens; ils ont obtenu satisfaction et maintenant ils célèbrent ce recul important dans le domaine de la transparence. M. le Président, toute action a des conséquences. On ne voit pas comment les États-Unis peuvent s'attendre à ce que les Membres conviennent de nouvelles prescriptions en matière de transparence quand celles qui ont déjà été convenues sont sommairement rejetées de cette façon.

Établissement des faits de novo par l'Organe d'appel

Nous devons maintenant aborder un aspect encore plus troublant du rapport de l'Organe d'appel, à savoir l'examen *de novo* des faits auquel il a procédé d'une manière incompatible avec l'article 17:6 du Mémoire d'accord. Comme le savent les Membres, conformément à l'article 17:6 du Mémoire d'accord, seules les questions de droit peuvent faire l'objet d'un appel. Un commentaire rapide dans la note de bas de page 277 du rapport de l'Organe d'appel tente subrepticement de remédier à cette limitation en disant que le Groupe spécial appliquait le droit au fait. Cela est au mieux déloyal et cela viderait l'article 17:6 de tout son sens. C'est précisément ce que font les groupes spéciaux et c'est *tout* ce qu'ils font. Les faits ne sauraient être évalués dans le vide. Ils doivent l'être à la lumière du droit. D'après ce critère, il n'y a tout simplement rien qui ne puisse pas faire l'objet d'un examen en appel. Ce n'est pas ce que les négociateurs envisageaient lorsqu'ils ont rédigé le texte très clair de l'article 17:6.

Pour comprendre la question qui se pose ici, il faut tout d'abord considérer la méthode d'analyse appliquée par l'autorité chargée de l'enquête, le DOC. Ce dernier a pris deux dispositions particulièrement importantes. Il a eu recours à une approche fondée sur la "totalité des éléments de preuve" et, pour étayer cette approche, il a regroupé plusieurs transactions distinctes en un "programme unique".

Comme cela a été dit précédemment, le DOC a présumé, sur la base de ses déterminations antérieures, qu'il existait une action de charger ou ordonner de la part du gouvernement coréen. Mais ces déterminations antérieures n'avaient rien à voir avec Hynix ni avec la grande majorité des établissements financiers concernés en l'espèce. De surcroît, le DOC lui-même a reconnu que la situation résultant de la crise financière asiatique était qualitativement différente. Le FMI a été étroitement associé à la recapitalisation du secteur financier qui était nécessaire pour empêcher l'effondrement de l'économie coréenne. En raison du manque de liquidités qui menaçait de paralyser l'ensemble du pays, le gouvernement coréen a fini par prendre une participation temporaire dans le capital de plusieurs banques avec lesquelles il n'avait jamais été affilié auparavant. Le FMI a confirmé à plusieurs reprises que la Corée avait engagé ce processus pour remédier aux problèmes d'insolvabilité sur la base des principes du marché.

Dans ses constatations, le DOC s'est concentré sur les banques dans lesquelles les pouvoirs publics détenaient une participation et c'est pour ces banques qu'il a établi la présomption de culpabilité. Bien entendu, il faut tout d'abord noter que l'Accord SMC ne prévoit pas une telle présomption. Il exige que les constatations soient fondées sur des "éléments de preuve positifs".

Ayant créé cette présomption de culpabilité, le DOC a déclaré qu'il se fondait sur la "totalité des éléments de preuve" pour constater que les entités coréennes interrogées n'avaient pas suffisamment réfuté cette présomption. Dans son approche fondée sur la totalité des éléments de preuve, le DOC a regroupé quatre contributions financières distinctes. À l'appui de cette démarche, il a élaboré une théorie selon laquelle cela faisait partie d'un prétendu "programme unique" pour subventionner Hynix. Toutefois, comme le DOC l'a expressément reconnu, au moins la quatrième contribution financière alléguée n'avait aucun lien factuel avec les trois autres. Les trois premières étaient dues aux difficultés financières qu'Hynix avait connues au début de septembre 2000 à la suite de la crise financière asiatique. La quatrième, accordée à l'été et à l'automne 2001, était spécifique à l'industrie des semi-conducteurs. Elle avait son origine dans le ralentissement spectaculaire et inattendu de l'activité dans le secteur.

Le Groupe spécial a examiné un certain nombre d'éléments de preuve essentiels sur lesquels le DOC s'était fondé. Il y avait environ dix éléments de preuve, bien que les parties, le Groupe spécial et l'Organe d'appel les aient examinés et comptés de façon assez différente.

Le Groupe spécial a estimé que, sur ces dix éléments de preuve, neuf étaient contestables pour diverses raisons. Certains n'étaient pas probants parce qu'ils tendaient à prouver un point différent au lieu d'établir l'existence d'une action positive du gouvernement coréen pour charger les banques d'effectuer des contributions financières ou leur ordonner de le faire. Certains étaient inexacts d'un point de vue factuel. D'autres étaient incomplets dans la mesure où le DOC avait tiré une conclusion hâtive sans examiner tous les faits pertinents en rapport avec ces éléments de preuve. D'autres encore présentaient plusieurs de ces défauts.

Le seul élément de preuve restant était l'action supposée de charger ou ordonner d'un seul fonctionnaire à l'égard de la KFB. Cela reposait sur les éléments de preuve contestés fournis dans un seul article de presse, comme cela a été dit précédemment. Toutefois, même avec ce seul élément de preuve confirmé d'une action de charger ou ordonner, le Groupe spécial a infirmé la détermination du DOC concluant à l'existence d'une subvention. Le Groupe spécial a constaté que, pris individuellement ou collectivement, les éléments de preuve n'étaient pas déterminants, et qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas pu arriver à une conclusion positive sur cette base. En fait, il ne pouvait pas en être autrement. Le DOC a établi une détermination positive indifférenciée sur la base de dix éléments. Neuf d'entre eux ayant été éliminés, il était tout simplement impossible de constater que la détermination du DOC pouvait être étayée par le seul élément restant.

Les États-Unis ont fait appel sur le point de savoir si le Groupe spécial avait dûment examiné les faits sur la base de la "totalité des éléments de preuve", ou avait constaté à tort que chacun des éléments de preuve pris individuellement devait démontrer en lui-même et à lui seul l'existence d'une action de charger ou ordonner. Cet appel était tout à fait remarquable, car le Groupe spécial n'avait manifestement pas fait ce que les États-Unis disaient qu'il avait fait. En fait, dans une grande partie de sa très longue communication à l'Organe d'appel, la Corée a juxtaposé les termes effectifs du rapport du Groupe spécial et les "citations" tronquées et déformées faites par les États-Unis.

Malheureusement, l'Organe d'appel a aussi ignoré les termes précis du rapport du Groupe spécial et a infirmé ses constatations factuelles. Étrangement, l'Organe d'appel semble avoir reconnu implicitement qu'il n'examinait pas la totalité du rapport du Groupe spécial. Au paragraphe 146 de la partie analytique de son rapport, il note que le Groupe spécial avait "semble-t-il souvent" examiné si

chaque élément de preuve démontrait l'existence d'une action de charger ou ordonner. De même, au paragraphe 158, il fait valoir que le Groupe spécial a procédé ainsi avec "de nombreux" éléments de preuve. Néanmoins, au paragraphe 209 b) ii) B) de ses constatations et conclusions, il parvient à une conclusion générale portant sur ce qui était moins que la totalité de l'analyse du Groupe spécial, comme il l'admettait lui-même.

Sur les dix éléments étayant la détermination du DOC fondée sur la totalité des éléments de preuve, l'Organe d'appel n'en a examiné que quatre, et non "de nombreux". De plus, il n'a examiné que les quatre éléments de preuve pour lesquels les termes employés par le Groupe spécial penchaient le plus dans le sens de la conclusion de l'Organe d'appel.

De l'avis de la Corée, une lecture objective des termes employés par le Groupe spécial, même dans les prétendus exemples, ne corroborait pas les arguments des États-Unis. On ne peut pas simplement extraire des termes de leur contexte puis en déformer le sens de cette façon. De même que la Convention de Vienne exige que les termes d'un traité soient lus dans leur contexte, les termes d'un rapport doivent être lus dans leur contexte et l'on ne saurait en isoler certaines parties à sa convenance. C'est tout simplement une question de logique, de bon sens et d'objectivité.

Paradoxalement, comme on l'a vu précédemment, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial concernant l'action de charger ou ordonner à l'égard de la KFB, même si, pour ce faire, il a dû convenir avec les États-Unis que le Groupe spécial ne s'était pas limité à l'exemple allégué de coercition cité dans l'article de presse. L'Organe d'appel a même constaté que, dans cet exemple commode, le Groupe avait en fait examiné les éléments de preuve dans un contexte plus large. C'était vraiment une analyse très sélective de la décision du Groupe spécial.

L'Organe d'appel ne s'est même pas donné la peine d'examiner les cinq autres cas dans lesquels le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve. Comme l'Organe d'appel n'a cité aucun terme qui n'allait pas dans le sens de ses conclusions, la Corée tient à en donner un exemple pour qu'au moins le dossier de l'ORD soit plus complet. Par exemple, à propos des conséquences d'une réunion des Ministres de l'économie de la Corée, le Groupe spécial a déclaré:

"Ainsi, même si l'argument des États-Unis concernant le signal donné était correct, il ne suffisait pas à lui seul pour que le DOC puisse traiter à bon droit les circonstances entourant les réunions des Ministres de l'économie comme des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics."

Autrement dit, comme cet élément ne prouvait pas des points juridiquement pertinents on ne pouvait pas considérer qu'il *faisait partie* des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner, ni qu'à lui *seul* il devait prouver l'existence de cette action. C'était là une question importante, qui a même été considérée comme l'une des plus importantes par le DOC dans sa détermination. Il est difficile de comprendre comment l'Organe d'appel a pu parvenir à une conclusion générale sans même mentionner ni traiter ce point.

La Corée voudrait rappeler aussi le point concernant l'approche du DOC fondée sur un prétendu "programme unique". Dans son analyse de la totalité des éléments de preuve, le DOC a relié ensemble toutes les contributions financières, alors qu'il y avait une différence qualitative entre, au moins, les trois premières et la dernière. En effet, les circonstances factuelles ont changé au cours de l'été 2001 d'une façon que nul n'aurait pu prévoir. Le Groupe spécial a estimé que cela avait une importance cruciale et la Corée a fait valoir qu'il s'agissait de la clé de voûte qui soutenait l'ensemble de la détermination du DOC. Pourtant, l'Organe d'appel n'a même pas pris la peine d'examiner cette question essentielle. Il l'a simplement mentionnée très rapidement, après ses conclusions, lorsqu'il s'est agi de "compléter l'analyse", mais il s'agit manifestement d'un établissement des faits suivant un

critère juridique différent de celui de l'examen primaire de la détermination du Groupe spécial conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.

Pourquoi l'Organe d'appel a-t-il procédé de cette façon dans son analyse? Dans son approche partielle des éléments de preuve, il n'a examiné que quelques éléments – et non "de nombreux" éléments de preuve comme il prétend l'avoir fait – et, de plus, il a concentré toute son attention sur les points les plus faibles des termes du Groupe spécial. Si l'Organe d'appel veut procéder à ce genre d'analyse factuelle approfondie, il doit le faire de manière exhaustive. Il ne peut pas s'en tenir à l'examen de quelques exemples et en tirer une conclusion générale.

Ce qui est frappant, M. le Président, c'est que cette façon de procéder ressemble beaucoup à la façon dont les mémoires des parties sont rédigés dans bien des cas. Ils insistent sur les faiblesses de la partie adverse et en tirent des conclusions par extrapolation tout en laissant de côté les contre-arguments les plus solides. Mais pourquoi donc le rapport de l'Organe d'appel est-il rédigé comme une communication d'une partie?

M. le Président, la Corée doit aussi porter à la connaissance de l'ORD certains des exemples les plus frappants d'établissement des faits *de novo* relevés dans le rapport de l'Organe d'appel. Dans un exemple, l'Organe d'appel examine certaines déclarations faites par la banque Kookmin dans son prospectus déposé auprès de la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières des États-Unis. Au lieu de reprendre intégralement l'examen *de novo* pour le moins troublant des éléments de preuve sur ce point effectué par l'Organe d'appel, la Corée voudrait appeler l'attention des Membres sur le paragraphe 156 du rapport de l'Organe d'appel, où il est dit que "la banque Kookmin ... avait reconnu avoir accordé des prêts en application de la politique des pouvoirs publics". Cette déclaration est factuellement inexacte. Ce n'est pas ce qui est dit dans le prospectus; ce n'est même pas ce que le DOC a constaté ni ce que les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial et l'Organe d'appel. En fait, le prospectus contenait des déclarations conditionnelles sur ce qui pourrait se passer dans l'avenir. La banque Kookmin n'a nullement reconnu des actions passées. C'est là un cas pur et simple d'établissement des faits par l'Organe d'appel, qui non seulement ignore le sens général de l'évaluation et de l'analyse des faits effectuées par le Groupe spécial, mais aussi présente un fait essentiel de manière totalement inexacte.

Il se peut que cette déclaration de l'Organe d'appel fasse référence à une analyse antérieure de la participation de la banque Kookmin au prêt syndiqué, mais aucune note de bas de page ne l'indique. Toutefois, même s'il en était ainsi, cette référence ferait ressortir un autre problème dans l'analyse de l'Organe d'appel. Au paragraphe 148 de son rapport, l'Organe d'appel cite le Groupe spécial qui indique que la banque Kookmin a agi en réponse à une "demande formulée dans le cadre de la politique générale [des] pouvoirs publics". L'Organe d'appel renverse ensuite les résultats de l'évaluation explicite des faits effectuée par le Groupe spécial pour dire que ce facteur, sur les neuf énumérés dans la déclaration de la banque Kookmin, est déterminant, indépendamment des huit autres raisons d'ordre commercial invoquées par la banque.

Non seulement c'était là une réévaluation inappropriée des éléments de preuve de la part de l'Organe d'appel, mais cela témoigne d'une défaillance des pratiques fondamentales d'examen en appel. La référence à la "politique des pouvoirs publics" résultait d'une traduction contestée. La bonne traduction aurait été: "considérations de politique publique". Il s'agit précisément du genre de préoccupations d'ordre général que les entreprises prennent souvent en considération. Par exemple, BP, naguère appelé British Petroleum, a dépensé des sommes considérables pour faire admettre que le sigle devait signifier "Beyond Petroleum" (au-delà du pétrole), compte tenu de son nouveau souci de protection de l'environnement. Pratiquement toutes les grandes entreprises tiennent compte de ce genre de questions de politique publique. Mais cela ne veut pas dire du tout qu'elles suivent des directives "de politique générale des pouvoirs publics".

Pourtant, le Groupe spécial a utilisé l'expression "politique des pouvoirs publics" parce qu'il interprétait les faits de la manière la plus favorable aux États-Unis avant de parvenir à une conclusion contraire à la thèse des États-Unis. Par contre, l'Organe d'appel a procédé à l'établissement des faits de la manière la plus défavorable à la Corée, puis s'est prononcé en faveur des États-Unis sur la base des faits. M. le Président, cela est tout simplement inacceptable. D'abord, l'Organe d'appel ne devrait pas s'occuper d'établir les faits et, s'il le fait, il doit respecter les principes les plus élémentaires de l'examen en appel et ne pas interpréter des faits contestés en faveur de la partie *pour* laquelle il se prononce plutôt que de la partie *contre* laquelle il se prononce.

L'Organe d'appel a renouvelé cette erreur fondamentale en examinant la présence supposée de fonctionnaires à une réunion du Conseil des créanciers d'Hynix. Au paragraphe 147 de son rapport, il fait une constatation factuelle selon laquelle un vice-président de la Financial Supervisory Commission (Commission de surveillance financière), ou "FSC", était présent à cette réunion. La FSC est un organisme public qui participe à la politique de réglementation financière. Or, la personne qui assistait en fait à la réunion était un représentant du Financial Supervisory Service (Service de surveillance financière), le "FSS". Les employés du FSS ne sont pas des fonctionnaires. Ce sont des spécialistes techniques dont les principales fonctions sont d'examiner les activités des établissements financiers et d'en vérifier les comptes. Cette distinction peut faire une grosse différence dans ce que l'on déduit de la présence d'une telle personne à une réunion du Conseil des créanciers.

Là encore, le Groupe spécial n'a pas procédé effectivement à l'établissement des faits qui aurait permis de trancher ce point contesté; au lieu de cela, il a interprété les faits de la manière la plus favorable aux États-Unis avant de se prononcer contre eux. Ce qui est incroyable, c'est que l'Organe d'appel a reconnu que c'était un fait contesté, pour dire ensuite qu'il continuerait à supposer qu'il s'agissait d'un fonctionnaire de la FSC "de la même manière" que le Groupe spécial. Or cela n'avait rien de semblable. En réalité, c'était exactement le contraire de ce qu'avait fait le Groupe spécial. Une fois de plus, l'Organe d'appel a interprété un fait contesté d'une manière défavorable à la Corée pour se prononcer ensuite en faveur des États-Unis. Il est tout simplement inacceptable que l'Organe d'appel procède à l'établissement des faits d'une manière aussi partielle et inappropriée.

M. le Président, la Corée voudrait demander l'indulgence des Membres afin de pouvoir examiner un autre exemple extrême d'établissement des faits de manière inappropriée par l'Organe d'appel car cela concerne un point essentiel. Une question importante était de savoir si certaines des banques créancières avaient effectivement participé, en octobre 2001, à la restructuration qui a donné lieu à l'imposition d'une mesure compensatoire par le DOC. Le point central de la détermination du DOC concernant cette restructuration était que les créanciers qui détenaient le contrôle au Conseil des créanciers d'Hynix étaient en mesure de fixer les conditions applicables à toutes les banques. Pourtant, bien que le DOC ait décrit un réseau de prétendue coercition, plusieurs banques, y compris des banques détenues par les pouvoirs publics, ont refusé de participer à la restructuration. Elles ont exercé leurs droits au rachat sur expertise et, lorsqu'on leur a proposé une transaction pour leurs créances sur Hynix, elles n'ont pas accepté les conditions de l'opération et ont demandé une médiation. Toutes les parties ainsi que le Groupe spécial et l'Organe d'appel savent aujourd'hui qu'il n'y a aucun désaccord sur la situation réelle. Ces banques n'ont pas participé. Par conséquent, le DOC a imposé une mesure compensatoire pour des transactions qui n'ont pas eu lieu. La seule question était de savoir s'il y avait ou non *dans le dossier* des éléments de preuve dont le DOC n'a pas tenu compte.

Le Groupe spécial a constaté qu'il y avait de tels éléments de preuve dans le dossier. Ils étaient au nombre de trois. Premièrement, il y avait la loi générale, la CRPA, qui prévoyait ce genre de médiation. Deuxièmement, il y avait, dans le rapport d'audit d'Hynix, une déclaration indiquant clairement que les banques avaient exercé leurs droits à médiation conformément aux dispositions pertinentes de la CRPA. Troisièmement, cela était corroboré par les déclarations des experts du DOC eux-mêmes.

Le passage clé du rapport d'audit d'Hynix n'avait rien d'ambigu. Il y était dit que, conformément à "cette clause", les banques ont exercé leurs droits. Et quelle était "cette clause"? Dans la phrase précédente, il était question de la CRPA et du "Comité de médiation" établi en application de cette loi. Il n'y avait aucune ambiguïté. La Corée a même cité la définition du mot "this" ("cette") donnée dans un dictionnaire pour expliciter la construction grammaticale du paragraphe en question.

Pourtant, une fois de plus, le Groupe spécial a interprété le fait contesté en faveur des États-Unis et a constaté que, même s'il pouvait être jugé ambigu, il informait le DOC qu'il y avait d'autres actions engagées par les banques à cet égard. Là encore, c'était une procédure courante pour examiner l'établissement des faits par un autre organe.

La Corée doit prendre le temps ici de faire état de la discussion sur le sens des termes "cette clause", car l'Organe d'appel ne l'a même pas mentionnée dans son analyse. En fait, il l'a laissée de côté en se référant à une discussion, lors de l'audience, sur les droits au rachat sur expertise. Or, au cours de l'audience, la discussion, du moins de la part de la Corée, a porté essentiellement sur le sens des termes "cette clause". S'il a été question du rachat sur expertise, c'est uniquement parce que l'Organe d'appel a ignoré l'analyse du Groupe spécial et a fait porter sa question sur le dossier, et non sur la manière dont le Groupe spécial avait analysé le dossier. Cela est mis en évidence par l'étape suivante de l'analyse de l'Organe d'appel.

L'organe d'appel fait reposer sa conclusion sur le fait que les entités coréennes interrogées n'ont pas clairement indiqué, dans leurs réponses au questionnaire, qu'il y avait eu une médiation. À cet égard, les Membres devraient se reporter au paragraphe 178 du rapport de l'Organe d'appel. Ils devraient aussi lire les notes de bas de page 334 et 335. À aucun moment dans son analyse l'Organe d'appel ne cite, et encore moins n'analyse les constatations factuelles du Groupe spécial. Comme l'Organe d'appel n'a pas fait état de la façon dont le Groupe spécial avait évalué les faits, la Corée estime qu'il serait juste que ce qui suit apparaisse au moins dans le compte rendu de la présente réunion de l'ORD. Au paragraphe 7.87 de son rapport, le Groupe spécial dit ce qui suit:

Bien que dans leur réponse au questionnaire, les pouvoirs publics coréens [aient] peut-être dû faire référence à la demande de médiation présentée par trois des quatre créanciers ayant choisi l'option 3, nous considérons qu'il y avait de toute façon suffisamment de renseignements dans le dossier pour remettre en question la détermination faite par le DOC selon laquelle les créanciers "qui détenaient le contrôle" au Conseil des créanciers étaient en mesure de "fixer les conditions applicables à toutes les banques". Dans ces circonstances, nous ne considérons pas qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale aurait dûment pu constater, sur la base de la CRPA, que "les conditions selon lesquelles ces banques créancières ont mis un terme à leur relation avec Hynix ont été dictées par les banques qui importaient en l'espèce, à savoir les grands créanciers détenus et contrôlés par les pouvoirs publics".

Le Groupe spécial a donc expressément considéré que les réponses au questionnaire auraient dû être plus complètes, mais il a constaté, néanmoins, que les éléments de preuve montraient clairement que la détermination du DOC était fondamentalement compromise.

La Corée tient à souligner ici qu'il ne s'agissait pas d'un refus de communiquer des renseignements. Les renseignements qui auraient pu être fournis dans les réponses au questionnaire auraient été *favorables* aux entités coréennes interrogées. Il s'agissait simplement d'une erreur résultant d'un malentendu sur l'objet de l'enquête qui avait porté jusque-là sur la question des demandes de rachat sur expertise, sans aller jusqu'à la médiation. En tout état de cause, il n'y a jamais

eu d'exemple plus clair d'un cas dans lequel un groupe spécial prend en considération un fait défavorable, l'évalue soigneusement, puis parvient à une conclusion à la lumière des faits.

M. le Président, la Corée ne devrait pas avoir à prendre du temps pour porter à l'attention de l'ORD ce que le Groupe spécial a dit lorsqu'il a évalué cet aspect factuel du différend. Pourquoi cette évaluation des éléments de preuve par le Groupe spécial n'a-t-elle même pas été mentionnée, et moins encore examinée dans le rapport de l'Organe d'appel? On peut ne pas être d'accord avec la conclusion du Groupe spécial, et les États-Unis ne le sont certainement pas. Mais cette conclusion ne peut pas être simplement ignorée dans un examen en appel en bonne et due forme.

À ce stade, M. le Président, il est utile de rappeler les termes employés par l'Organe d'appel au sujet de l'interprétation de l'article 11 du Mémoire d'accord. En 1998, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit dans l'affaire *CE – Hormones*:

"Ignorer", "fausser" et "déformer" les éléments de preuve, au sens ordinaire que ces termes ont dans les procédures judiciaires et quasi judiciaires, implique non pas une simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve mais une erreur fondamentale qui met en doute la bonne foi d'un groupe spécial."²

Où donc est la mauvaise foi dont aurait fait preuve le Groupe spécial? De toute évidence, il n'y a aucune mauvaise foi. On peut ne pas être d'accord avec les conclusions du Groupe spécial, mais celui-ci s'est manifestement efforcé de bonne foi d'examiner les éléments de preuve de façon très détaillée et objective. À l'évidence, pendant les années écoulées depuis cette précédente interprétation des termes de l'article 11 du Mémoire d'accord, l'approche de l'Organe d'appel a radicalement changé. Il y a été fait allusion dans d'autres affaires, mais aujourd'hui nous sommes allés beaucoup plus loin. Nous sommes maintenant dans une situation où l'Organe d'appel a procédé explicitement au réexamen des faits.

Comme on l'a vu, l'Organe d'appel a interprété les faits contestés d'une manière favorable aux États-Unis, puis il s'est prononcé en faveur des États-Unis. Le fait d'interpréter des faits contestés en faveur de la partie qui a gain de cause étant contraire aux principes fondamentaux de l'examen en appel, force est de conclure que l'Organe d'appel a procédé à l'établissement des faits *de novo*. Sur des points cruciaux comme la question de savoir s'il y avait des éléments de preuve d'une médiation, il s'est penché directement sur le dossier de l'affaire et il a infirmé les conclusions du Groupe spécial sans même indiquer que ce dernier avait examiné les mêmes faits et les avait évalués.

C'est un changement de direction de 180 degrés. Le présent rapport de l'Organe d'appel ne peut en aucune façon cadrer avec la jurisprudence d'il y a sept ans. Soit le texte du traité signifie une chose, soit il en signifie une autre. Ce changement radical dans l'interprétation de l'article 11 ne devrait pas se faire par simple ordonnance judiciaire.

M. le Président, l'OMC n'a pas besoin d'un système de règlement des différends dans lequel un organe réexamine les faits établis par un autre organe, comme cela s'est passé en l'espèce. C'est un gaspillage de temps et de ressources qui conduit inmanquablement à des discussions sans fin pour savoir lequel des deux avait raison. Cela nuit à l'intégrité du système. Le rapport de l'Organe d'appel sort du cadre défini à l'article 17:6 du Mémoire d'accord et il devrait être rejeté.

Alors, que doit faire la Corée à ce stade? Comme l'a dit l'Organe d'appel au paragraphe 198 de son rapport, le fait qu'il infirme les constatations du Groupe spécial ne signifie pas pour autant qu'il confirme le bien-fondé de la détermination du DOC. La Corée doit-elle engager une nouvelle action?

² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 133.

Il pourrait être intéressant que le Groupe spécial explicite ce qu'il a dit dans ses constatations, mais ce serait un processus long et coûteux qui, en l'état actuel des choses, pourrait donner lieu une fois de plus à deux exercices d'établissement des faits. La Corée réserve tous ses droits à cet égard et va examiner la question de plus près.

Comme il reconnaissait qu'il ne confirmait pas la détermination du DOC, l'Organe d'appel a interrogé les parties sur la question de savoir s'il fallait "compléter l'analyse". Les États-Unis ont refusé de répondre sauf à dire que c'était à la Corée de répondre. Cette réponse était très étrange vu que les États-Unis défendaient une analyse de la totalité des éléments de preuve qui dépendait du maintien des dix éléments sur lesquels reposait la détermination du DOC.

Bizarrement, l'essentiel des questions sur ce point que l'Organe d'appel a posées au début de l'audience étaient adressées à la Corée. Normalement, on ne demanderait pas à l'intimé, en pareil cas, d'émettre des hypothèses sur la ou les combinaisons de questions sur lesquelles il pourrait être perdant puis de proposer des solutions. Il y avait simplement trop de combinaisons des trois questions de droit et des dix questions de fait à examiner en détail.

Cependant, la Corée a fait deux suggestions sur la manière dont l'analyse pourrait être complétée par l'Organe d'appel. La première concerne la théorie du "programme unique" du DOC. Comme la Corée l'a signalé, cette théorie était la pierre angulaire de la détermination du DOC fondée sur la totalité des éléments de preuve. Sans le programme unique, il y aurait plus d'une série d'éléments de preuve à examiner en totalité, et manifestement le DOC n'a pas procédé ainsi. L'Organe d'appel a décliné cette suggestion dans une discussion rapide qui permet de se demander s'il a lu les constatations du Groupe spécial ou du DOC à cet égard.

La deuxième suggestion de la Corée concernait le critère des "éléments de preuve déterminants". Comme on l'a vu précédemment, l'Organe d'appel a constaté que la définition des "éléments de preuve déterminants" donnée par les États-Unis était incompatible avec les prescriptions de l'Accord SMC. Comme la Corée l'a signalé, la détermination du DOC était fondée sur le rejet des arguments des entités coréennes interrogées visant à réfuter la présomption créée par le DOC. D'après le DOC, ces entités n'avaient pas réfuté la présomption au moyen d'"éléments de preuve déterminants". Étant donné que la définition de cette expression par les États-Unis a été rejetée par l'Organe d'appel, il s'ensuit nécessairement que la détermination du DOC est incompatible avec les termes de l'Accord SMC. Or, les Membres ne trouveront pas la moindre référence à cette question dans le rapport de l'Organe d'appel.

Bien entendu, si l'on suppose que l'Organe d'appel est habilité à "compléter l'analyse", la Corée reconnaît que c'est une question de pouvoir discrétionnaire. Mais elle n'arrive pas à comprendre pourquoi, après avoir soulevé longuement la question et après avoir reçu deux suggestions de la Corée, l'Organe d'appel a tout simplement ignoré l'une de ces suggestions. Cela est d'autant plus étonnant que la suggestion ignorée n'exigeait aucun établissement des faits. C'était purement une question de droit et de logique. C'était l'occasion ou jamais d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un souci d'objectivité et de compléter l'analyse.

Conclusion

M. le Président, la Corée a conclu qu'elle ne saurait accepter les constatations erronées de l'Organe d'appel. L'analyse qu'il a faite sortait des limites de l'article 17:6 du Mémoire d'accord et, en tant que telle, était *ultra vires*. La Corée recommande aux Membres d'adopter le rapport du Groupe spécial.

En tout état de cause, il a été constaté, pour le moins, que l'ordonnance en matière de droits compensateurs imposée par les États-Unis était incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 15.5 de l'Accord SMC et devrait être mise en conformité sans délai.
