

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS299/R
17 juin 2005

(05-2366)

Original: anglais

**COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES – MESURES
COMPENSATOIRES VISANT LES SEMI-CONDUCTEURS
POUR MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES
EN PROVENANCE DE CORÉE
(WT/DS299)**

Rapport du Groupe spécial

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
A. PLAINTÉ DE LA CORÉE	1
B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DU GROUPE SPÉCIAL	1
C. PROCÉDURE DU GROUPE SPÉCIAL	2
II. ASPECTS FACTUELS	2
III. DEMANDES DE CONSTATATIONS ET DE RECOMMANDATIONS FORMULÉES PAR LES PARTIES	3
A. CORÉE	3
B. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	4
IV. ARGUMENTS DES PARTIES	4
V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES	4
VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	5
A. OBSERVATIONS DE LA CORÉE	5
B. OBSERVATIONS DES CE	8
VII. CONSTATATIONS	9
A. QUESTIONS GÉNÉRALES	10
1. Critère d'examen	10
2. Charge de la preuve	11
B. ALLÉGATIONS CONCERNANT LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE DE SUBVENTIONS FAITE PAR LES CE	11
1. Allégation concernant les déterminations de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics faites par les CE	13
a) La Corée	13
i) Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner prévue à l'article 1.1 a) 1 iv) de l'Accord SMC	13
ii) Prêt syndiqué	14
iii) Garantie de la KEIC	14
iv) Programme d'obligations de la KDB	15
v) Programme de restructuration de mai 2001	15
vi) Programme de restructuration d'octobre 2001	17
b) Les CE	18
i) Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC	18
ii) Prêt syndiqué	19
iii) Garantie de la KEIC	20
iv) Programme d'obligations de la KDB	20
v) Programme de restructuration de mai 2001	20
vi) Programme de restructuration d'octobre 2001	21
c) Analyse par le Groupe spécial	22

i)	<i>Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC</i>	23
ii)	<i>Prêt syndiqué</i>	28
iii)	<i>Garantie de la KEIC</i>	35
iv)	<i>Programme d'obligations de la KDB</i>	36
v)	<i>Programme de restructuration de mai 2001</i>	38
vi)	<i>Programme de restructuration d'octobre 2001</i>	44
	Banque Woori	47
	Banque Chohung	49
	KEB	51
	NACF	52
	Citibank	53
	Conclusion	56
2.	Allégations concernant la détermination par les CE de l'existence d'un avantage et du montant de cet avantage	56
a)	La Corée	56
	Prêt syndiqué	57
	Garantie de la KEIC	57
	Programme d'obligations de la KDB	57
	Programme de restructuration de mai 2001	57
	Programme de restructuration d'octobre 2001	58
	Erreurs de calcul supplémentaires	58
b)	Les CE	59
	Prêt syndiqué	60
	Garantie de la KEIC	60
	Programme d'obligations de la KDB	61
	Programme de restructuration de mai 2001	61
	Programme de restructuration d'octobre 2001	62
	Autres erreurs de calcul	63
c)	Analyse par le Groupe spécial	63
i)	<i>Existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC</i>	66
	Prêt syndiqué	66
	Garantie de la KEIC	68
	Programme d'obligations de la KDB	70
	Programme de restructuration de mai 2001	73
	Programme de restructuration d'octobre 2001	74
ii)	<i>Calcul du montant de l'avantage – La méthodologie des CE relative au don</i>	77
3.	Allégation relative aux déterminations des CE concernant la spécificité	78
a)	La Corée	78
b)	Les CE	79
c)	Analyse par le Groupe spécial	79

4.	Allégation relative à l'article 19.4 de l'Accord SMC et à l'article VI:3 du GATT de 1994.....	82
a)	La Corée.....	82
b)	Les CE.....	83
c)	Analyse par le Groupe spécial	83
5.	Allégation relative à l'application des "données de fait disponibles" par les CE	83
a)	La Corée.....	83
b)	Les CE.....	85
c)	Analyse par le Groupe spécial	86
i)	<i>Réunions des Ministres de l'économie/Participation d'un représentant du FSS à une réunion des créanciers.....</i>	<i>86</i>
ii)	<i>Le rapport d'Arthur Andersen.....</i>	<i>89</i>
iii)	<i>La Citibank</i>	<i>90</i>
C.	ALLÉGATIONS CONCERNANT LES DÉTERMINATIONS DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE ET D'UN LIEN DE CAUSALITÉ FAITES PAR LES CE	93
1.	Allégation concernant l'article 15.1 de l'Accord SMC.....	93
a)	La Corée.....	93
b)	Les CE.....	94
c)	Analyse par le Groupe spécial	94
2.	Allégation concernant la détermination relative au volume des importations subventionnées faite par les CE	96
a)	La Corée.....	96
b)	Les CE.....	97
c)	Analyse par le Groupe spécial	99
i)	<i>L'examen a-t-il été fondé sur des données concernant les importations subventionnées?</i>	<i>99</i>
ii)	<i>Les données sur les importations de DRAM produites ou exportées par LGS auraient-elles dû être combinées avec celles d'Hynix pour effectuer l'examen requis au titre de l'article 15.2?.....</i>	<i>102</i>
iii)	<i>La détermination des CE conclut-elle à bon droit que l'augmentation était "notable" au sens de l'article 15.2?</i>	<i>105</i>
d)	Conclusion	106
3.	Allégation relative à la détermination des CE concernant l'effet des importations subventionnées sur les prix	106
a)	La Corée.....	106
b)	Les CE.....	108
c)	Analyse par le Groupe spécial	109
i)	<i>Impossibilité de concilier la dynamique du marché et la conclusion des CE selon laquelle les importations de produits Hynix ont eu un effet sur les prix intérieurs</i>	<i>110</i>
ii)	<i>Absence d'une "entreprise exerçant une domination sur les prix" sur le marché des DRAM</i>	<i>111</i>
iii)	<i>Point de savoir si la méthode des CE respectait les prescriptions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 15</i>	<i>111</i>

iv)	<i>Autres facteurs qui influent sur les prix des DRAM.....</i>	115
v)	<i>Refus de prolonger la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage</i>	115
d)	Conclusion	116
4.	Allégation concernant la détermination relative à la situation de la branche de production nationale faite par les CE	117
a)	La Corée.....	117
b)	Les CE.....	118
c)	Analyse par le Groupe spécial	119
i)	<i>Évaluation de certains facteurs économiques: fléchissement économique/cycle conjoncturel, résultats à l'exportation et salaires.....</i>	<i>120</i>
	Salaires	120
	Autres facteurs	121
ii)	<i>Déclarations d'Infineon</i>	<i>123</i>
iii)	<i>Évaluation globale de la situation de la branche de production nationale</i>	<i>123</i>
d)	Conclusion	125
5.	Allégation concernant la détermination de l'existence d'un lien de causalité faite par les CE	126
a)	La Corée.....	126
i)	<i>Détermination de l'existence d'un lien de causalité.....</i>	<i>126</i>
ii)	<i>Non-imputation/examen de "tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées"</i>	<i>126</i>
	Traitement de la chute de la demande.....	127
	"Liquidation des stocks"	127
	Modifications de la capacité relative	128
	Volume des importations non subventionnées/importations de produits Samsung	128
b)	Les CE.....	129
i)	<i>Détermination de l'existence d'un lien de causalité.....</i>	<i>129</i>
ii)	<i>Non-imputation/examen de "tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées"</i>	<i>129</i>
	Traitement de la chute de la demande.....	130
	"Liquidation des stocks"	130
	Modifications de la capacité relative	130
	Volume des importations non subventionnées/importations de produits Samsung	130
c)	Analyse par le Groupe spécial	131
i)	<i>Question de savoir si les CE ont correctement démontré l'existence d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage</i>	<i>132</i>
ii)	<i>Question de savoir si l'analyse de la causalité faite par les CE satisfait à la prescription relative à la non-imputation</i>	<i>134</i>
	Fléchissement de l'activité économique sur le marché	137
	Liquidation des stocks.....	138
	Surcapacité.....	139
	Autres importations (non subventionnées)	141

d)	Conclusion	145
D.	AUTRES ALLÉGATIONS.....	145
1.	Allégation concernant l'obligation de donner avis au public d'une manière adéquate.....	145
a)	La Corée.....	145
b)	Les CE.....	145
c)	Analyse par le Groupe spécial	146
2.	Allégation concernant les articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC.....	146
a)	La Corée.....	146
b)	Les CE.....	146
c)	Analyse par le Groupe spécial	146
VIII.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	147

TABLEAU DES ANNEXES

ANNEXE A

COMMUNICATIONS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES POUR LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique de la communication de la Corée	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la communication des Communautés européennes	A-13
Annexe A-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	A-22
Annexe A-4	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que tierce partie	A-26

ANNEXE B

DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES À LA PREMIÈRE SESSION DE LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la déclaration de la Corée	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la déclaration des Communautés européennes	B-10
Annexe B-3	Déclaration orale de la Chine en tant que tierce partie	B-14
Annexe B-4	Déclaration orale du Japon en tant que tierce partie	B-17
Annexe B-5	Déclaration orale du Taipei chinois en tant que tierce partie	B-21
Annexe B-6	Déclaration orale des États-Unis en tant que tierce partie	B-24

ANNEXE C

COMMUNICATIONS PRÉSENTÉES À TITRE DE RÉFUTATION PAR LES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication présentée à titre de réfutation par la Corée	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication présentée à titre de réfutation par les Communautés européennes	C-13

ANNEXE D

DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe D-1	Résumé analytique de la déclaration de la Corée	D-2
Annexe D-2	Résumé analytique de la déclaration des Communautés européennes	D-8

ANNEXE E

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

Table des matières		Page
Annexe E	Demande d'établissement d'un groupe spécial – Document WT/DS299/2	E-2

ANNEXE F

CALENDRIER DES ÉVÉNEMENTS; RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS DU GROUPE SPÉCIAL RELATIVES AUX SUBVENTIONS ET AU DOMMAGE

Table des matières		Page
Annexe F-1	Calendrier des programmes financiers et des événements marquants en 2000 et 2001	F-2
Annexe F-2	Conclusions du Groupe spécial quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC des déterminations de l'existence de subventions faites par les CE	F-4
Annexe F-3	Conclusions du Groupe spécial quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC des déterminations de l'existence d'un dommage faites par les CE	F-5

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Chaussures (CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i> , WT/DS121/AB/R, adopté le 12 janvier 2000, DSR 2000:I, 515 Rapport du Groupe spécial <i>Argentine - Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures</i> , WT/DS121/R, adopté le 12 janvier 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS121/AB/R, DSR 2000:II, 575
<i>Argentine – Droits antidumping sur la viande de volaille</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Argentine – Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil</i> , WT/DS241/R, adopté le 19 mai 2003
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/R, adopté le 20 août 1999, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, DSR 1999:IV, 1443
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003 Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS141/R, adopté le 18 août 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS219/AB/R
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, DSR 1998:I, 135
<i>CE – Linge de lit</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde</i> , WT/DS141/R, adopté le 12 mars 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS141/AB/R, DSR 2001:VI, 2077
<i>CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS141/AB/RW, adopté le 24 avril 2003
<i>Égypte – Barres d'armature en acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Égypte – Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de la Turquie</i> , WT/DS211/R, adopté le 1 ^{er} octobre 2002
<i>États-Unis – Acier laminé à chaud</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon</i> , WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, DSR 2001:X, 4697
<i>États-Unis – Bois de construction résineux IV</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS/257/AB/R, adopté le 17 février 2004
<i>États-Unis – Bois de construction résineux VI</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS277/R, adopté le 26 avril 2004

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R et Corr.1, adopté le 23 mai 1997, DSR 1997:I, 323
<i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée</i> , WT/DS296, non encore adopté
<i>États-Unis – Gluten de froment</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001, DSR 2001:II, 717
<i>États-Unis – Restrictions à l'exportation</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions</i> , WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001, DSR 2001:XI, 5767
<i>États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i> , WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R, WT/DS259/R, adopté le 10 décembre 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R
<i>États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée</i> , WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002 Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée</i> , WT/DS202/R, adopté le 8 mars 2002, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS202/AB/R
<i>États-Unis – Viande d'agneau</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001, DSR 2001:IX, 4051
<i>Mexique – Sirop de maïs</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Enquête antidumping concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose (SHTF) en provenance des États-Unis</i> , WT/DS132/R et Corr.1, adopté le 24 février 2000, DSR 2000:III, 1345
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001, DSR 2001:VII, 2701 Rapport du Groupe spécial <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/R, adopté le 5 avril 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS122/AB/R, DSR 2001:VII, 2741

I. INTRODUCTION

A. PLAINTÉ DE LA CORÉE

1.1 Le 25 juillet 2003, le gouvernement coréen ("la Corée")¹ a demandé l'ouverture de consultations avec les Communautés européennes ("CE") conformément à l'article 4 du *Mémorandum d'accord* sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("*Mémorandum d'accord*"), à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("*Accord SMC*") et à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("*GATT de 1994*"), au sujet des mesures compensatoires provisoires frappant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée, annoncées dans le Règlement (CE) n° 708/2003 de la Commission et publiées au Journal officiel des CE le 24 avril 2003, et au sujet des mesures finales susceptibles d'être appliquées aux mêmes produits.² Une première série de consultations a eu lieu le 21 août 2003.

1.2 Le 25 août 2003, la Corée a demandé l'ouverture de nouvelles consultations avec les CE conformément à l'article 4 du *Mémorandum d'accord*, à l'article 30 de l'Accord SMC et à l'article XXII du *GATT de 1994* au sujet des mesures compensatoires définitives imposées par les CE sur les DRAM en provenance de Corée, adoptées par le Conseil le 11 août 2003 au moyen du Règlement n° 1480/2003 puis publiées au Journal officiel des CE le 22 août 2003.³ La Corée et les CE ont tenu une seconde série de consultations le 8 octobre 2003, mais ne sont pas arrivées à un règlement mutuellement satisfaisant de la question.

1.3 Le 19 novembre 2003, la Corée a demandé l'établissement d'un groupe spécial chargé d'examiner la question.⁴

B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DU GROUPE SPÉCIAL

1.4 À sa réunion du 23 janvier 2004, l'ORD a établi un groupe spécial conformément à l'article 6 du *Mémorandum d'accord* et conformément à la demande présentée par la Corée dans le document WT/DS299/2.

1.5 À cette réunion, les parties au différend sont également convenues que le Groupe spécial serait doté du mandat type. Son mandat est donc le suivant:

"[e]xaminer, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par la Corée dans le document WT/DS299/2, la question portée devant l'ORD par la Corée dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.6 La Chine, les États-Unis, le Japon et le Taipei chinois ont réservé leurs droits de tierces parties.

1.7 Le 24 mars 2004, les parties sont convenues que le Groupe spécial aurait la composition suivante⁵:

¹ Nous signalons que le terme "Corée" est employé dans le présent rapport pour désigner, selon le contexte, le gouvernement ou les pouvoirs publics coréens, ou la Corée en tant que pays.

² WT/DS299/1 et WT/DS299/1/Rev.1.

³ WT/DS299/1/Rev.1/Add.1.

⁴ WT/DS299/2.

⁵ WT/DS299/3 et WT/DS299/3/Corr.1.

Présidente: Mme Luz Elena Reyes de la Torre

Membres: M. Scott Gallacher

M. Thinus Jacobsz

1.8 Mme Luz Elena Reyes de la Torre s'étant démise de la présidence du Groupe spécial le 22 juin 2004, les parties ont désigné M. Gary Clyde Hufbauer comme nouveau Président le 27 juillet 2004. Le 29 juillet 2004, la nouvelle composition du Groupe spécial a été établie comme suit⁶:

Président: M. Gary Clyde Hufbauer

Membres: M. Scott Gallacher

M. Thinus Jacobsz

C. PROCÉDURE DU GROUPE SPÉCIAL

1.9 Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties les 3 et 4 novembre et le 9 décembre 2004. Il s'est réuni avec les tierces parties le 4 novembre 2004.

1.10 Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 15 mars 2005. Il a remis son rapport final aux parties le 19 avril 2005.

II. ASPECTS FACTUELS

2.1 Le présent différend découle de l'imposition par les CE de droits compensateurs définitifs sur les DRAM en provenance de Corée. L'enquête en matière de droits compensateurs a été ouverte le 25 juillet 2002 à la suite d'une plainte d'Infineon, premier producteur des CE. Micron, l'autre producteur des CE, a appuyé la plainte et coopéré pour l'enquête. Les CE ont envoyé des questionnaires à plusieurs parties intéressées comprenant deux exportateurs coréens (Hynix et Samsung), les pouvoirs publics coréens et plusieurs établissements financiers coréens. La période couverte par l'enquête s'étend du 1^{er} janvier au 31 décembre 2001 pour ce qui concerne les subventions, et du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2001 pour ce qui concerne le dommage.

2.2 Le 24 avril 2003, la Commission a publié le Règlement n° 708/2003 imposant des droits compensateurs provisoires sur les DRAMS en provenance de Corée (ci-après dénommé "la détermination préliminaire").⁷ Les CE ont constaté que deux programmes constituaient des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires, le Programme d'obligations de la KDB et le Programme de restructuration d'octobre 2001. Le taux du droit provisoire appliqué à Hynix a été fixé à 33 pour cent. Aucun droit n'a été imposé à Samsung, le montant de la subvention déterminé pour cet exportateur étant *de minimis*.

⁶ WT/DS299/4.

⁷ Règlement (CE) n° 708/2003 de la Commission, du 23 avril 2003, instituant un droit compensateur provisoire sur les importations de certains microcircuits électroniques dits "DRAM" (dynamic random access memories - mémoires dynamiques à accès aléatoire) originaires de la République de Corée.

2.3 Le 22 août 2003 a été publié le Règlement n° 1480/2003 instituant un droit compensateur définitif sur les DRAM en provenance de Corée (ci-après dénommé "la détermination finale").⁸ À ce stade, les CE ont déterminé que cinq programmes pouvaient donner lieu à des mesures compensatoires: le prêt syndiqué, la garantie de la Société coréenne d'assurance à l'exportation (KEIC), le Programme d'obligations de la Banque coréenne de développement (KDB), le Programme de restructuration de mai 2001 et le Programme de restructuration d'octobre 2001. Le montant du subventionnement était de 34,8 pour cent dans le cas d'Hynix, mais il a été déterminé qu'il était *de minimis* dans le cas de Samsung. Les CE ont confirmé leur constatation provisoire selon laquelle la branche de production nationale avait subi un dommage important, et que celui-ci était causé par les importations subventionnées de DRAM en provenance de Corée. Le taux du droit compensateur définitif appliqué à Hynix correspondait au montant des subventions, soit 34,8 pour cent. Compte tenu de la constatation d'un niveau de subventionnement *de minimis*, aucun droit compensateur n'a été imposé à Samsung.

III. DEMANDES DE CONSTATATIONS ET DE RECOMMANDATIONS FORMULÉES PAR LES PARTIES

A. CORÉE

3.1 La Corée demande au Groupe spécial de constater que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les obligations qui leur incombent au titre des articles 1^{er}, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 et 32 de l'*Accord SMC*, ainsi que de l'article VI:3 du *GATT de 1994*. En particulier, elle demande au Groupe spécial de constater que les CE ont agi d'une manière incompatible avec:

- l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* en déterminant l'existence de contributions financières en ce qui concerne le prêt syndiqué, la garantie de la KEIC, le Programme d'obligations de la KDB et les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001;
- l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC* en déterminant l'existence d'un avantage et son montant dans le cas du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC, du Programme d'obligations de la KDB et des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001;
- les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC* en faisant une constatation erronée de spécificité *de facto*, particulièrement en ce qui concerne le Programme d'obligations de la KDB et les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001;
- l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et l'article VI:3 du *GATT de 1994* en percevant des droits compensateurs supérieurs à ce qu'autorisent lesdites dispositions;
- l'article 12.7 de l'*Accord SMC* en appliquant les "données de fait disponibles" pour certains aspects de leur enquête en matière de subventions;
- l'article 15.1 de l'*Accord SMC* parce que leurs déterminations de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve positifs et ne comportaient pas une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées;

⁸ Règlement (CE) n° 1480/2003 de la Commission, du 11 août 2003, instituant un droit compensateur définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains microcircuits électroniques dits "DRAM" (dynamic random access memories - mémoires dynamiques à accès aléatoire) originaires de la République de Corée.

- l'article 15.2 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les CE ont évalué incorrectement dans leurs déterminations le caractère notable des effets des importations de produits Hynix en termes de volume;
- l'article 15.2 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les CE ont évalué incorrectement dans leurs déterminations le caractère notable des effets des importations de produits Hynix sur les prix;
- l'article 15.4 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas examiné tous les facteurs pertinents concernant la situation globale de la branche de production communautaire;
- l'article 15.5 de l'*Accord SMC* parce que les CE n'ont pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations de produits Hynix et le dommage, et parce qu'elles ont évalué incorrectement le rôle des autres facteurs et ne se sont ainsi pas assurées qu'elles n'imputaient pas aux importations de produits Hynix les effets d'autres facteurs;
- l'article 22.3 de l'*Accord SMC* parce que les CE n'ont pas exposé d'une manière suffisamment détaillée dans leur détermination de l'existence d'un dommage leurs constatations et conclusions concernant tous les points de fait et de droit importants; et
- les articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC* en imposant une mesure compensatoire définitive sur les DRAM en provenance de Corée qui n'était conforme ni aux dispositions pertinentes de l'*Accord SMC* ni aux dispositions pertinentes du *GATT de 1994*.

3.2 La Corée demande aussi au Groupe spécial de recommander aux CE d'abroger immédiatement leur ordonnance en matière de droits compensateurs visant les importations de DRAM en provenance de Corée.⁹

B. COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

3.3 Les CE invitent le Groupe spécial à rejeter toutes les allégations et tous les arguments présentés par la Corée dans la présente procédure.¹⁰

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

4.1 Les arguments des parties, tels qu'ils ont été présentés ou résumés dans les résumés analytiques présentés au Groupe spécial, sont joints sous forme d'annexes (voir la Liste des annexes, page vi). Le Groupe spécial a reçu des deux parties des réponses aux questions qu'il leur avait posées.

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1 Les arguments des tierces parties ayant présenté des communications au Groupe spécial, tels qu'ils ont été présentés ou résumés dans les résumés analytiques, sont joints sous forme d'annexes (voir la Liste des annexes, page vi). Ni la Chine ni le Taipei chinois n'ont présenté de communication écrite. La Chine n'a pas présenté de réponses aux questions du Groupe spécial.

⁹ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 677.

¹⁰ Première communication écrite des CE, paragraphe 581.

VI. RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

6.1 Le 15 mars 2005, nous avons remis le rapport intérimaire aux parties. Le 29 mars 2005, les deux parties ont demandé par écrit le réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire. Le 5 avril 2005, les CE ont présenté des observations écrites sur les observations de la Corée. Aucune des parties n'a demandé la tenue d'une réunion consacrée au réexamen intérimaire.

6.2 Nous avons brièvement exposé ci-après le traitement que nous avons accordé aux demandes des parties. Le cas échéant, nous avons également procédé à certaines révisions techniques de notre rapport.

A. OBSERVATIONS DE LA CORÉE

Statut de la KDB

6.3 La Corée affirme que la façon dont le Groupe spécial décrit la position de la Corée concernant le statut de la KDB dans le cadre du prêt syndiqué et du Programme d'obligations de la KDB – telle qu'elle est exposée aux paragraphes 7.69 et 7.91 – ne rend pas compte d'une manière équitable de sa position durant la procédure du Groupe spécial. La Corée affirme qu'à la note de bas de page 339 de sa première communication écrite et dans sa réponse à la question n° 1 du Groupe spécial, elle a clairement indiqué qu'elle n'était pas d'accord pour considérer la KDB comme un organisme public et que, compte tenu des autres questions visées dans le différend, il était tout simplement inutile de contester la question du statut d'organisme public. La Corée demande au Groupe spécial de rendre compte plus précisément de la position de la Corée quant à la KDB dans le rapport final. Les CE considèrent que le rapport reflète précisément la position de la Corée et font observer que la Corée ne peut pas formuler de suggestions concrètes de correction. À notre avis, le rapport reflète correctement la position de la Corée. Nous faisons observer que notre rapport ne dit pas que la Corée approuve la qualification d'organisme public faite par les CE à propos de la KDB. Nous concluons simplement que la Corée a choisi de ne pas contester cette qualification. Il ressort clairement, tant de la note de bas de page mentionnée par la Corée dans ses observations sur le rapport intérimaire que de sa réponse à la question n° 1 du Groupe spécial, que la Corée ne contestait pas cette détermination de la KDB en tant qu'organisme public. Dans ses observations sur le rapport intérimaire, la Corée a une nouvelle fois confirmé qu'elle ne contestait pas la question du statut d'organisme public. Nous ne jugeons donc pas nécessaire de modifier notre rapport et rejetons la demande de la Corée à cet égard.

Réserves quant à l'analyse relative à l'existence d'un avantage et au Programme de restructuration de mai 2001 faite par le Groupe spécial

6.4 La Corée affirme qu'une réserve semblable à celle qui figure au paragraphe 7.200 devrait figurer après les paragraphes 7.201 à 7.203, si ces paragraphes devaient être maintenus dans le rapport final. Une telle modification ne pose pas de problème aux CE. Nous avons modifié le rapport ainsi que l'avait demandé la Corée.

Réserves et corrections relatives à l'analyse de la KEB faite par le Groupe spécial

6.5 La Corée demande au Groupe spécial de répéter au paragraphe 7.134 sa conclusion antérieure exposée au paragraphe 7.103 selon laquelle les éléments de preuve d'une conduite passée, qu'il s'agisse d'une action d'ordonner ou autre, ne peuvent pas établir l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne un événement futur. Les CE ne sont pas d'accord pour dire que la conduite passée est dénuée de pertinence pour un événement futur et réservent pleinement leur position juridique à cet égard. Nous estimons que la note de bas de page 143 de notre rapport explique suffisamment notre position en ce qui concerne l'utilisation par les CE de la question des éléments de preuve relatifs à l'existence d'une action d'ordonner des pouvoirs publics à l'époque du

prêt syndiqué aux fins d'établir l'existence d'une action d'ordonner des pouvoirs publics en ce qui concerne la participation de la KEB au Programme de restructuration d'octobre 2001. L'assertion mentionnée par la Corée au paragraphe 7.103 au sujet de l'utilisation d'éléments de preuve concernant des événements passés doit être interprétée dans le contexte de notre discussion du Programme de restructuration de mai 2001. Si, à notre avis, des éléments de preuve d'une conduite passée ne peuvent pas, en tant que tels, établir l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne un événement futur, cela ne signifie pas qu'ils sont dénués de pertinence. Il faut considérer l'importance de tels éléments de preuve dans le contexte dans lequel ils sont utilisés et au regard des buts dans lesquels ils sont utilisés. Nous exposons dans notre rapport le contexte différent des programmes de restructuration de mai et d'octobre. Nous ne jugeons donc pas nécessaire de modifier notre rapport et rejetons la demande de la Corée à cet égard.

6.6 En outre, la Corée affirme que notre constatation figurant au paragraphe 7.134 repose sur une erreur factuelle grave. La Corée considère que le Groupe spécial a à tort jugé pertinentes les considérations des CE selon lesquelles la KEB était, jusqu'en 1998, une banque publique spécialisée. Selon la Corée, les éléments de preuve figurant dans le dossier dont disposait l'autorité chargée de l'enquête montraient que depuis décembre 1989, la KEB était une entreprise publique en vertu du Code commercial coréen et que ses actions se négociaient à la bourse coréenne. La Corée affirme que dans ces conditions, le Groupe spécial devrait réviser sa discussion et son analyse de la participation de la KEB à la restructuration d'octobre 2001. Les CE soulignent que l'autorité chargée de l'enquête s'est référée à l'année 1998 en ce qui concerne la participation de la Corée au capital de la banque. Compte tenu de ces observations, nous avons modifié notre rapport aux paragraphes 7.133 et 7.134 afin de rendre compte plus précisément de ce que l'autorité chargée de l'enquête avait affirmé en ce qui concerne la KEB. Cependant, cette clarification ne modifie pas la base de notre analyse selon laquelle nous jugeons pertinentes les considérations des CE concernant le rôle important joué par les pouvoirs publics coréens au sein de la KEB dans le passé.

Observations relatives à l'analyse du Programme d'obligations de la KDB faite par le Groupe spécial

6.7 La Corée affirme qu'aux paragraphes 7.197 et 7.198, le Groupe spécial semble souscrire effectivement à certaines assertions factuelles tirées de la détermination finale des CE dont la Corée considère qu'elles ont été contredites par les éléments de preuve figurant dans le dossier. En particulier, la Corée considère que les observations présentées à l'autorité chargée de l'enquête par la KDB contredisent la conclusion de l'autorité selon laquelle le programme de CBO a été conçu uniquement à l'intention d'entreprises relativement petites et selon laquelle la KDB contrôlait le refinancement des obligations du programme placées en fonds de CBO.¹¹ La Corée demande au Groupe spécial soit de noter le fondement des conclusions des autorités des CE dans son analyse et de mettre en évidence les faits contestés, soit de ne plus prendre ces faits en considération. Les CE estiment que la Corée n'indique nulle part où ces faits allégués ont été contestés au cours de la procédure du Groupe spécial. En outre, les CE font valoir que la pièce mentionnée par la Corée contient de simples assertions de l'une des parties intéressées faites devant l'autorité chargée de l'enquête.

6.8 Nous faisons observer que notre tâche n'est pas de procéder à un examen *de novo* de l'enquête, mais d'examiner si l'autorité a présenté une explication raisonnable et motivée de la manière dont les faits étayaient la détermination faite. Dans les paragraphes mentionnés par la Corée, nous considérons que les arguments concernant le Programme d'obligations de la KDB qui nous ont été soumis étaient semblables à ceux qui ont été présentés à l'autorité chargée de l'enquête. Celle-ci a répondu à ces arguments dans la détermination finale, et c'est pourquoi nous avons jugé utile de citer directement des passages de la détermination finale. Dans la partie pertinente, nous avons jugé

¹¹ La Corée se réfère aux observations présentées par la KDB sur les conclusions finales communiquées de la Commission européenne (30 juin 2003). (**Pièce n° 17 de la Corée**)

raisonnables les explications de l'autorité chargée de l'enquête présentées dans la détermination finale. Les deux points incohérents allégués soulevés par la Corée dans ses observations ne sont manifestement pas essentiels pour l'analyse globale de l'autorité chargée de l'enquête, comme le prouve aussi le fait que la Corée n'a pas beaucoup insisté dans ses arguments soumis au Groupe spécial sur ces points incohérents allégués. À notre avis, les deux erreurs alléguées dans les propos de l'autorité chargée de l'enquête que nous avons citées ne sont pas particulièrement pertinentes pour la question de l'avantage octroyé à Hynix. Nous n'estimons pas nécessaire d'examiner davantage l'exactitude des déclarations faites. Nous rejetons donc la demande de la Corée visant à ce que nous modifions notre rapport à cet égard.

Observations relatives à l'analyse de l'existence d'une contribution financière en ce qui concerne la Banque Woori dans le cadre du programme de restructuration d'octobre 2001 faite par le Groupe spécial

6.9 La Corée affirme qu'au paragraphe 7.121, le Groupe spécial a relevé que le dossier de l'enquête montrait que la Banque Woori avait participé en tant que banque de l'option 1 au Programme de restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations de politique publique. La Corée ne partage pas cette conclusion, attirant l'attention sur certains éléments de preuve figurant dans le dossier qui montrent, selon les allégations, que la Banque Woori a décidé de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 en fonction de considérations d'ordre commercial. La Corée estime que l'utilisation par les CE de trois paragraphes seulement de ce qui constitue une analyse détaillée au plan commercial figurant dans le rapport dit de la Commission des prêts, qui discute de ce que les CE jugeaient être des considérations de politique publique, est inappropriée et retire ces facteurs de leur contexte. La Corée demande au Groupe spécial de réexaminer son analyse et son calcul relatifs à l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne la Banque Woori et le Programme de restructuration d'octobre, étant donné que la déclaration inexacte figurant dans le dossier de l'enquête mise en évidence plus haut a influé sur les conclusions finales du Groupe spécial concernant la participation de la Banque Woori au Programme de restructuration d'octobre 2001. Les CE considèrent que les faits figurant dans le dossier montrent tout simplement que, de même que les explications d'ordre "commercial" fournies par la Banque Woori, les considérations de politique publique ont aussi joué un rôle, comme l'admet la Corée dans ses observations. Les CE ne voient donc aucune raison de modifier le rapport sur ce point.

6.10 Nous faisons observer que nous ne disons pas dans notre rapport que le dossier des éléments de preuve montre que la Banque Woori a fondé sa participation *uniquement* sur des considérations de politique publique. Cependant, comme le reconnaît la Corée, le dossier montre que la Banque Woori a participé, entre autres, sur la base de telles considérations de politique publique. Compte tenu des observations de la Corée, nous avons décidé de préciser la première phrase du paragraphe 7.121 pour refléter cette nuance. Cependant, cela ne modifie pas notre évaluation globale en ce qui concerne la Banque Woori. Tout d'abord, comme nous le disons au paragraphe 7.121, nous considérons comme pertinent, dans le contexte d'un examen de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, le fait qu'un organisme privé fonde sa décision d'investir sur des considérations de politique publique, encore qu'en partie seulement. En outre, les raisons tenant à la politique publique expliquant la participation de la Banque Woori ne constituaient qu'un seul élément de preuve qui nous a amenés à conclure que la détermination par les CE de l'existence d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics en ce qui concerne la Banque Woori était justifiée. Ce n'était certainement pas le seul élément de preuve d'une telle action d'ordonner, pas plus que ce n'était un facteur déterminant dans notre évaluation. En bref, nous rejetons la demande de la Corée visant à ce que nous reconsidérons notre analyse en ce qui concerne la participation de la Banque Woori au Programme de restructuration d'octobre 2001.

B. OBSERVATIONS DES CE

Paragraphe 8.1

6.11 Les CE demandent au Groupe spécial de remplacer, dans la section intitulée "VIII. Conclusions et recommandations", l'expression "mesures compensatoires" (au pluriel) figurant au paragraphe 8.1 par "mesure compensatoire définitive", car le Groupe spécial n'a pas fait de constatations en ce qui concerne les mesures provisoires imposées. La Corée n'a pas présenté d'observations sur cette demande. Nous acceptons le changement proposé et avons modifié notre rapport en conséquence.

"Action de charger ou ordonner"

6.12 S'agissant des constatations du Groupe spécial concernant l'action de charger ou ordonner en général, les CE demandent premièrement au Groupe spécial de toujours faire référence à une "action de charger ou ordonner" et non pas seulement à une "action d'ordonner". Deuxièmement, les CE demandent au Groupe spécial de reconsidérer la question de la pertinence de la totalité des faits et des éléments de preuve disponibles. Les CE affirment que, par exemple, l'existence d'une garantie expresse – la garantie de la KEIC – octroyée par la Corée parce qu'Hynix était considérée comme une entreprise trop grande pour faire faillite, tout au long de la période couverte par l'enquête, de même que la garantie tacite, est très pertinente pour la question de l'action de charger ou ordonner dans le contexte, par exemple, du Programme de restructuration d'octobre 2001. La Corée n'a pas fait parvenir d'observations sur ces demandes.

6.13 S'agissant de la première demande des CE, nous faisons observer que l'utilisation de l'expression "action d'ordonner", plutôt que "action de charger ou ordonner", dans la discussion des déterminations faites par les autorités des CE chargées de l'enquête n'est pas fortuite. Nous avons délibérément choisi d'utiliser cette expression car l'autorité des CE chargée de l'enquête elle-même a fait des constatations de l'existence d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics, et non pas d'une action de charger de la part des pouvoirs publics. Nous rejetons donc la demande des CE à cet égard. Dans la section générale du rapport intitulée "Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner, prévue à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*", dans laquelle nous discutons de la règle juridique en termes plus généraux, nous avons bien ajouté l'expression "action de charger" au milieu du paragraphe 7.59.

6.14 S'agissant de la deuxième demande des CE, nous rappelons que notre opinion au sujet de l'argument des CE concernant la "totalité des faits" est exposée au paragraphe 7.63. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette opinion à ce stade. Nous rejetons donc la demande des CE à cet égard.

Paragraphe 7.87

6.15 Les CE demandent au Groupe spécial de supprimer le terme "potentiel" dans la première phrase du paragraphe 7.87. La Corée n'a fait parvenir aucune observation au sujet de cette demande. Nous faisons observer que l'autorité chargée de l'enquête a constaté, au paragraphe 45 de la détermination finale des CE, qui est cité au paragraphe 7.86 de notre rapport, que la garantie était une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article 2.1 a iv) et i) du Règlement de base des CE, dont les dispositions sont, dans la partie pertinente, identiques à celles de l'article 1.1 a) 1) iv) et i) de l'*Accord SMC* et font référence à un transfert direct ou direct potentiel de fonds. Nous avons modifié notre rapport pour refléter plus précisément le fait que les CE ont fait une constatation de l'existence d'un transfert direct ou direct potentiel de fonds.

Paragraphe 7.320

6.16 Les CE demandent au Groupe spécial de supprimer les termes "la pratique habituelle consistant à faire" employés dans la dernière phrase du paragraphe 7.320. La Corée n'a pas fait parvenir d'observations au sujet de cette demande. Nous acceptons l'observation des CE et avons modifié notre rapport en conséquence pour clarifier l'opinion des CE sur cette question.

Paragraphe 7.393

6.17 Les CE demandent au Groupe spécial d'apporter deux modifications au paragraphe 7.393: 1) indiquer dans la deuxième phrase que les importations d'Hynix ont augmenté de "(361 pour cent globalement)" au lieu de "(461 pour cent globalement)" et 2) de terminer la troisième phrase de la manière suivante: "et [sont tombées] de 31,4 pour cent en 2000 à 20 pour cent en 2001". La Corée n'a pas fait parvenir d'observations au sujet de cette demande. Nous acceptons les observations des CE et avons modifié notre rapport en conséquence.

VII. CONSTATATIONS

7.1 Le présent différend porte sur la contestation par la Corée des mesures compensatoires définitives imposées par les CE sur les importations de DRAM en provenance de Corée. Les CE ont constaté que, des deux producteurs coréens de DRAM Hynix et Samsung, le second ne percevait pas une subvention supérieure au niveau *de minimis*, et elles ont donc décidé de ne pas imposer de droit compensateur sur les importations en provenance de ce producteur. En revanche, les CE ont déterminé que, de décembre 2000 à novembre 2001, la Corée avait octroyé des subventions à Hynix, soit en lui fournissant une contribution financière par l'intermédiaire de ses organismes publics, soit en ordonnant à des organismes privés de participer à l'opération de restructuration d'Hynix. Les CE ont déterminé que ces contributions financières conféraient un avantage à Hynix et qu'elles constituaient donc des subventions au sens de l'*Accord SMC*. En examinant l'évolution de la situation de la branche de production nationale de 1998 à 2001, les CE ont conclu que les importations subventionnées de DRAM causaient un dommage aux producteurs nationaux de DRAM. Elles ont donc imposé un droit compensateur sur les importations de DRAM en provenance d'Hynix égal à la marge de subventionnement de 34 pour cent *ad valorem*.

7.2 La contestation de la Corée porte à la fois sur la détermination de l'existence de subventions et sur la détermination de l'existence d'un dommage causé à la branche de production nationale faites par les CE. En particulier, la Corée allègue que la constatation de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics faite par les CE n'est pas compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*. Elle allègue par ailleurs que la détermination de l'existence d'un avantage conféré à Hynix et de son montant faite par les CE était en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*, et que les CE n'ont pas démontré que certains des programmes de subventions allégués étaient spécifiques au sens de l'article 1.2 et de l'article 2 de l'*Accord SMC*. Une dernière allégation relative à la détermination de l'existence de subventions porte sur l'utilisation par les CE des données de fait disponibles, que la Corée estime incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

7.3 En ce qui concerne la détermination de l'existence d'un dommage, la Corée estime que les CE n'ont pas examiné correctement les effets en termes de volume et les effets sur les prix des importations dont elles allèguent qu'elles étaient subventionnées, et qu'elles n'ont pas évalué d'une manière adéquate tous les facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production nationale comme le prescrit l'article 15.1, 15.2 et 15.4 de l'*Accord SMC*. En outre, la Corée allègue que les CE n'ont pas établi l'existence du lien de causalité requis entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale dont elles ont constaté l'existence, et qu'elles ne se sont pas assurées que le dommage causé par d'autres facteurs n'était pas imputé aux importations subventionnées, agissant ainsi en violation de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*.

A. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. Critère d'examen

7.4 L'article 11 du *Mémorandum d'accord* définit le mandat du groupe spécial dans la procédure de règlement des différends. Il dispose ce qui suit:

La fonction des groupes spéciaux est d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du présent mémorandum d'accord et des accords visés. En conséquence, un groupe spécial devrait procéder à *une évaluation objective de la question dont il est saisi*, y compris 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, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. (non souligné dans l'original)

7.5 La prescription de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* voulant qu'un groupe spécial procède à une évaluation objective de la question dont il est saisi a été interprétée, entre autres, dans le contexte des mesures commerciales correctives autres que les mesures antidumping (pour lesquelles l'*Accord antidumping* prévoit un critère d'examen spécifique), comme signifiant que le groupe spécial doit examiner si l'autorité chargée de l'enquête a examiné tous les faits pertinents, si elle a fourni une explication adéquate de la façon dont les faits étayaient sa détermination et, par conséquent, si la détermination a été établie conformément aux obligations internationales du Membre concerné. À cet égard, nous rappelons les indications données par l'Organe d'appel concernant l'application de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*:

"Bien que les groupes spéciaux ne soient pas habilités à procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve ni à *substituer* leurs propres conclusions à celles des autorités compétentes, nous tenons à souligner que cela *ne* signifie *pas* qu'ils doivent simplement *accepter* les conclusions des autorités compétentes. Au contraire, ..., un groupe spécial *n'est* en mesure de se prononcer sur la question de savoir si l'explication donnée par les autorités compétentes pour leur détermination est motivée et adéquate *que* s'il examine cette explication en profondeur, de manière critique, à la lumière des faits dont il dispose. Les groupes spéciaux doivent donc examiner la question de savoir si l'explication fournie par les autorités compétentes tient pleinement compte de la nature et, notamment, de la complexité des données et si elle tient compte d'autres interprétations plausibles de ces données. En particulier, un groupe spécial doit constater qu'une explication n'est pas motivée ou qu'elle n'est pas adéquate si une *autre explication* des faits est plausible et que l'explication donnée par les autorités compétentes ne lui semble pas adéquate au vu de cette autre explication. Ainsi, lorsqu'ils procèdent à une "évaluation objective" (...), les groupes spéciaux doivent envisager la possibilité que l'explication donnée par les autorités compétentes ne soit pas motivée ou ne soit pas adéquate."¹² (italique dans l'original)

7.6 Nous sommes donc parfaitement conscients du fait que ce n'est pas le rôle du Groupe spécial de procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête au moment de faire sa détermination. Aussi examinerons-nous si, sur la base du dossier dont elle disposait, une autorité chargée de l'enquête raisonnable et objective aurait pu arriver aux conclusions auxquelles est arrivée l'autorité chargée de l'enquête des CE concernant la détermination de l'existence d'un subventionnement et d'un dommage.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 106.

2. Charge de la preuve

7.7 Dans les procédures de règlement des différends de l'OMC, la charge de la preuve pour ce qui est d'une allégation ou d'un moyen de défense particulier incombe à la partie qui établit cette allégation ou ce moyen de défense.¹³ La charge de la preuve est "un concept procédural qui se rapporte à l'examen et au règlement équitables et ordonnés d'un différend".¹⁴ Dans le contexte du présent différend, qui concerne l'évaluation de la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure compensatoire définitive imposée par les CE, la Corée est obligée de présenter des éléments montrant *prima facie* qu'il y a violation des articles pertinents de l'*Accord SMC*. À cet égard, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "... un commencement de preuve, en l'absence de *réfutation effective* par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".¹⁵ Ainsi, lorsque la Corée présente des éléments justifiant *prima facie* une allégation, il incombe aux CE d'établir une "réfutation effective" des éléments de preuve et des arguments de la Corée en présentant leurs propres éléments de preuve et arguments à l'appui de l'affirmation selon laquelle elles ont respecté leurs obligations au titre de l'*Accord SMC*. À supposer que des éléments de preuve et des arguments soient présentés par les deux parties, il nous incombe alors d'évaluer ces éléments de preuve et ces arguments afin de déterminer si la Corée a établi que les CE ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'*Accord SMC*. Le rôle du Groupe spécial n'est pas de plaider la cause d'une partie ou de l'autre, mais il peut poser des questions aux parties "afin de clarifier et de décanter les arguments juridiques".¹⁶

B. ALLÉGATIONS CONCERNANT LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE DE SUBVENTIONS FAITE PAR LES CE

7.8 La Corée conteste la détermination de l'existence d'une subvention faite par les CE pour chacune des cinq mesures de restructuration par le biais desquelles les CE ont constaté que des subventions avaient été accordées à Hynix. La Corée estime que les constatations des CE selon lesquelles chacune de ces cinq opérations de restructuration constituait une contribution financière des pouvoirs publics conférant un avantage sont incompatibles avec les articles 1^{er} et 14 de l'*Accord SMC*.

7.9 D'une manière générale, la Corée allègue que l'analyse des CE concernant l'existence d'une contribution financière pour ces cinq mesures est erronée puisqu'elle n'a pas établi, entre autres choses, que les organismes privés ayant participé aux mesures de restructuration avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de le faire. La Corée affirme en outre que, dans leur analyse concernant l'avantage, les CE ne se sont pas appuyées sur les points de repère du marché qui convenaient et qu'elles avaient considéré, sans justification, toutes les mesures comme des dons, ce qui est en contradiction flagrante avec la nature des mesures adoptées. Les CE, pour leur part, rejettent toutes les assertions de la Corée et estiment que l'autorité chargée de l'enquête a procédé à un examen objectif qui lui a fourni suffisamment d'éléments de preuve du fait que la Corée avait chargé des organismes privés de participer à la restructuration ou leur avait ordonné de le faire. Elles font valoir en outre qu'étant donné qu'il était raisonnable de conclure qu'aucun opérateur du marché n'aurait fourni de financement à Hynix pendant la période couverte par l'enquête, l'autorité chargée de l'enquête était fondée à considérer toutes les mesures comme des dons.

7.10 Sachant que nous allons devoir nous référer aux diverses opérations de restructuration dont il a été constaté qu'elles constituaient des subventions au profit d'Hynix, il nous paraît utile de commencer par décrire brièvement chacun de ces cinq programmes qui ont été examinés par les CE.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des avions civils*, paragraphe 198.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Hormones*, paragraphe 104.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 136.

Nous examinerons ensuite en détail les allégations et arguments des parties concernant la détermination de l'existence d'une contribution financière et d'un avantage faite par les CE pour chacun de ces programmes.¹⁷

7.11 Nous notons que le dossier montre que la situation financière d'Hynix était critique durant les années qui ont suivi la crise financière de 1997 en Corée et qu'à la fin de 2000, Hynix avait accumulé plus de 9,46 milliards de dollars EU de dettes, soit près de deux fois son actif net et plus de quatre fois sa valeur de capitalisation boursière.¹⁸ Il apparaît que le problème important auquel était confrontée la société venait de ce que la majeure partie de ces dettes arrivaient à échéance en 2001, ce qui risquait de lui poser de graves problèmes de liquidités. Les CE ont déterminé qu'en novembre 2000, la Corée avait décidé de prendre des mesures pour "résoudre le problème de liquidités d'Hynix" et lui avait accordé des subventions par le biais de cinq programmes différents de soutien et de restructuration entre décembre 2000 et octobre 2001: le prêt syndiqué, la garantie de la KEIC, le Programme d'obligations de la KDB, le Programme de restructuration de mai 2001 et, en particulier, l'achat d'obligations convertibles, et le Programme de restructuration d'octobre 2001.

7.12 Le prêt syndiqué, d'un montant total de 800 milliards de won sud-coréens, faisait partie d'un plan financier visant à résoudre le problème dû à la "non concordance" entre les capacités de financement d'Hynix et le volume des dettes arrivant à échéance en 2001 qu'elle serait obligée de rembourser. Dix banques ont participé au prêt syndiqué, mais les CE n'en ont examiné que trois, à savoir la Banque coréenne de développement (KDB), la Banque de change coréenne (KEB), et la Korean First Bank (KFB), et elles ont estimé que la participation de ces banques au prêt syndiqué constituait une contribution financière de la Corée conférant un avantage à Hynix. Elles ont constaté que la KDB était un organisme public et que la KEB et la KFB (qui, toutes deux, ont contribué au prêt syndiqué à concurrence de 100 milliards de won) agissaient sur ordre de la Corée.

7.13 En janvier 2001, Hynix a bénéficié d'un relèvement de sa facilité de crédit à l'exportation D/A (documents contre acceptation) à 90 jours, portée de 800 millions à 1,4 milliard de dollars EU. En échange de la remise des documents relatifs à chaque opération d'exportation, la société en reçoit le paiement immédiat des 14 banques participant au prêt. Les acheteurs à l'étranger paient ensuite les banques. La Société coréenne d'assurance à l'exportation ("KEIC") garantit que les banques recevront leur paiement dans l'éventualité d'une faillite de l'exportateur ou de l'importateur. Les CE ont conclu que, sans la garantie de la KEIC, les banques n'auraient pas consenti à relever la facilité de crédit accordée à Hynix, et elles ont déterminé que la KEIC, en tant qu'organisme public, fournissait donc une contribution financière conférant un avantage à Hynix.

7.14 À peu près au même moment, le 4 janvier 2001, Hynix a été admise à bénéficier du Programme d'obligations de la KDB prévoyant le refinancement des dettes arrivées à échéance et leur nouvelle présentation pour les investisseurs. Hynix devait payer 20 pour cent de la dette due, les autres 80 pour cent étant rachetés par la KDB qui en transformait 70 pour cent pour les revendre à des investisseurs sous forme de prêts ou d'obligations (CLO, CBO) garantis par le Fonds coréen de garantie de crédit (KCGF); la KDB conservait les 10 pour cent restants. Les CE ont constaté que l'achat d'obligations par la KDB dans le cadre de ce programme constituait une contribution financière des pouvoirs publics qui conférait un avantage à Hynix.

7.15 En mai 2001, un nouveau plan de recapitalisation, désigné sous le titre de "Programme de restructuration de mai 2001", a été établi d'un commun accord par les 18 banques créancières d'Hynix

¹⁷ De plus, pour faciliter la compréhension, l'annexe F-1 présente un tableau chronologique de ces programmes et des faits saillants de la période 2000-2001 établi sur la base des renseignements pertinents versés au dossier.

¹⁸ Détermination finale, paragraphe 19, à propos du Plan d'entreprise d'Hynix communiqué à la FSC le 21 mars 2002.

réunies pour former le Conseil des créanciers. Le programme de mai comprenait l'injection de capitaux frais dans la société par l'émission de certificats représentatifs de titres ("global depositary receipts" ou GDR) pour un montant de 1 300 milliards de won sud-coréens, le report de l'échéance des dettes à court et à long terme (refinancement de la dette), et l'achat par les banques créancières d'obligations convertibles pour un montant de 1 000 milliards de won sud-coréens. Les CE ont constaté que les banques créancières avaient reçu l'ordre de la Corée de consentir à ces mesures et elles ont imposé des mesures pour compenser l'achat des obligations convertibles, estimant qu'il s'agissait d'une contribution financière des pouvoirs publics conférant un avantage à Hynix.

7.16 Enfin, le 31 octobre 2001, le Conseil des établissements financiers créanciers ("CFIC") a arrêté un second ensemble de mesures de restructuration d'Hynix, appelé "Programme de restructuration d'octobre 2001". Les banques créancières ont eu le choix entre plusieurs options, depuis la possibilité de se retirer d'Hynix en emportant une partie des sommes qui leur étaient dues fixée par un rapport de liquidation jusqu'à celle de consentir encore d'autres crédits à la société. Six banques ont procuré de nouveaux crédits à Hynix et lui ont accordé un nouveau prêt d'un montant de 1 000 milliards de won sud-coréens portant un intérêt de 7 pour cent, un échange de leurs créances contre des titres de participation en acceptant des obligations convertibles en actions, et un report des échéances des prêts en cours au 31 décembre 2004, convertissant les obligations de la société arrivées à échéance en obligations à trois ans et à 6,5 pour cent d'intérêt et ajustant le taux d'intérêt des autres prêts en monnaie coréenne à 6 pour cent. Les CE ont estimé que la participation de ces six banques dites "de l'option 1" au Programme de restructuration d'octobre 2001 constituait une contribution financière des pouvoirs publics conférant un avantage à Hynix, du fait que ces banques soit étaient des organismes publics, soit s'étaient vu ordonner de participer au plan de restructuration par la Corée.

7.17 Les CE ont conclu que le montant global de la subvention fournie par la Corée à Hynix par le biais de ces cinq programmes était de 34,8 pour cent *ad valorem*.¹⁹

1. Allégation concernant les déterminations de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics faites par les CE

a) La Corée

7.18 La Corée fait valoir que les constatations de l'existence d'une contribution financière faites par les CE dans le cas de cinq programmes différents sont incompatibles avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*, principalement parce que les CE n'ont pas établi que les organismes privés qui ont participé au programme avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par la Corée de fournir une contribution financière à Hynix.

i) Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner prévue à l'article 1.1 a) 1 iv) de l'*Accord SMC*

7.19 En ce qui concerne la règle de droit appropriée concernant l'action de charger ou ordonner prévue à l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*, la Corée fait valoir que, pour constater l'existence d'une contribution financière versée par l'intermédiaire d'un organisme privé, l'autorité doit démontrer l'existence d'une action explicite et positive des pouvoirs publics visant une entité particulière pour que celle-ci accomplisse une tâche ou une mission particulière.²⁰ La Corée affirme que le sens ordinaire du terme "entrust" (charger) est "to give responsibility for" (confier la responsabilité de), et que le sens ordinaire de "to direct" (ordonner) est "to give a formal order or command" (donner un ordre ou un commandement formel).²¹ Comme l'attestent les versions française et espagnole de

¹⁹ Voir, dans la détermination finale, le tableau du paragraphe 166.

²⁰ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 396.

²¹ *Id.*, paragraphe 404.

l'*Accord SMC*, l'interprétation la plus appropriée du mot anglais "direct" (ordonner) doit être celle qui exprime l'idée de donner à l'organisme privé l'ordre d'entreprendre une action et non l'idée plus vague de simples indications ou suggestions.²² La Corée fait valoir que l'article premier de l'*Accord SMC* ne vise que l'action des pouvoirs publics. Dans ce contexte, l'expression "charger ou ordonner" doit donc être lue comme signifiant que les disciplines de l'*Accord SMC* ne s'appliquent aux actions des organismes privés que lorsque l'organisme privé devient l'instrument des pouvoirs publics. Si l'organisme privé dispose d'un pouvoir discrétionnaire, ses actions ne peuvent être imputées aux pouvoirs publics et l'*Accord SMC* n'est pas applicable.²³ De l'avis de la Corée, la règle "chargent ou ordonnent" n'est pas simplement un "critère fondé sur l'effet". La Corée fait valoir que la réaction perçue, voire la réaction avérée, des entités privées à une invite des pouvoirs publics dont on a fait état, *ne peut* servir de base pour établir le respect par un Membre des obligations conventionnelles qu'il a contractées dans le cadre de l'OMC. La Corée voit une confirmation de son interprétation dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*. Elle estime que, selon cette règle de droit, les CE n'ont pas établi que les organismes privés qui ont participé aux cinq programmes dont elles allèguent qu'ils constituent une contribution financière ont été chargés de le faire par les pouvoirs publics coréens ou un organisme public coréen ou qu'ils ont reçu d'eux l'ordre de le faire.

ii) *Prêt syndiqué*

7.20 En ce qui concerne le prêt syndiqué consenti par dix banques en décembre 2000, la Corée estime que les faits versés au dossier ne fournissent aucune base aux CE pour constater que deux banques privées, la KEB et la KFB²⁴, ont participé au prêt parce qu'elles ont été chargées ou se sont vu ordonner de le faire. Elle estime que les CE ont attaché une importance indue à la lettre du 28 novembre 2000 adressée par le Ministère des finances et de l'économie à la KEB. Selon la Corée, cette lettre ne faisait rien de plus que conseiller ou recommander à la KEB de solliciter une dérogation au plafonnement du crédit auprès de la FSC. Il est clair que cette lettre ne commande pas à la KEB de fournir un financement à Hynix.²⁵ D'après la Corée, même si la lettre est comprise comme exigeant de la KEB qu'elle agisse d'une certaine manière, tout au plus exige-t-elle de la KEB qu'elle sollicite une dérogation au plafonnement du crédit auprès de la Commission de surveillance financière ("FSC"), un organisme public coréen. La lettre n'ordonnait pas à la KEB de participer au prêt syndiqué et de fournir des fonds.²⁶ La Corée fait valoir que, bien que la dérogation obtenue de la FSC par la KEB puisse avoir permis à celle-ci et à deux autres banques qui avaient atteint leur plafond de prêt de participer au prêt, cela n'explique pas que ces banques aient décidé de participer effectivement au prêt. La Corée note que sept autres banques ont aussi participé au prêt sans avoir eu besoin d'une dérogation. En somme, bien que la dérogation accordée par la FSC, organisme public, ait permis la transaction, cela ne suffit pas pour conclure que cet organisme public ou les pouvoirs publics ont exigé de la KEB qu'elle participe à cette transaction. La Corée rappelle que le prêt syndiqué était déjà sur la table au début du mois de novembre et qu'en décembre, la question n'était plus que de savoir comment réaliser le prêt.²⁷

iii) *Garantie de la KEIC*

7.21 La Corée fait observer que la contribution financière qui a donné lieu à des mesures compensatoires de la part des CE consistait en l'ouverture, par les banques créancières, d'un crédit D/A supplémentaire garanti par la KEIC. La Corée fait valoir que les CE n'ont pas établi que ces

²² Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 162.

²³ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 405 et 406.

²⁴ Nous rappelons que la contribution de la KFB a été estimée négligeable par les CE et n'a donc pas donné lieu à des droits compensateurs.

²⁵ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 445.

²⁶ *Id.*, paragraphe 445. (Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 187).

²⁷ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 446.

banques avaient reçu des pouvoirs publics l'ordre de consentir un nouveau crédit D/A, et qu'elles n'ont pas tenu compte du fait que ce financement était motivé par les considérations très rationnelles et très commerciales des créanciers concernés, ce que ne contestent pas les CE.²⁸ Il est peut-être exact qu'un organisme public tel que la KEIC ait fourni une assurance à l'exportation aux créanciers, mais cela ne peut être interprété comme une délégation ou un commandement explicite et positif donné par la Corée aux créanciers d'Hynix pour qu'ils ouvrent un crédit D/A d'un montant de 600 millions de dollars EU.²⁹ Le fait que la KEIC puisse être considérée comme un organisme public n'a aucune pertinence puisqu'elle ne fournissait que l'assurance, et non le crédit D/A. C'est le crédit D/A ouvert par les banques qui constituait la contribution financière ayant donné lieu à des mesures compensatoires, en l'absence d'éléments prouvant que ces banques avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.³⁰

iv) *Programme d'obligations de la KDB*

7.22 La Corée estime que les CE n'ont pas établi que tous les créanciers ayant participé au Programme d'obligations de la KDB avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par la Corée de fournir des fonds.³¹ Les CE n'étaient donc pas en droit de considérer leur participation comme une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public au regard de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*. La Corée affirme que, même si c'est à juste titre que les CE qualifient la KDB d'organisme public, beaucoup de créanciers autres que la KDB étaient aussi concernés, et l'existence d'une action de charger ou ordonner n'a pas été établie à leur égard.³² Elle fait observer que le Programme d'obligations de la KDB ne comportait pas, en fait, l'octroi de nouveaux fonds, mais consistait seulement à refinancer les obligations existantes.³³ En tout état de cause, la Corée souligne qu'il n'y a, dans le dossier, aucun élément de preuve qu'un quelconque prêteur ait été juridiquement mis dans l'obligation par le Programme d'obligations de la KDB de participer à un refinancement spécifique quel qu'il soit.³⁴ C'est pourquoi l'affirmation des CE selon laquelle tous les créanciers d'Hynix avaient reçu l'ordre de la Corée de participer au programme de la KDB n'est pas justifiée, est incorrecte et révèle une confusion entre la contribution financière et l'avantage éventuel pour Hynix.³⁵

v) *Programme de restructuration de mai 2001*

7.23 La Corée estime que la constatation des CE selon laquelle le Programme de restructuration d'Hynix de mai 2001 constituait une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est également erronée. Elle rappelle que le Programme de restructuration de mai 2001 est intervenu en

²⁸ *Id.*, paragraphe 453.

²⁹ *Id.*, paragraphe 454.

³⁰ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 191.

³¹ La Corée fait valoir que le programme de la KDB n'était pas spécifique à Hynix mais était conçu pour résoudre un problème général d'obligations arrivant à échéance sur le marché coréen. La décision des créanciers de faire appel au programme de la KDB était fondée sur des considérations commerciales. (Première communication écrite de la Corée, paragraphe 458)

³² Première communication écrite de la Corée, paragraphe 455.

³³ *Id.*, paragraphe 456. Le programme prévoyait que 20 pour cent des obligations devaient être remboursées par le débiteur et que sur les 80 pour cent restants, la KDB ne conservait que 10 pour cent des obligations refinancées. Les créanciers existants ne devaient conserver que 16 pour cent des dettes non échues refinancées (20 pour cent de 80 pour cent), tout le reste étant refinancé sur le marché libre.

³⁴ *Id.*, paragraphe 457.

³⁵ *Id.*, paragraphes 459 à 463. La Corée signale, en particulier, les critères spécifiques à respecter pour être admis à participer. De plus, la Corée dit que le fait que la FSC ait levé le plafond du crédit pour certaines banques n'équivaut pas à leur imposer de participer au programme. Enfin, la Corée affirme que l'exemple donné par les CE dans la détermination finale pour montrer que la KFB était forcée de participer au programme, est fondé sur des articles de presse erronés, puisque la KFB n'en a pas fait partie, contrairement à ce qui est dit dans la détermination finale.

période de hausse des prix des DRAM et que sa réussite ne tient qu'au fait qu'Hynix avait pu convaincre des investisseurs internationaux avertis d'investir une somme considérable dans la société, comme l'ont reconnu les CE dans leur détermination préliminaire.³⁶ Elle fait valoir que la constatation faite par les CE de l'existence d'une contribution financière dans le contexte du Programme de restructuration de mai 2001 était fondée sur des éléments de preuve circonstanciels d'une action de charger ou ordonner insuffisants.

7.24 En particulier, la Corée commence par affirmer que les CE se sont appuyées sur des articles de presse erronés concernant la raison de la présence d'un fonctionnaire du FSS à l'une des réunions du Conseil des créanciers et alléguant que des pressions avaient été exercées par les pouvoirs publics sur l'une des 18 banques participant au Conseil. La Corée fait observer que la présence d'un fonctionnaire du FSS à cette seule réunion s'explique par le fait qu'il n'était que logique que le FSS, en tant que principal organe coréen de surveillance bancaire, soit présent à cette réunion pour assister au débat sur les engagements antérieurs des créanciers. Tout cela montre, tout au plus, un intérêt abstrait des pouvoirs publics, non pas une action de charger ou ordonner.³⁷ La Corée fait en outre valoir que les articles de presse faisant état de pressions exercées par la Corée sur une banque, la banque KorAm, étaient dans l'erreur puisque cette banque attendait simplement qu'Hynix lui remette certains documents juridiques pour conclure son investissement, ce qu'elle avait fait aussitôt après avoir reçu les documents en question.³⁸

7.25 Deuxièmement, la Corée estime qu'il est incorrect et inapproprié que les CE s'appuient sur le fait qu'Hynix ne pouvait pas trouver suffisamment de financement sur le marché en mai 2001 pour conclure que les banques participantes devaient donc agir en vertu d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. La Corée cite des conclusions contraires auxquelles les CE elles-mêmes sont arrivées dans leur détermination préliminaire. En outre, selon la Corée, le caractère raisonnable, du point de vue commercial, du financement est une question qui se rapporte plutôt à celle de l'avantage conféré à Hynix qu'à celle de l'existence d'une contribution financière.

7.26 En troisième lieu, la Corée considère aussi qu'il est inapproprié pour les CE de s'appuyer sur les cas antérieurs allégués de contributions financières versées sur ordre (tels que le prêt syndiqué, la garantie de la KEIC et le Programme d'obligations de la KDB) pour étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner dans le cas du Programme de restructuration de mai 2001. En particulier, compte tenu du fait que les CE elles-mêmes ont traité les cinq opérations de restructuration comme des mesures distinctes, et en l'absence d'un lien démontré entre les opérations, ces actions antérieures sont simplement dénuées de pertinence pour établir qu'il y a eu un ordre donné dans la restructuration de mai 2001.

7.27 Enfin, la Corée fait observer que les CE n'ont pas examiné toutes les banques engagées dans la restructuration de mai 2001 avant d'établir des constatations quant à une contribution financière dont elles allèguent qu'elle a été fournie par toutes les banques participantes. Les CE se sont appuyées sur des articles de presse concernant des pressions exercées, selon les allégations, sur une seule banque, la banque KorAm, dont elles n'ont pas montré qu'elle était représentative de toutes les autres. Elles n'ont pas examiné quelles étaient les banques qui, selon leurs allégations, avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part de la Corée en raison de la présence d'un fonctionnaire du FSS à la réunion de mars du Conseil des créanciers. La Corée fait valoir qu'il semble que la seule base sur laquelle les CE aient fondé leurs conclusions soit que cette présence n'avait pas été révélée plus tôt, ce qui constitue une tentative de leur part de sanctionner la Corée pour un manque allégué de coopération, sanction qui n'est pas autorisée par l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

³⁶ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 466 à 469.

³⁷ *Id.*, paragraphe 472.

³⁸ *Id.*, paragraphe 477.

vi) *Programme de restructuration d'octobre 2001*

7.28 En ce qui concerne le Programme de restructuration d'octobre 2001, la Corée affirme que les CE se sont appuyées sur un ensemble disparate d'éléments de preuve circonstanciels, pour la plupart sans rapport avec le Programme de restructuration d'octobre proprement dit, qui consiste surtout en une nouvelle présentation d'articles de presse ayant trait au prêt syndiqué, à la dérogation de la FSC, à la présence d'un fonctionnaire du FSS à la réunion de mars 2001 et aux allégations concernant la banque KorAm. En fait, la Corée estime que les CE ont fondé leur conclusion quant à l'existence d'une contribution financière dans le contexte du Programme de restructuration d'octobre 2001 sur un seul nouvel article de presse. Cet article reproduit une déclaration du Vice-premier ministre qui ne porte pas sur la question de l'ordre de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 donné aux banques par la Corée.

7.29 La Corée affirme que la conclusion des CE selon laquelle les banques qui ont participé au Programme de restructuration d'octobre 2001 ont fait l'objet d'une action de charger ou ordonner était pour une grande part fondée sur le fait que les pouvoirs publics étaient actionnaires d'un certain nombre de ces banques. Elle fait observer que la participation des pouvoirs publics au capital de ces banques ne prouve pas, en elle-même et à elle seule, l'existence d'une action de charger ou ordonner. D'après la Corée, pour qu'une telle détermination soit faite, il faut qu'il soit positivement établi que les pouvoirs publics ont réellement exercé leur contrôle pour ordonner à cette banque en particulier d'agir dans un sens particulier. Les CE ne l'ont pas fait.³⁹ De plus, la Corée fait valoir que le fait que les créanciers ont eu le choix de continuer ou non à investir dans Hynix, et que des banques détenues à 100 pour cent par les pouvoirs publics, face à ce choix, ont décidé de ne pas participer au Programme de restructuration d'octobre, montre clairement qu'il n'y a pas eu d'action de charger ou ordonner.

7.30 En particulier, la Corée affirme qu'en ce qui concerne la Citibank, les CE n'ont tenu aucun compte de tous les éléments de preuve (tels que la déclaration sous serment de la Citibank, les déclarations de la Corée concernant la Citibank et les déclarations de dirigeants de la Citibank) et s'appuient simplement sur l'existence alléguée de relations étroites entre la Citibank et les pouvoirs publics, ce qui ne prouve pas qu'il y ait eu action de charger ou ordonner. La Corée fait observer que, dans une enquête parallèle concernant Hynix, le Département du commerce des États-Unis a constaté que la Citibank n'avait pas fait l'objet d'une action d'ordonner. En ce qui concerne la KEB, la Corée fait valoir que la mauvaise notation interne attribuée à Hynix par la KEB n'indique pas qu'il y ait eu action d'ordonner de la part des pouvoirs publics, d'autant que cette banque, en tant que créancier existant, pouvait avoir des objectifs différents de ceux des nouveaux créanciers. L'argument des CE, fondé sur une tradition alléguée d'influence des pouvoirs publics sur les pratiques de la KEB en matière de prêt, même s'il est correct, est peu susceptible d'être valable en 2001, puisqu'une banque internationale extérieure comme la Commerzbank contrôle maintenant les pratiques de la KEB en matière de prêt. En ce qui concerne la banque Woori, la Corée souligne que les CE n'ont pas tenu compte du fait qu'au moment de la restructuration d'octobre 2001, il existait encore deux banques, la banque Woori et la banque Peace, qui ont plus tard fusionné pour former la banque Woori. Les CE n'ont pas du tout examiné la participation de la banque Peace ou l'action alléguée de charger ou ordonner à son égard. Le fait que la banque Woori semble avoir tenu compte de certains objectifs de politique générale en décidant de prendre part à la restructuration est tout à fait normal pour une banque nationale importante. Cela ne suffit pas pour conclure, comme le font les CE, que cette banque a été chargée par les pouvoirs publics d'y participer ou qu'elle a reçu d'eux l'ordre de le faire. De l'avis de la Corée, le fait qu'un mémorandum d'accord existe entre la banque Woori et les pouvoirs publics n'a aucune pertinence à l'égard du Programme de restructuration d'octobre 2001. En tout état de cause, ce mémorandum d'accord exposait seulement certaines règles prudentielles d'ordre général à l'intention de la banque, destinataire de fonds publics.⁴⁰ Pour ce qui est de la banque Chohung, la

³⁹ *Id.*, paragraphe 506.

⁴⁰ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 214.

Corée fait observer que la participation des pouvoirs publics au capital n'équivaut pas à une action de charger ou ordonner, puisque les CE n'ont pas démontré que les pouvoirs publics avaient effectivement fait usage de leur pouvoir allégué d'influer sur les décisions de la banque en tant qu'actionnaire ou en vertu du mémorandum d'accord, mis en place pour protéger les banques de l'influence des pouvoirs publics plutôt que le contraire. Pour ce qui concerne la Fédération nationale des coopératives agricoles (NACF), la Corée estime que les objectifs de politique économique publique de la NACF ne se rapportent qu'au secteur agricole et n'impliquent aucun ordre des pouvoirs publics dans un secteur non agricole comme celui des DRAMS. Les buts coopératifs de la NACF n'ont, en tout état de cause, aucun rapport avec la question de l'action d'ordonner ou de charger.

b) Les CE

i) *Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC*

7.31 Selon les CE, les termes "charger ou ordonner", employés à l'article 1.1 a) 1) iv) ont un sens plus large que celui qu'avance la Corée. Les CE font valoir que l'usage du terme anglais "*direct*" dans l'*Accord SMC* plutôt que celui de "*order*" implique que le terme "*direct*" a une connotation plus large comprenant le sens de "to regulate, conduct or control affairs" (réglementer, conduire ou contrôler les affaires), "to give commands or orders with authority" (donner des commandes ou des ordres avec autorité). Elles sont donc d'avis qu'une indication ou une incitation donnée par les pouvoirs publics ou un organisme public à un organisme privé est aussi un ordre ("*direction*").⁴¹ De même, les CE estiment que la notion de "entrust" (charger) indique un contrôle particulièrement léger et comprend la notion de "putting something into the care or protection of someone" (mettre quelque chose aux bons soins ou sous la protection de quelqu'un).⁴² Le fait qu'un certain pouvoir discrétionnaire soit laissé à l'organisme privé n'est donc pas incompatible avec la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Ces actes de charger ou ordonner peuvent aussi comprendre des menaces, des encouragements voire, dans certaines circonstances, l'assistance à une réunion et le suivi de ses résultats, selon les faits de la cause.⁴³

7.32 Selon les CE, la véritable question dans la présente affaire est une question de preuve. À cet égard, les CE soulignent les problèmes généralement rencontrés pour recueillir des éléments de preuve dans les enquêtes en matière de droits compensateurs qui concernent le comportement des États, et la difficulté de trouver "la preuve incontestable". Elles estiment que la Corée ne s'est pas acquittée de ses obligations dans le cadre de l'*Accord SMC* puisqu'elle n'a pas mis à la disposition de l'autorité chargée de l'enquête, au moment de l'enquête, les éléments de preuve concernant la détermination de l'existence de subventions. Elles se réfèrent par exemple, à cet égard, au procès-verbal de la réunion des Ministres de l'économie, qui n'a pas été communiqué par la Corée. Les CE rappellent que l'article 1.1 de l'*Accord SMC* dispose qu'une subvention sera *réputée exister* dans tous les cas de figure décrits dans cette disposition, et font valoir que l'emploi du terme "réputée" indique la possibilité d'un manque d'éléments de preuve.^{44,45}

⁴¹ Les CE font valoir que, puisque la Corée reconnaît que les pouvoirs publics ont incité les banques à participer, cette reconnaissance équivaut à admettre qu'il y a eu une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. (Première communication écrite des CE, paragraphe 276).

⁴² Première communication écrite des CE, paragraphe 268.

⁴³ Réponse des CE à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphes 21 et 24.

⁴⁴ *Id.*, paragraphe 20.

⁴⁵ Les CE font ainsi valoir que, si les éléments de preuve et la totalité des faits permettent raisonnablement de penser que les pouvoirs publics ont garanti la société, et ainsi le risque associé à tout apport de capitaux par des banques privées, l'autorité chargée de l'enquête est en droit de conclure qu'il y a une contribution financière au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, qui résulte de cette garantie des pouvoirs publics. Une autre manière de dire en substance la même chose est que, dans ces circonstances, les banques

7.33 Selon les CE, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* n'est pas pertinent en l'espèce et ne peut en aucune façon étayer les affirmations de la Corée.⁴⁶ Les CE estiment que les constatations du Groupe spécial dans ce rapport doivent être placées dans le contexte des faits propres à l'affaire. Elles rappellent que le différend *États-Unis – Restrictions à l'exportation* porte sur une restriction des exportations, ce qui constitue une action des pouvoirs publics par nature prohibitive ou passive, et donc complètement différente de l'action positive des pouvoirs publics dont il est question dans la présente affaire.⁴⁷ L'interprétation que donne ce groupe spécial ne peut être étendue au-delà des faits spécifiques de la cause, qui se présentent d'une manière sensiblement différente des faits de la présente affaire.⁴⁸ Quoi qu'il en soit, les CE estiment que le rapport du Groupe spécial dans l'affaire mentionnée, pour autant qu'il soit applicable ou pertinent, n'étaye pas l'argument de la Corée. Elles affirment que le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a admis la possibilité d'un acte général consistant à charger un organisme privé de suivre une certaine ligne d'action ou à lui en donner l'ordre. Autrement dit, il peut y avoir action d'ordonner ou de charger de la part des pouvoirs publics si ceux-ci chargent d'une manière générale une société ou une banque d'agir dans l'intérêt public, ou s'ils lui ordonnent de le faire et, en pareil cas, il n'est pas nécessaire de montrer qu'il y a eu une action spécifique consistant à charger ou ordonner pour chaque acte spécifique aboutissant à une contribution financière.

7.34 Les CE estiment avoir établi l'existence d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* pour chacune des cinq opérations de sauvetage d'Hynix qu'elles contestent.

ii) *Prêt syndiqué*

7.35 Les CE font tout d'abord observer qu'il n'est pas contesté que la KDB et la FSC sont des organismes publics et que la participation de la KDB au prêt constituait donc une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Elles font valoir que, pour ce qui concerne les deux banques privées, la KEB et la KFB, il y avait suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour que l'on puisse conclure que ces banques avaient été chargées d'accorder des prêts à Hynix ou qu'elles avaient reçu l'ordre de le faire. Les CE estiment que la lettre du 28 novembre 2000 émanant du Ministère de l'économie et des finances donnait l'ordre ("*ordered*") à la KEB, et donc la "chargeait" ou lui "ordonnait", de demander le relèvement des plafonds de crédit, y compris au nom de la KDB et de la KFB. Autrement dit, cette lettre faisait plus que simplement recommander ou conseiller à la KEB de solliciter une dérogation.⁴⁹ Les CE sont d'avis qu'il est impossible de dissocier le relèvement des plafonds de crédit de la participation au prêt. Des dispositions préparatoires avaient été prises en prévision du prêt syndiqué avant cette lettre de novembre, mais le prêt n'a été mis en place qu'après les dispositions prises par les pouvoirs publics, lors de la réunion des Ministres de l'économie du 28 novembre, dont les résultats figurent dans la lettre.⁵⁰ La participation des autres banques ne prouve pas la viabilité commerciale de cette participation. Les CE font valoir que les autres banques n'ont simplement pas été visées par l'enquête des CE et qu'à la rigueur, leur participation montre que la politique d'intervention en faveur d'Hynix, "trop grosse pour faire faillite", a réussi. Elle a convaincu les autres banques de participer au prêt, puisque le crédit était un pari sans risque.⁵¹ Pour ces raisons, la participation au prêt syndiqué des sept banques non interrogées ne fournit pas un point de repère

privées ont été chargées ou se sont vu ordonner par les pouvoirs publics de fournir les capitaux nécessaires sous l'égide de la garantie générale fournie par les pouvoirs publics. (Réponse des CE à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 47).

⁴⁶ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 279.

⁴⁷ Réponse des CE à la question n° 4 du Groupe spécial, paragraphe 10.

⁴⁸ Première communication écrite des CE, paragraphes 282 et 283.

⁴⁹ *Id.*, paragraphe 290.

⁵⁰ *Id.*, paragraphes 291 et 292. Les pouvoirs publics ont ainsi "octroyé" ou offert à certaines banques le droit de déroger aux règles prudentielles normales du secteur bancaire. (Première communication écrite des CE, paragraphe 294)

⁵¹ *Id.*, paragraphes 286 et 287.

valable pour établir le caractère raisonnable, du point de vue commercial, de cette participation. Les actions de ces sept banques étaient, en tout état de cause, profondément influencées par les actions des pouvoirs publics à l'égard d'Hynix et à l'égard des marchés coréens de capitaux dans leur ensemble.⁵²

iii) *Garantie de la KEIC*

7.36 Les CE estiment qu'Hynix n'aurait pas été en mesure d'obtenir 600 millions de dollars EU supplémentaires de crédit D/A (ce qui l'a porté de 800 millions à 1,4 milliard de dollars EU) sans la garantie de la KEIC, et ce en raison de la précarité de sa situation financière et du fait que certaines banques avaient déjà atteint leurs limites prudentielles en matière de prêt.⁵³ Les CE font observer que la Corée ne conteste par leur constatation selon laquelle la KEIC est un organisme public et qu'il n'est donc pas besoin de démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne la KEIC. Dans le cas de cet organisme, toutefois, les CE estiment qu'il existe aussi des éléments de preuve selon lesquels les pouvoirs publics lui ont donné l'ordre de procurer une garantie supplémentaire. En outre, les pouvoirs publics eux-mêmes ont garanti le garant, la KEIC, l'assurant que si des problèmes lui étaient causés à l'avenir par la garantie accordée à Hynix, ils lui octroieraient des fonds supplémentaires. En somme, les CE concluent qu'Hynix a pu obtenir la garantie supplémentaire de la KEIC uniquement parce que les pouvoirs publics ont donné un ordre à cet organisme et qu'ils lui ont assuré qu'ils souscriraient à cette garantie. Les CE font valoir que trois lettres, datées du 28 novembre 2000 (émanant du Ministère de l'économie et des finances), du 30 novembre 2000 (émanant du Ministère du commerce) et du 10 janvier 2001 (émanant des trois ministères concernés) contiennent des éléments de preuve clairs et irréfutables de cet ordre donné à la KEIC.

iv) *Programme d'obligations de la KDB*

7.37 Les CE estiment que la KDB est un organisme public et que l'achat d'obligations de société dans le cadre du programme était donc clairement une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Elles relèvent que la Corée ne conteste pas leur détermination selon laquelle la KDB est un organisme public. À leur avis, sur le budget total du programme de 2 900 milliards de won, 1 200 milliards (soit 41 pour cent) ont été utilisés pour acheter des obligations Hynix, somme sur laquelle Hynix a remboursé 280,4 milliards de won dans les conditions prévues par le programme, recevant ainsi une contribution financière de 919,6 milliards de won.

v) *Programme de restructuration de mai 2001*

7.38 Les CE font observer que l'autorité chargée de l'enquête a fondé sa détermination sur la totalité des faits et qu'il ne convient pas d'évaluer la valeur de chaque élément de preuve isolément.

⁵² Réponse des CE à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphe 64. Les CE ont dit ce qui suit:

"Considérons une situation dans laquelle des pouvoirs publics donnent une garantie qui incite une banque à fournir à une société des capitaux à risque qui seront certainement perdus. Il existe, pour l'essentiel, deux manières de voir les choses, qui conduisent, toutes deux, pratiquement au même résultat. Premièrement la garantie proprement dite, sans prime, est une contribution financière, et le montant de la subvention est au moins équivalent aux capitaux dont il est certain qu'ils seront perdus. Deuxièmement, la banque a effectivement été chargée ou s'est vu ordonner d'accorder une subvention, et le montant de la subvention est au moins équivalent aux capitaux dont il est certain qu'ils seront perdus." (Réponse des CE à la question n° 11 du Groupe spécial, paragraphe 62)

⁵³ Première communication écrite des CE, paragraphes 435 à 437.

Les CE notent également que l'autorité était, dans une certaine mesure, obligée d'utiliser les données de fait disponibles en raison de la non-coopération des agents coréens.⁵⁴

7.39 En réponse aux arguments de la Corée, les CE font premièrement observer que l'utilisation d'articles de presse comme éléments de preuve est une pratique courante et admise. Elles affirment qu'en l'espèce, les articles de presse concernant la présence d'un fonctionnaire du FSS à la réunion du Conseil des créanciers venaient d'une source de bonne réputation, spécialisée dans les questions économiques et financières. Les CE considèrent comme important le fait que l'article de presse était daté du jour de la réunion et que l'information était donc toute fraîche. En outre, elles notent que les pouvoirs publics n'ont pas présenté le procès-verbal écrit de cette réunion pour démentir les renseignements donnés dans l'article.⁵⁵ Elles font valoir, par ailleurs, que l'importance des articles de presse doit être replacée dans le contexte de la présente affaire, à savoir que deux tiers des obligations de société ont été achetées par des banques détenues à 100 pour cent par les pouvoirs publics ou dans lesquelles ceux-ci détenaient une participation majoritaire ou décisive. De plus, pour ce qui est des articles de presse concernant les pressions exercées par les pouvoirs publics sur une banque, la banque KorAm, les CE estiment que ces articles montrent clairement la réticence de cette banque et le fait qu'elle n'a, en fin de compte, participé qu'en raison de l'ordre donné par les pouvoirs publics. Ces articles constituant des éléments de preuve de la volonté des pouvoirs publics de faire pression, il n'y a aucune raison de penser que les pouvoirs publics n'avaient pas aussi la volonté et les moyens de faire pression sur les 17 autres banques participant au programme.

7.40 Deuxièmement, les CE soulignent que l'absence d'une autre possibilité de financement sur le marché est un élément très important dans la totalité des faits sur lesquels l'autorité a fondé ses conclusions.⁵⁶ Elles estiment que cette absence est un facteur essentiel qui conforte la conclusion de l'autorité selon laquelle les banques avaient été chargées ou s'étaient vu ordonner de participer à la restructuration, puisque les pouvoirs publics n'auraient pas eu besoin de donner des ordres s'il avait existé une autre possibilité de financement.

7.41 Troisièmement, et dans le même ordre d'idées, les CE font observer que l'existence de contributions financières antérieures est un élément important dans la totalité des faits étant donné le lien temporel et économique étroit unissant les divers événements. Selon elles, il est raisonnable de supposer que les pouvoirs publics tenaient encore à sauver Hynix.

7.42 Enfin, les CE sont d'avis qu'aucune analyse banque par banque n'était nécessaire puisque la totalité des faits montrait qu'il avait eu action d'ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de chacune des banques participant au Programme de restructuration de mai 2001.

vi) *Programme de restructuration d'octobre 2001*

7.43 Les CE estiment que la détermination finale présente suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de leur constatation de l'existence d'une contribution financière en faveur d'Hynix. Elles affirment que le contrôle ou la participation de l'État est un indicateur fort de l'existence d'une action de charger ou ordonner. À cet égard, les CE affirment que quatre des plus gros créanciers d'Hynix, à savoir la KDB, la banque Woori, la banque Chohung et la KEB, étaient détenus soit entièrement, soit très majoritairement par les pouvoirs publics. Des deux créanciers d'importance moindre dans le Programme de restructuration d'octobre, la NACF et la Citibank, l'un (la NACF) est une coopérative

⁵⁴ *Id.*, paragraphe 304.

⁵⁵ Les CE considèrent que le communiqué de presse publié par la FSC peu après la parution de l'article de presse en question et qui contredisait les renseignements figurant dans l'article, montre le degré de connexité qui existait entre le FSS, la FSC et les pouvoirs publics. Les CE concluent que, dans le cas de la FSC, "qui s'excuse, s'accuse".

⁵⁶ Première communication écrite des CE, paragraphes 319 et 320.

créée par une loi spéciale et dirigée conjointement par le Ministère des finances et de l'économie et le Ministère de l'agriculture et de la pêche.

7.44 Dans le cas de deux banques, la banque Woori et la banque Chohung, les CE font observer qu'il y avait des éléments de preuve directs dans le dossier montrant que leurs décisions étaient fondées sur des considérations de politique générale publique plutôt que sur leurs propres considérations commerciales. De l'avis des CE, le fait que la faillite d'une société provoque un choc pour l'économie nationale ne justifierait pas qu'une banque commerciale décide d'injecter de l'argent dans une société sans aucun espoir raisonnable de le récupérer. Les CE affirment que ces facteurs, pris dans leur ensemble, sont suffisants pour démontrer qu'il y a eu action de charger ou ordonner, surtout si l'on tient compte du fait que l'autorité chargée de l'enquête a opéré selon le critère des données de fait disponibles.

7.45 En ce qui concerne l'allégation de la Corée selon laquelle les CE auraient dû tenir compte de ce qu'un certain nombre des banques créancières d'Hynix dans lesquelles les pouvoirs publics détenaient un intérêt substantiel n'ont pas pris part à l'option 1 du Programme de restructuration d'octobre 2001, les CE disent que l'argument de la Corée repose sur la supposition qu'il était raisonnable pour n'importe quelle banque de participer à cette option puisqu'elle leur offrait une chance de pouvoir récupérer leurs pertes. Les CE disent, cependant, qu'il n'était en aucune façon raisonnable, du point de vue commercial, de participer à cette option, quelles que soient les sommes engagées au moment du Programme de restructuration d'octobre 2001. Enfin, les CE estiment que les éléments de preuve de l'existence d'une action antérieure de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics sont pertinents puisqu'ils montrent que les pouvoirs publics étaient engagés et qu'ils le resteraient probablement aussi longtemps qu'il le faudrait pour sauver Hynix.

7.46 En réponse à certains arguments de la Corée concernant chacune des banques participant au programme, les CE affirment que l'autorité n'a pas omis de tenir compte des éléments de preuve concernant la Citibank. En fait, selon elles, ce que la Corée appelle "éléments de preuve" n'est rien d'autre que des déclarations servant son propre intérêt ou des déclarations sous serment n'ayant que peu ou pas de valeur probante. Les CE sont par ailleurs en désaccord avec l'assertion de la Corée selon laquelle la Commerzbank contrôlait les pratiques de la KEB en matière de prêt puisqu'en fait, sur les 20 administrateurs, quatre seulement étaient de la Commerzbank, et que les pouvoirs publics, étant le principal actionnaire, étaient en mesure d'influer sur la désignation des autres administrateurs. Enfin, au sujet de la banque Woori, les CE soulignent que la banque Peace n'existait plus au moment de l'enquête et qu'aucune des parties intéressées n'a présenté d'arguments à l'autorité chargée de l'enquête quant à la nécessité d'examiner la banque Peace. En fait, selon les CE, cette banque avait effectivement été absorbée par les pouvoirs publics en octobre 2001.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.47 L'allégation de la Corée concerne la définition d'une subvention donnée à l'article premier de l'*Accord SMC*, et l'obligation de déterminer l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics prévue à l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* en particulier. La partie pertinente de l'article premier de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

- 1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:
 - a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:
 - i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs

potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);

- ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);
- iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;
- iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics;

(...)

et

- b) si un avantage est ainsi conféré.

- i) *Règle générale concernant l'action de charger ou ordonner énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC*

7.48 L'article 1.1 de l'*Accord SMC* dispose donc qu'une subvention est réputée exister dans le cas où il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public du ressort territorial d'un Membre qui confère un avantage. Les alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) énoncent trois situations qui sont considérées constituer une contribution financière des pouvoirs publics. L'alinéa iv) ajoute qu'une contribution financière peut aussi être considérée avoir été fournie *par les pouvoirs publics* lorsque les pouvoirs publics ont *chargé un organisme privé* de fournir une contribution financière d'un des types énumérés aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, *ou lui ordonnent de le faire*. En d'autres mots, l'*Accord* dispose qu'une contribution financière est considérée avoir été versée par les pouvoirs publics dans les cas où les pouvoirs publics ou un organisme public fournissent, eux-mêmes, une telle contribution financière ou lorsque les pouvoirs publics chargent un organisme privé ou lui ordonnent de le faire.

7.49 À notre avis, il faut donc distinguer deux situations. Si les pouvoirs publics ou un organisme public exécutent l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii), cette action constitue une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*. Si un organisme privé entreprend la même action, il n'y a pas contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*, à moins qu'il ne soit établi que l'organisme privé a été chargé ou s'est vu ordonner par les pouvoirs publics de fournir la contribution financière. Nous notons, à cet égard, que l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* précise que l'expression "les pouvoirs publics" employée dans l'*Accord SMC* s'entend à la fois des pouvoirs publics en tant que tels et de tout organisme public du ressort territorial du Membre. À notre avis, donc, et les parties ne semblent pas en disconvenir, il n'est pas nécessaire de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner dans les cas où il a été établi que la partie fournissant la contribution financière était elle-même un organisme public.

7.50 Cependant, dans les cas où la contribution financière a été fournie par un organisme privé, comme l'autorité chargée de l'enquête a estimé que c'était le cas dans un certain nombre d'occasions en ce qui concerne l'aide apportée à Hynix, les disciplines de l'*Accord SMC* ne s'appliquent pas du fait

qu'il n'y a pas de contribution financière *des pouvoirs publics*, à moins qu'il ne puisse être démontré que l'organisme privé a été chargé par les pouvoirs publics de fournir cette contribution financière où qu'il a reçu l'ordre de le faire. Nous devons donc examiner la portée et le sens exacts des termes "charger" et "ordonner" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

7.51 L'article 3.2 du *Mémoire d'accord* nous prescrit d'interpréter les termes des divers Accords de l'OMC conformément aux "règles coutumières d'interprétation du droit international public". Il s'agit d'une référence aux règles d'interprétation des traités prévues par la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "Convention de Vienne"), notamment ses articles 31 et 32.⁵⁷ Nous examinerons donc le sens ordinaire des termes employés à l'article premier de l'*Accord SMC* dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord.

7.52 Le sens ordinaire du mot "entrust" (charger) est "to give (a person, etc.) the responsibility for a task" (donner (à une personne, etc.) la responsabilité d'accomplir une tâche) ou "to commit the execution of (a task) to a person" (confier à une personne le soin d'exécuter (une tâche)).⁵⁸ Le terme "direct" (ordonner) signifie, entre autres choses, "to give authoritative instructions to; order (a person) to do, (a thing) to be done; order the performance of" (donner des instructions d'une manière impérative à; ordonner (à une personne) de faire, (qu'une chose) soit faite; exiger l'exécution de).⁵⁹ En d'autres termes, le mot "charger" évoque la délégation de l'exécution d'une tâche, et le mot "ordonner" évoque un commandement plus direct, un ordre.⁶⁰ À notre avis, les deux termes contiennent clairement la notion d'imposer une *exigence* ou une *obligation* à la personne qui est chargée d'une tâche ou à qui il est ordonné d'exécuter une tâche. L'organisme privé auquel il est ordonné de fournir une contribution financière ou qui est chargé de le faire agit donc ainsi pour le compte des pouvoirs publics, et ses actions peuvent donc être attribuées aux pouvoirs publics.

7.53 L'emploi de ces termes n'est pas surprenant dans le contexte de l'*Accord SMC* qui, comme les Accords de l'OMC en général, traite du comportement des pouvoirs publics et non du comportement des parties privées. L'article 1.1 a) 1) dispose que le premier élément d'une subvention est une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public". Les quatre alinéas i) à iv) traitent donc du comportement des pouvoirs publics. Les alinéas i) à iii) expliquent ce qu'il faut entendre par contribution financière et l'alinéa iv) traite des situations dans lesquelles la contribution financière a été fournie par un organisme privé, mais agissant en exécution d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics. Dans ce contexte, l'expression "charger ou ordonner" abolit la distance qui sépare les actions des parties privées, qui ne relèvent pas du champ d'application de l'*Accord SMC*, et le comportement des pouvoirs publics auxquels s'appliquent les disciplines de l'*Accord SMC*. En chargeant un organisme privé, ou en lui ordonnant, d'exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii), les pouvoirs publics fournissent une contribution financière, et les actions des parties privées peuvent donc être attribuées aux pouvoirs publics.⁶¹

7.54 S'appuyant sur la formulation du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, la Corée fait valoir qu'il est impératif de démontrer l'existence d'un acte explicite et positif des pouvoirs publics visant une entité particulière pour l'exécution d'une tâche particulière. À

⁵⁷ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, pages 18 et 19.

⁵⁸ The New Shorter Oxford dictionary, Definition, Third edition, p. 831.

⁵⁹ *Id.*, p. 681. Dans le même ordre d'idée, un autre dictionnaire définit le mot "direct" (ordonner) (suivi de l'infinitif, comme c'est le cas dans la disposition en question) de la façon suivante: "to give a formal order or command to" (donner un ordre ou un commandement formel de). (The Concise Oxford Dictionary, Ninth edition, p. 382).

⁶⁰ Nous notons que le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* s'est appuyé sur les mêmes définitions pour arriver à une conclusion semblable. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphes 8.28 et 8.29)

⁶¹ Nous sommes confortés dans notre lecture de l'expression "charger ou ordonner" par le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphes 8.29 à 8.34.

notre avis, les termes spécifiques employés par le Groupe spécial dans cette affaire s'inspiraient des faits de la cause, qui diffèrent entièrement des faits dont nous sommes saisis. En effet, le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a bien précisé que la portée de ses décisions était nettement centrée sur l'ensemble de faits particuliers cités par le Canada, plaignant dans cette affaire, à savoir:

"... une mesure à la frontière se présentant sous la forme d'une loi ou d'un règlement adopté à l'initiative des pouvoirs publics en vue de limiter *expressément* les quantités exportées ou de fixer des conditions *explicites* concernant les circonstances dans lesquelles les exportations sont autorisées, ou qui revêt la forme d'un droit ou d'une taxe imposé par les pouvoirs publics sur les exportations d'un produit et calculé pour limiter les quantités exportées."⁶² (pas d'italique dans l'original)

7.55 Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a ensuite fait observer que c'étaient ces "caractéristiques essentielles" de restriction à l'exportation qui délimitaient la portée des allégations du Canada dans cette affaire et de ses propres décisions concernant ces allégations.⁶³

7.56 Comme ce Groupe spécial, nous comprenons, fondamentalement, les termes "charger" ou "ordonner" comme requérant une action des pouvoirs publics qui oblige un organisme privé à agir d'une manière particulière et, en général, qui renvoie à la situation dans laquelle les pouvoirs publics mènent une politique particulière en agissant par l'intermédiaire d'un organisme. Toutefois, nous ne nous sentons pas tenus par la formulation précise utilisée par le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, dont le contexte factuel est complètement différent. Nous ne nous sentons pas non plus dans la nécessité d'interpréter ce que peut avoir ou n'avoir pas été l'intention de tel groupe spécial en employant les mots qu'il a employés, car notre tâche n'est pas d'interpréter les rapports des groupes spéciaux mais les dispositions de l'*Accord SMC* conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public.

7.57 À cet égard, nous estimons que l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* ne prescrit pas que l'action des pouvoirs publics consistant à charger ou ordonner soit adressée aux organismes privés d'une manière particulière. Il englobe plutôt l'action de charger ou ordonner quelle que soit la forme précise que prend cette action. Comme l'a fait observer le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, il résulte du sens ordinaire des deux mots "charger" et "ordonner" que l'action des pouvoirs publics doit comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner).⁶⁴ De plus, cette délégation ou ce commandement devrait invariablement prendre la forme d'un acte positif. Elle ne doit toutefois pas nécessairement être "explicite". Elle pourrait être explicite ou implicite, informelle ou formelle.⁶⁵ L'essentiel est de pouvoir identifier cette action de charger ou ordonner dans tous les cas de figure factuels. Cela oblige à l'évidence à déterminer, au cas par cas, si l'autorité chargée de l'enquête pouvait raisonnablement

⁶² *Id.*, paragraphe 8.17.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Id.*, paragraphe 8.29.

⁶⁵ À cet égard, nous notons que l'article 1.1 a) 1) iv) perdrait beaucoup de sa signification si un acte "explicite" était requis dans tous les cas. Après tout, cette disposition est censée englober les cas où les pouvoirs publics essaient de mener une politique particulière en agissant par l'intermédiaire d'un organisme privé. En d'autres termes, elle vise à faire en sorte que l'action indirecte des pouvoirs publics ne tombe pas hors du champ d'application de l'*Accord SMC*. Si nous devions limiter le champ d'application de l'article 1.1a)1)iv) aux seuls cas où les pouvoirs publics ont agi d'une manière "explicite", il suffirait que les pouvoirs publics retirent les éléments "explicites" pour pouvoir échapper à leurs engagements en vertu de cette disposition.

avoir conclu sur la base de tous les éléments de preuve pertinents et probants dont elle disposait qu'il existait une telle action de charger ou ordonner.⁶⁶

7.58 Le sens ordinaire des mots "chargent ou ordonnent" est compatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*, discipliner certaines formes, mais pas toutes, de l'action des pouvoirs publics qui faussent le commerce international. À ce titre, l'article 1.1 a) 1) iv) ne devrait pas être lu dans un sens trop large de manière qu'il englobe les actions des organismes privés agissant indépendamment d'une délégation ou d'un commandement des pouvoirs publics. Mais il ne devrait pas non plus être lu dans un sens trop étroit de sorte qu'il permette aux pouvoirs publics d'échapper à leurs obligations en vertu de l'*Accord SMC* en agissant d'une manière indirecte, implicite ou informelle par l'intermédiaire d'organismes privés. À notre avis, le sens ordinaire des termes "chargent ou ordonnent" que nous venons d'exposer dans les paragraphes 55 et 56 concorde parfaitement avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*.

7.59 Nous estimons qu'il est important de distinguer entre la règle de droit qui doit être respectée et les éléments de preuve invoqués pour prouver l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Nous notons que les CE ont attaché beaucoup d'importance au fait que les organismes privés participant aux diverses opérations de restructuration n'agissaient pas d'une manière raisonnable du point de vue commercial. Nous convenons avec elles que, s'il est démontré, ce comportement non commercial peut bien apparaître comme l'indication d'une éventuelle action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il peut donc entrer en ligne de compte comme élément de preuve que les pouvoirs publics ont peut-être chargé ces organismes privés d'agir d'une certaine manière, ou leur ont ordonné de le faire, mais il n'est pas un élément de preuve suffisant de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics en tant que telle. En revanche, il soulève des questions de preuve que l'autorité chargée de l'enquête devra éclaircir afin de déterminer si l'action d'un organisme privé a fait l'objet d'une forme quelconque d'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Autrement dit, l'autorité chargée de l'enquête devra s'assurer que les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner sont probants et déterminants, et il est évident que cela varie d'une affaire à une autre. À cet égard, nous considérons que des éléments de preuve qui démontrent simplement que les pouvoirs publics ont encouragé ou facilité l'investissement privé ne seraient pas suffisants pour conclure que ces actions privées résultent d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il faudra plus que cela.⁶⁷

7.60 Dans l'examen des constatations de l'autorité chargée de l'enquête, la mesure dans laquelle les parties intéressées ont coopéré avec l'autorité est, bien entendu, aussi un élément pertinent dont il faut tenir compte. Dans les cas où certains renseignements essentiels qui ont été clairement demandés par l'autorité chargée de l'enquête ne sont pas communiqués, nous estimons que l'autorité peut tenir compte de ce manque de coopération lorsqu'elle pèse les éléments de preuve et les faits dont elle dispose. La rétention de certains renseignements à l'égard de l'autorité peut être l'élément qui fait pencher la balance d'un certain côté. Selon les circonstances de l'affaire, nous estimons que l'autorité peut être fondée à faire certaines déductions, qui peuvent être défavorables, du défaut de coopérer

⁶⁶ Nous ne sommes pas non plus d'avis que l'*Accord SMC* contienne une obligation de démontrer que l'organisme privé a été chargé ou s'est vu ordonner d'exécuter *une tâche particulière*.

⁶⁷ Nous notons qu'au moment de l'enquête, les CE se sont fixé pour elles-mêmes une règle très semblable pour l'action de charger ou ordonner, comme cela ressort de la détermination finale:

"(15) En ce qui concerne la notion d'"ordre" visée à l'article 2, paragraphe 1, point a) iv), elle se concrétise lorsque les pouvoirs publics **chargent** un organisme privé d'exécuter des fonctions qui sont normalement de leur ressort et que la pratique observée ne diffère pas des pratiques habituellement suivies par ces pouvoirs publics. Il ne **suffit pas de prouver que les pouvoirs publics ont simplement encouragé ou facilité** l'exécution de ces fonctions, bien que cet élément puisse être un facteur à prendre en considération". (pas de caractères gras dans l'original)

avec l'autorité chargée de l'enquête. Nous trouvons pertinente, à cet égard, l'analyse de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* concernant la disposition de l'article 6.8 de l'*Accord antidumping* relative aux données de fait disponibles, très voisine par le texte et le contexte de celle de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, analyse formulée dans les termes suivants:

"Pour achever leurs enquêtes, les autorités chargées de l'enquête sont en droit d'attendre un degré d'effort très important – au "mieux de leurs possibilités" – des exportateurs soumis à enquête. Dans le même temps, cependant, les autorités chargées de l'enquête ne sont pas en droit de soumettre ces exportateurs à des conditions *absolues* ni de leur imposer des charges *déraisonnables*."⁶⁸ (italique dans l'original)

7.61 Nous convenons que cette assertion s'inspirait, au moins en partie, de plusieurs paragraphes de l'annexe II de l'*Accord antidumping*, mais nous estimons qu'un degré de coopération aussi important doit être attendu des parties intéressées dans une enquête en matière de droits compensateurs.⁶⁹ Le fait que l'*Accord SMC* ne contient pas d'annexe semblable n'est pas déterminant puisque le rôle joué par la disposition sur les données de fait disponibles dans une enquête antidumping et dans une enquête en matière de droits compensateurs est le même. L'article 12.7 de l'*Accord SMC* est un élément essentiel des pouvoirs d'enquête limités dont disposent les autorités chargées des enquêtes pour obtenir les renseignements qui leur sont nécessaires pour faire des déterminations correctes. En l'absence du pouvoir d'ordonner la communication de pièces ou d'autres pouvoirs en matière de recueil des éléments de preuve, la possibilité de recourir aux données de fait disponibles et celle aussi, par conséquent, de tirer certaines déductions du défaut de coopération sont cruciales pour inciter les parties intéressées à fournir à l'autorité les renseignements nécessaires.⁷⁰ Si nous devions dénier aux autorités le droit de tenir compte de tels cas de non-coopération des parties intéressées lorsqu'elles étudient et évaluent les faits dont elles disposent, nous viderions effectivement de son sens l'article 12.7 de l'*Accord SMC* et le rendrions inutile. Nous souhaitons ajouter que nous ne voulons pas dire que la non-coopération est un chèque en blanc permettant de simplement fonder une détermination sur des suppositions spéculatives ou sur les renseignements disponibles les plus défavorables. Enfin, la détermination doit être établie sur la base des données de *fait* disponibles, et non sur de simples spéculations. Par conséquent, en l'absence de données de fait permettant d'étayer une conclusion, la non-coopération à elle seule ne suffit pas à justifier que la conclusion soit négative pour la partie intéressée qui n'a pas coopéré avec l'autorité chargée de l'enquête.

7.62 Ayant à l'esprit ce critère, nous allons à présent examiner la détermination des CE concluant à l'existence d'une contribution financière dans chacun des cinq différents programmes en cause. Rappelons à cet égard que nous devons, en vertu de l'article 11 du *Mémoire d'accord*, procéder à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis. Il nous faut pour cela examiner si l'autorité chargée de l'enquête a examiné tous les faits pertinents et si elle a fourni une explication adéquate de la façon dont les faits étayaient la détermination établie. En d'autres termes, la question dont nous sommes saisis est de savoir si, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, les CE sont arrivées à des conclusions motivées et raisonnables quant à l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 102.

⁶⁹ À cet égard, nous voyons une grande ressemblance entre le pouvoir de l'autorité chargée de l'enquête de tirer des déductions du refus de coopérer avec elle et le pouvoir discrétionnaire qu'ont les groupes spéciaux, dans le cadre du règlement des différends à l'OMC, ou différents tribunaux internationaux, dans celui du droit international public, de faire de telles déductions, comme l'a reconnu l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*. (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 202)

⁷⁰ Ainsi, nous sommes en désaccord avec les vues exprimées à cet égard par la Chine dans sa déclaration orale en tant que tierce partie. (Déclaration orale de la Chine en tant que tierce partie, paragraphes 6 à 13.)

7.63 Enfin, nous tenons à ajouter à cet égard que, dans leur détermination finale, les CE ont clairement traité chacun de ces cinq programmes différents comme des mesures distinctes et ont formulé, dans chaque cas, une constatation de l'existence d'une contribution financière et d'un avantage. Nous examinerons donc ces cinq programmes comme des entités distinctes. Nous ne considérons pas qu'il soit approprié de suivre la suggestion qui nous a été faite à plusieurs reprises par les CE de mettre dans un même pot sous l'étiquette "la totalité des faits" les éléments de preuve relatifs aux cinq programmes, puis d'y puiser pour justifier une conclusion de l'existence d'une contribution financière et d'un avantage pour chacun des programmes. Cette approche aurait peut-être pu être retenue si l'autorité chargée de l'enquête avait elle-même traité les cinq programmes comme une seule grande opération de sauvetage d'Hynix.⁷¹ Or, elle ne l'a pas fait, et c'est pourquoi nous examinerons aussi la validité de la détermination des CE à la lumière des éléments de preuve spécifiques sur lesquels elles se sont appuyées pour formuler leurs constatations concernant chacun des cinq programmes de refinancement en cause dans la présente affaire.

ii) Prêt syndiqué

7.64 Le prêt syndiqué a été conçu par Salomon Smith Barney Inc. ("SSB"), conseiller financier d'Hynix, au cours du second semestre de 2000 dans le cadre d'un plan financier destiné à résoudre le problème de "discordance" entre la capacité d'autofinancement d'Hynix et l'ampleur de ses obligations de remboursement des dettes arrivant à échéance en 2001, parfois désigné à l'époque par les termes "les problèmes de liquidité à court terme" d'Hynix. La Citibank a été désignée comme chef de file du prêt syndiqué et elle a organisé des réunions avec les banques coréennes pour présenter son plan dans le courant du mois de décembre 2000. Au total, dix banques ont participé au prêt dont le montant s'élevait à 800 milliards de won sud-coréens⁷²: la Banque coréenne de développement (KDB), la banque Hanvit, la banque Chohung, la Banque de change coréenne (KEB), la Korea First Bank (KFB), la banque Kookmin, Citibank, la banque Shinhan, la banque Hana et la banque KorAm. Les CE ont examiné trois banques, la KDB, la KEB et la KFB et ont estimé que leur participation au prêt syndiqué constituait une contribution financière des pouvoirs publics conférant un avantage à Hynix.

7.65 D'après le dossier, nous concluons que le prêt a été libéré en deux tranches et que le taux d'intérêt des tranches a été fixé au taux des obligations à trois ans non garanties des sociétés notées BBB-, majoré d'une marge correspondant au caractère risqué de ce financement, compte tenu du fort taux d'endettement d'Hynix. L'une des conditions attachées au prêt était qu'Hynix se sépare du groupe Hyundai. Le contrat de prêt stipulait aussi que le montant du prêt devait être utilisé exclusivement pour racheter les obligations déjà émises par la société, refinancer la dette existante ou garantir la liquidité.⁷³

7.66 Les CE ont fait des déterminations quant à l'existence d'une contribution financière en ce qui concerne trois seulement des dix banques participantes, à savoir la KDB, la KFB et la KEB. Le point commun entre ces trois banques était qu'en raison des limites prudentielles en matière de prêt mises en place par les pouvoirs publics après la crise financière coréenne de 1997, elles n'auraient normalement pas pu participer au prêt syndiqué puisqu'elles avaient déjà atteint leurs limites en la matière.⁷⁴ Toutefois, l'article 20(3) du Décret d'application de la Loi bancaire permettait à un organisme public,

⁷¹ Il faudrait cependant que cette manière de voir "une seule et même grande opération de sauvetage", soit mise en regard du fait que la situation financière d'Hynix a radicalement changé (pour le pire) entre l'automne 2000 et l'automne 2001.

⁷² Pour rendre ces montants plus intelligibles, précisons que 800 milliards de won sud-coréens équivalaient alors à 650 millions de dollars EU environ.

⁷³ Détermination préliminaire des CE, paragraphe 27. Cette description des conditions prévues par l'accord de prêt n'a pas été contestée par la Corée.

⁷⁴ L'article 35 de la Loi bancaire coréenne dispose en particulier qu'aucun établissement financier ne peut octroyer de crédits dépassant 25 pour cent de ses fonds propres à une même personne à la fois personne physique et personne morale, ou 20 pour cent à une même personne physique ou personne morale.

la Commission de surveillance financière (FSC), de délivrer aux banques l'autorisation de dépasser ces plafonds "lorsqu'il est admis que cela est inévitable pour le développement industriel (...) ou la stabilité de la vie du pays." Les trois banques susmentionnées ont reçu une telle dérogation de la FSC et ont participé au prêt syndiqué.

7.67 Les CE ont déterminé que l'une de ces trois banques, la KDB, était un organisme public, et sa participation au prêt a donc été considérée comme une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* sans qu'il soit nécessaire d'apporter des éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner.⁷⁵ Pour ce qui est de la KEB et la KFB, qui ont participé au prêt syndiqué à hauteur de 100 millions de won chacune, les CE ont conclu que ces deux banques s'étaient vu ordonner de participer au prêt par les pouvoirs publics qui poursuivaient un objectif de politique générale publique consistant à atténuer les difficultés financières d'Hynix pour des raisons de développement industriel.⁷⁶ Les CE ont ainsi constaté que la participation de ces banques au prêt syndiqué constituait aussi une contribution financière des pouvoirs publics.

7.68 Il nous faudra donc examiner la détermination des CE concernant ces trois banques, la KDB, la KEB et la KFB. Pour l'une d'entre elles, il a été déterminé qu'il s'agissait d'un organisme public, tandis que les deux autres, la KEB et la KFB, ont été considérées comme des organismes privés. Nous commencerons par examiner la détermination de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics dans le cas de l'organisme public, la KDB, faite par les CE. Nous examinerons ensuite leur détermination concernant la KEB et la KFB. À cet égard, nous notons qu'en examinant la question de l'avantage, les CE ont conclu que la contribution de la KFB était négligeable, et sa participation au prêt syndiqué n'a donc pas donné lieu à une mesure compensatoire. Pour cette raison, et conformément aux arguments exposés par la Corée dans les diverses communications qu'elle nous a présentées, notre analyse de la détermination des CE concernant les deux organismes privés, la KEB et la KFB se limitera à la KEB.⁷⁷

7.69 La Corée ne conteste pas la détermination des CE selon laquelle la KDB est un organisme public. Elle ne conteste pas non plus le fait qu'un prêt du type de celui qui a été consenti par la KDB dans ce programme est une pratique des pouvoirs publics comportant un transfert direct de fonds au sens de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Compte tenu de l'analyse que nous venons de faire des prescriptions de l'article premier de l'*Accord SMC*, et de ce que la Corée n'a pas fourni d'éléments *prima facie* indiquant qu'il en était autrement, nous considérons que la constatation des CE selon laquelle la participation de la KDB au prêt syndiqué constituait une contribution financière des pouvoirs publics est compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

7.70 En ce qui concerne les prêts consentis pas les deux établissements financiers qui n'ont pas été considérés comme des organismes publics, la KEB et la KFB, les CE ont justifié leur conclusion selon laquelle ces banques s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics de participer au prêt de la façon suivante:

"(32) Le 28 novembre 2000, le ministère des finances et de l'économie a adressé aux présidents de la Korea Export Insurance Corporation (KEIC) et de la KEB une lettre, signée du ministre lui-même, les informant des conclusions de la discussion sur la façon de "résoudre le problème de liquidités de Hyundai Electronics", question

⁷⁵ Détermination finale, paragraphe 36.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Le montant de l'avantage correspond au dépassement du plafond de prêt par la KDB, la KFB et la KEB. Pour la KFB, ce montant était négligeable. Les sommes fournies par la KDB et la KEB ont été refinancées dans le Programme de restructuration d'octobre 2001. Les contributions de la KDB et de la KEB devant, en tout état de cause, aussi donner lieu à une mesure compensatoire dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001, un droit compensateur unique a été imposé pour les deux mesures afin d'éviter un double comptage.

inscrite à l'ordre du jour de la réunion des ministres économiques qui s'était tenue le jour même. Cette lettre ordonnait à ses destinataires de faire en sorte que les mesures arrêtées soient "pleinement mises en œuvre" et affirmait que ces dernières émanaient du Financial Supervisory Service (FSC). Elle enjoignait la KEB de demander un relèvement des plafonds de crédit au nom des banques créancières, demande qui, d'après les résultats de la discussion entre les ministres économiques, serait accueillie favorablement par la FSC. Ainsi, le ministre a obligé la KEB à demander une augmentation de plafond et la FSC à y accéder.

(33) En décembre 2000, la KEB a demandé l'approbation du relèvement des plafonds de crédit en vue du financement d'Hynix pour son propre compte et pour celui de la Korea First Bank (KFB) et de la KDB. Il était expliqué dans la décision de la FSC que ces banques avaient l'intention d'accorder un prêt syndiqué et des crédits à l'exportation D/A (prêts garantis par des documents contre acceptation) à Hynix. La FSC a approuvé ces demandes au titre de l'article 20(3)1.3. du décret de mise en œuvre de la loi bancaire qui l'autorise à relever les plafonds de crédit "lorsqu'elle le juge inévitable pour le développement industriel ... ou la stabilité de la vie nationale". Il s'agit d'une clause d'intérêt public, ce qui montre que, du point de vue des pouvoirs publics coréens, l'octroi de crédits supplémentaires relevait de l'intérêt public.

(34) Il est observé que, d'après le procès-verbal de la réunion de la FSC au cours de laquelle cette question a été abordée, les membres de la commission ont approuvé le relèvement des plafonds de crédit en vue du financement d'Hynix, car une société de cette taille et de cette importance ne pouvait pas faire faillite. Le procès-verbal explique: "L'industrie des semi-conducteurs est une industrie stratégique. Depuis sa fusion avec LG Semicon en 1999, Hynix représente 20 pour cent du marché mondial des semi-conducteurs et 4 pour cent des exportations coréennes. Elle occupe 24 000 personnes et assure un emploi à plus de 150 000 personnes dans quelque 2 500 autres entreprises. Soutenir le prêt syndiqué et le financement par le mécanisme D/A améliorerait la compétitivité de la Corée au niveau international. En conséquence, la FSC juge bon de relever le plafond afin de promouvoir la politique de l'industrie électronique."

(35) Il est précisé que, sans cette augmentation des limites de crédit, les trois banques susmentionnées auraient été dans l'impossibilité de participer au prêt syndiqué, car, ce faisant, elles auraient enfreint la loi bancaire. En ordonnant à la FSC d'approuver le relèvement des plafonds et à la KEB de le demander, les pouvoirs publics coréens ont effectivement obligé les banques à consentir des prêts qu'elles n'auraient pas pu accorder en vertu de la loi bancaire. Il était évident que les plafonds de crédit devaient être relevés pour financer Hynix. Lorsqu'ils ont été invités à commenter les nouvelles informations faisant apparaître que les pouvoirs publics étaient intervenus pour relever les plafonds, ni les pouvoirs publics ni Hynix n'ont indiqué que cette dernière aurait pu faire appel à une autre source de financement à l'époque des mesures. De plus, aucune de ces deux parties n'a évoqué pareille possibilité à un autre stade de l'enquête.

(36) Conformément aux conclusions exposées aux considérants 55 à 59 du règlement provisoire ici confirmées, la KDB est considérée comme un organisme public au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, du règlement de base. Quant à la KEB et à la KFB, il est estimé que leur participation, pour un montant de 100 milliards de wons sud-coréens (KRW) chacune, au prêt syndiqué est la conséquence de l'intervention des pouvoirs publics coréens lesquels poursuivaient un objectif de politique publique, à savoir l'amélioration de la situation financière difficile d'Hynix pour des raisons de

développement industriel. Il est donc considéré en l'espèce que les pouvoirs publics coréens les ont chargées d'exécuter une fonction qui est normalement de leur ressort. Le rappel de la clause du décret de mise en œuvre de la loi bancaire prouve, en outre, que le relèvement des plafonds de crédit était considéré comme une question d'intérêt public. Par ailleurs, l'intervention des pouvoirs publics montre que l'octroi d'un prêt supplémentaire était une question d'intérêt public, ce type de question relevant du champ d'activité habituel des pouvoirs publics. En conséquence, la participation des banques au prêt syndiqué répond aux critères exposés au considérant 15. Ces mesures constituent donc une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a) i), du règlement de base pour ce qui est de la KDB et de l'article 2, paragraphe 1, point a) iv), du règlement de base pour ce qui est de la KEB et de la KFB." (notes de bas de page omises)

7.71 En somme, les CE ont établi leur constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics à l'égard de la KEB et de la KFB sur la base de trois considérations. Premièrement, elles allèguent que la lettre du Ministère des finances et de l'économie du 28 novembre 2000 enjoint à la KEB de demander un relèvement des plafonds de crédit au nom des établissements financiers créanciers et que, ce faisant, le Ministre a obligé la KEB à demander ce relèvement, et la FSC à accéder à cette demande.⁷⁸ La deuxième considération importante pour les CE était que la FSC a accordé la dérogation au plafonnement du crédit sur la base de la disposition relative à l'intérêt public de l'article 20(3) du Décret d'application de la Loi bancaire.⁷⁹ Enfin, les CE soulignent l'importance cruciale de cette dérogation puisque les trois banques en question n'auraient pas été en mesure d'accorder un prêt en son absence.⁸⁰ Leur conclusion générale a donc été la suivante:

"En ordonnant à la FSC d'approuver le relèvement des plafonds et à la KEB de le demander, les pouvoirs publics coréens ont effectivement obligé les banques à consentir des prêts qu'elles n'auraient pas pu accorder en vertu de la loi bancaire."⁸¹

7.72 Nous commencerons par examiner la lettre du 28 novembre 2000 à laquelle les CE attachaient une importance particulière pour établir leur constatation de l'existence d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la KEB.⁸² Cette lettre, signée du Ministre des finances et de l'économie et envoyée à l'attention des présidents de la KEIC et de la KEB dit ceci:⁸³

"Vous trouverez ci-joint les résultats des discussions visant à résoudre le problème de liquidités d'Hyundai Electronics, qui font partie des sujets à l'ordre du jour de la réunion des ministres de l'économie tenue ce jour (mardi 28 novembre). Veuillez veiller à ce qu'ils soient pleinement mis en œuvre."

⁷⁸ Détermination finale, paragraphe 32.

⁷⁹ *Id.*, paragraphe 33.

⁸⁰ *Id.*, paragraphe 35.

⁸¹ *Ibid.* De l'avis des CE, le fait que ces banques se soient vu ordonner de participer au prêt est aussi corroboré par la situation financière désastreuse d'Hynix, telle que l'a décrite une partie intéressée contestant la détermination préliminaire négative de l'existence d'une subvention:

"Une partie intéressée a avancé qu'Hynix n'était pas solvable à l'époque des mesures et que seule une intervention des pouvoirs publics coréens pouvait expliquer la décision des créanciers de lui accorder un nouveau prêt." (Détermination finale, paragraphe 29).

⁸² La preuve en est que, dans leur détermination préliminaire, les CE ont conclu que la participation des banques au prêt syndiqué était conforme aux conditions du marché. La seule différence importante entre la détermination préliminaire négative et la détermination finale positive à cet égard semble avoir été la découverte de cette lettre, comme le révèle le paragraphe 30 de la détermination finale.

⁸³ Document of 28 November 2000 from the Ministry of Finance and Economy to the KEIC and KEB (the "28 November letter"). (**Pièce n° 3 des CE**)

7.73 À la partie pertinente de la pièce jointe, intitulée "Results of Discussion at the Economic Ministers' Meeting (28 Nov.) (Measures to alleviate the cash crunch of Hyundai Electronics: Initiated by the Financial Supervisory Service)" (Résultats des discussions tenues à la réunion des ministres de l'économie (28 novembre) (Mesures visant à résoudre le problème de liquidités de Hyundai Electronics: mesures à l'initiative du Service de surveillance financière), il est dit ceci:

"Pour ce qui est de la question de (lever) les plafonds applicables aux crédits consentis au même emprunteur en liaison avec le prêt syndiqué en won, obtenir une résolution d'approbation spéciale de la Commission de surveillance financière à la demande de la Banque de change coréenne représentant les établissements financiers créanciers."

7.74 À notre avis, cette lettre, et sa pièce jointe, révèlent que les ministres de l'économie avaient décidé de prendre certaines mesures pour alléger ce qu'il était convenu d'appeler le problème de liquidités de Hyundai Electronics/Hynix. L'une des actions décidées était d'obtenir une approbation spéciale de la FSC pour lever les plafonds de crédit à la demande de la KEB. Il est clair que la décision qui a été prise était donc de demander à l'organisme public qu'est la FSC de lever les plafonds de crédit lorsque la demande lui en serait faite par la KEB.

7.75 Les CE ont conclu que cette lettre était un élément prouvant clairement que les pouvoirs publics ordonnaient à la KEB de demander à la FSC une dérogation au plafond de crédit et que la KEB avait été informée qu'elle recevrait une réponse positive à une telle demande. L'étape suivante du raisonnement des CE est qu'en ordonnant à la KEB de demander une dérogation et en ordonnant à la FSC d'approuver la dérogation, la Corée avait effectivement ordonné à la KEB d'accorder les prêts d'une façon qu'elle n'aurait pas, autrement, été en mesure de le faire en vertu de la législation bancaire coréenne.

7.76 En examinant cette lettre, nous trouvons très important que la lettre des pouvoirs publics et sa pièce jointe aient été adressées directement à la KEB. Les pouvoirs publics demandent à la KEB de veiller à ce que les résultats des discussions visant à alléger le problème de liquidités d'Hyundai Electronics/Hynix, présentés dans la pièce jointe, soient "pleinement mis en œuvre". Le titre même de la pièce jointe fait mention des "mesures visant à alléger le problème de liquidités d'Hyundai Electronics". À notre avis, le fait que cette lettre a été envoyée à la KEB peut raisonnablement se comprendre comme signifiant que les pouvoirs publics demandaient à la KEB de contribuer à la mise en œuvre des mesures visant à alléger le problème de liquidités d'Hynix qui avaient été arrêtées par les trois ministres de l'économie. En même temps, nous reconnaissons que le texte de cette lettre et de sa pièce jointe pourrait être interprété plus étroitement, comme imposant à la KEB *de seulement demander* une dérogation au plafond de crédit, et non lui imposant de fournir une contribution financière en participant au prêt. Cependant, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire, nous ne trouvons pas déraisonnable que les CE aient conclu que cette lettre exigeait effectivement de la KEB qu'elle participe au prêt syndiqué.

7.77 Nous notons qu'un élément important dans l'évaluation de cet élément de preuve par les CE était le fait que les pouvoirs publics avaient omis de communiquer la lettre et les autres renseignements concernant la réunion des ministres de l'économie à l'autorité chargée de l'enquête. C'est ce qu'indique le paragraphe 30 de la détermination finale.

(30) Depuis la publication du règlement provisoire, la Commission a obtenu de nouvelles informations sur l'ordre donné par les pouvoirs publics à la FSC de relever les plafonds de crédit de certaines banques participant au prêt syndiqué. Les conclusions provisoires de la Commission concernant cette mesure demandent donc à être réexaminées en conséquence. Les parties intéressées, à savoir Hynix et les

pouvoirs publics coréens, ont été invitées à commenter ces nouvelles informations et leurs observations ont été prises en compte."⁸⁴

7.78 Nous rappelons que, dans leur détermination finale, les CE ont clairement indiqué qu'elles avaient dûment tenu compte, en évaluant les faits, de ce que certaines parties n'avaient pas pleinement coopéré avec l'autorité chargée de l'enquête.

"(16) Lors de la détermination de l'existence d'un organisme public ou d'un ordre des pouvoirs publics, la charge de la preuve en cas de conclusion positive incombe aux autorités chargées de l'enquête. Ces dernières doivent fonder leur conclusion sur des éléments de preuve positifs en tenant compte de l'ensemble des éléments du dossier à leur disposition et en les évaluant au regard des considérations présentées ci-dessus. Lorsqu'elles apprécient ces données, elles doivent dûment tenir compte, conformément à l'article 28 du règlement de base, du fait que certaines parties ne coopèrent pas pleinement à l'enquête, ce qui les oblige parfois à utiliser des informations provenant d'autres sources. Il est apparu, en l'espèce, que les pouvoirs publics coréens n'ont pas communiqué un certain nombre de documents concernant les réunions sur l'avenir d'Hynix. De plus, ils n'ont pas informé la Commission de la tenue de ces réunions, alors même que cela leur avait été clairement demandé dans le questionnaire et lors de la visite de vérification. Les pouvoirs publics ont été informés des conséquences d'un défaut de coopération conformément à l'article 28, paragraphes 1 et 6, du règlement de base. Face à ce manque de coopération, il a fallu non seulement prendre en compte les documents utiles des pouvoirs publics coréens transmis par d'autres parties, mais aussi les informations provenant de sources secondaires, notamment de la presse coréenne. Ces informations ont été examinées avec la plus grande circonspection, l'occasion a été donnée aux pouvoirs publics coréens et à Hynix de les commenter et, autant que possible, elles ont été recoupées avec des informations d'autres sources indépendantes."⁸⁵

7.79 Comme nous l'expliquons en détail dans notre section traitant des allégations de la Corée au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, nous estimons que l'autorité chargée de l'enquête était fondée à conclure que ces renseignements ne lui avaient pas été communiqués, en dépit des demandes qu'elle avait clairement formulées à cet effet. Nous n'acceptons pas l'argument de la Corée disant qu'elle n'avait pas compris que la demande générale de renseignements des CE incluait la communication de cette lettre et d'autres renseignements s'y rapportant. C'est uniquement parce que Micron, l'un des producteurs de DRAM des CE, avait inclus cette lettre dans ses observations sur la détermination préliminaire que l'autorité chargée de l'enquête a eu connaissance de la lettre et de sa pièce jointe. Autrement dit, nous constatons que la Corée n'a pas coopéré avec les CE à cet égard, et que celles-ci étaient donc en droit de faire leur détermination sur la base des données de fait disponibles. En l'espèce, les données de fait sont, en fin de compte, devenues disponibles grâce aux renseignements communiqués par Micron.

7.80 Il n'est, à notre avis, pas déraisonnable qu'une autorité chargée de l'enquête interprète les renseignements qui lui ont été dissimulés en tenant compte de cette non-coopération. En d'autres termes, lorsque les renseignements sont susceptibles d'être compris de plus d'une manière, nous pouvons admettre que le défaut de coopération avec l'autorité soit un élément important qui fasse pencher la balance du côté de l'interprétation moins favorable à la partie intéressée qui a dissimulé les renseignements. Nous rappelons, à cet égard, que la possibilité de recourir aux données de fait disponibles, prévue à l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, est la seule que les autorités chargées de l'enquête aient pour obtenir les renseignements nécessaires, en l'absence de pouvoir d'ordonner la

⁸⁴ Détermination finale, paragraphe 30.

⁸⁵ *Id.*, paragraphe 16.

communication de pièces ou d'autres pouvoirs. Cela implique que, si ce "bâton" doit avoir un sens en forçant les parties intéressées à communiquer les renseignements nécessaires, le fait de ne pas les communiquer doit être accepté comme un facteur pertinent dans l'évaluation des éléments de preuve, si ceux-ci sont communiqués ultérieurement par une autre partie. En même temps, nous nous empressons d'ajouter que nous sommes d'avis que les données de fait disponibles ne devraient pas être utilisées comme une punition et que la non-coopération ne permet pas à une autorité chargée de l'enquête de simplement faire usage des renseignements disponibles qui conduisent au résultat le plus défavorable possible pour la partie intéressée qui n'a pas fourni ces renseignements. En définitive, la détermination doit rester fondée sur les données de fait qui sont disponibles, et non sur de simples déductions. Mais ce n'est pas parce que les données de fait disponibles ne devraient pas être utilisées d'une manière punitive que le défaut de coopération est totalement dénué de pertinence pour peser et évaluer les renseignements dont dispose l'autorité.

7.81 Nous rappelons que notre critère d'examen nous impose d'examiner si une autorité chargée de l'enquête raisonnable aurait pu, en se fondant sur les faits à sa disposition, arriver à ces conclusions, et, donc, si les CE ont fourni une explication motivée et adéquate de la façon dont les faits étayaient leur détermination. Il ne nous appartient pas de faire un examen *de novo* de la lettre ni, cependant, de faire preuve d'une déférence totale à l'égard de l'autorité chargée de l'enquête.

7.82 À notre avis, compte tenu du fait que ces renseignements ont été manifestement dissimulés, à savoir que la lettre obligeait la KEB à demander une dérogation au plafond du crédit et l'informait que cette dérogation serait accordée, il n'était pas déraisonnable de la part de l'autorité chargée de l'enquête de conclure que la KEB avait, effectivement, été obligée de participer au prêt syndiqué. Nous trouvons raisonnable la conclusion selon laquelle les pouvoirs publics, en obligeant la KEB à demander que soit levé le dernier obstacle à sa participation au prêt (c'est-à-dire le plafond de crédit), faisaient en réalité savoir à cette banque qu'elle n'avait aucune excuse pour ne pas participer au prêt syndiqué. Autrement dit, il est raisonnable de voir dans cette lettre la démonstration du fait que les pouvoirs publics attendaient de la KEB qu'elle participe au prêt, et donc qu'ils lui ordonnaient de le faire. Nous estimons pertinent, à cet égard, l'argument des CE selon lequel la KEB n'aurait pas eu la possibilité, en vertu du droit coréen, de prêter 100 millions de won à Hynix, comme elle l'a fait dans le cadre du prêt syndiqué, sans la dérogation au plafond du crédit de la FSC. En l'absence de faits additionnels tels que la dissimulation de renseignements, cet élément n'impliquerait pas nécessairement, en lui-même et à lui seul, que les pouvoirs publics aient effectivement chargé la KEB de fournir ces fonds à Hynix ou lui aient donné l'ordre de le faire, mais, à l'évidence, c'est un facteur dont il faut tenir compte lorsque l'on examine et évalue un élément de preuve direct de l'existence d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics, telle cette lettre, et ce d'autant plus que, dans la présente affaire, la lettre a été dissimulée à l'autorité.

7.83 De même, nous estimons pertinent le fait que la FSC a approuvé la dérogation pour des raisons d'intérêt public. En fait, nous remarquons qu'aussi élevé que semble être le seuil autorisant la levée du plafond légal du crédit, à savoir lorsque celle-ci est "inévitabile pour le développement industriel (...) ou la stabilité de la vie du pays", il a pourtant été jugé atteint dans le cas des trois banques en question. Cela montre encore clairement que les pouvoirs publics étaient particulièrement soucieux d'essayer d'aider Hynix et qu'ils considéraient la survie de la société comme étant dans l'intérêt public de la Corée. Bien que cet élément de preuve puisse ne pas être, en lui-même et à lui seul, suffisant pour établir que les pouvoirs publics ont chargé la KEB de participer au prêt syndiqué ou lui ont ordonné de le faire, il conforte, à notre avis, la position des CE selon laquelle il était raisonnable de comprendre cette lettre comme obligeant la KEB à participer au prêt. Le fait que la lettre a été dissimulée à l'autorité fait encore pencher la balance en faveur de la conclusion générale des CE quant à l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics.

7.84 En somme, compte tenu des circonstances propres à l'affaire et du défaut de coopération évident de la Corée pour ce qui est de communiquer des renseignements manifestement nécessaires,

nous estimons raisonnable que les CE ait conclu que la Corée avait ordonné à la KEB de participer au prêt syndiqué. Pour ces raisons, nous constatons que la détermination des CE quant à l'existence d'une contribution financière versée par la KEB à Hynix était compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

iii) *Garantie de la KEIC*

7.85 La seconde action dont il a été constaté qu'elle constituait une subvention était l'octroi d'une garantie de la Société coréenne d'assurance à l'exportation (KEIC), agence officielle de crédit à l'exportation de la Corée. La KEIC assure et garantit les exportations pour gérer le risque associé aux opérations à l'étranger. En janvier 2001, 14 banques créancières d'Hynix ont relevé le plafond du crédit à l'exportation D/A (documents contre acceptation) consenti à Hynix, qui est passé de 800 millions à 1,4 milliard de dollars EU, soit une augmentation de 600 millions de dollars EU. La KEIC a fourni l'assurance du crédit à l'exportation à court terme du crédit supplémentaire D/A pour ce qui concerne la transaction entre Hynix et ses filiales étrangères. En d'autres termes, Hynix reçoit le paiement prévu pour la transaction à l'exportation des banques concernées qui sont en possession des documents D/A. L'importateur affilié du pays de destination effectue ensuite le paiement des marchandises visées directement auprès des banques en échange des documents D/A. Hynix paie une prime à la KEIC pour la garantie et un intérêt aux banques concernées pour les sommes D/A retirées jusqu'à la réalisation du paiement final par l'importateur. L'assurance de la KEIC couvre les sommes dues aux banques qui ne peuvent être recouvrées en raison de la faillite de l'exportateur ou de l'importateur.

7.86 Dans leur détermination finale, les CE ont constaté que la garantie de la KEIC constituait une contribution financière des pouvoirs publics et ont conclu ce qui suit:

"(45) Ainsi, la garantie a été accordée par la KEIC sur injonction des pouvoirs publics lesquels poursuivaient un objectif de politique publique, à savoir l'amélioration de la situation financière difficile d'Hynix pour des raisons de développement industriel. En conséquence, bien qu'elle soit un organisme public, la KEIC a été spécifiquement chargée par les pouvoirs publics d'exercer une fonction qui est normalement de leur ressort en suivant des pratiques qui leur sont propres. La garantie constitue donc une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a) iv), et de l'article 2, paragraphe 1, point a) i), du règlement de base. Cette garantie a conféré un avantage à Hynix, car sans elle, la société n'aurait pas pu bénéficier de la rallonge de 600 millions de dollars des États-Unis (USD) du mécanisme D/A. Par ailleurs, le fait que les pouvoirs publics ont donné à la KEIC l'assurance qu'elle serait indemnisée en cas de défaillance montre bien que la prime versée par Hynix ne permettait pas de couvrir le risque encouru par la KEIC en garantissant l'extension du mécanisme D/A et constitue donc un acte non commercial. Les pouvoirs publics ont effectivement garanti le risque de défaillance de la part d'Hynix sans rien exiger en échange. Il ressort des informations disponibles que, sans cette garantie, les banques n'auraient pas accordé le mécanisme D/A. De plus, rien n'indique qu'Hynix aurait pu obtenir un financement comparable auprès d'autres sources. Il est donc considéré que le cautionnement de la garantie, sans qu'une prime adéquate y soit associée, a conféré un avantage à Hynix au sens de l'article 2, paragraphe 2, du règlement de base. Conformément aux dispositions de l'article 6, point c), du règlement de base, comme aucun prêt commercial comparable n'aurait pu être obtenu sans la garantie, le cautionnement de la rallonge du mécanisme D/A constitue effectivement une subvention. L'avantage conféré à Hynix et, partant, le montant de la subvention correspondent au montant de cette rallonge, soit 600 millions de dollars des États-Unis (USD)."

7.87 Les CE ont estimé que la KEIC était un organisme public.⁸⁶ Elles ont par ailleurs constaté que la KEIC fournissait une garantie sous forme d'assurance à l'exportation qui comportait un transfert direct ou un transfert direct potentiel de fonds et constituait donc une contribution financière. La Corée ne conteste pas la détermination des CE selon laquelle la KEIC était un organisme public. Elle conteste seulement le fait que c'est le crédit D/A supplémentaire de 600 millions de dollars EU, et non la garantie elle-même, qui a fait l'objet d'une mesure compensatoire des CE. En outre, elle fait observer que le fait qu'un crédit D/A supplémentaire de 600 millions de dollars EU a été accordé par les banques n'implique pas forcément que cette somme ait été effectivement versée à Hynix. Nous estimons que ces arguments se rapportent à l'avantage et au calcul du montant de la subvention plutôt qu'à la question de l'existence d'une contribution financière dont nous nous occupons ici. Il ressort clairement de la détermination finale des CE que ce qui était considéré par les CE comme contribution financière était la garantie de la KEIC. La fourniture d'une garantie de cette sorte comportant un transfert direct potentiel de fonds, nous estimons que cette garantie constituait une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Étant donné qu'il a été constaté que la KEIC est un organisme public, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de constater de surcroît que la KEIC a été chargée ou s'est vu ordonner par les pouvoirs publics de fournir la garantie. Par conséquent, nous considérons que la constatation des CE selon laquelle la KEIC a fourni une contribution financière à Hynix n'était pas incompatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

iv) *Programme d'obligations de la KDB*

7.88 Le troisième programme dont il a été constaté qu'il constituait une subvention accordée par la Corée était le Programme d'obligations de la KDB au bénéfice duquel Hynix a été admise le 4 janvier 2001. Il s'agissait d'un programme qui a essentiellement duré une année (2001) et qui a été mis en place par les pouvoirs publics pour faire face à l'instabilité financière qui régnait en Corée parce qu'une grande quantité d'obligations émises par quelques sociétés (y compris Hynix) devaient arriver à échéance simultanément. Dans le cadre de ce programme, la dette arrivant à échéance a été refinancée et a fait l'objet d'une nouvelle présentation à l'intention des investisseurs. Une société participante a remboursé par ses propres moyens 20 pour cent de ses obligations qui arrivaient à échéance et la KDB s'est chargée des 80 pour cent restants. Cela constituait la première phase du programme. Sur les 80 pour cent initialement pris en charge par la KDB, 20 pour cent des obligations ont été ensuite vendues aux banques créancières de la société proportionnellement à leurs engagements auprès de la société; 70 pour cent ont fait l'objet d'une nouvelle présentation pour être vendues aux investisseurs en tant qu'obligations garanties ("CBO") et/ou prêts garantis ("CLO"), garanties par le Fonds coréen de garantie de crédit ("KCGF")⁸⁷; et la KDB a conservé les 10 pour cent restants. La société participante a dû racheter au moins 3 pour cent des CBO et 5 pour cent des CLO.⁸⁸

7.89 Nous notons que pour être placées dans le cadre du programme, les sociétés devaient être désignées par la principale banque créancière et avaient besoin de l'approbation du Conseil des établissements financiers créanciers ("CFIC"), sur la base d'une évaluation de leur avenir financier. Le CFIC était composé de représentants du KCGF, de la KDB et de 17 autres banques créancières.⁸⁹ C'est le CFIC qui décidait en dernier ressort de la participation au programme. Si les banques détenant 75 pour cent des créances de la société approuvaient la participation de la société au programme, le CFIC considérait que la décision était unanime. Pour être placées dans le cadre du programme, il fallait que les sociétés puissent rembourser 20 pour cent de leurs obligations arrivant à échéance, qu'elles régularisent leurs opérations commerciales au moyen d'un plan de sauvetage,

⁸⁶ Détermination finale, paragraphe 42; détermination préliminaire, paragraphe 32.

⁸⁷ Les CBO et les CLO sont des titres cautionnés par des éléments d'actifs qui sont vendus à des fonds d'investissement.

⁸⁸ Détermination préliminaire, paragraphes 47 et 48.

⁸⁹ *Id.*, paragraphe 49.

qu'elles aient une cote de crédit inférieure à A mais supérieure à BB et qu'elles acceptent toute modification de la majorité du capital détenu demandée par les banques créancières, ou le remplacement de la direction en cas d'insolvabilité. Hynix a été admise au bénéfice du programme le 4 janvier 2001 avec une cote de crédit de BBB-. Six sociétés au total ont été admises, dont quatre, y compris Hynix, faisaient partie du groupe Hyundai.⁹⁰ Les CE ont constaté que l'achat des obligations par la KDB dans le cadre de ce programme constituait une contribution financière des pouvoirs publics qui conférait un avantage à Hynix.

7.90 Les CE ont constaté que la KDB était un organisme public. Elles ont considéré que la KDB était non seulement détenue à 100 pour cent par les pouvoirs publics, mais qu'elle était aussi chargée d'une mission spécifique de politique publique qui l'obligeait à exécuter les politiques normalement suivies par les pouvoirs publics, définies dans la Loi sur la KDB. Comme, au titre de son Programme d'obligations, la KDB a d'abord acheté toutes les obligations arrivant à échéance avant d'en refinancer la plupart, les CE ont conclu que cet achat d'obligations de société constituait une contribution financière – un transfert direct de fonds – d'un organisme public.⁹¹

7.91 Nous notons que la Corée ne conteste pas la détermination des CE selon laquelle la KDB est un organisme public. Elle ne semble pas non plus contester que l'achat d'obligations de société constitue un transfert direct de fonds et donc une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Cependant, la Corée fait valoir que beaucoup de créanciers autres que la KDB étaient également concernés et que les CE n'ont pas établi qu'il y avait action de charger ou ordonner en ce qui concerne ces créanciers.⁹² Nous estimons qu'il ne s'agit pas d'une considération pertinente puisque c'est l'organisme public KDB qui a d'abord fourni un transfert direct de fonds à Hynix en achetant 80 pour cent des obligations Hynix. C'est la contribution financière qui a été remise à Hynix et c'est la contribution financière dont les CE ont constaté qu'elle avait été accordée à Hynix. La question de savoir si le coût intégral de cette contribution financière a été supporté ou non par l'organisme public KDB n'est pas pertinente pour déterminer l'existence de la contribution financière. Nous considérons donc qu'il n'était pas nécessaire que les CE établissent que les autres banques qui avaient participé au programme et acheté des obligations s'étaient vu charger ou ordonner de le faire par les pouvoirs publics.

7.92 Nous ne considérons pas non plus comme pertinent le fait que le programme ne comportait pas l'octroi de nouveaux fonds, mais simplement un refinancement des obligations existantes, comme l'a fait valoir la Corée. L'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* dispose qu'il y a une contribution financière lorsqu'une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds, comme dans le cas d'un don, d'un prêt et d'une participation au capital social, par exemple. L'achat d'obligations de société est un tel transfert direct de fonds, et constitue donc une contribution financière. Enfin, nous estimons que l'argument de la Corée, selon lequel la décision des créanciers de faire bénéficier Hynix du Programme d'obligations de la KDB était fondée sur des considérations d'ordre commercial, n'est pas pertinent pour déterminer l'existence d'une contribution financière d'un organisme public au sens de l'*Accord SMC*.

⁹⁰ *Id.*, paragraphes 49 à 52. Les CE indiquent que le budget du programme était à 6,2 billions de won sud-coréens, dont 2,9 billions étaient destinés à Hynix; les sommes dépensées ont été finalement de 2,9 billions de won sud-coréens, dont 1,2 billion (41 pour cent) pour Hynix et 38 pour cent ont été affectés aux trois autres sociétés du groupe Hyundai.

⁹¹ *Id.*, paragraphe 59. Selon les CE, sur le budget total du programme s'élevant à 2,9 billions de won sud-coréens, 1,2 billion (41 pour cent) a été utilisé pour acheter des obligations Hynix, dont Hynix a remboursé 280,4 milliards conformément aux conditions du programme, recevant ainsi une contribution financière de 919,6 milliards de won sud-coréens.

⁹² Première communication écrite de la Corée, paragraphe 455.

7.93 À notre avis, la détermination des CE selon laquelle l'achat d'obligations de société par un organisme public comme la KDB était une contribution financière était compatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

v) *Programme de restructuration de mai 2001*

7.94 Le quatrième programme sur lequel les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'une subvention est la restructuration de mai 2001 et l'achat d'obligations convertibles, en particulier. En mars 2001, 17 banques créancières d'Hynix ont établi le Conseil des établissements financiers créanciers ("CFIC"), et, en avril 2001, le conseiller financier d'Hynix, SSB, a élaboré un autre plan de recapitalisation pour Hynix. En mai 2001, trois mesures ont été décidées: une injection de capitaux frais dans Hynix au moyen de l'émission de certificats représentatifs de titres ("GDR") à hauteur de 1,3 billion de won sud-coréens; un prolongement des échéances de la dette à court et à long terme (refinancement de la dette); et l'achat par les banques créancières d'obligations convertibles d'une valeur de 1 billion de won sud-coréens. Les créanciers ont accepté de soutenir cette restructuration financière à condition que l'émission de GDR sur les marchés de capitaux internationaux soit un succès. Dans la négative, la prolongation des échéances serait annulée et les obligations convertibles seraient rachetées par Hynix. En outre, il fallait que les fonds obtenus par l'émission d'obligations convertibles soient conservés sur un compte bloqué et ne puissent être utilisés que pour le remboursement des obligations de société arrivant à échéance au premier semestre de 2002. À la mi-juin 2001, Hynix a levé 1,25 milliard de dollars EU dans le cadre de l'émission de GDR et, le 20 juin 2001, comme convenu, les banques créancières ont acheté les obligations convertibles en proportion de leurs engagements au 30 novembre 2000, et la dette à court et à long terme a été refinancée pour une période d'une à quatre années.⁹³ Les CE ont frappé de droits compensateurs l'achat des obligations convertibles, dont elles ont constaté qu'il constituait une contribution financière des pouvoirs publics qui conférait un avantage à Hynix.

7.95 Dans la détermination finale, les CE concluent que les banques créancières qui ont participé au Programme de restructuration de mai 2001 s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics d'acheter les obligations, et que cet achat constituait donc une contribution financière. Lorsqu'elles parviennent à cette conclusion, les CE soulignent l'importance du fait que des renseignements essentiels concernant la présence de représentants du Service de surveillance financière ("FSS")⁹⁴ et de la FSC à la réunion du Conseil des créanciers du 10 mars ont été dissimulés aux autorités des CE bien qu'elles aient explicitement demandé d'être informées de toute participation des pouvoirs publics à la restructuration et de toute participation des pouvoirs publics aux réunions des banques créancières. Face à ce comportement non coopératif, couplé au fait que le représentant de la FSC n'était pas un fonctionnaire quelconque mais son vice-président, les CE ont été amenées à conclure que les banques créancières avaient reçu l'ordre de participer au Programme de restructuration de mai 2001 et d'acheter les obligations convertibles.⁹⁵

⁹³ Détermination préliminaire, paragraphes 40 et 41.

⁹⁴ Le FSS est un organisme public dont la tâche principale est d'exercer une surveillance financière sous l'autorité de la FSC. Les CE ont considéré que le FSS était un organisme public. (Détermination finale, paragraphe 40)

⁹⁵ Dans leur détermination finale, les CE ont formulé leur conclusion de la manière suivante:

"(94) À la suite de la divulgation de cette information aux parties intéressées, ces dernières ont admis qu'un représentant du FSS avait assisté à une réunion et que la FSC et le FSS avaient entretenu des contacts avec les banques par la suite. Il a été expliqué que ce représentant était présent en qualité d'observateur et de témoin des engagements antérieurs des banques et non pour influencer les banques créancières pour intervenir dans leur décision d'accorder de nouveaux crédits aux sociétés du groupe Hyundai. Il a également été déclaré que les "appels téléphoniques ultérieurs" entre le FSS et la FSC, d'une part, et les banques créancières, d'autre part, s'inscrivaient dans l'exercice des fonctions de contrôle prudentiel normalement dévolues

7.96 La question dont nous sommes saisis est donc de savoir si les CE ont tiré une conclusion raisonnable et motivée sur la base des données factuelles dont elles disposaient lorsqu'elles ont constaté que les banques créancières qui avaient acheté ces obligations s'étaient vu ordonner de le faire par les pouvoirs publics. La réponse à cette question déterminera si la constatation des CE, selon laquelle l'achat des obligations convertibles d'une valeur de 1 billion de won sud-coréens par les banques créancières constituait une contribution financière des pouvoirs publics, était compatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. Nous rappelons qu'à notre avis, une contribution financière existe dans le cas où un transfert direct de fonds, direct ou potentiel, comme l'achat d'obligations convertibles, est fait par les pouvoirs publics ou un organisme public, ainsi que dans le cas où ce résultat est obtenu du fait que les pouvoirs publics chargent un organisme privé de fournir ces fonds ou lui ordonnent de le faire. Dans la mesure où il existe des banques dont le statut d'organisme public n'est pas contesté et qui ont participé au Programme de restructuration de mai 2001, nous estimons qu'il ne serait pas nécessaire de formuler une constatation additionnelle selon laquelle ces banques se sont vu charger ou ordonner de participer par les pouvoirs publics. Cependant, en ce qui concerne la participation des banques privées, l'autorité chargée de l'enquête ne pourra constater l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics que si elle a établi que ces organismes privés se sont vu charger ou ordonner d'acheter les obligations convertibles par les pouvoirs publics.

7.97 Nous notons que, dans la détermination préliminaire, les CE ont considéré qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve suffisants pour conclure qu'il était déraisonnable, du point de vue commercial, que les banques participent au Programme de restructuration de mai 2001.⁹⁶ Dans la détermination finale, cependant, les CE ont considéré que cette conclusion devait être réexaminée compte tenu des renseignements nouveaux provenant de sources secondaires, dont des articles de presse selon lesquels des contacts avaient été pris entre les banques et des fonctionnaires de la FSC/du FSS. Comme le disent les CE dans leur détermination finale:

"[i]l ... a été impossible [aux parties] de ... réfuter [ces renseignements nouveaux]. En fait, les parties ont expressément admis que des représentants du FSS avaient bien assisté à la réunion du 10 mars 2001 et entretenu des contacts avec les banques dans le cadre des mesures, comme l'indiquaient les nouvelles informations."⁹⁷

7.98 Les parties ont avancé des arguments au sujet du rôle possible d'articles de presse comme éléments de preuve, mais il nous semble que les faits ne sont pas contestés: des représentants du FSS/de la FSC ont eu des contacts avec les banques sur la période allant de mars à mai 2001 et des représentants du FSS/de la FSC, parmi lesquels le Vice-Président de la FSC, étaient présents à la réunion des créanciers du 10 mars. Dans l'un des articles de presse utilisés par les CE, on en concluait que la réunion de mars s'était tenue dans le but d'obtenir que les banques soutiennent le groupe Hyundai, et que les fonctionnaires du gouvernement avaient persuadé les banques réticentes d'accorder un soutien à Hynix. Les articles de presse ont donc révélé un ensemble de faits qui ont été

à ces services. Toutefois, ces parties ayant retenu des informations importantes jusqu'à ce qu'elles leur soient présentées et entravé l'enquête en ordonnant à d'autres parties de ne pas coopérer, il est difficile de se laisser totalement convaincre par ces explications. De plus, le dossier contient des éléments indiquant que le fonctionnaire qui a assisté à la réunion du 10 mars 2001 était le Vice-Président de la FSC, soit un fonctionnaire de haut rang. Dans ces circonstances, conformément à l'article 28 du règlement de base qui permet de fonder les conclusions sur les meilleures données disponibles en cas de défaut de coopération des parties, **il est conclu que les banques n'ont pas décidé de l'achat des obligations convertibles en toute liberté et indépendance sur la base de considérations commerciales, mais y ont été contraintes par les pouvoirs publics coréens.** Les informations issues de sources secondaires évoquées plus haut vont dans le sens de cette conclusion." (pas de caractères gras dans l'original)

⁹⁶ Détermination préliminaire, paragraphes 42 à 45.

⁹⁷ Détermination finale, paragraphe 84.

ultérieurement confirmés par les parties, et leur valeur en tant que source de renseignements n'est donc pas contestée. Nous estimons qu'il convient d'établir une distinction entre les faits décrits dans les articles de presse et la façon dont les journalistes les ont présentés. Nous ne rejetons pas les articles de presse en tant que source d'éléments de preuve, mais nous estimons que l'autorité chargée de l'enquête devrait faire très attention de ne pas accorder trop de poids à des déclarations non vérifiées figurant dans de tels articles. La qualification des événements par les articles de presse, sans éléments de preuve à l'appui, n'a en d'autres termes pas de valeur probante particulière dans le cadre d'une enquête concernant des mesures correctives commerciales. À notre avis, si la présence de fonctionnaires du gouvernement peut montrer l'intérêt que les pouvoirs publics ont manifesté pour la survie d'Hynix, cela ne suffit pas pour conclure qu'ils ont délégué la tâche de sauver Hynix aux banques privées ou leur ont ordonné de le faire.

7.99 Apparemment, lorsque les CE ont confronté les parties à ces renseignements nouveaux, et aux divers articles de presse, les parties intéressées à l'enquête ont expliqué que le représentant de la FSC/du FSS était présent à la réunion en qualité d'observateur pour témoigner des engagements antérieurs des créanciers en matière de financement, et non pas pour exercer une influence sur les banques créancières ou sur leur décision d'accorder d'autres crédits aux sociétés du groupe Hyundai.⁹⁸ Elles ont par ailleurs indiqué que les appels téléphoniques ultérieurs entre les représentants de la FSC/du FSS et les banques créancières s'inscrivaient uniquement dans l'exercice du rôle de surveillance prudentielle normale de la FSC/du FSS.⁹⁹ Les CE considèrent que, compte tenu du fait que ces renseignements ont été dissimulés aux autorités et que le représentant du FSS présent à la réunion était son vice-président, cette explication est "peu convaincante". Selon les CE, "les banques n'ont pas décidé de l'achat des obligations convertibles en toute liberté et indépendance sur la base de considérations commerciales, mais y ont été contraintes par les pouvoirs publics coréens".¹⁰⁰

7.100 Les CE ont considéré comme important, lorsqu'elles ont évalué les éléments de preuve concernant la présence des fonctionnaires du gouvernement, le fait que ces renseignements n'ont pas été communiqués par les parties concernées, et n'ont été découverts qu'à la lecture d'articles de presse. Il est clair que l'autorité chargée de l'enquête jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour évaluer les éléments de preuve dont elle est saisie, mais nous considérons néanmoins qu'elle ne peut pas, en l'absence d'autres renseignements à l'appui, tout simplement supposer que lorsque certains renseignements n'ont pas été communiqués, ils sont nécessairement compromettants ou bien que c'est à juste titre qu'elle les interprète d'une manière extrêmement négative. À notre avis, il existe une différence nette entre la situation concernant le Programme de restructuration de mai 2001 et le prêt syndiqué évoqué auparavant. S'agissant du prêt syndiqué, nous avons estimé que les CE avaient à juste titre considéré la lettre comme un élément de preuve essentiel pour tenir compte du fait que cette lettre avait été dissimulée à l'autorité chargée de l'enquête. Dans le cas du prêt syndiqué, le défaut de coopération était un élément additionnel au regard duquel l'autorité était en droit de considérer les éléments de preuve directs d'une certaine façon. Cependant, dans le cas de la restructuration de mai 2001, comme nous allons l'exposer ci-après, nous estimons que les faits figurant dans le dossier ne semblent pas, en tant que tels, étayer l'interprétation des CE selon laquelle les pouvoirs publics ordonnaient aux 18 banques créancières d'acheter les obligations convertibles. Dans ces circonstances, le simple fait que les renseignements n'ont pas été communiqués lorsqu'ils ont été demandés ne suffit pas pour parvenir à une conclusion qui n'est pas suffisamment étayée par les faits figurant dans le dossier. C'est pourquoi en l'espèce nous ne pensons pas que le défaut de coopération était suffisant pour faire pencher la balance en faveur de la conclusion des CE voulant qu'il y ait eu un ordre donné par les pouvoirs publics. En l'espèce, les CE ont rejeté l'explication de la présence des représentants du FSS donnée par la Corée et certaines des banques ayant participé à la réunion de mars, sans autres explications convenables, principalement parce que la présence des fonctionnaires

⁹⁸ *Id.*, paragraphe 94.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

du gouvernement n'avait pas été révélée par la Corée, lorsque l'autorité chargée de l'enquête lui avait posé des questions pertinentes. Selon nous, le fait que ces renseignements n'ont pas été communiqués peut être un facteur dans l'évaluation globale des éléments de preuve mais il ne suffit pas, à notre avis, pour dispenser l'autorité de démontrer qu'il y a eu action d'ordonner ou de charger lorsque cela est nécessaire pour constater l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics.

7.101 En outre, le fait qu'un fonctionnaire important de la FSC/du FSS était présent à la réunion est certainement pertinent, mais à notre avis, il ne peut pas être considéré comme permettant de déterminer qu'il y a eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il peut être révélateur de l'importance d'Hynix ou de l'intérêt que portent les pouvoirs publics coréens à la société, mais à notre avis, il est insuffisant comme base pour conclure que cet intérêt des pouvoirs publics dépassait ce stade et qu'ils chargeaient effectivement les créanciers privés d'investir dans Hynix ou qu'ils leur ordonnaient de le faire.

7.102 Comme nous l'avons expliqué antérieurement, les termes "chargent ou ordonnent" désignent l'utilisation par les pouvoirs publics des organismes privés comme instrument par l'intermédiaire duquel ils accordent une contribution financière, soit en donnant un commandement à l'organisme privé, soit en lui déléguant une tâche qui fait intervenir une contribution financière. Nous considérons que ce que l'on peut tout au plus conclure de la présence de ce fonctionnaire gouvernemental de haut rang, c'est que les organismes privés ont peut-être eu le sentiment que les pouvoirs publics étaient intéressés à voir les banques créancières se mettre d'accord pour sauver Hynix et qu'ils feraient également ce qu'ils pourraient pour atteindre cet objectif en agissant par l'intermédiaire de leurs organismes publics, par exemple. Toutefois, ce n'est pas la même chose que le fait pour les pouvoirs publics de *charger* les banques d'accepter les conditions du Programme de restructuration de mai 2001 ou de leur *ordonner de le faire*.¹⁰¹ Dans le même esprit, nous interprétons les articles de presse, selon lesquels le soutien financier accordé à Hynix et l'acceptation des obligations convertibles par les banques réticentes sont devenus plus probables après que la Citibank, le conseiller financier d'Hynix, eut demandé aux pouvoirs publics un soutien financier pour Hynix et que le président de la FSC eut exprimé une position positive, comme une indication de la possibilité que l'intérêt général des pouvoirs publics pour Hynix ait facilité la restructuration.¹⁰²

7.103 Nous ne souhaitons pas laisser entendre que ces renseignements ne sont donc pas pertinents, mais simplement qu'ils ne sont pas suffisants, en eux-mêmes et à eux seuls. Nous allons donc à présent examiner le reste des éléments de preuve sur lesquels les CE se sont appuyées pour parvenir à leur conclusion selon laquelle les banques créancières se sont vu ordonner par les pouvoirs publics d'acheter les obligations. Sur la base de la détermination finale, nous considérons que les CE ont fondé leur conclusion sur les arguments additionnels ci-après.¹⁰³ D'abord, les CE font valoir que l'"ensemble du dossier" révèle que depuis novembre 2000, les pouvoirs publics ordonnaient aux banques et à d'autres établissements de prendre des mesures pour lutter contre les problèmes de liquidité d'Hynix et promouvoir la politique de l'industrie électronique.¹⁰⁴ Nous avons constaté précédemment dans notre rapport en ce qui concerne le prêt syndiqué, la garantie de la KEIC et le Programme d'obligations de la KDB, les contributions financières accordées étaient celles qui avaient été accordées par des *organismes publics*, tandis que le Programme de restructuration de mai 2001 soulève la question de l'*action de charger ou ordonner* alléguée de la part des pouvoirs publics visant des *organismes privés*. Nous avons considéré comme compatible avec l'*Accord SMC* la détermination des CE selon laquelle la KEB avait reçu des pouvoirs publics l'ordre de participer au prêt syndiqué, mais nous ne voyons pas comment les éléments de preuve relatifs à ce qui s'est produit en

¹⁰¹ Comme nous l'analyserons ultérieurement, cela peut avoir une incidence sur l'utilisation des banques créancières comme points de repère du marché pour déterminer l'existence d'un avantage.

¹⁰² Détermination finale, paragraphe 91.

¹⁰³ *Id.*, paragraphes 81 à 98.

¹⁰⁴ *Id.*, paragraphe 86.

décembre 2000 peuvent étayer la constatation spécifique selon laquelle en mai 2001, les banques créancières ont reçu l'ordre d'acheter des obligations.

7.104 Les CE s'appuient également sur l'argument selon lequel les renseignements versés au dossier montrent qu'en juin 2001, les créanciers n'avaient aucune raison d'ordre commercial d'acheter à Hynix des obligations convertibles d'une valeur de 1 billion de won sud-coréens. Selon les CE, les banques ont reconnu qu'Hynix était dans l'incapacité d'assurer le service de ses dettes dès le début de mai 2001, dans la résolution du CFIC du 7 mai 2001. Selon les CE, plusieurs banques ont également augmenté leurs provisions pour pertes liées à la dette d'Hynix.¹⁰⁵ De plus, les CE soulignent la forte baisse du prix de l'action Hynix entre la mi-juin et le 20 juin 2001, lorsque les banques ont acheté les obligations convertibles, et le fait que les banques ont passé en pertes certaines portions du prix d'acceptation des obligations convertibles d'Hynix lorsqu'elles ont soldé leurs comptes à la fin de juin 2001.

7.105 Nous souhaitons faire observer que nous ne partageons pas l'avis de la Corée selon lequel le caractère raisonnable du point de vue commercial des actions d'un organisme privé est une question qui a trait uniquement à la question de l'avantage et qui ne peut pas être utilisée comme élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. À notre avis, l'action de charger ou ordonner peut être démontrée par tous les moyens de preuve du moment que la conclusion globale est raisonnable et expliquée d'une manière adéquate. Faute d'un ordre clair et explicite des pouvoirs publics, les éléments de preuve sur lesquels il faudra s'appuyer seront forcément circonstanciels. Le fait que des parties privées agissent d'une manière étrange ou qui n'est pas raisonnable du point de vue commercial peut faire partie de la preuve établissant que quelqu'un exigeait de ces parties privées d'agir de cette façon anormale. De tels éléments de preuve d'un comportement non commercial ne sont toutefois pas suffisants pour établir l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7.106 À notre avis, les renseignements que les CE mettent en évidence révèlent certainement la situation bien peu prometteuse d'Hynix, mais ils n'étaient pas une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard des organismes privés participant au Programme de restructuration de mai 2001. Les banques savaient manifestement très bien que leur investissement dans Hynix était très risqué et qu'il pouvait tout à fait s'avérer terriblement erroné. Mais nous ne considérons pas que la situation était telle que l'on puisse raisonnablement en conclure que la seule explication de la participation des banques était qu'elles avaient reçu l'ordre des pouvoirs publics d'acheter les obligations Hynix en juin 2001. En outre, certains des éléments mentionnés par les CE ne renseignent pas sur la situation en mai 2001 lorsque les banques se sont engagées à acheter les obligations Hynix. Par exemple, parmi les banques au sujet desquelles il est mentionné¹⁰⁶ qu'elles ont augmenté leurs provisions pour pertes relativement à la dette d'Hynix, une seule, la banque Shinhan, avait effectivement agi ainsi au moment du Programme de restructuration de mai 2001. Nous ne voyons pas comment une action similaire entreprise par certaines banques à la fin de septembre 2001 et à la fin d'octobre 2001 peut être pertinente pour évaluer le caractère raisonnable du point de vue commercial d'une décision prise en mai 2001. Dans le même esprit, le fait que les prix des actions baissaient entre la mi-juin et le 20 juin 2001 lorsque les banques ont acheté leurs obligations convertibles et qu'ils ont continué de baisser par la suite ne renseigne guère sur la situation en mai 2001 lorsque la décision de participer a été prise par les banques en question. L'achat des obligations convertibles le 20 juin 2001 n'était que l'exécution d'un engagement pris bien avant cette date.

¹⁰⁵ *Id.*, paragraphes 88 et 89.

¹⁰⁶ Ces banques sont mentionnées à la note de bas de page 1 relative au paragraphe 89 de la détermination finale.

7.107 En outre, nous relevons que l'analyse que font les CE de la situation financière de la branche de production de DRAM dans la détermination préliminaire semble contredire la situation très négative qu'elles exposent dans la détermination finale. Comme elles l'ont fait observer dans la détermination préliminaire, les prix des DRAM remontaient en mars 2001 au moment où le rapport de SSB, sur lequel allait se fonder le Programme de restructuration de mai 2001, a été rédigé. Les prévisions de SSB indiquaient que le marché des DRAM se redresserait au troisième trimestre de 2001 de sorte que l'injection de capitaux et la prorogation des échéances seraient suffisantes pour aider Hynix à surmonter sa crise de liquidités. Elles indiquaient par ailleurs que la cote de crédit d'Hynix au moment des mesures était fixée à BB+ par les agences de notations coréennes et à B- par les agences internationales.¹⁰⁷ Ce ne sont manifestement pas de bonnes notations mais elles ne sont pas telles qu'elles rendent les décisions d'investissement automatiquement suspectes ou extraordinaires. En outre, et nous jugeons ce point particulièrement pertinent, les banques ont subordonné leur participation aux mesures au succès de l'émission de GDR, laquelle a été menée à bien avec des résultats positifs au 15 juin 2001. Ce n'est qu'après que les banques ont mis en application le reste du plan de recapitalisation de SSB, et ont acheté les obligations convertibles.¹⁰⁸ En bref, nous ne considérons pas comme raisonnable la conclusion selon laquelle la seule explication possible de la participation des banques au Programme de restructuration de mai 2001 était l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics.

7.108 Enfin, les CE mentionnent, à l'appui de leur conclusion voulant qu'il y ait eu un ordre donné par la Corée aux 18 banques participant au Programme de restructuration de mai 2001, les allégations, parues dans la presse, concernant les pressions exercées par les pouvoirs publics sur une banque, la banque KorAm. L'article de presse laisse entendre que le FSS a menacé la banque KorAm pour qu'elle participe, ce qu'elle a finalement fait.¹⁰⁹ Selon la banque KorAm elle-même, elle attendait simplement qu'Hynix remette un mémorandum dans lequel elle s'engageait à faire de son mieux pour réduire sa dette. La banque KorAm a mis en œuvre l'achat des obligations convertibles dès qu'elle a reçu ce mémorandum. En l'absence de toute pièce justificative additionnelle et compte tenu du fait incontesté que la banque KorAm n'a effectivement participé qu'après avoir reçu le mémorandum, nous considérons que les allégations formulées dans un article de presse sont insuffisantes pour fonder une conclusion voulant qu'il y ait eu un ordre d'acheter les obligations d'Hynix donné par les pouvoirs publics à la banque KorAm. En outre, et même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que cet article de presse démontre l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics à la banque KorAm, nous considérons que des éléments de preuve du fait qu'une banque a reçu l'ordre de participer n'étaient pas suffisamment, sans éléments de preuve justificatifs additionnels, une constatation selon laquelle la totalité de l'achat d'obligations convertibles auquel 17 autres banques ont participé constituait une contribution financière ordonnée par les pouvoirs publics.

7.109 Nous souhaitons ajouter, à titre de conclusion, que nous ne refusons pas de voir les problèmes concernant le recueil des éléments de preuve dans les enquêtes en matière de droits compensateurs et

¹⁰⁷ Détermination préliminaire, paragraphe 43.

¹⁰⁸ Au paragraphe 44 de la détermination préliminaire, les CE sont arrivées à la conclusion suivante:

"[d]ans ces circonstances, le comportement des banques est considéré comme identique à celui des autres investisseurs, qui ont également acquis des GDR d'Hynix. Toutefois, certains éléments du dossier indiquent que l'intérêt des investisseurs pour les GDR d'Hynix aurait pu être influencé à l'époque par la conviction que les pouvoirs publics coréens feraient en sorte qu'en définitive Hynix ne manque pas à ses obligations de remboursement. La Commission n'a toutefois pas connaissance de faits indiquant que les pouvoirs publics coréens aient concrètement fourni une garantie pour les obligations en question."

¹⁰⁹ Selon l'article de presse, le FSS a dit qu'il ne pardonnerait pas à la banque si elle ne participait pas, ajoutant qu'il prendrait des mesures sévères contre la banque, comme le refus d'approuver de nouveaux instruments financiers et le fait de la soumettre à un audit plus strict. (Détermination finale, paragraphe 92. Korea Times, 21 juin 2001; Dow Jones International News 20 juin 2001)

que nous ne voulons pas que l'on considère que nous exigeons de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle produise la preuve irréfutable, à savoir un ordre écrit d'accorder une contribution financière adressé à un organisme privé par les pouvoirs publics. Nous comprenons que, dans la plupart des cas, l'autorité devra fonder sa décision sur un certain nombre d'arguments et d'éléments de preuve qui peut-être, lorsqu'ils sont considérés conjointement indiqueront tous une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics, surtout dans les cas où le niveau de coopération des parties intéressées est faible. Toutefois, les problèmes pratiques concernant le recueil des éléments de preuve ne constituent pas une justification supérieure permettant de constater que les contributions financières d'organismes privés satisfont à la norme concernant l'action de charger ou ordonner établie par l'*Accord SMC*. Ces problèmes ne devraient pas non plus créer l'impression que l'autorité est en droit de présumer beaucoup à partir de très peu d'éléments. Cependant, si la présentation des faits globale est telle qu'il est raisonnable de conclure que les pouvoirs publics ont chargé l'organisme privé de faire quelque chose qui fait intervenir une contribution financière ou lui ont ordonné de le faire, alors sa détermination est compatible avec l'*Accord SMC*. Ce n'est pas loin d'être le cas pour le Programme de restructuration de mai 2001, mais nous considérons que les éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête étaient insuffisants pour conclure raisonnablement que les pouvoirs publics avaient chargé les banques privées d'acheter les obligations convertibles Hynix ou leur avaient ordonné de le faire.¹¹⁰

7.110 En bref, nous constatons que la détermination des CE, selon laquelle les banques créancières se sont vu ordonner de participer au Programme de restructuration de mai 2001 et selon laquelle leur achat d'obligations convertibles d'une valeur de 1 billion de won sud-coréens dans le cadre de ce programme constitue donc une contribution financière des pouvoirs publics, n'était pas compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

vi) *Programme de restructuration d'octobre 2001*

7.111 Le cinquième et dernier programme dont il a été considéré qu'il constituait une subvention était le Programme de restructuration d'octobre 2001. Le 4 octobre 2001, un deuxième CFIC concernant Hynix a été établi conformément aux dispositions de la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises ("CRPA"). La CRPA a été promulguée en août 2001 et elle avait pour objet de faciliter la restructuration des entreprises, qui était fondée auparavant sur des accords entre les banques créancières et les sociétés concernées. Le CFIC était composé de 110 établissements financiers incluant 17 banques et 15 sociétés d'investissement. Les décisions du CFIC étaient prises à une majorité fixée à 75 pour cent. Les voix étaient réparties proportionnellement aux engagements de chaque établissement par rapport à la totalité des prêts accordés à Hynix. Tout établissement financier exerçant ses droits de partie dissidente en exprimant son désaccord avec une résolution du CFIC serait exclu du CFIC à titre définitif. À sa deuxième réunion tenue le 31 octobre 2001, le CFIC a arrêté un "deuxième ensemble de mesures de restructuration" pour Hynix. Les mesures suivantes étaient proposées:

- a) octroi à Hynix d'un nouveau prêt de 1 billion de won sud-coréens assorti d'un taux d'intérêt de 7 pour cent;

¹¹⁰ Si, par exemple, les éléments de preuve versés au dossier démontraient (à l'instar des éléments de preuve dans le cadre du programme du prêt syndiqué) que le Vice-Président de la FSC/du FSS avait essentiellement exercé des pressions sur les banques pour qu'elles contribuent, alors le défaut de coopération de la Corée aurait pu être suffisant, à notre avis, pour faire pencher la balance en faveur du caractère raisonnable de la détermination des CE concernant le Programme de restructuration de mai 2001. Cependant, la simple hypothèse selon laquelle la présence du Vice-Président a transformé la réunion de mars en une session d'annonce de contributions ne suffit pas à nos yeux pour justifier la détermination des CE.

- b) échange de créances contre des participations par l'émission d'obligations convertibles en actions;
- c) prorogation des échéances des prêts existants jusqu'au 31 décembre 2004, conversion des obligations de société arrivant à échéance en obligations de société à échéance de trois ans assorties d'un taux d'intérêt de 6,5 pour cent et révision du taux d'intérêt des prêts restants en monnaie coréenne, désormais fixé à 6 pour cent.

7.112 À la réunion du 31 octobre, le CFIC a donné aux établissements financiers le choix entre trois options. La première consistait à approuver les propositions en accordant un nouveau crédit et en participant à un échange de créances contre des participations ("option 1"). Deuxièmement, les banques qui ne voulaient pas participer au nouveau prêt étaient obligées d'échanger 28,5 pour cent de leurs créances en participations et de renoncer au reste de la dette d'Hynix ("option 2"). Troisièmement, le CFIC a également décidé que les banques qui s'opposaient aux mesures et qui utilisaient leurs droits de partie dissidente verraient leurs créances rachetées à la valeur de liquidation établie par Arthur Andersen, la société qui était chargée de réaliser une étude sur la situation financière d'Hynix à l'époque ("option 3").

7.113 Néanmoins, six banques seulement ont accepté d'accorder un nouveau crédit, qui s'est élevé à 658 milliards de won sud-coréens au lieu du billion prévu. Ces banques ont échangé un montant considérable de créances contre des participations. Ces banques dites de l'option 1 étaient la KEB, la banque Woori, la banque Chohung, la KDB, la NACF et la Citibank.¹¹¹ Huit banques ont refusé d'accorder de nouveaux prêts, de sorte qu'elles ont échangé approximativement un tiers de leurs créances contre des participations et qu'elles ont passé le reste par pertes et profits. Les banques restantes se sont opposées à la restructuration et ont choisi de recevoir la valeur de liquidation de leurs créances, et ont dû passer les créances restantes par pertes et profits. Les échéances des prêts qui restaient accordés par les banques de la première catégorie ont été prorogées et les taux d'intérêt abaissés comme on l'a expliqué plus haut.¹¹² Les CE ont considéré que la participation des six banques de l'option 1 au Programme de restructuration d'octobre 2001 constituait une contribution financière des pouvoirs publics qui conférait un avantage à Hynix. Le taux de subventionnement pour ce Programme de restructuration d'octobre 2001 était, selon les calculs, de 19,4 pour cent.

7.114 Dans la détermination finale, les CE ont déterminé que les banques de l'option 1 soit étaient des organismes publics, soit avaient été chargées par les pouvoirs publics de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 ou s'étaient vu ordonner de le faire.¹¹³ Les CE sont arrivées à la conclusion qu'aucun investisseur sur le marché n'aurait investi dans Hynix en octobre 2001. Elles ont tout particulièrement souligné la grave détérioration de la situation d'Hynix à partir de juin 2001.¹¹⁴ De juin à août 2001, les prix des DRAM de 128 mégabits ont chuté en moyenne de 68 pour cent et ont continué de chuter encore de 52 pour cent en novembre 2001, les prix des DRAM de 64 mégabits suivant une évolution similaire.¹¹⁵ Les prix de l'action Hynix se sont effondrés presque immédiatement après l'émission de GDR du 15 juin 2001, et, à la date du 6 septembre 2001, le prix des GDR avait chuté de 72 pour cent, ce qui s'était traduit par de lourdes pertes pour les acquéreurs.¹¹⁶

¹¹¹ Détermination préliminaire, paragraphe 77. La KDB n'a pas participé au nouveau prêt de 658 milliards de won sud-coréens.

¹¹² *Id.*, paragraphes 69 à 71.

¹¹³ Détermination finale, paragraphes 120 à 135; détermination préliminaire, paragraphe 99. Seul le financement accordé par les banques de l'option 1 a été traité comme une subvention et, par conséquent, a fait l'objet de droits compensateurs. Pour éviter une double comptabilisation, lorsque des subventions antérieures ont été effectivement incorporées dans le Programme de restructuration d'octobre 2001, un seul droit compensateur a été imposé.

¹¹⁴ Détermination finale, paragraphes 101 à 112.

¹¹⁵ Détermination préliminaire, paragraphe 73.

¹¹⁶ *Id.*, paragraphe 74.

Selon les CE, ces faits nouveaux ont été reconnus par les banques créancières d'Hynix puisqu'elles ont abaissé la cote de crédit en ce qui concerne Hynix et la branche de production de semi-conducteurs en général au cours de 2001.¹¹⁷ Standard & Poor a abaissé la notation d'Hynix à CC en septembre et à SD en octobre 2001.¹¹⁸ En octobre 2001, les dettes d'Hynix représentaient six fois ses fonds propres.¹¹⁹ Selon les CE, Hynix était virtuellement en situation de faillite.¹²⁰ Les CE ont donc considéré que les six banques de l'option 1 qui avaient accordé de nouveaux prêts à Hynix, prorogé les échéances des prêts existants et qui détenaient une grande quantité d'actions Hynix, ne se comportaient pas d'une manière raisonnable du point de vue commercial. Les CE ont ensuite examiné si le comportement apparemment non commercial des six banques de l'option 1 était dû au fait que les pouvoirs publics détenaient des participations dans les banques concernées.¹²¹ Avant de procéder à une analyse banque par banque, les CE ont souligné le fait que, sur les neuf banques qui avaient cessé de financer Hynix en octobre 2001, sept étaient des banques privées, tandis que sur les six banques de l'option 1, les quatre plus gros créanciers étaient détenus en totalité ou à une forte majorité par les pouvoirs publics.¹²² Elles ont ajouté que l'un d'entre eux était une banque spéciale dotée d'une mission de politique publique et que les trois autres étaient contrôlés par les pouvoirs publics en raison du fait qu'ils faisaient eux-mêmes l'objet d'une restructuration, qu'ils avaient conclu des accords avec les pouvoirs publics régissant leurs activités commerciales et qu'ils recevaient des injections de capitaux des pouvoirs publics.¹²³ Les CE ont par ailleurs conclu que la KDB était un organisme public.¹²⁴

7.115 L'argument avancé par les parties selon lequel certaines banques, bien que détenues par les pouvoirs publics, n'ont pas participé à l'option 1 du Programme de restructuration d'octobre 2001 est également traité dans la détermination finale. La Corée a fait valoir que ce fait contredisait la conclusion des CE, fondée dans une large mesure sur le pouvoir d'actionnaire des pouvoirs publics, selon lequel les six banques de l'option 1 avaient reçu de la Corée l'ordre de participer. Dans la détermination finale, les CE expliquent que, sur les quatre banques détenues par les pouvoirs publics qui n'ont pas participé à l'option 1 (à savoir, les banques de l'option 3 détenues par les pouvoirs publics), deux – la banque Kwangju et la banque Kyongam – devaient fusionner avec la banque Woori qui, *elle*, a participé. De même, une troisième banque – la banque Séoul – devait être vendue à la banque Hana à la suite de recommandations du FMI. Quant à la quatrième, la banque industrielle de Corée ("IBK"), les CE considèrent que le fait de l'obliger à participer de nouveau constituerait une telle violation flagrante du mandat de l'IBK, qui est une banque spécialisée à l'intention des PME, qu'il valait mieux ne pas le faire.¹²⁵

7.116 Nous rappelons qu'en vertu de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, lorsqu'une contribution financière est accordée à un organisme public, il n'y a pas besoin d'une constatation additionnelle de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics. Les CE ont constaté que la KDB était un organisme public et sa participation au Programme de restructuration d'octobre 2001 sous la forme, entre autres, de l'octroi de nouveaux prêts a été considérée comme constituant une contribution financière au sens de l'*Accord SMC*.¹²⁶ La Corée ne s'oppose pas à la détermination des CE selon laquelle la KDB est un organisme public. À cet égard, nous constatons que la Corée n'a pas montré *prima facie* que la constatation des CE, selon laquelle la KDB avait accordé une contribution financière à Hynix, était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

¹¹⁷ Les six banques de l'option 1 ont attribué à Hynix une notation interne allant de "precautionary" à "doubtful". (Détermination finale, paragraphe 104)

¹¹⁸ Détermination finale, paragraphe 103; détermination préliminaire, paragraphe 75.

¹¹⁹ Détermination finale, paragraphe 106.

¹²⁰ Détermination préliminaire, paragraphe 76.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Id.*, paragraphe 79.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ Détermination finale, paragraphe 120.

¹²⁵ *Id.*, paragraphes 134 et 135.

¹²⁶ *Id.*, paragraphe 120.

7.117 S'agissant des cinq autres banques dont les CE ont estimé qu'elles n'étaient pas des organismes publics, nous allons examiner si les CE ont formulé, sur la base des faits dont elles étaient saisies, des conclusions raisonnables et motivées selon lesquelles la Corée avait ordonné à ces banques d'exécuter les mesures en question.¹²⁷

Banque Woori

7.118 Dans leur analyse banque par banque, les CE affirment que la banque Woori connaissait la situation financière peu encourageante d'Hynix et qu'elle a participé en raison de considérations relatives à la politique publique, qui ne sont pas d'ordre commercial et ne s'expliquent que par le fait que les pouvoirs publics se sont prévalus de leur statut d'actionnaire à 100 pour cent pour exercer une influence sur ses décisions.¹²⁸

7.119 Il n'est pas contesté que la banque Woori était détenue à 100 pour cent par les pouvoirs publics par l'intermédiaire de l'Institut coréen d'assurance des dépôts ("KDIC") depuis la fin de 2000. Les CE ne considéraient pas que la banque Woori était un organisme public.¹²⁹ Cela signifie que, pour qu'un prêt accordé par cette banque soit considéré comme une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, il fallait que les CE établissent que les pouvoirs publics avaient chargé cette banque de fournir la contribution financière en question ou lui avaient ordonné de le faire. À notre avis, même si l'autorité chargée de l'enquête décide qu'il ne suffit pas qu'une entité soit détenue à 100 pour cent par les pouvoirs publics pour qu'elle réponde aux conditions requises pour être considérée comme un organisme public, le degré de participation des pouvoirs publics au capital de l'entité n'en demeure pas moins un facteur très pertinent pour évaluer les éléments de preuve concernant une éventuelle action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il est clair qu'en tant qu'actionnaire unique, les pouvoirs publics ont plus de facilité pour ordonner à la banque d'agir d'une certaine manière que lorsqu'ils n'ont pas de participation au capital de la société ou seulement une participation minoritaire. En même temps, il devrait être clair qu'à notre avis, la détention du capital par les pouvoirs publics, en elle-même et à elle seule, ne suffit pas à établir l'existence d'une action de charger ou ordonner dans le cadre de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Nous considérons que l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* est clair: soit une contribution financière est fournie par les pouvoirs publics ou un organisme public, soit elle est fournie par un organisme privé, auquel cas elle ne sera couverte par l'*Accord SMC* que dans le cas où cet organisme privé a agi quand les pouvoirs publics lui ont ordonné ou l'ont chargé de se comporter ainsi, auquel cas l'action de l'organisme privé peut être imputée aux pouvoirs publics, et l'*Accord SMC* s'applique.

7.120 Dans le cas d'une banque détenue à 100 pour cent par les pouvoirs publics, comme la banque Woori, il faut donc démontrer que les pouvoirs publics ont *effectivement exercé* leur pouvoir d'actionnaire pour ordonner à la banque de soutenir Hynix. Compte tenu de notre critère d'examen, nous allons donc examiner si, sur la base de l'ensemble des faits dont elle était saisie, l'autorité chargée de l'enquête a tiré une conclusion raisonnable et motivée lorsqu'elle a constaté que la Corée avait ordonné à la banque Woori de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Id.*, paragraphe 129; détermination préliminaire, paragraphe 88.

¹²⁹ Nous ne souhaitons pas laisser entendre qu'il ne serait pas possible ou justifié de traiter un organisme détenu à 100 pour cent par les pouvoirs publics comme un organisme public, selon les circonstances. Cependant, notre tâche est d'examiner la détermination réellement faite par les CE, et non pas de donner notre propre interprétation *de novo* des faits de la cause. Puisque les CE considéraient que la banque Woori était un organisme privé, nous examinerons la question de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics en ce qui concerne la banque Woori. Une considération similaire s'applique à notre discussion et à notre analyse de la banque Chohung et de la KEB dans lesquelles les pouvoirs publics coréens détenaient une participation de 80 pour cent et 43 pour cent, respectivement, à l'époque de l'enquête.

7.121 Le dossier de l'enquête montre que la banque Woori a participé au Programme de restructuration d'octobre 2001 en tant que banque de l'option 1 sur la base de considérations de politique publique afférentes à l'incidence sur l'économie nationale qu'aurait le dépôt de bilan d'Hynix. Nous convenons avec la Corée que d'importantes banques nationales, comme la banque Woori, peuvent très bien tenir compte de la situation générale plutôt que de poursuivre une pure stratégie de recherche du bénéfice maximum, mais pas que cette considération est dénuée de pertinence.

7.122 Par ailleurs, nous considérons comme extrêmement pertinente pour l'évaluation des éléments de preuve dont étaient saisies les CE la grave détérioration de la situation d'Hynix en octobre 2001 par rapport à sa situation au moment où les banques créancières sont convenues du Programme de restructuration de mai 2001. Nous rappelons que les chiffres non contestés mentionnés dans la détermination préliminaire et la détermination finale montrent qu'entre juin et août 2001, les prix des DRAM de 128 mégabits ont chuté en moyenne de 68 pour cent et ont continué de chuter encore de 52 pour cent à la date de novembre 2001, les prix des DRAM de 64 mégabits connaissant une évolution similaire.¹³⁰ Les prix de l'action Hynix se sont effondrés presque immédiatement après l'émission de GDR du 15 juin 2001, et, au 6 septembre 2001, le prix des GDR avait chuté de 72 pour cent, ce qui s'était traduit par de lourdes pertes pour les acquéreurs.¹³¹ Selon les CE, ces faits nouveaux ont été reconnus également par les banques créancières d'Hynix puisqu'elles ont abaissé la cote de crédit d'Hynix ainsi qu'en ce qui concerne la branche de production de semi-conducteurs en général, au cours de 2001. Standard & Poor a abaissé la notation d'Hynix à CC en septembre et à SD en octobre 2001.¹³² La Corée ne conteste pas l'exactitude de ce compte rendu des événements. À notre avis, ces faits nouveaux sont très pertinents pour évaluer le comportement de ces organismes non publics.

7.123 Une autre différence importante entre le Programme de restructuration de mai 2001 et celui d'octobre 2001 réside, à notre avis, dans le fait que le deuxième Conseil de créanciers d'Hynix – le CFIC – a été établi en octobre 2001, conformément à la CRPA. La CRPA a été promulguée en août 2001 dans le but de faciliter la restructuration des entreprises au moyen d'une procédure de vote à la majorité. Auparavant, une telle restructuration se fondait sur des accords privés individuels entre les banques créancières et les sociétés en difficulté. À notre avis, cette différence indique que le Programme de restructuration de mai 2001 a été mis en œuvre dans le cadre d'une approche informelle qui permettait aux petites banques créancières dissidentes de choisir de ne pas participer au programme de refinancement. Au moment du Programme de restructuration d'octobre 2001, une politique pilotée par les pouvoirs publics a considérablement limité les options des créanciers dissidents.

7.124 La Corée fait valoir que le mémorandum d'accord conclu entre la banque Woori et les pouvoirs publics n'est pas pertinent pour le Programme de restructuration d'octobre 2001 et, en tout état de cause, ne prévoyait que des règles prudentielles générales applicables à la banque Woori dans la mesure où elle recevait des fonds publics.¹³³ Nous souhaitons tout d'abord faire observer que nous ne considérons pas que le mémorandum d'accord conclu entre la banque Woori et les pouvoirs publics formait la base de la décision des CE selon laquelle il y avait eu une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de cette banque. Nous notons qu'il est expliqué dans la détermination

¹³⁰ Détermination préliminaire, paragraphe 73.

¹³¹ *Id.*, paragraphe 74.

¹³² *Id.*, paragraphe 75.

¹³³ Nous notons que la Corée a également fait valoir devant nous que les CE n'ont pas tenu compte du fait qu'en octobre 2001, il y avait encore deux banques (la banque Woori et la banque Peace) qui ont ultérieurement fusionné pour devenir la banque Woori et que les CE n'ont pas examiné la participation de la banque Peace et les ordres que lui ont donnés, selon les allégations, les pouvoirs publics. Nous considérons que l'approche de l'autorité chargée de l'enquête est raisonnable compte tenu de la réponse des CE, à savoir que la banque Peace n'existait plus au moment de l'enquête et que personne n'a avancé d'arguments au sujet de la nécessité d'examiner cette banque au moment de l'enquête.

préliminaire des CE qu'en décembre 2000, la banque Woori a conclu un accord concernant la mise en œuvre du plan d'amélioration de la direction de la banque sous la forme d'un mémorandum d'accord conclu avec les pouvoirs publics, qui donnait à ces derniers des pouvoirs importants au cas où le plan ne serait pas mis en œuvre. Un autre mémorandum d'accord a été conclu avec les pouvoirs publics en juillet 2001 pour mettre en œuvre un plan d'entreprise. Ces mémorandums d'accord ne sont pas directement pertinents pour la restructuration d'octobre 2001 d'Hynix, et n'ont apparemment pas formé la base de la décision des CE, mais nous voyons comment une autorité chargée de l'enquête pouvait raisonnablement tenir compte de ces mémorandums d'accord en tant qu'éléments de preuve de l'existence d'un éventuel moyen permettant aux pouvoirs publics d'intervenir dans les opérations quotidiennes de la banque en question.

7.125 À notre avis, la Corée n'est pas parvenue à démontrer que la constatation de l'existence d'ordres donnés par les pouvoirs publics à la banque Woori dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001 faite par les CE n'était pas une conclusion raisonnable et motivée. Les CE ont fondé leur constatation sur la conjugaison de plusieurs éléments: la détention à 100 pour cent du capital de la banque Woori par les pouvoirs publics, la situation financière désastreuse d'Hynix en octobre 2001, les considérations d'intérêt public reconnues dans la décision de participer au Programme, et le fait que la restructuration est intervenue dans le cadre d'une loi formelle établie par les pouvoirs publics, la CRPA. Nous rejetons donc l'allégation de la Corée selon laquelle la constatation de l'existence d'une contribution financière en ce qui concerne la participation de la banque Woori au Programme de restructuration d'octobre 2001 était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

Banque Chohung

7.126 S'agissant de la banque Chohung, dans laquelle les pouvoirs publics détenaient une participation de 80 pour cent au moment de l'enquête, l'autorité chargée de l'enquête a considéré que la notation interne ne venait pas à l'appui de la décision d'investir dans Hynix, et a fait observer que cette banque avait immédiatement augmenté ses provisions pour pertes après avoir participé aux mesures et qu'elle les avait approuvées en se référant au mémorandum d'accord qu'elle avait conclu avec les pouvoirs publics. De l'avis de l'autorité chargée de l'enquête, cela montrait que les banques en cours de restructuration voyaient leurs décisions commerciales restreintes pour se conformer aux conditions dictées par les pouvoirs publics. Selon les CE, il est clair que les pouvoirs publics se sont prévalus de leur statut d'actionnaire à 80 pour cent pour exercer une influence sur les décisions.¹³⁴ Les CE ont également considéré comme pertinent le fait qu'elles ont constaté que les pouvoirs publics avaient auparavant ordonné à plusieurs occasions à la banque Chohung de soutenir Hynix, en particulier dans le cadre du Programme de restructuration de mai 2001.¹³⁵

7.127 Nous estimons qu'un raisonnement très semblable à celui qui est exposé plus haut en ce qui concerne la banque Woori s'applique à la banque Chohung, dans laquelle les pouvoirs publics détenaient une participation de 80 pour cent.¹³⁶ Nous convenons avec la Corée que la participation au capital n'est pas équivalente à l'action d'ordonner. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, elle demeure un fait pertinent qui, conjugué à d'autres faits pertinents, peut amener à conclure que le pouvoir d'un actionnaire majoritaire peut avoir été utilisé pour ordonner à l'organisme privé de fournir une contribution financière. À cet égard, nous ne voyons pas une grande différence dans la pratique entre le fait de détenir 80 pour cent des actions et celui d'en détenir 100 pour cent. Dans les deux cas, il est clair que si les pouvoirs publics veulent imposer une décision à la banque privée, l'action qu'ils proposeront ne fera pas l'objet d'un examen très minutieux.

¹³⁴ Détermination finale, paragraphe 129; détermination préliminaire, paragraphe 89.

¹³⁵ Détermination finale, paragraphe 129.

¹³⁶ Nous renvoyons à notre considération figurant à la note de bas de page 128 au sujet de la nature d'organisme privé de cette banque.

7.128 La situation serait bien entendu différente si les pouvoirs publics, bien qu'étant actionnaire à 80 pour cent d'une banque, n'étaient pas en mesure d'imposer *de facto* leur décision à la banque parce que, par exemple, la majorité des directeurs était désignée par les actionnaires minoritaires. La Corée a fait valoir que la banque Chohung avait expliqué aux CE que la Corée n'exerçait pas d'influence directe ou indirecte sur ses activités de gestion et que, bien que les pouvoirs publics détiennent 80 pour cent des actions, elle demeurerait une banque commerciale qui prenait ses décisions en se fondant sur des considérations d'ordre purement commercial.¹³⁷ En particulier, la banque Chohung a insisté sur le fait que tous les directeurs avaient commencé leur carrière dans la banque et que la Corée n'avait donc pas obligé la banque à avoir des directeurs désignés par les pouvoirs publics ou par n'importe quel autre organisme public.¹³⁸ Cependant, l'argument concernant la carrière des directeurs pourrait également être mentionné à l'appui de la proposition selon laquelle ceux-ci n'étaient pas des personnes à l'esprit indépendant, se consacrant à la gestion de la banque Chohung sur la base de principes strictement commerciaux.

7.129 À notre avis, la quantité d'actions détenues par les pouvoirs publics détermine la mesure dans laquelle ils peuvent influencer le processus de prise de décisions défini dans le droit des sociétés et dans les statuts de la société concernée.¹³⁹ La Corée n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que le pouvoir d'actionnaire des pouvoirs publics ne leur permettait pas d'exercer un pouvoir de gestion substantiel. Nous considérons donc comme raisonnable la conclusion des CE selon laquelle cet important pouvoir d'actionnaire des pouvoirs publics leur permettait de contrôler et d'orienter les actions de la banque Chohung. En tant que tels, cette orientation et ce contrôle potentiels ne sont cependant pas suffisants pour établir l'existence d'une réelle action d'ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC. Nous allons donc examiner les éléments de preuve additionnels sur lesquels les CE se sont appuyées pour parvenir à leur conclusion.

7.130 Les CE mentionnent la notation interne "déconseillée à l'investissement" attribuée à Hynix par la banque Chohung. Elles notent aussi que la banque a immédiatement augmenté ses provisions pour pertes après avoir participé au Programme de restructuration d'octobre 2001, et qu'elle a comptabilisé l'ensemble de l'opération d'échange de créances contre des participations en tant que pertes. Elle mentionne aussi le fait que la banque Chohung elle-même a approuvé la mesure en indiquant qu'il lui fallait se conformer à un mémorandum d'accord qu'elle avait signé avec les pouvoirs publics en novembre 1999, qui avait été modifié en mai 2000. La Corée fait valoir que les CE n'ont pas tenu compte des explications fournies par la banque Chohung elle-même concernant, entre autres, le fait que le mémorandum d'accord ne visait que les mesures de restructuration imposées par les pouvoirs publics pour faire face à la crise financière de 1997. La banque Chohung a aussi fait valoir auprès de l'autorité chargée de l'enquête que, aux réunions du Conseil tenues durant la période couverte par l'enquête, il n'a pas été fait mention du fait que les pouvoirs publics étaient disposés à subventionner Hynix, ou qu'ils avaient ordonné à la banque Chohung d'injecter des fonds dans Hynix. En revanche, la banque Chohung a dit à l'autorité chargée de l'enquête que les décisions concernant Hynix étaient prises par trois équipes spécialement formées et en suivant une procédure d'application générale.¹⁴⁰ Les CE ont répondu à ces préoccupations en disant simplement que la banque Chohung n'avait communiqué aucun nouvel élément de preuve dans ses observations qui modifierait la conclusion de la Commission. Elles ont d'autre part mentionné des cas antérieurs allégués ayant donné lieu à une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics relativement au Programme de restructuration de mai 2001, les lettres adressées à la KEIC et à la KEB concernant le prêt syndiqué, la

¹³⁷ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 552. Observations de la banque Chohung sur la détermination préliminaire du 19 mai 2003. (**Pièce n° 24 de la Corée**)

¹³⁸ Observations de la banque Chohung sur la détermination préliminaire du 19 mai 2003. (**Pièce n° 24 de la Corée**)

¹³⁹ Détermination finale, paragraphe 121.

¹⁴⁰ Observations de la banque Chohung sur la détermination préliminaire du 19 mai 2003. (**Pièce n° 24 de la Corée**)

dérogation au plafond de crédit de la FSC et la garantie de la KEIC. Nous ne considérons pas que ces renseignements soient très pertinents pour la question d'une éventuelle action d'ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard de la banque Chohung en octobre 2001. S'agissant de l'action d'ordonner des pouvoirs publics alléguée dans le cadre du Programme de restructuration de mai 2001, nous constatons que les éléments de preuve étaient insuffisants pour parvenir à une conclusion selon laquelle il y avait eu action de charger ou ordonner, et nous ne voyons donc pas comment ces mêmes éléments de preuve pourraient d'une manière ou d'une autre confirmer ou renforcer le raisonnement des CE en ce qui concerne le Programme de restructuration d'octobre 2001.

7.131 Cependant, ce qui reste, c'est le fait que les CE se sont appuyées sur la situation financière désastreuse d'Hynix au moment où le Programme de restructuration d'octobre 2001 a été convenu, comme on l'a expliqué auparavant. À notre avis, étant donné la détérioration de la situation depuis mai 2001, et compte tenu de la cote de crédit attribuée à Hynix tant par des sources indépendantes comme Standard & Poor qu'en interne par la banque Chohung, il nous semble que les CE ont tiré une conclusion raisonnable en considérant que le renouvellement de l'investissement dans Hynix par la banque Chohung ne correspondait pas à un comportement commercial normal. Lorsqu'on y ajoute le pouvoir d'actionnaire très important des pouvoirs publics et l'absence de tout élément de preuve convaincant du caractère raisonnable, du point de vue commercial, de ces investissements, nous considérons que les CE agissaient d'une manière raisonnable lorsqu'elles ont conclu que les pouvoirs publics avaient ordonné à la banque Chohung de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 d'Hynix.

7.132 Nous rejetons donc l'allégation de la Corée selon laquelle la détermination de l'existence d'une contribution financière de la banque Chohung en octobre 2001 faite par les CE était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

KEB

7.133 En ce qui concerne la KEB, les CE affirment que la notation interne attribuée par la banque à Hynix ne justifiait pas l'octroi d'un autre financement, surtout compte tenu du fait que la KEB faisait elle-même l'objet d'une restructuration et aurait dû éviter des investissements risqués. Les CE notent aussi que cette banque était, jusqu'en 1998, une banque publique spécialisée et que la Corée demeurait le plus gros actionnaire avec 43,17 pour cent des actions. Étant donné que les prêts ont été mis à disposition à des taux applicables à des sociétés financièrement saines, et sur la base des données de fait disponibles, les CE ont conclu que la Corée devait avoir usé de son influence en tant qu'actionnaire pour orienter les décisions. Les CE se réfèrent aussi aux rapports divulguant les pressions exercées par les pouvoirs publics sur la KEB au moment du prêt syndiqué, étayant l'opinion selon laquelle en tant qu'actionnaire majoritaire, les pouvoirs publics ont bien influé sur les décisions.¹⁴¹

7.134 Nous jugeons pertinentes les considérations des CE selon lesquelles cette banque était jusqu'en 1998 une banque publique spécialisée et selon lesquelles la Corée est demeurée le plus gros actionnaire avec 43,17 pour cent des actions.¹⁴² Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous estimons que le fait que les pouvoirs publics sont l'actionnaire principal de la KEB est un facteur important mais qui n'est pas décisif pour établir l'existence d'ordres donnés par les pouvoirs publics à des organismes privés au sens de l'article premier de l'Accord SMC. C'est un facteur qui peut être pris en compte lorsqu'on évalue tous les éléments de preuve concernant l'action d'ordonner de la part des pouvoirs publics. Les éléments de preuve restants sur lesquels se sont appuyées les CE montrent que la notation interne attribuée à Hynix par la KEB était très mauvaise, mais que les prêts ont néanmoins

¹⁴¹ Détermination finale, paragraphe 126; détermination préliminaire, paragraphe 91.

¹⁴² Nous renvoyons à notre considération figurant dans la note de bas de page 128 concernant la nature d'organisme privé de cette banque.

été mis à disposition à des taux applicables à des sociétés financièrement saines. La Corée fait valoir que la Commerzbank, le deuxième actionnaire par ordre d'importance de la KEB, contrôlait les pratiques de la KEB en matière de prêts, et nous jugeons pertinent le fait que seulement quatre directeurs de la KEB sur vingt venaient de la Commerzbank, et que les pouvoirs publics, en tant qu'actionnaire principal, étaient en mesure d'influer sur la désignation des autres directeurs.¹⁴³ Sur cette base, et compte tenu de la situation financière particulièrement négative d'Hynix en octobre 2001, nous considérons comme raisonnable la conclusion des CE selon laquelle les pouvoirs publics devaient avoir usé de leur pouvoir d'actionnaire pour influencer les décisions.¹⁴⁴ Nous souhaitons souligner que nous considérons comme particulièrement pertinente la situation financière précaire d'Hynix au moment du Programme de restructuration d'octobre 2001, qui était différente de la situation qui existait au moment du Programme de restructuration de mai 2001. À notre avis, la conjugaison d'un important contrôle par les pouvoirs publics et de la situation financière extrêmement négative d'Hynix justifie, en l'absence d'éléments de preuve solides du contraire, la conclusion raisonnable tirée par les CE voulant que les pouvoirs publics aient affectivement exercé un contrôle pour ordonner à la banque de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 et de fournir une contribution financière.

7.135 Nous rejetons donc l'allégation de la Corée selon laquelle la constatation de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics en ce qui concerne la KEB faite par les CE était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

NACF

7.136 Les CE ont considéré que la NACF était un organisme exécutant une politique économique d'appui au secteur de l'agriculture. Elles ajoutent que la NACF bénéficiait d'une garantie des pouvoirs publics pour les pertes subies du fait de ses activités et que la notation interne attribuée par la NACF à Hynix ne justifiait pas un financement supplémentaire, et certainement pas à des taux d'intérêt inférieurs aux taux du marché. En bref, selon les CE, il ne peut y avoir d'autre explication du comportement non commercial que les ordres donnés par les pouvoirs publics.¹⁴⁵

7.137 Nous rappelons qu'il n'est pas contesté que la NACF est un organisme qui exécute une politique économique de soutien au secteur de l'agriculture, et qu'elle est gérée conjointement par le Ministère de l'économie et des finances et le Ministère de l'agriculture et de la sylviculture, et qu'elle a des fonctions spécialisées en tant que banque de soutien à la politique agricole, comme la mise en œuvre de la politique agricole de la Corée. Nous notons que les CE ont fait valoir devant nous que, pour cette raison, il fallait considérer la NACF comme un organisme public. Il semble toutefois qu'à l'époque de l'enquête, les CE n'ont pas considéré que la NACF avait ce statut d'organisme public. S'il est clair que la NACF n'agissait pas au titre de sa mission dans le secteur de l'agriculture lorsqu'elle a investi dans Hynix, nous ne partageons pas l'avis de la Corée selon lequel, pour cette raison, le fait qu'elle est axée d'une manière générale sur la politique publique n'est absolument pas pertinent. Nous notons de nouveau qu'il n'est pas contesté que la notation interne attribuée par la banque elle-même à Hynix n'était pas telle qu'elle justifiait un financement supplémentaire. Là encore, compte tenu de la

¹⁴³ Les CE se sont également appuyées sur les lettres concernant les résultats de la réunion des ministres du 28 novembre 2001, qui ont été découvertes après la détermination préliminaire et avaient été dissimulées par les parties concernées. Les CE affirment que, par ces lettres, les pouvoirs publics à cette occasion précédente, avaient déjà ordonné à la KEB d'agir d'une certaine manière, ce qui confirme ainsi leur opinion selon laquelle la Corée était en mesure d'utiliser son pouvoir d'actionnaire majoritaire pour donner des ordres à la KEB. Comme nous l'avons analysé précédemment, nous ne pensons pas que cette conclusion soit déraisonnable. En tout état de cause, et, à tout le moins, la lettre pouvait raisonnablement être considérée comme un élément de preuve du pouvoir d'ordonner à la KEB de solliciter une dérogation au plafond des prêts que détenaient les pouvoirs publics.

¹⁴⁴ Détermination préliminaire, paragraphe 91.

¹⁴⁵ Détermination finale, paragraphe 128; détermination préliminaire, paragraphe 97.

détérioration de la situation d'Hynix et du rôle de la Corée dans la NACF, et de son orientation en matière de politique publique, nous considérons qu'il n'était pas déraisonnable de la part des CE de conclure qu'un *quasi*-organisme public comme la NACF s'était vu ordonner par les pouvoirs publics de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001. Nous ne pensons pas, comme semble le faire valoir la Corée, que les CE auraient tout simplement dû admettre l'affirmation de la NACF selon laquelle elle avait des raisons d'ordre commercial de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 et que les pouvoirs publics ne lui avaient pas ordonné d'y prendre part, compte tenu des autres faits figurant dans le dossier dont les CE ont expliqué d'une manière raisonnable qu'ils les avaient conduites à la conclusion opposée.¹⁴⁶

7.138 Nous rejetons donc l'allégation de la Corée selon laquelle la constatation de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics en ce qui concerne la NACF faite par les CE était incompatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

Citibank

7.139 Dans la détermination finale, les CE notent que la Citibank avait une relation très étroite avec les pouvoirs publics, puisqu'elle était l'une des premières banques étrangères à exercer des activités en Corée en 1967. Les CE considèrent que la Citibank n'a pas coopéré et que ses assertions selon lesquelles elle n'agissait pas sur l'ordre des pouvoirs publics ne pouvaient donc pas être vérifiées au moyen d'une réponse appropriée au questionnaire et d'une visite de vérification. Selon les CE, la Citibank n'a pas expliqué pourquoi elle n'a pris une participation dans Hynix qu'en janvier 2001, lorsque la situation était déjà suffisamment mauvaise pour dissuader la plupart des banques privées, en dehors du contexte de programmes spéciaux comme la restructuration de mai 2001. À la date d'octobre 2001, la Citibank a attribué à Hynix une notation "D" (douteux). Les CE concluent que les liens de la Citibank avec les pouvoirs publics se sont intensifiés durant la crise financière, qui l'a rendue particulièrement sensible aux ordres donnés par les pouvoirs publics. Les CE considèrent que le fait que la Citibank n'a pas coopéré donne à penser qu'elle avait quelque chose à cacher. Elles considèrent que la notation interne attribuée par la banque à Hynix ne justifiait pas un nouveau financement. Compte tenu de l'absence de coopération, les CE considèrent que la seule conclusion concernant un tel comportement non commercial est qu'il existait des ordres donnés par les pouvoirs publics.¹⁴⁷

7.140 À notre avis, dans le cas de la Citibank, la situation est très différente en ce qui concerne un aspect important, à savoir l'action d'ordonner alléguée des pouvoirs publics vis-à-vis de la Citibank. Les pouvoirs publics n'avaient pas de pouvoir d'actionnaire dans la Citibank. S'il est exact que la Citibank avait une relation étroite avec les pouvoirs publics depuis la fin des années 60, et qu'elle était manifestement un acteur important ayant contribué au redressement économique de la Corée après la crise financière de 1997, cela ne démontre pas nécessairement que les pouvoirs publics avaient une forme quelconque de contrôle de la Citibank. Partant, la qualité des éléments de preuve en ce qui concerne la Citibank devra être plus élevée pour démontrer que les pouvoirs publics avaient effectivement ordonné à la Citibank de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001. À notre avis, si la Citibank avait pleinement coopéré dès le départ avec l'autorité chargée de l'enquête, les éléments de preuve sur lesquels se sont appuyées les CE ne seraient pas suffisants pour conclure raisonnablement que les pouvoirs publics avaient effectivement ordonné à la Citibank de participer.

¹⁴⁶ Nous notons que la Corée a seulement contesté la détermination des CE concernant la NACF dans sa première communication écrite et qu'elle n'a pas développé cet argument dans les communications ou déclarations subséquentes dont nous sommes saisis. En réponse à une question du Groupe spécial concernant la NACF, la Corée a simplement répondu que les CE ne considéraient pas que la NACF était un organisme public au moment de l'enquête, et qu'elle a donc été empêchée de le faire devant le Groupe spécial. (Réponse de la Corée à la question n° 79 du Groupe spécial)

¹⁴⁷ Détermination finale, paragraphes 130 à 133; détermination préliminaire, paragraphes 93 et 94.

Comme pour les autres banques, nous considérons comme pertinent le fait que le caractère raisonnable, du point de vue commercial, de la participation au Programme de restructuration d'octobre 2001 semble douteux, compte tenu de la notation interne attribuée par la Citibank à Hynix et de la situation générale d'Hynix et de la branche de production à l'époque. Mais nous ne considérons pas que ce contexte de grandes difficultés soit suffisant pour conclure que la Citibank avait reçu l'ordre de participer. En ce qui concerne les autres banques qui ont participé, nous estimons que la position d'actionnaire importante des pouvoirs publics constituait précisément ce petit élément de preuve additionnel qui pouvait justifier que l'autorité chargée de l'enquête ait raisonnablement conclu à l'existence d'une action d'ordonner. Dans le cas de la Citibank, le défaut de coopération de la Citibank a apparemment été considéré comme l'élément additionnel qui a amené les CE à conclure à l'existence d'ordres donnés par les pouvoirs publics. Comme nous le concluons ailleurs dans notre rapport, nous considérons que les CE étaient en droit d'estimer que la Citibank n'avait pas répondu à leur questionnaire et, ainsi, n'avait pas communiqué de renseignements spécifiques et vérifiables concernant sa participation au Programme de restructuration d'octobre 2001.

7.141 Nous rappelons que dans la détermination finale, les CE sont parvenues à la conclusion suivante en se fondant sur l'absence de coopération de la part de la Citibank:

"(133) Quant à l'ordonnance par le gouvernement coréen, les informations sur l'enregistrement indiquent qu'il y avait des liens considérables entre ce dernier, Hynix et Citibank. En ce qui concerne le gouvernement et Citibank, ceux-ci dépassaient les prêts sous enquête. De tels liens peuvent faire l'objet de plusieurs analyses. En premier lieu, ils peuvent être interprétés comme une présomption que Citibank aurait eu un intérêt commercial à procurer des financements à Hynix ou, comme évoqué par l'une des parties, ils auraient placé Citibank en situation de vulnérabilité par rapport à la direction du gouvernement coréen. Le défaut de coopération n'a pas permis d'établir si Citibank a agi sous la contrainte, ou dans le cadre de leurs pratiques commerciales habituelles. Aussi doit-il être rappelé que les motifs invoqués pour justifier son refus de coopérer, étaient d'empêcher tout accès aux informations financières et comptables de Hynix. En l'absence de toute autre justification, cet argument peut raisonnablement constituer une indication que ces informations détenues par Citibank contenaient certaines indications qu'il n'y avait aucune justification commerciale à ces financements, et que ces derniers n'auraient été octroyés que sur recommandation de la direction du gouvernement coréen. Cette motivation figure d'ailleurs parmi celles indiquées dans la plainte. En outre et comme expliqué au considérant 94 du règlement provisoire, Citibank entretenait des relations exceptionnellement étroites et symbiotiques avec le gouvernement coréen depuis 1967, date à laquelle il a été autorisé à opérer en Corée. Ces relations étroites entre le gouvernement coréen et Citibank sont démontrées par le rôle joué par Citibank dans le soutien apporté au gouvernement coréen pour se dégager de la crise financière coréenne de 1997. Citibank a conduit et achevé avec succès la restructuration de la dette bancaire de la Corée pour un total de 21,75 milliards de dollars des États-Unis (USD) en 1998. En outre, Citibank a assisté le gouvernement coréen et les institutions d'accès aux marchés financiers, en parrainant avec succès une mise sur le marché de 4 milliards de dollars des États-Unis (USD) en obligations d'État, durant la crise financière. Tous ces éléments confirment l'étroitesse des relations entretenues par Citibank et le gouvernement coréen. Sur la base de ces faits, et le refus de Citibank de donner accès aux informations en sa possession, et aucune autre preuve vérifiable n'ayant été mise à disposition de l'enquête, la conclusion à tirer, conformément à l'article 28, paragraphe 6, du règlement de base, est que le

gouvernement coréen a été impliqué et a ordonné à Citibank d'octroyer le financement en question.¹⁴⁸

7.142 Comme nous l'avons expliqué dans une section distincte de notre rapport traitant des allégations de la Corée concernant l'application de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, nous considérons que c'est à juste titre que les CE ont fait leurs déterminations relatives à la Citibank en se fondant sur les données de fait disponibles, étant donné que les renseignements raisonnablement considérés comme nécessaires n'avaient pas été communiqués. Nous notons que la Corée fait valoir que la Citibank n'aurait pas dû être considérée comme une partie non coopérative compte tenu des efforts qu'elle a déployés de bonne foi pour fournir ces renseignements. En outre, la Corée fait valoir qu'il ne faut pas non plus blâmer Hynix parce que la Citibank n'a pas communiqué les renseignements, et que, par conséquent, les CE n'étaient pas autorisées à tirer des déductions défavorables du fait que la Citibank n'avait pas communiqué les renseignements demandés. Autrement dit, la Corée fait valoir que ce n'était pas la faute d'Hynix si les renseignements n'avaient pas été communiqués et que ce manquement était dû à la politique interne de la Citibank. En même temps, elle fait valoir que ce n'était pas non plus la faute de la Citibank puisque Hynix n'avait pas consenti à ce que les renseignements soient divulgués et que faute d'un tel consentement, la Citibank risquait d'être confrontée à des problèmes de responsabilité juridique au regard du droit coréen. Apparemment, la Corée voudrait le beurre et l'argent du beurre. En tout état de cause, il est clair que les renseignements nécessaires n'ont pas été communiqués dans un délai raisonnable et que les CE étaient donc en droit d'utiliser les données de fait disponibles en vertu de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

7.143 À notre avis, cette absence de coopération de la part de la Citibank constituait ce petit élément de preuve additionnel qui pouvait justifier que l'autorité ait raisonnablement conclu que la Citibank avait reçu l'ordre de la Corée de participer en tant que banque de l'option 1 au Programme de restructuration d'octobre 2001. Comme nous l'avons fait lorsque nous avons évoqué le prêt syndiqué, nous voulons souligner que nous ne pensons pas que le défaut de coopération, en l'absence de tout élément de preuve justificatif additionnel, serait en tant que tel suffisant pour conclure à l'existence d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics. L'article 12.7 de l'*Accord SMC* permet à une autorité de faire des déterminations sur la base des *données de fait* disponibles, et non sur la base de simples hypothèses ou déductions. Nous ne considérons pas que l'article 12.7 permette à une autorité de parvenir automatiquement à une conclusion qui est négative pour la partie non coopérative en l'absence de données de fait additionnelles, simplement parce que les renseignements n'ont pas été communiqués. Nous ne considérons pas que l'article 12.7 puisse être interprété de cette manière punitive. Cependant, s'il existe, comme en l'espèce, certains faits figurant dans le dossier qui indiquent une certaine direction, alors il n'est pas déraisonnable de la part de l'autorité chargée de l'enquête d'interpréter ces faits en tenant compte du défaut de coopération de la partie concernée. Refuser à l'autorité, lorsqu'elle est confrontée à une telle absence de coopération patente, le droit de tenir compte de ce comportement non coopératif en tant qu'élément pertinent pour évaluer les faits dont elle est saisie priverait la "menace" brandie par l'article 12.7 de son sens. À notre avis, cela signifierait que l'autorité chargée de l'enquête, qui ne dispose pas de pouvoirs importants en matière de recueil des éléments de preuve, est privée de la possibilité limitée d'inciter les parties intéressées à communiquer les renseignements nécessaires pour faire les déterminations préliminaires et finales.

7.144 En bref, le refus complet de la Citibank de communiquer tout renseignement utile et vérifiable demandé par l'autorité, auquel s'ajoute la relation étroite entre la Corée et la Citibank, ainsi que le rôle de la Citibank en tant que principal conseiller financier d'Hynix et le fait que le caractère raisonnable, du point de vue commercial, de la participation au Programme de restructuration d'octobre 2001 soit douteux, justifient, à notre avis, la conclusion raisonnable tirée par les CE selon laquelle la Citibank avait reçu l'ordre de la Corée de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001.

¹⁴⁸ Détermination finale, paragraphe 133.

7.145 Nous concluons donc que la détermination de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics par l'intermédiaire de la Citibank faite par les CE était compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

Conclusion

7.146 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous constatons donc que la constatation de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics coréens par la participation de la KDB, de la banque Woori, de la banque Chohung, de la KEB, de la NACF et de la Citibank au Programme de restructuration d'octobre 2001, faite par les CE, est compatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

2. Allégations concernant la détermination par les CE de l'existence d'un avantage et du montant de cet avantage

a) La Corée

7.147 La Corée fait valoir que la constatation et la mesure de l'"avantage" faites par les CE sont incompatibles avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, en vertu de ces dispositions et ainsi que l'a précisé l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Aéronefs* et *États-Unis – Bois de construction IV*, les CE avaient l'obligation, en mesurant l'avantage, de comparer ce qu'avait reçu Hynix avec ce qui était disponible sur le marché. Au lieu de procéder de la sorte, les CE ont ignoré à dessein les points de repère du marché disponibles et ont simplement considéré tous les prêts, garanties de prêt, obligations et titres comme des dons, faisant ainsi abstraction des obligations spécifiques énoncées à l'article 14 de l'*Accord SMC* au sujet de la détermination de l'existence d'un avantage.¹⁴⁹

7.148 En outre, la Corée affirme que les CE n'ont pas expliqué d'une manière adéquate pourquoi les points de repère du marché coréen ne pouvaient pas être utilisés, pas plus qu'elles n'ont démontré pourquoi leur méthodologie relative au don avait un rapport ou un lien avec les conditions existantes sur le marché coréen, comme l'exige l'article 14. La Corée est d'avis que l'article 14 de l'*Accord SMC* établit clairement l'obligation d'examiner l'avantage en prenant comme point de repère le marché privé du pays visé par l'enquête. Selon la Corée, si cela n'est pas possible, l'autorité devrait justifier le fait de ne pas avoir utilisé ce point de repère et elle doit démontrer que l'autre point de repère choisi est lié aux conditions existantes sur le marché du pays visé par l'enquête.¹⁵⁰

7.149 La Corée fait également valoir que dans le cas 1) du prêt syndiqué, 2) de la garantie de la KEIC et 3) du Programme de restructuration de mai 2001, le fait que les CE aient modifié leur position en passant d'une détermination préliminaire ne constatant l'existence d'"aucun avantage" à une détermination finale constatant l'existence d'un "avantage", et ce sans explication, confirme que, dans cette enquête, les CE se sont efforcées d'arriver à un résultat prévu d'avance, et c'est au regard de ces éléments que la Corée invite le Groupe spécial à examiner l'analyse de l'avantage faite par les CE. Selon la Corée, l'argument avancé par les CE au sujet des "renseignements nouveaux" concernant la réunion des Ministres de l'économie¹⁵¹ et la présence de fonctionnaires gouvernementaux à une

¹⁴⁹ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 572. La Corée affirme que les CE ont considéré tous les instruments financiers comme des dons car elles sont simplement parties du principe, sans disposer d'élément de preuve positif pour étayer cette supposition, que les banques impliquées dans le processus de restructuration ne comptaient pas récupérer leurs fonds. Ce faisant, les CE n'ont pas tenu compte de la nature même des instruments utilisés, qui exigeaient le paiement d'intérêts, et elles n'ont pas examiné la situation à la lumière des points de repère du marché, ainsi que le prescrit l'article 14 de l'*Accord SMC*.

¹⁵⁰ La Corée étaye son argument en s'appuyant sur le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction IV*, qui traite de l'article 14 d) de l'*Accord SMC*.

¹⁵¹ Dans la mesure où elle se rapporte au prêt syndiqué et au Programme de garantie de la KEIC.

réunion avec les créanciers¹⁵² peut avoir une incidence sur les conclusions relatives à la contribution financière et à l'action de charger mais n'a aucun rapport avec la question de l'avantage.

Prêt syndiqué

7.150 La Corée fait valoir que les CE ont à tort considéré comme des dons les montants des prêts qui dépassaient la limite de crédit ayant fait l'objet d'une dérogation. Ces prêts étaient assortis de prescriptions concernant le paiement des intérêts et, selon la Corée, les prêts octroyés par la KEB, la KFB et la KDB auraient donc dû être comparés aux prêts octroyés par sept autres banques ayant participé au programme et dont il n'a pas été allégué qu'elles avaient été chargées ou s'étaient vu ordonner de consentir de tels prêts. La Corée estime que les prêts octroyés par ces banques constituaient un point de repère du marché adéquat pour déterminer l'existence d'un avantage.

Garantie de la KEIC

7.151 La Corée conteste la constatation des CE selon laquelle aucune "prime adéquate" n'était requise dans le cadre de ce programme, ce qui, selon les CE, transformait en don ce qu'elles considéraient être une garantie de prêt. Selon la Corée, au titre des articles 1.1 b) et 14 lus à la lumière du point j) de l'Annexe I de l'*Accord SMC*, les CE auraient dû examiner la différence entre le montant réellement versé par Hynix et le montant couvrant les frais et pertes d'exploitation du programme d'assurance à l'exportation afin de déterminer l'existence d'un avantage. La Corée fait observer que les CE n'ont même pas examiné ce qu'aurait été une prime adéquate. Deuxièmement, même si les CE avaient raison de considérer les programmes d'assurance à l'exportation comme une garantie de prêt, la Corée estime qu'en vertu de l'article 14 c) de l'*Accord SMC*, les CE étaient alors tenues d'examiner la différence entre les autres types de financement qui pouvaient être obtenus avec la garantie et ceux qui pouvaient être obtenus sans la garantie. L'affirmation générale des CE selon laquelle il n'y aurait eu aucune autre possibilité de financement sans la garantie est intenable sur le plan économique étant donné qu'il y a toujours une autre possibilité, même si c'est à un taux d'intérêt élevé. Dans tous les cas, Hynix a bel et bien versé une prime et l'analyse des CE selon laquelle le programme de garantie de la KEIC est un don est donc erronée.

Programme d'obligations de la KDB

7.152 La Corée fait valoir que, lorsqu'elles ont considéré que les *obligations* du Programme étaient des *dons*, les CE se sont appuyées sur l'hypothèse infondée selon laquelle la KDB n'allait pas récupérer les fonds investis. La Corée fait valoir que les CE n'ont donc pas établi de comparaison entre le taux d'intérêt de la KDB et les points de repère du marché disponibles tels que ceux du prêt syndiqué¹⁵³ ou de l'émission de GDR, qui démontraient clairement qu'il était raisonnable, d'un point de vue commercial, de participer au Programme d'obligations de la KDB. En outre, La Corée fait valoir que la majeure partie des obligations Hynix n'ont pas, à terme, été achetées par la KDB mais plutôt par les banques créancières (20 pour cent) et des investisseurs privés (70 pour cent), et que les CE sont tout simplement parties du principe que leur participation constituait également un don.

Programme de restructuration de mai 2001

7.153 La Corée conteste le fait que l'achat d'obligations convertibles pour un montant de 1 billion de won sud-coréens (KRW) soit considéré comme un don, étant donné que les obligations convertibles

¹⁵² Pour ce qui concerne le Programme de restructuration de mai 2001.

¹⁵³ La Corée estime que ce prêt syndiqué constitue un point de repère valable du marché privé parce qu'il regroupe les prêts de sept banques qui n'ont pas été chargées et ne se sont pas vu ordonner d'accorder ces prêts, et parce que le taux d'intérêt effectivement perçu dans le cadre du programme de la KDB était en fait plus élevé que celui de ce prêt syndiqué.

étaient assorties d'obligations claires en matière d'intérêt et qu'elles pouvaient être converties en participations. La Corée fait valoir que la conclusion des CE selon laquelle il était évident que les créanciers ne récupéreraient pas les fonds investis n'est pas étayée par les faits.¹⁵⁴ Le succès remporté par l'émission de GDR infirme l'argument des CE. Selon la Corée, les CE auraient dû comparer les taux d'intérêt des obligations convertibles avec les taux d'intérêt applicables sur le marché.

Programme de restructuration d'octobre 2001

7.154 La Corée est d'avis que les CE ont à tort considéré comme des dons les trois mesures¹⁵⁵ constituant le Programme de restructuration d'octobre 2001. Les nouveaux prêts accordés dans le cadre du Programme n'étaient pas des dons, contrairement à ce qu'ont conclu les CE. La Corée fait valoir que ces prêts étaient couverts par une garantie prioritaire visant l'usine d'Hynix. En outre, une analyse neutre effectuée par une tierce partie et commandée par les créanciers¹⁵⁶ a montré que, en accordant de nouveaux prêts, les créanciers ont considérablement augmenté leurs chances de récupérer au moins une partie des investissements qu'ils avaient réalisés au cours des années précédentes. Il était également erroné de considérer les prorogations d'échéance comme des mesures d'annulation de la dette, étant donné qu'en prorogeant l'échéance les créanciers avaient précisément pour objectif d'augmenter leurs chances de récupérer leur argent. Il était tout aussi erroné de considérer l'échange de créances contre des participations comme une mesure d'annulation de la dette car c'était une décision d'investissement normale, bien que risquée, prise par des créanciers espérant participer au redressement escompté de la société. La Corée signale que le montant perçu pour l'échange était identique, et même légèrement inférieur, au prix de l'action Hynix sur le marché boursier, ce qui signifie que les actions obtenues par cet échange pouvaient facilement être vendues sur le marché boursier. Dans tous les cas, selon la Corée, il serait insensé de prendre la peine de s'engager dans une complexe opération d'échange s'il s'agissait simplement d'une sorte d'annulation de la dette. Les banques de l'option 1 auraient alors pu choisir les options 2 ou 3.

Erreurs de calcul supplémentaires

7.155 Enfin, et au cas où le Groupe spécial rejetterait les allégations de la Corée au sujet de l'analyse de l'avantage, la Corée fait valoir que les CE ont commis plusieurs erreurs importantes en calculant effectivement l'avantage. Premièrement, la Corée affirme que les CE n'ont pas tenu compte de la part des obligations du Programme d'obligations de la KDB qui ont ensuite été transformées en obligations convertibles dans le cadre du Programme de restructuration de mai 2001. La Corée fait valoir que, de la même façon que les CE avaient calculé une réduction d'avantage en considérant qu'une partie des obligations convertibles du Programme de restructuration de mai 2001 avaient été converties en participations dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001, les CE auraient dû soustraire la partie de l'avantage correspondant aux obligations du Programme d'obligations de la KDB qui avaient été transformées en obligations convertibles dans le cadre du Programme de restructuration de mai 2001. La Corée estime que, en ne le faisant pas, les CE ont commis une erreur de double comptage.

7.156 En outre, affirme la Corée, les CE n'ont pas déduit de l'avantage allégué les intérêts versés par Hynix dans le cadre du Programme d'obligations de la KDB. Par ailleurs, la Corée fait valoir que les CE n'ont pas tenu compte des intérêts effectivement payés aux banques de l'option 1 dans le cadre du

¹⁵⁴ La Corée se réfère aux 1) prévisions positives concernant le marché des DRAM, 2) à la confiance exprimée par les investisseurs au sujet des GDR, 3) au fait que l'achat dépendait de la réussite des GDR, 4) à l'obligation de laisser l'argent sur des comptes bloqués et 5) au fait que les obligations choisies étaient convertibles, ce qui montrait également qu'on s'attendait à des gains futurs.

¹⁵⁵ Le Programme de restructuration d'octobre 2001 consistait à octroyer de nouveaux prêts, à proroger l'échéance des prêts existants et à procéder à un échange de créances contre des participations.

¹⁵⁶ La Corée mentionne l'étude d'Arthur Andersen, le rapport technologique d'Abbie Gregg et le rapport du Groupe de surveillance.

Programme de restructuration d'octobre 2001, ce qui constitue une violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Enfin, la Corée est d'avis que les CE n'ont pas tenu compte des renseignements issus des livres comptables vérifiés d'Hynix et concernant la valeur réelle des obligations émises dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001, à savoir 1 579 billions de won sud-coréens (KRW) et que, au lieu de cela, elles ont continué à utiliser le montant erroné de 1 825 billions de won sud-coréens (KRW). Cela constitue une violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

b) Les CE

7.157 Les CE considèrent que l'article premier de l'*Accord SMC* ne donne pas de définition du terme "avantage". L'article 14 de l'*Accord SMC* ne contient pas non plus de définition de ce terme étant donné qu'il établit simplement des *lignes directrices* pour le calcul du montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire. L'article 14 de l'*Accord SMC* laisse un large pouvoir discrétionnaire à l'autorité pour déterminer la méthode la mieux adaptée pour établir l'existence de l'avantage et calculer son montant.¹⁵⁷ Selon les CE, le principe directeur général, ainsi que l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, est que le point de repère applicable pour déterminer l'existence d'un avantage est le *financement disponible sur le marché* et la question de savoir dans quelle mesure, avec la contribution des pouvoirs publics, le bénéficiaire est mieux loti qu'en l'absence de contribution.¹⁵⁸ Les CE estiment que lorsqu'on évalue les autres sources de financement disponibles sur le marché, il faudrait examiner la situation telle qu'elle se présentait avant l'octroi du financement et non pas une fois le risque disparu. Les CE font valoir que, à un moment donné, le risque est tel qu'il est tout simplement impossible d'obtenir un financement supplémentaire sur le marché, même lorsqu'il n'est pas certain à 100 pour cent que les fonds ne seront pas récupérés. Tout soi-disant "prêt" accordé par les pouvoirs publics dans ces circonstances ne devrait donc pas être comparé, comme le prescrit l'article 14 b), à d'autres prêts comparables disponibles sur le marché car il n'y en a pas, mais il peut être plutôt considéré comme une fourniture de capital-risque, dont le montant total constitue l'avantage pouvant faire l'objet de mesures compensatoires. Face à une telle situation, les CE font valoir que l'autorité chargée de l'enquête peut établir l'existence d'un avantage en se fondant sur n'importe quelle méthode raisonnable conforme aux principes directeurs généraux énoncés à l'article 14 de l'*Accord SMC*.

7.158 En réponse à certains des arguments avancés par la Corée, les CE font valoir que les autorités ne sont pas obligées d'utiliser un point de repère du marché si le marché en question est à tel point faussé par l'influence des pouvoirs publics que la participation de soi-disant acteurs du marché ne témoigne pas de la viabilité de l'entreprise mais plutôt de la réussite des efforts des pouvoirs publics pour sauver une entreprise "trop grande pour faire faillite". Selon les CE, en acceptant l'affirmation de la Corée, on permettrait aux pouvoirs publics de modifier le point de repère au regard duquel doit être identifiée l'activité économique.

7.159 Les CE rejettent également l'argument de la Corée selon lequel le point de repère retenu devrait être lié aux conditions existantes sur le marché coréen, étant donné que les paragraphes a) à c) applicables de l'article 14 de l'*Accord SMC* ne contiennent aucune obligation de ce type. L'affaire *États-Unis – Bois de construction IV* - sur laquelle se fonde la Corée - traite de l'article 14 d) mais n'a

¹⁵⁷ Selon les CE, le paragraphe a) de l'article 14 de l'*Accord SMC* énonce une règle fondamentale concernant l'avantage en cas de fourniture de participations ou de capital-risque mais, contrairement aux paragraphes b), c) et d), il ne donne pas de méthode précise pour calculer l'avantage. Les CE affirment que l'absence d'obligation expresse concernant le calcul du montant de l'avantage dans une situation de risque indique que, en cas de fourniture de capital-risque, le montant de l'avantage dépend du risque futur qui est difficile à évaluer.

¹⁵⁸ Selon les CE, plus un prêt est risqué, plus on s'éloigne de la situation envisagée au paragraphe b) et plus on se rapproche de la situation de risque générale visée au paragraphe a); or, l'*Accord SMC* n'énonce aucune obligation expresse concernant le calcul du montant de l'avantage dans ce dernier cas.

aucun rapport avec la présente affaire car celle-ci ne concerne pas la fourniture de marchandises par les pouvoirs publics.

7.160 Enfin, en réponse à l'argument de la Corée selon lequel les CE n'ont pas examiné les décisions d'investissement en adoptant le point de vue d'un investisseur de l'intérieur cherchant à augmenter ses chances de récupérer au moins une partie des fonds investis, les CE soulignent qu'elles ont examiné cet aspect et conclu qu'il importait peu que le caractère raisonnable, du point de vue commercial, du financement soit examiné en adoptant la perspective d'un investisseur de l'intérieur ou de l'extérieur. Qui plus est, les CE sont d'avis que, du point de vue du droit de l'OMC, cette distinction n'est pas pertinente étant donné que le point de repère est lié au marché en général et non pas à des entreprises spécifiques entretenant déjà des relations avec l'entreprise recevant une subvention.

7.161 Les CE affirment que le fait que la détermination de l'existence d'un avantage a été modifiée entre la détermination préliminaire et la détermination finale dans le cas du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC et du Programme de restructuration de mai 2001 n'est pas pertinent. Les CE expliquent que la situation a changé entre la détermination préliminaire et la détermination finale en raison de la découverte de nouveaux faits et de nouveaux éléments de preuve qui indiquaient que les pouvoirs publics coréens n'avaient pas tout dévoilé et démontraient que les pouvoirs publics étaient intervenus sur le marché, infirmant ainsi l'argument selon lequel certains acteurs du marché finançaient Hynix de leur plein gré.

7.162 Les CE considèrent que la Corée n'a pas démontré que la détermination par les CE de l'existence d'un avantage dans les cinq programmes dont il a été constaté qu'ils constituaient une contribution financière des pouvoirs publics coréens en faveur d'Hynix était incompatible avec les articles 1.1 et 14 de l'*Accord SMC*.

Prêt syndiqué

7.163 Les CE font valoir que les renseignements versés au dossier indiquent que les CE ont raisonnablement considéré qu'Hynix était dans une situation telle que, compte tenu de l'environnement économique et de la situation financière précaire de l'entreprise, le marché ne lui accorderait plus de financement sans intervention des pouvoirs publics. Selon les CE, la Corée n'a pas démontré qu'Hynix aurait pu obtenir un prêt sur un marché non faussé par l'intervention des pouvoirs publics.¹⁵⁹ Par conséquent, la Corée n'a pas démontré que la méthode utilisée par les CE pour déterminer l'existence d'un avantage était incompatible avec le principe général énoncé à l'article 14 de l'*Accord SMC*.

Garantie de la KEIC

7.164 Les CE font valoir que les renseignements versés au dossier indiquent que les banques créancières étaient disposées à accorder une rallonge de prêt de 600 millions de dollars EU uniquement parce que la garantie de la KEIC assurait qu'elles seraient remboursées si Hynix faisait faillite. Selon les CE, cela apparaît clairement au regard de la situation financière désastreuse dans laquelle se trouvait Hynix à l'époque, au regard des documents bancaires internes¹⁶⁰ et compte tenu du fait que certaines banques avaient atteint leurs limites prudentielles et avaient besoin d'une dérogation de la FSC pour accorder ces prêts. En outre, le dossier contient des éléments de preuve indiquant que la KEIC elle-même n'a fourni la garantie qu'à cause de l'intervention des pouvoirs publics et qu'en fait ce sont les pouvoirs publics qui, au bout du compte, cautionnaient la garantie. Étant donné qu'Hynix

¹⁵⁹ Les CE font valoir que l'article 14 b), en utilisant les termes "commercial" et "marché", fait clairement référence à un marché non faussé par l'intervention des pouvoirs publics.

¹⁶⁰ Chohung Bank Questionnaire Response. (**Pièce n° 15 des CE**).

n'aurait pas obtenu de rallonge de crédit sans la garantie, il était raisonnable, de la part des CE, de considérer que l'avantage fourni par la garantie de la KEIC correspondait au montant total du crédit.

7.165 Les CE estiment qu'elles n'étaient pas obligées de comparer les taux d'intérêt étant donné qu'il n'y aurait pas eu d'autre source de financement, quel que soit le taux d'intérêt, si les pouvoirs publics n'étaient pas intervenus. Les CE rejettent donc les allégations de la Corée selon lesquelles, au titre de l'article 14 c), les CE auraient dû examiner les conditions des prêts obtenus avec la garantie et les conditions des prêts disponibles sans la garantie, étant donné qu'aucun prêt de ce type n'était disponible.¹⁶¹ Les CE considèrent également que la Corée a tort de se référer au point j) de l'Annexe I de l'Accord SMC car, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un programme de garantie à long terme mais plutôt d'une garantie *ad hoc* accordée à Hynix par les pouvoirs publics, par l'intermédiaire de la KEIC.

Programme d'obligations de la KDB

7.166 S'agissant du Programme d'obligations de la KDB, par lequel la KDB a aidé à refinancer des obligations arrivant à échéance et à remodeler la dette pour les investisseurs, les CE considèrent qu'une fois encore les renseignements versés au dossier indiquaient qu'Hynix n'aurait pas pu obtenir d'autre financement sur le marché, et qu'il était donc raisonnable, de la part de l'autorité, de considérer que le montant total du financement correspondait à l'avantage conféré. Les CE font valoir que, pour toutes les raisons exposées précédemment au sujet desdits prêts, le prêt syndiqué ne prouve pas que le marché aurait été prêt à financer les obligations arrivant à échéance.¹⁶² Même les pouvoirs publics, dans leurs réponses au questionnaire, ont indiqué que seules les entreprises notées A+ étaient en mesure d'obtenir un financement; or, dès la fin de l'année 2000, Hynix était lourdement endettée et se voyait attribuer une notation de crédit très médiocre.¹⁶³

Programme de restructuration de mai 2001

7.167 Les CE notent que, en mai 2001, Hynix était lourdement endettée et que sa situation ne pouvait être qualifiée de pénurie temporaire de liquidités. Les CE font valoir qu'il faut examiner le succès allégué de l'émission de GDR en tenant compte du fait que le marché était faussé en raison de l'engagement à long terme des pouvoirs publics. Le Mémoire concernant l'émission mettait particulièrement l'accent sur le soutien que les pouvoirs publics accordaient à Hynix pour inciter les investisseurs internationaux à investir dans cette société.¹⁶⁴ Les CE affirment qu'elles ont pris en

¹⁶¹ Selon les CE, l'article 14 c) fait également référence à la transaction en cause, et les CE n'avaient donc pas tort de fonder leur détermination de l'existence d'un avantage sur le montant des prêts non disponibles par ailleurs.

¹⁶² Selon les CE, si le prêt syndiqué a quelque pertinence, c'est parce que le montant fourni par le biais du prêt syndiqué était largement inférieur au montant demandé et requis par Hynix, ce qui montre une nouvelle fois la réticence des banques à accorder un financement à Hynix.

¹⁶³ Les CE font valoir, au cas où le Groupe spécial jugerait pertinentes les conditions du Programme d'obligations de la KDB, qu'Hynix a été admise à bénéficier de ce programme avec une cote de crédit BBB, qui a ensuite été revue à la baisse, à tel point qu'en août 2001 Hynix n'a plus été autorisée à participer au programme à cause de sa cote de crédit (CCC+). En outre, les CE soulignent que le taux d'intérêt fixé dans le cadre du Programme d'obligations de la KDB était inférieur aux taux du prêt syndiqué, et ce malgré le fait qu'Hynix n'avait jamais pu payer les intérêts dus au titre du prêt syndiqué et que les intérêts échus avaient été convertis en participations dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001.

¹⁶⁴ Selon les CE, les investisseurs internationaux connaissent moins bien la situation de l'entreprise que les investisseurs de l'intérieur, lesquels auraient dû mieux connaître la situation réelle d'Hynix. Entre la mi-juin et le 20 juin 2001, le prix de l'action s'est effondré mais les banques ont quand même acheté des obligations Hynix.

compte la perspective des investisseurs de l'intérieur mais que, d'un point de vue commercial, il n'aurait en aucun cas été raisonnable d'accorder un autre financement à Hynix à ce moment-là.¹⁶⁵

Programme de restructuration d'octobre 2001

7.168 À propos de ce programme, les CE font valoir que la détermination de l'existence d'un avantage se fondait sur deux éléments principaux: 1) le fait qu'Hynix n'aurait pas pu obtenir le financement nécessaire sur le marché; et 2) le fait qu'au moment du financement il était évident que les créanciers ne récupéreraient pas leurs fonds, ce qui justifie donc que les CE aient traité ce programme de financement comme un don. Les CE soulignent que les renseignements versés au dossier indiquaient que la situation financière d'Hynix avait continué à se détériorer pendant tout l'été 2001 et que, le 5 octobre 2001, sa notation de crédit était SD (selective default). En outre, par le passé, Hynix n'avait pas assuré le service de ses dettes, le prix de son action s'était effondré immédiatement après l'émission de GDR, le 15 juin 2001, et il était clair qu'aucune nouvelle émission de GDR n'était proposée. Toutefois, les taux d'intérêt perçus dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001 étaient les mêmes que ceux qui étaient appliqués aux entreprises financièrement saines et ils étaient inférieurs aux taux appliqués à Hynix en janvier 2001. Les CE font valoir que les renseignements versés au dossier indiquaient que les problèmes d'Hynix n'étaient pas surprenants et qu'ils existaient même pendant la période dite prospère de l'année 2000. Selon les CE, les banques ont décidé d'accorder un financement sans effectuer leur propre évaluation de la viabilité. Les deux rapports sur lesquels se fondait cette décision, à savoir le rapport de SSB et celui du Groupe de surveillance, n'étaient pas des évaluations de la viabilité et le rapport du Groupe de surveillance était un rapport de seulement dix pages décrivant, d'une façon générale, certaines questions techniques et certaines questions concernant le marché. Les CE font valoir que, dans ces circonstances, il était raisonnable, de la part de l'autorité, de conclure que la décision des six banques de l'option 1 de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 n'était pas une décision prise par des acteurs raisonnables, d'un point de vue commercial. S'agissant du rapport d'Arthur Andersen, dont il est allégué qu'il contenait bien une étude de la viabilité, les CE rappellent qu'une seule page a été fournie à l'autorité chargée de l'enquête, ce qui était nettement insuffisant pour que ce rapport puisse être pris en considération et que, de toute façon, les banques de l'option 1 ne disposaient pas de ce rapport lorsqu'elles ont pris leur décision.

7.169 S'agissant de la garantie prioritaire fixe fournie par Hynix, les CE font valoir que la garantie a été prise en considération mais qu'elle ne constituait pas un élément pertinent étant donné qu'elle n'aurait jamais suffi à convaincre les banques de l'option 1 de fournir des fonds à une entreprise notée SD et, en fait, aucune des banques de l'option 1 n'a cité la garantie dans les raisons invoquées pour l'investissement. Les CE notent que même Hynix ne jugeait pas cela important pendant l'enquête. En ce qui concerne l'argument de la Corée selon lequel les obligations pouvaient être échangées, les CE soulignent que, lorsqu'il a été possible de convertir les obligations convertibles, c'est-à-dire le 1^{er} juin 2002, leur valeur avait considérablement baissé puisqu'elle était passée de 3 100 en octobre 2001 à 708. Dans tous les cas, il est évident qu'aucun individu raisonnable n'aurait réellement acheté des actions d'une entreprise notée SD en octobre 2001, qu'elles soient convertibles ou pas. Enfin, les CE signalent que, pour Hynix, le fait que cette opération revête la forme d'un échange de créances contre des participations au lieu d'une simple passation de la dette par pertes et profits présentait un avantage fiscal évident. Une simple passation par pertes et profits aurait supprimé cet élément du passif, mais cela aurait entraîné un bénéfice extraordinaire - et imposable.

¹⁶⁵ Les CE ne voient pas non plus en quoi le fait que les fonds ont dû être placés sur un compte bloqué est pertinent compte tenu des créances existantes des banques et du fait qu'il était évident que cela ne leur permettrait pas de récupérer plus facilement leurs fonds.

Autres erreurs de calcul

7.170 Les CE rejettent également l'allégation de la Corée selon laquelle elles auraient commis des erreurs dans le calcul de l'avantage. S'agissant du Programme d'obligations de la KDB, les CE renvoient à l'explication fournie dans la détermination finale.¹⁶⁶ Les CE soulignent qu'Hynix n'a jamais fait valoir, lors de l'enquête, que le montant compté deux fois, selon les allégations, était inclus tant dans le Programme d'obligations de la KDB que dans le Programme de restructuration de mai 2001, et qu'elle n'avait jamais allégué que tout intérêt payé aurait dû être déduit.

7.171 S'agissant du Programme de restructuration d'octobre 2001, les CE font valoir que rien, dans l'article 14 de l'*Accord SMC*, n'oblige à tenir compte d'un intérêt payé une fois qu'il a été déterminé qu'aucun investisseur raisonnable n'aurait accordé le financement. Hynix n'a jamais revendiqué pareille déduction d'intérêt pendant l'enquête. Dans tous les cas, l'intérêt en question n'a pas été versé lors de l'octroi du nouveau "prêt", et la question de savoir si un intérêt a effectivement été versé n'est pas pertinente.

7.172 S'agissant du montant de 1 825 billions de won sud-coréens (KRW), ce montant a été fourni par la principale banque créancière d'Hynix, la KEB, ainsi que l'indique l'annexe 18 de sa réponse au questionnaire, et Hynix en a été informée par un courrier daté du 11 juillet 2003.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.173 Les allégations de la Corée portent sur l'existence et le montant d'un avantage conféré par la contribution financière alléguée. Nous notons que l'article 1.1 de l'*Accord SMC* dispose qu'une subvention n'est réputée exister que s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics *qui confère un avantage*. L'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics est donc nécessaire mais pas suffisante pour conclure qu'une subvention a été accordée. Ce n'est que si cette contribution financière confère un avantage qu'une subvention sera réputée exister. L'*Accord SMC* ne donne pas de définition de ce qui constitue un avantage. À nos yeux, le sens ordinaire du terme "benefit" (avantage) est celui d'un "advantage" (avantage), à savoir ce qui fait que le bénéficiaire est "mieux loti".¹⁶⁷ Étant donné que la notion d'"avantage" nous semble être une notion relative, il devient important d'établir un point de repère pour déterminer si le bénéficiaire est *mieux loti* du fait de la contribution financière. L'article 14 de l'*Accord SMC* intitulé "Calcul du montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire" fournit selon nous un contexte très pertinent pour interpréter le terme "avantage" figurant à l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

7.174 L'article 14 de l'*Accord SMC* est libellé comme suit:

"[a]ux fins de la Partie V, toute méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier sera prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Membre concerné et son application à chaque cas particulier sera transparente et expliquée de manière adéquate. Par ailleurs, toute méthode de ce genre sera compatible avec les principes directeurs suivants:

- a) une prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise ne sera pas considérée comme conférant un avantage, à moins que la décision en matière d'investissement ne puisse être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant

¹⁶⁶ Les CE se réfèrent en particulier au paragraphe 79 de la détermination finale.

¹⁶⁷ Fait révélateur, le terme équivalent utilisé dans la version française de l'*Accord SMC* est "avantage".

les investissements (y compris pour ce qui est de la fourniture de capital-risque) des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre;

b) un prêt des pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins qu'il n'y ait une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paie sur le prêt des pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché. Dans ce cas, l'avantage correspondra à la différence entre ces deux montants;

c) une garantie de prêt accordée par les pouvoirs publics ne sera pas considérée comme conférant un avantage, à moins qu'il n'y ait une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire de la garantie paie sur le prêt garanti par les pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable en l'absence de garantie des pouvoirs publics. Dans ce cas, l'avantage correspondra à la différence entre ces deux montants, ajustée pour tenir compte des différences de commissions;

d) la fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins que la fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins qu'adéquante ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquante. L'adéquation de la rémunération sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente)."

7.175 L'article 14 de l'*Accord SMC* considère donc dans tous les cas que le marché constitue le point de repère approprié pour déterminer l'existence d'un avantage conféré au bénéficiaire de la contribution financière. En d'autres termes, ce n'est que si la contribution financière accorde au bénéficiaire un avantage supérieur à ce qu'il aurait pu obtenir sur le marché que la contribution financière des pouvoirs publics sera réputée avoir conféré un avantage et qu'une subvention sera donc réputée exister. Il est clair que l'*Accord SMC* prévoit un certain nombre de disciplines concernant le comportement des pouvoirs publics lorsqu'une contribution financière fournie par les pouvoirs publics ou sur les ordres ou instructions de ces derniers pourrait avoir pour effet de fausser les échanges. Si l'objectif n'était pas de réduire la distorsion des échanges, il serait absurde d'imposer ces disciplines dans un accord commercial international. À notre avis, si la contribution financière apportée ou ordonnée par les pouvoirs publics est accordée aux mêmes conditions que celles qu'aurait fixées un acteur du marché privé, il n'y a aucune raison d'imposer quelque discipline que ce soit, au simple motif que la contribution financière a été accordée par les pouvoirs publics. En résumé, si la contribution financière n'est pas fournie par les pouvoirs publics (ou s'il n'y a pas eu action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics), cela ne nous concerne pas. Si la contribution financière est fournie par les pouvoirs publics (ou s'il y a eu action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics) sans toutefois conférer un avantage par rapport à ce qui était disponible sur le marché, il est inutile de sanctionner ce comportement des pouvoirs publics qui ne peut fausser les échanges.

7.176 Nous souscrivons donc à ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* au sujet du terme avantage utilisé à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*:

"[n]ous estimons également que le terme "avantage", tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comporte une forme de comparaison. Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la "contribution financière", celui-ci n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré", parce qu'on peut identifier la capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché."¹⁶⁸

7.177 Nous notons que les parties elles aussi sont d'accord avec le principe selon lequel le marché constitue la base de comparaison appropriée. Toutefois, la Corée fait valoir: 1) que les CE n'ont pas utilisé le point de repère disponible sur le marché coréen pour déterminer si un avantage avait été conféré à Hynix, et ce sans justification; et 2) que les CE ont ignoré à dessein la véritable nature des contributions financières qui constituaient des prêts ou des garanties de prêts et qu'elles ont simplement traité toutes les contributions financières alléguées comme des dons. En résumé, les CE arguent que les renseignements versés au dossier montraient que la situation financière d'Hynix était telle qu'aucun investisseur privé raisonnable n'aurait été disposé à fournir des fonds à cette entreprise, que ce soit sous la forme de prêt, de garantie de prêt ou de prise de participation, car il était clair que les chances de récupérer un jour les fonds investis étaient minimes. En résumé, le marché n'aurait pas accordé de financement à Hynix. Dans une telle situation, le financement apporté, quelle que soit sa forme, équivaut à la fourniture d'un capital-risque; or, l'article 14 a) de l'*Accord SMC* ne donne pas de méthode précise pour calculer l'avantage dans le cas de capital-risque. Il indique simplement qu'un avantage est conféré si la décision en matière d'investissement peut être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant les investissements (y compris pour ce qui est de la fourniture de capital-risque) des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre. Selon les CE, les renseignements versés au dossier indiquaient que c'était le cas. Le financement qu'aucun investisseur raisonnable n'aurait fourni à Hynix constituait donc l'avantage, et les programmes de subventions allégués ont tous, quelles que soient leurs conditions, été considérés comme des dons.

7.178 À notre avis, deux questions distinctes doivent être examinées. La première a trait à l'existence d'un avantage, la seconde au calcul du montant de l'avantage. En d'autres termes, selon nous, il suffit de constater que la contribution financière a été fournie à des conditions plus favorables que celles du marché pour constater l'existence d'un avantage. Notre point de vue est fondé sur notre interprétation du terme avantage tel qu'il figure à l'article 1.1 de l'*Accord SMC* – qui détermine dans quel cas une subvention est réputée exister – lu à la lumière de l'*Accord SMC* et en particulier de l'article 14 dudit accord. D'autre part, selon nous, la question de savoir si une telle constatation permet à une autorité de considérer que le montant total de la contribution financière correspond au montant de l'avantage et de traiter cette contribution financière comme un don est une autre question qui concerne le calcul du montant de l'avantage plutôt que son existence.¹⁶⁹

7.179 En l'espèce, ces deux questions sont au centre du débat. Bien que l'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) soit juridiquement et logiquement distincte du calcul du montant de l'avantage au titre de l'article 14, nous traiterons de ces deux questions dans cette section de notre rapport, et ce autant qu'il sera nécessaire pour résoudre le présent différend, essentiellement car c'est ainsi que ces deux questions ont été traitées par les CE dans leurs constatations au sujet de chacun des programmes de subventions allégués, ainsi que par chacune des parties.

¹⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Canada - Aéronefs*, paragraphe 157.

¹⁶⁹ Toutefois, nous sommes d'avis qu'il ne serait ni nécessaire ni approprié d'examiner les questions concernant le *calcul* du montant de l'avantage si nous venions à conclure que l'autorité chargée de l'enquête n'a pas par ailleurs dûment établi l'*existence* d'un avantage.

7.180 Nous estimons préférable de traiter ces deux questions l'une après l'autre, et autant qu'il sera nécessaire pour résoudre le présent différend, au regard des constatations des CE au sujet de chacun des programmes de subventions allégués. Nous examinerons tout d'abord les constatations des CE relatives à l'existence d'un avantage dans chacun des cinq programmes.

i) *Existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC*

Prêt syndiqué

7.181 Dans leur détermination finale, les CE ont expliqué que la participation des trois banques examinées (la KDB, la KEB et la KFB) au prêt syndiqué conférait un avantage correspondant au dépassement des plafonds légaux de crédit, étant donné que c'est le montant qu'Hynix avait pu obtenir du simple fait que la FSC avait relevé les plafonds de crédit. Les CE ont constaté que, si les plafonds n'avaient pas été levés, ces montants n'auraient pas été accordés par les banques en question, et elles ont estimé que rien ne prouvait qu'Hynix aurait pu faire appel à d'autres sources pour obtenir un financement similaire.¹⁷⁰

7.182 Lors de l'analyse concernant l'existence d'un avantage, il faut déterminer si, avec la contribution financière, le bénéficiaire est mieux loti qu'il ne l'aurait été en l'absence de contribution financière, s'il avait dû se tourner vers le marché pour obtenir la contribution financière sous forme de prêt, comme en l'espèce. À nos yeux, les CE ont en partie confondu la question de la contribution financière et celle de l'avantage conféré au bénéficiaire. Le fait qu'un organisme public tel que la KDB n'a pu fournir la contribution financière que parce qu'un autre organisme public a accordé une dérogation aux limites de crédit montre dans quelle mesure les pouvoirs publics étaient disposés à fournir une contribution financière à Hynix, mais n'apporte aucun élément de réponse à la question de savoir si un avantage a été conféré au bénéficiaire. Nous souhaitons également signaler que, dans le cadre d'un subventionnement, il s'agit de savoir si la contribution financière précisément identifiée confère au bénéficiaire un avantage tel qu'elle constitue une subvention. Les CE ont conclu que la contribution financière en question était le prêt accordé à Hynix par la KDB, la KEB et la KFB en décembre 2000, et non pas la dérogation au plafond de crédit accordée par un autre organisme public, la FSC. L'avantage conféré, selon les allégations, est donc l'avantage conféré par le prêt, et non l'avantage allégué conféré par une autre action des pouvoirs publics dont il n'a pas été déterminé qu'elle constituait une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. En d'autres

¹⁷⁰ Le paragraphe 37 de la détermination finale se lit comme suit :

"(37) Conformément à l'article 5 du règlement de base, le montant de la subvention passible de mesures compensatoires est calculé en termes d'avantage conféré au bénéficiaire. La participation des trois banques au prêt syndiqué **confère à Hynix un avantage correspondant au dépassement des plafonds de crédit, car seul le relèvement de ces derniers lui a permis d'obtenir ce montant. Si les plafonds n'avaient pas été relevés, les banques en question ne le lui auraient pas accordé.** Rien n'indiquait qu'Hynix aurait pu faire appel à d'autres sources pour obtenir un financement similaire à l'époque des mesures. Les montants excédant les plafonds de crédit sont donc considérés comme des subventions. Ces subventions étant des mesures *ad hoc* visant une seule entreprise, elles sont spécifiques au sens de l'article 3 du règlement de base et donc passibles de mesures compensatoires. Il est à noter, cependant, que les contributions de la KDB et de la KEB au prêt syndiqué sont déjà soumises à des mesures compensatoires en ce sens qu'elles ont été prises en compte dans le cadre du programme d'octobre 2001. En conséquence, afin d'éviter qu'elles ne soient doublement comptabilisées, elles ne font pas l'objet de mesures compensatoires dans le cadre du prêt syndiqué de janvier 2001. Quant à la contribution de la KFB au montant de prêt accordé au-delà de la limite légale de crédit, les informations collectées font apparaître que l'avantage éventuel conféré par le relèvement du plafond serait négligeable. Elle ne fait donc pas l'objet de mesures compensatoires dans ce contexte." (pas de caractères gras dans l'original)

termes, l'analyse de l'avantage ne concerne pas la KDB et les démarches qu'elle a dû faire pour pouvoir participer au prêt; elle concerne le bénéficiaire du prêt Hynix et la question de savoir si la KDB lui a consenti un prêt à des conditions plus avantageuses que celles du marché.

7.183 À cet égard, le fait que dix banques au total ont participé au prêt syndiqué et accordé des prêts à des conditions semblables à Hynix nous semble tout à fait pertinent. De toutes ces banques, seules la KDB, la KEB et la KFB sont examinées dans la détermination finale, qui ne mentionne pas les sept autres. Parmi les sept banques restantes, un certain nombre (telles que par exemple la Citibank, la banque KorAm et la banque Chohung) n'ont pas été considérées comme des organismes publics dans l'enquête des CE. Nous estimons qu'il ne suffit pas aux CE d'affirmer que les sept autres banques n'ont pas été examinées et qu'il se peut qu'elles aient (ou n'aient pas) reçu l'ordre de participer au prêt syndiqué pour ne pas les considérer comme d'éventuels points de repère du marché. Si plusieurs parties fournissent le même type de financement que l'organisme public, comme dans le cas du prêt syndiqué, leur participation doit évidemment être examinée dans l'analyse concernant l'existence d'un avantage.¹⁷¹

7.184 Selon nous, c'est précisément ce que prévoit l'article 14 b) de l'*Accord SMC*, dans la mesure où il se réfère à l'existence d'un avantage dans le cadre d'une contribution financière revêtant la forme d'un prêt. Un prêt ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins qu'il n'y ait une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paie sur le prêt des pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché. Cela signifie qu'une autorité est tenue de déterminer dans un premier temps si le bénéficiaire du prêt des pouvoirs publics pouvait effectivement obtenir un prêt commercial comparable sur le marché. Les CE ont ignoré à dessein les prêts accordés par sept autres banques sans essayer de déterminer si ces prêts étaient des prêts commerciaux ou si l'octroi de ces prêts avait été influencé par l'intervention alléguée des pouvoirs publics de telle sorte qu'ils ne correspondaient pas à des prêts pouvant effectivement être obtenus sur le marché.

7.185 Nous considérons pertinent le fait que, dans leur détermination préliminaire, les CE ont examiné la participation des dix banques au prêt syndiqué et constaté qu'aucun élément ne leur permettait "de conclure que le taux d'intérêt du prêt et les échéances n'étaient pas conformes aux conditions du marché" et qu'elles en avaient donc conclu que la société "n'avait pas retiré d'avantage".¹⁷² Il semble ressortir de la détermination finale que les seuls renseignements nouveaux découverts concernaient la pression exercée, selon les allégations, par les pouvoirs publics auprès de la KEB pour que cette dernière participe au prêt et le fait que la FSC allait accorder une dérogation aux plafonds de crédit pour permettre à la KDB, à la KEB et à la KFB de participer au prêt syndiqué. Bien que ces renseignements aient pu être pertinents pour la question de la contribution financière et de l'ordre donné, selon les allégations, par les pouvoirs publics à la KEB et à la KFB, nous ne voyons pas comment cela pourrait également infirmer les conclusions relatives aux points de repère du marché qu'avaient précédemment tirées les CE elles-mêmes au sujet des sept autres banques ayant participé au prêt syndiqué.

7.186 Nous constatons donc que les CE n'ont pas établi l'existence d'un avantage découlant de la contribution financière fournie par la KDB et la KEB dans le cadre du prêt syndiqué d'une manière compatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

¹⁷¹ Nous soulignons une nouvelle fois que nous ne voulons pas dire par là que cela constitue nécessairement le point final de cette analyse étant donné qu'il faudra déterminer si le comportement de ces acteurs du marché est à tel point faussé par l'intervention des pouvoirs publics qu'ils ne peuvent plus servir de point de repère pour mesurer la distorsion causée, selon les allégations, par les pouvoirs publics.

¹⁷² Détermination préliminaire, paragraphes 30 et 31.

Garantie de la KEIC

7.187 Dans la détermination finale¹⁷³, les CE ont constaté que la contribution financière fournie par la KEIC sous forme de garantie de crédit à l'exportation a conféré un avantage à Hynix. Les CE ont conclu qu'Hynix n'aurait pu obtenir aucun autre financement sans la garantie et qu'Hynix n'avait jamais évoqué la possibilité d'un autre financement sans la garantie. Elles ont conclu qu'il n'existait donc aucun point de repère pour procéder à la comparaison des coûts demandée par les parties et ont considéré que l'avantage conféré à Hynix équivalait au montant total de la rallonge D/A, soit 600 millions de dollars EU.

7.188 Nous rappelons que la norme établie pour déterminer l'existence d'un avantage conféré par une contribution financière consiste à déterminer si, avec la contribution financière, le bénéficiaire est mieux loti qu'en l'absence de contribution des pouvoirs publics. En l'espèce, il s'agit donc de savoir si

¹⁷³ Les paragraphes 45 et 46 de la détermination finale se lisent comme suit:

"(45) Ainsi, la garantie a été accordée par la KEIC sur injonction des pouvoirs publics lesquels poursuivaient un objectif de politique publique, à savoir l'amélioration de la situation financière difficile d'Hynix pour des raisons de développement industriel. En conséquence, bien qu'elle soit un organisme public, la KEIC a été spécifiquement chargée par les pouvoirs publics d'exercer une fonction qui est normalement de leur ressort en suivant des pratiques qui leur sont propres. La garantie constitue donc une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a) iv), et de l'article 2, paragraphe 1, point a) i), du règlement de base. **Cette garantie a conféré un avantage à Hynix car, sans elle, la société n'aurait pas pu bénéficier de la rallonge de 600 millions de dollars des États-Unis (USD) du mécanisme D/A.** Par ailleurs, le fait que les pouvoirs publics ont donné à la KEIC l'assurance qu'elle serait indemnisée en cas de défaillance montre bien que la prime versée par Hynix ne permettait pas de couvrir le risque encouru par la KEIC en garantissant l'extension du mécanisme D/A et constitue donc un acte non commercial. Les pouvoirs publics ont effectivement garanti le risque de défaillance de la part d'Hynix sans rien exiger en échange. Il ressort des informations disponibles que, sans cette garantie, les banques n'auraient pas accordé le mécanisme D/A. **De plus, rien n'indique qu'Hynix aurait pu obtenir un financement comparable auprès d'autres sources. Il est donc considéré que le cautionnement de la garantie, sans qu'une prime adéquate y soit associée, a conféré un avantage à Hynix au sens de l'article 2, paragraphe 2, du règlement de base.** Conformément aux dispositions de l'article 6, point c), du règlement de base, comme aucun prêt commercial comparable n'aurait pu être obtenu sans la garantie, le cautionnement de la rallonge du mécanisme D/A constitue effectivement une subvention. **L'avantage conféré à Hynix et, partant, le montant de la subvention correspondent au montant de cette rallonge, soit 600 millions de dollars des États-Unis (USD).**

(46) Dans leurs observations sur les conclusions finales communiquées, les pouvoirs publics et Hynix ont fait valoir que la KEIC n'avait pas accordé de fonds, mais seulement une assurance à Hynix et que cette dernière versait aux banques des intérêts calculés aux taux du marché pour les crédits D/A. En conséquence, l'avantage conféré à Hynix devrait correspondre à la différence de coût, c'est-à-dire à la différence entre ce qu'Hynix payait pour les crédits D/A et ce qu'elle aurait payé sans la garantie de la KEIC. Il est observé que l'avantage conféré à Hynix équivaut au montant total des crédits qui ne lui auraient pas été accordés, en tout ou en partie, sans la garantie de la KEIC cautionnée par les pouvoirs publics. **Rien n'indiquait qu'à l'époque Hynix aurait pu obtenir un autre financement sans garantie et la société n'a jamais évoqué pareille possibilité. Il n'existe donc aucune valeur de référence pour procéder à la comparaison des coûts demandée par les parties. De plus, Hynix ne versait pas de prime supplémentaire pour le cautionnement intégral du montant total des crédits par les pouvoirs publics.** Dans ces circonstances, il est considéré que l'avantage conféré à Hynix équivaut au montant total de la garantie prise en charge par les pouvoirs publics." (pas de caractères gras dans l'original)

les CE ont eu raison de conclure que la garantie de la KEIC a conféré à Hynix un avantage par rapport à la situation dans laquelle aurait été la société Hynix si elle avait dû s'adresser au marché.

7.189 Nous considérons que, lorsqu'une garantie est accordée par les pouvoirs publics, la question de l'existence d'un avantage peut être examinée sous plusieurs angles, selon les circonstances. Sur la base de notre conclusion générale selon laquelle l'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC* est déterminée par rapport au marché, il nous semble qu'une des approches possibles pour déterminer s'il existait un avantage consisterait à comparer la garantie fournie par les pouvoirs publics avec une garantie comparable obtenue sur le marché. Si le montant perçu par les pouvoirs publics pour la garantie est inférieur à celui du marché compte tenu des circonstances spécifiques, un avantage est conféré au bénéficiaire. À cet égard, nous notons qu'aucune des parties n'a argué - ni devant l'autorité chargée de l'enquête ni devant nous pendant la procédure du groupe spécial - qu'un opérateur privé du marché aurait fourni une garantie à l'exportation semblable à celle qui a été fournie par la KEIC, ce qui aurait permis de comparer les taux. Cela signifie que, si on choisit d'examiner la question de l'avantage en analysant la différence entre la fourniture d'une contribution financière par les pouvoirs publics et la fourniture d'une contribution financière par le marché, il apparaît clairement qu'un avantage a été conféré étant donné que personne n'a fait valoir un seul instant qu'un opérateur privé du marché aurait été disposé à fournir pareille garantie. En fait, il ressort des éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête que même l'organisme public – la KEIC elle-même – a hésité à fournir la garantie et a eu besoin de l'assurance des pouvoirs publics. Les pouvoirs publics lui ont accordé ce soutien par le courrier du 10 janvier 2001, signé par le Ministre des finances et de l'économie, informant la KEIC, le FSS et la KEB des résultats de la réunion des Ministres de l'économie qui s'était tenue le 9 janvier 2001 et durant laquelle les pouvoirs publics avaient promis qu'un soutien serait apporté par une autre source de financement si la capacité de paiement de réserve de la KEIC devenait insuffisante du fait de la garantie.¹⁷⁴

7.190 D'autre part, si on examine la question de l'avantage à la lumière de l'article 14 c) de l'*Accord SMC* concernant les garanties de prêt, il apparaît que l'examen doit essentiellement porter sur la différence entre le montant payé sur le prêt garanti par les pouvoirs publics et le montant qui aurait été payé sur un prêt commercial comparable en l'absence de garantie des pouvoirs publics. En l'espèce, aucun élément de preuve ne figurait apparemment dans le dossier, et aucun n'a été porté à notre connaissance pour contredire la conclusion des CE selon laquelle, en l'absence de garantie des pouvoirs publics, les banques n'auraient pas été du tout disposées à approuver la rallonge D/A de 600 millions de dollars EU. La Corée considère que le montant de l'avantage devrait être examiné en comparant les frais/intérêts payés pour le financement du mécanisme D/A avec les frais/intérêts qu'Hynix aurait payés sans la garantie de la KEIC. Toutefois, nous jugeons raisonnable la conclusion des CE selon laquelle:

"[r]ien n'indiquait qu'à l'époque Hynix aurait pu obtenir un autre financement sans garantie et la société n'a jamais évoqué pareille possibilité. Il n'existe donc aucune valeur de référence pour procéder à la comparaison des coûts demandée par les parties."¹⁷⁵

7.191 En outre, la Corée fait valoir qu'il est prescrit, au point j) de l'Annexe I de l'*Accord SMC*, que, dans le cas d'une assurance du crédit à l'exportation mise en place par les pouvoirs publics, l'avantage doit être évalué en déterminant si le montant payé par le bénéficiaire de la garantie était suffisant pour couvrir les coûts et pertes d'exploitation à long terme. Nous notons que l'Annexe I de l'*Accord SMC* fournit une liste exemplative de subventions à l'exportation et que le point j) de l'Annexe I est donc pertinent pour déterminer l'existence d'une subvention à l'exportation prohibée et non pas pour

¹⁷⁴ GOK Document of 10 January 2001 from the Ministry of Finance and Economy to the KEIC, FSS and KEB. **(Pièce n° 3 e) des CE)**

¹⁷⁵ Détermination finale, paragraphe 46.

déterminer l'existence d'un avantage. Le point j) adopte une approche "coût pour les pouvoirs publics" plutôt qu'une approche "avantage conféré au bénéficiaire" et, à ce titre, le critère énoncé au point j) n'est tout simplement pas pertinent, à notre avis, pour déterminer l'existence d'un *avantage* au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.

7.192 En résumé, en ce qui concerne l'existence d'un avantage, nous considérons que les CE ont, sur la base du dossier porté à leur connaissance, tiré une conclusion raisonnable et motivée selon laquelle la garantie de la KEIC a conféré un avantage à Hynix d'une manière compatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

7.193 Cela ne signifie pas nécessairement que nous sommes d'accord avec l'approche adoptée par les CE pour calculer le montant de la subvention selon leur méthodologie relative au don. Nous traiterons la question du calcul du montant de la subvention et de la méthodologie relative au don utilisée par les CE dans une autre section, après avoir examiné les constatations des CE au sujet de l'existence d'un avantage dans les programmes restants.

Programme d'obligations de la KDB

7.194 La détermination finale présente comme suit les conclusions des CE au sujet de l'existence d'un avantage conféré par le Programme d'obligations de la KDB:

"(63) Il ressort des explications données aux considérants 50 à 62 que le programme de la KDB a **conféré un avantage à Hynix, surtout compte tenu du fait qu'aucune source de financement comparable ne s'offrait à cette dernière sur le marché.** Hynix n'était pas en mesure de financer ses obligations arrivant à échéance au moyen de prêts bancaires. Elle avait, en effet, épuisé cette possibilité du fait de son endettement déjà très lourd auprès de ses banques créancières et de ses difficultés financières qui ne lui permettaient pas d'obtenir un crédit auprès d'une autre banque. **Elle ne pouvait pas non plus refinancer ses obligations arrivant à échéance sur le marché obligataire, car sa notation médiocre n'autorisait pas le marché à les accepter,** comme les pouvoirs publics l'ont admis dans leur réponse au questionnaire. Pour ces raisons, les conclusions concernant l'existence d'un avantage et, partant, d'une subvention, exposées au considérant 61 du règlement provisoire, sont confirmées."¹⁷⁶ (pas de caractères gras dans l'original)

7.195 Nous rappelons que le Programme d'obligations de la KDB a été mis sur pied par les pouvoirs publics pour répondre à l'instabilité financière causée en Corée par le fait qu'un grand nombre d'obligations émises par quelques entreprises (dont Hynix) devaient arriver à échéance en même temps. Dans le cadre de ce programme, la dette arrivant à échéance devait être refinancée et remodelée pour les investisseurs. Les entreprises participantes devaient rembourser 20 pour cent de la dette échue, les 80 pour cent restants étant à la charge de la KDB.¹⁷⁷ En d'autres termes, l'objectif du programme était de fournir un financement aux entreprises auxquelles le marché n'était pas disposé à accorder un tel financement. En effet, comme l'ont confirmé les pouvoirs publics lors de l'enquête, le marché obligataire coréen appliquait en 2001 des conditions extrêmement strictes et les entreprises

¹⁷⁶ *Id.*, paragraphe 63.

¹⁷⁷ Comme nous l'avons expliqué précédemment, 20 pour cent des 80 pour cent ont été repris par les banques créancières de la société proportionnellement au niveau de leurs engagements en cours auprès de la société; 70 pour cent ont été remodelés afin d'être vendus aux investisseurs sous forme de CBO et/ou de CLO garanties par le KCGF; et 10 pour cent ont été conservés par la KDB. La société participante, en l'occurrence Hynix, devait racheter au moins 3 pour cent des CBO et 5 pour cent des CLO.

dont la notation de crédit était moyenne ne pouvaient pas refinancer leurs obligations sur le marché. Comme l'ont expliqué les pouvoirs publics dans leur réponse au questionnaire:

"[I]es entreprises qui avaient une cote de crédit moyenne et qui auraient pu, par le passé, émettre des obligations, n'étaient plus en mesure de le faire. Étant donné que, par ailleurs, nombre des entreprises étaient viables, le programme de la KDB avait pour objectif de fournir des liquidités durant cette période. Concrètement, une entreprise dont la cote de crédit était supérieure à A- pouvait émettre des obligations sur le marché obligataire normal. Une entreprise dont la cote de crédit était BBB+, BBB, BBB-, BB+ ou BB et qui satisfaisait par ailleurs aux critères d'admissibilité pouvait participer au programme de la KDB."¹⁷⁸

7.196 Les renseignements versés au dossier indiquent qu'en janvier 2001 la cote de crédit d'Hynix était BB+¹⁷⁹, ce qui signifie que, comme le reconnaissent les pouvoirs publics eux-mêmes, Hynix n'aurait pas été en mesure d'émettre des obligations sur le marché. Selon nous, il est donc clair que l'achat par la KDB d'obligations Hynix dans le cadre du Programme d'obligations de la KDB a conféré un avantage à Hynix par rapport à ce que cette entreprise aurait pu obtenir sur le marché. En outre, nous jugeons pertinent le fait qu'aucune des parties n'a, à aucun moment, présenté des éléments de preuve indiquant qu'Hynix aurait pu refinancer ses obligations sur un marché étranger et, comme l'ont signalé les CE dans leur détermination finale, la note spéculative B attribuée à Hynix par l'agence internationale de notation Standard & Poor's en janvier 2001 n'était pas non plus cette possibilité.¹⁸⁰

7.197 La Corée fait valoir que le succès remporté par l'émission de GDR prouve la viabilité d'Hynix et l'existence d'un marché pour les obligations Hynix. La Corée se réfère également à la participation des banques créancières au refinancement des 80 pour cent d'obligations Hynix achetées par la KDB et au fait que d'autres investisseurs privés ont également acheté des obligations, grâce au programme de CBO/CLO, aux mêmes conditions que d'autres sociétés participantes. Nous notons que ces mêmes arguments ont été exposés devant l'autorité chargée de l'enquête, qui y a répondu comme suit dans la détermination finale:

"(56) Pour ce qui est des GDR, il est admis qu'Hynix a levé des fonds sur le marché des capitaux au moyen de cet instrument en juin 2001. Toutefois, à cette époque, 80 pour cent des obligations Hynix financées par le programme de la KDB étaient arrivées à échéance et avaient déjà été rachetées par la KDB. L'émission de GDR n'était donc d'aucune utilité pour ces obligations et, dès janvier 2001, Hynix avait dû trouver un autre moyen de les financer. L'émission de GDR n'est donc pas en soi une indication qu'Hynix aurait eu accès aux marchés des capitaux en janvier 2001. De plus, sans le programme de la KDB, Hynix aurait fait faillite avant l'émission de GDR pour non-paiement de ses obligations. Il convient également de préciser que, comme expliqué aux considérants 73 à 76 du règlement provisoire, le cours des actions Hynix s'est effondré presque immédiatement après l'émission de juin 2001 entraînant des pertes considérables pour les investisseurs. Hynix n'avait donc plus la possibilité de lever des capitaux en bourse, d'autant plus que l'ensemble de ses passifs externes atteignait toujours les 7 200 milliards de won coréens (KRW) en juillet 2001.

(57) Le moment de l'adoption des mesures est en effet un élément important. Il importe de souligner que la décision des investisseurs d'acheter des GDR Hynix en juin pourrait avoir été influencée par le fait que la plupart des dettes à échéance de la société ont été effacées entre janvier et juin 2001 par le programme de la KDB inspiré

¹⁷⁸ Response of Korea to the EC Questionnaire, p. 37-38. **(Pièce n° 6 de la Corée)**

¹⁷⁹ Détermination finale, paragraphe 51.

¹⁸⁰ *Id.*, paragraphe 52.

par les pouvoirs publics. Ce programme jouissait d'une grande notoriété et avait été largement commenté au sein de l'opinion publique. La notice d'offre des GDR fait également référence au fait qu'un montant de 2 900 milliards de won coréens (KRW) devait rester disponible dans le cadre du programme de la KDB pour refinancer les obligations arrivant à échéance en 2001. En conséquence, la décision des investisseurs d'acheter des GDR Hynix en juin 2001 pourrait bel et bien avoir été influencée par la conviction que les pouvoirs publics continueraient à empêcher la faillite de la société. Ce point est également évoqué au considérant 44 du règlement provisoire. En conséquence, les éléments du dossier font apparaître que le programme de la KDB pourrait avoir influencé la décision des investisseurs en juin 2001.

(58) Pour ce qui est de l'argument d'Hynix selon lequel ses obligations ont été revendues au programme de CBO/CLO aux mêmes conditions que les obligations des autres sociétés participantes, il est observé que les conditions du programme de CBO/CLO en cours étaient très différentes et ne pouvaient s'appliquer à Hynix.

(59) Le programme de CBO avait été lancé pour augmenter le financement par emprunt obligataire des sociétés de dimensions relativement modestes dont la notation de crédit était médiocre. Hynix n'aurait pas pu en bénéficier en raison de sa taille. De plus, elle n'aurait pas pu vendre le même volume d'obligations au programme en raison des plafonds de concentration qui imposent que les obligations d'une entreprise donnée ne peuvent représenter plus de 10 pour cent du portefeuille obligataire sous-jacent des CBO/CLO. Il est également observé que la KDB a acheté toutes les obligations d'Hynix, même celles dont cette dernière affirme qu'elles étaient destinées au programme de CBO. Alors même que son programme avait pris fin, la KDB détenait toujours des obligations d'Hynix destinées à être vendues au programme de CBO. La KDB a retardé la vente de ces obligations et en a gardé le contrôle même après qu'elles ont été investies dans le programme de CBO, assurant leur remplacement par de nouvelles obligations à long terme lorsque Hynix n'était pas en mesure de les rembourser à échéance. Le Korea Credit Guarantee Fund (KCGF) a également relevé le taux de garantie des CBO de 34 à 53 pour cent pour tenir compte de l'inclusion du programme de la KDB. Il ne peut donc pas être avancé que les modalités et conditions normales du programme ont été appliquées aux obligations d'Hynix. En réalité, ces dernières ont bénéficié d'un traitement très différent.

(60) Le programme de la KDB s'est déroulé d'une manière très différente par rapport aux transactions comparables sur le marché. Conformément au programme, la KDB a acheté toutes les obligations arrivant à échéance, les a converties en obligations assorties d'un taux d'intérêt nettement plus bas que les titres initiaux et en a placé 20 pour cent auprès des banques créancières et 70 pour cent dans les CBO/CLO. De plus, les conditions appliquées différaient sensiblement de celles du programme de CBO/CLO, notamment du fait des garanties supplémentaires accordées par l'État. Les obligations n'ont fait l'objet d'aucun appel public à l'épargne, mais bien d'un placement privé auprès des créanciers existants. Cela ne correspond pas à un refinancement d'obligations aux conditions du marché.

(61) La KDB a également fait valoir que son programme n'était pas une subvention, car elle arrêta ses décisions en matière de financement et d'utilisation des fonds sur une base commerciale et exerçait une activité à but lucratif axée sur le financement des entreprises.

(62) En ce qui concerne l'argument de la KDB selon lequel son programme n'est pas une subvention en raison de la nature de ses activités, il est observé que les considérants 55 à 59 du règlement provisoire exposent les raisons pour lesquelles le financement fourni par la KDB constitue une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article 2, paragraphe 1, point a) i), du règlement de base. Les observations formulées par la KDB ne contenant aucun élément de preuve nouveau de nature à modifier l'analyse du règlement provisoire, les conclusions exposées aux considérants 55 à 59 de ce règlement sont confirmées.¹⁸¹ (notes de bas de page omises)

7.198 Nous trouvons raisonnables les explications fournies par les CE sur la base des faits figurant dans le dossier. Nous souhaitons en particulier souligner que nous considérons que les circonstances spécifiques entourant l'émission de GDR, qui a été conclue le 15 juin 2001 (et donc bien après l'intervention de la KDB) et qui peut avoir été grandement influencée par l'intervention des pouvoirs publics par l'intermédiaire de la KDB, font que l'émission de GDR ne constitue pas une preuve valable démontrant que le marché aurait été tout aussi disposé à investir dans Hynix que les pouvoirs publics lorsque la KDB a acheté les obligations.

7.199 Selon nous, les CE ont tiré une conclusion raisonnable et motivée, sur la base des faits portés à leur connaissance, selon laquelle l'achat par la KDB d'obligations Hynix dans le cadre du Programme d'obligations de la KDB conférait un avantage à Hynix. En d'autres termes, nous constatons que la Corée n'a pas démontré que les CE avaient établi l'existence d'un avantage conféré à Hynix par le Programme d'obligations de la KDB d'une façon incompatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, et nous rejetons donc l'allégation de la Corée à cet égard.

7.200 Notre décision ne signifie pas nécessairement que nous sommes d'accord avec le calcul du montant de l'avantage effectué par les CE selon leur méthodologie relative au don, et cette question sera traitée ultérieurement dans notre rapport.

Programme de restructuration de mai 2001

7.201 Nous rappelons que, dans la précédente section de notre rapport concernant l'existence d'une contribution financière, nous avons conclu que les CE n'avaient pas établi que les organismes privés qui avaient participé à la restructuration de mai 2001 en achetant des obligations pour un montant de 1 billion de won sud-coréens (KRW) en avaient reçu l'ordre des pouvoirs publics. En l'absence d'une détermination appropriée de l'existence d'une contribution financière, le principe d'économie jurisprudentielle donne à penser qu'il n'est pas nécessaire que nous examinions la question de l'avantage conféré par le comportement des banques créancières privées.

7.202 Toutefois, aux fins de la mise en œuvre et au cas où un appel infirmerait notre détermination relative à la contribution financière, et en supposant donc, pour les besoins de l'argumentation, que les CE ont dûment déterminé que toutes les banques qui ont participé au Programme de restructuration de mai 2001 se sont vu ordonner de le faire par les pouvoirs publics, nous examinerons ci-après la question de savoir si les CE ont eu raison, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, de considérer que l'achat d'obligations convertibles par les banques créancières, en mai 2001, a conféré un avantage.

7.203 S'agissant de l'existence d'un avantage, il semble que, en l'espèce, la conclusion selon laquelle les banques créancières se sont vu ordonner de participer au Programme de restructuration de mai 2001 se fondait précisément sur le fait qu'aucun investisseur raisonnable du marché n'aurait acheté des obligations convertibles Hynix en mai-juin 2001. En supposant, pour les besoins de

¹⁸¹ Détermination finale, paragraphes 56 à 62.

l'argumentation, que cette conclusion est raisonnable, il semble difficile de tirer une autre conclusion pour la question de l'avantage.¹⁸² En résumé, en supposant, pour les besoins de l'argumentation, que la fourniture d'une contribution financière, par l'achat d'obligations convertibles, en mai 2001 a été dûment établie, nous constatons que la conclusion des CE selon laquelle un avantage a ainsi été conféré était compatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*. Notre décision ne signifie pas nécessairement que nous sommes d'accord avec le calcul du montant de l'avantage effectué par les CE selon leur méthodologie relative au don, et cette question sera traitée ultérieurement dans notre rapport.

Programme de restructuration d'octobre 2001

7.204 L'autorité chargée de l'enquête a conclu que la contribution financière fournie par les six banques de l'option 1 ayant participé au Programme de restructuration d'octobre 2001 a conféré un avantage à Hynix étant donné que la société était à l'époque notée "selective default" et qu'elle ne pouvait donc obtenir aucun financement sur les marchés commerciaux.¹⁸³ Nous examinerons donc si la conclusion des CE concernant l'existence d'un avantage était justifiée au vu des faits figurant dans le dossier.

7.205 S'agissant de l'existence d'un avantage, nous rappelons tout d'abord qu'il semble que, en l'espèce, la conclusion selon laquelle les banques créancières se sont vu ordonner de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001 se fondait précisément sur le fait qu'aucun investisseur raisonnable du marché n'aurait acheté des obligations convertibles Hynix en mai-juin 2001 et que la seule explication logique à la participation des six banques de l'option 1 était donc que les pouvoirs publics leur avaient donné l'ordre de participer, en usant de moyens de persuasion tels que leur pouvoir d'actionnaire. À notre avis, cette conclusion était raisonnable et il semble donc difficile de tirer une autre conclusion à propos de la question de l'avantage.¹⁸⁴ En résumé, compte tenu des raisons qui nous ont amenés à considérer que l'existence d'une contribution financière découlant du Programme de restructuration d'octobre 2001 avait été dûment établie, nous constatons que la conclusion des CE selon laquelle un avantage a ainsi été conféré était compatible avec l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.

7.206 À cet égard, il est peut-être utile de rappeler certains des éléments de preuve versés au dossier concernant la possibilité ou l'impossibilité pour Hynix de trouver un financement comparable sur le marché. Il semble que nul ne conteste le fait qu'en octobre 2001 la situation financière d'Hynix était désastreuse. Elle s'est détériorée pendant tout l'été 2001 et, le 5 octobre 2001, la cote de crédit d'Hynix était "selective default". En outre, par le passé, Hynix avait mal assuré le service de ses précédentes dettes. De surcroît, le prix de son action s'était effondré immédiatement après l'émission de GDR intervenue le 15 juin 2001, et il n'avait pas été proposé d'émettre de nouveaux GDR. Les renseignements versés au dossier indiquent que le prix de l'action avait baissé de 72 pour cent entre juin et septembre 2001. Lorsque le CFIC a décidé de lancer le deuxième programme de restructuration le 31 octobre 2001, trois options ont été proposées aux banques créancières. La vaste majorité d'entre elles ont choisi les options 2 et 3 et ont refusé d'accorder d'autres prêts à Hynix, contrairement à ce qu'ont fait les six banques de l'option 1. Les huit banques de l'option 2 ont échangé

¹⁸² Nous souhaitons toutefois signaler que nous ne considérons pas qu'un avantage est nécessairement conféré au bénéficiaire chaque fois qu'il y a action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard d'un organisme privé. Lorsque les pouvoirs publics accordent un prêt et, partant, une contribution financière, il se peut qu'ils le fassent aux conditions du marché et donc sans conférer d'avantage. Pareillement, même lorsqu'un organisme privé s'est vu ordonner par les pouvoirs publics de fournir une contribution financière, il se peut - même si c'est moins probable - que cet organisme privé fournisse la contribution financière aux conditions du marché et ne confère donc pas d'avantage.

¹⁸³ Détermination préliminaire, paragraphes 100 à 102.

¹⁸⁴ À cet égard, nous renvoyons aux considérations que nous avons exposées dans la note de bas de page 182.

28 pour cent de leurs créances contre des participations, et ont renoncé au reste, tandis que les banques de l'option 3 ont simplement reçu la valeur de liquidation de leurs prêts. En revanche, les six banques de l'option 1 qui ont participé à part entière au Programme de restructuration d'octobre 2001 ont accordé de nouveaux prêts, prorogé les échéances et accepté un échange de créances contre des participations. Sur ces six banques de l'option 1, cinq sont soit des organismes publics (la KDB), ou des banques entièrement (banque Woori) ou majoritairement détenues par les pouvoirs publics telles que la banque Chohung (80 pour cent) et la KEB (43 pour cent), ou ont au moins en partie un objectif de politique publique (la NACF, dans laquelle la participation des pouvoirs publics était également importante en 2001).¹⁸⁵ Selon nous, la détermination des CE selon laquelle les six banques de l'option 1 se sont vu ordonner de fournir une contribution financière à Hynix était raisonnable. En outre, si on établit une comparaison avec les décisions prises par les banques des options 2 et 3, on pourrait raisonnablement constater que la participation des banques de l'option 1 a conféré un avantage à Hynix.

7.207 En outre, nous considérons que la conclusion des CE est étayée par les faibles taux d'intérêt des nouveaux prêts et les prorogations des échéances. Le nouveau prêt accordé à Hynix – entreprise qui, rappelons-le, était notée "selective default" – était assorti d'un taux d'intérêt de 7 pour cent tandis que celui du prêt syndiqué de janvier 2001 – alors qu'Hynix était encore notée BBB+ – était de 13 pour cent. La prorogation des échéances d'octobre 2001 a entraîné une baisse de 6 pour cent du taux d'intérêt, alors que cette prorogation était précisément due à l'incapacité d'Hynix à rembourser la dette. Comme l'ont souligné à juste titre les CE, on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'une banque commerciale augmente le taux d'intérêt pour tenir compte du risque accru de perdre les fonds investis. Il est vraiment singulier que le contraire se soit produit. Tout cela n'est contesté par personne. De même, nul ne conteste le fait que les banques participantes elles-mêmes augmentaient leurs provisions pour pertes sur prêts. Les renseignements versés au dossier montrent que la banque Chohung a immédiatement augmenté ses réserves pour pertes sur prêts après avoir pris part aux mesures destinées à couvrir 80 pour cent de la dette d'Hynix et qu'elle a considéré l'intégralité de l'échange de créances contre des participations comme une perte. La banque Woori a justifié sa participation par des considérations d'intérêt public.

7.208 Le seul argument véritable avancé par la Corée pour démontrer que, d'un point de vue commercial, la participation des banques de l'option 1 au Programme de restructuration d'octobre 2001 était raisonnable est que les banques ont investi dans Hynix car elles croyaient que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation. C'est la raison pour laquelle, pour un investisseur de l'intérieur, leur décision de fournir un nouveau financement était logique, sur le plan commercial. Comme le signalent les CE, les banques ne semblent pas avoir tiré cette

¹⁸⁵ Nous souhaitons signaler que, bien qu'ayant constaté que le fait que ces entités soient la propriété des pouvoirs publics ne suffisait pas en lui-même et à lui seul à conclure que les pouvoirs publics avaient effectivement fait usage de leur pouvoir d'actionnaire pour ordonner à ces banques d'accorder le financement, nous pensons vraiment que cela remet sérieusement en question leur utilisation comme points de repère du marché, d'autant plus que, à première vue, ces banques s'étaient comportées de façon non commerciale lors du Programme de restructuration d'octobre 2001. Nous notons que, selon nous, même si nous n'avions pas jugé raisonnable la conclusion des CE selon laquelle toutes les banques privées s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics de participer au programme de restructuration d'octobre 2001, nous ne considérons pas que ces banques auraient nécessairement pu constituer des points de repère valables pour l'analyse concernant l'existence d'un avantage. Bien qu'il soit certainement vrai que la Citibank et sa filiale la SSB ne sont en aucun cas des banques publiques, nous considérons que les CE ont suffisamment démontré que leur relation étroite avec les pouvoirs publics et leur rôle spécifique de conseiller financier auprès d'Hynix pendant toute la restructuration font que la Citibank ne saurait être un point de repère approprié pour déterminer si la contribution financière des pouvoirs publics correspondait aux conditions normales du marché ou si, au contraire, elle conférait un avantage à Hynix. C'est particulièrement vrai compte tenu de la participation très limitée de la Citibank dans la société Hynix puisqu'en octobre 2001 la Citibank ne détenait que 1,3 pour cent des prêts totaux d'Hynix (détermination préliminaire, paragraphe 93).

conclusion en se fondant sur des études d'évaluation indépendantes, comme on aurait pu s'y attendre compte tenu de la situation d'Hynix. Les rapports auxquels il a été fait référence – le rapport de la SSB, les rapports d'août et de novembre du Groupe de surveillance ou encore le rapport d'Abbie Gregg – n'étaient pas des évaluations de la viabilité dont on pourrait raisonnablement considérer qu'elles étaient à l'origine de la décision de continuer à investir dans la société Hynix. Comme l'ont indiqué les CE, le rapport du Groupe de surveillance, par exemple, était un simple document de dix pages décrivant d'une façon générale certaines questions techniques et liées au marché. Seul le rapport d'Arthur Andersen était une étude de la viabilité qui examinait réellement la valeur de liquidation d'Hynix. Il semble qu'il l'ait surtout examiné pour les banques de l'option 3 dont les prêts allaient être rachetés à la valeur de liquidation, telle qu'établie par Arthur Andersen. Toutefois, comme nous l'indiquons à un autre endroit de notre rapport, ce rapport d'Arthur Andersen n'a effectivement pas été transmis à l'autorité chargée de l'enquête pour des raisons de confidentialité. Selon nous, il était raisonnable pour l'autorité chargée de l'enquête de refuser de prendre ce rapport en considération étant donné qu'une seule page de ce document, qui en compte plus de 200, avait été fournie. En outre, il semble que ce rapport d'Arthur Andersen n'ait été terminé qu'en décembre 2001 et, comme dans le cas du rapport du Groupe de surveillance de novembre 2001, les banques n'ont pu prendre leur décision sur la base de ce rapport en octobre 2001. En résumé, il semble, au vu des renseignements versés au dossier, que les rapports étayant, selon les allégations, l'argument concernant les investisseurs de l'intérieur n'ont pas été fournis aux autorités ou n'indiquaient pas comment les banques de l'option 1 avaient pris leur décision.

7.209 Pour toutes les raisons susmentionnées, nous estimons raisonnable la conclusion des CE selon laquelle aucune des six banques de l'option 1 ayant participé au Programme de restructuration d'octobre 2001 n'a agi d'une façon raisonnable, du point de vue commercial. Nul n'a fait valoir, ni lors de l'enquête ni devant le Groupe spécial, qu'Hynix aurait pu obtenir un financement semblable auprès d'une autre source en octobre 2001. Comme l'indiquent les CE dans leur détermination finale:

"(110) (...) Au moment où les mesures ont été prises, le principal créancier d'Hynix était la KDB, qui représentait 44 pour cent du total des prêts accordés à Hynix en décembre 2001.

(111) Avant 1998, Hynix avait obtenu des prêts auprès de banques françaises et japonaises, dont la Bank of Tokyo, la Société Générale et le Crédit Lyonnais. Depuis lors, toutefois, aucune de ces banques n'a participé à la restructuration d'Hynix. Les prêts en cours accordés par des banques étrangères, y compris ceux de la Citibank Seoul, ne représentaient plus que 5 pour cent de l'ensemble des prêts octroyés à Hynix en 2000-2001. Les incidences de l'implication de la Citibank sont détaillées dans les considérants 130 à 133.

(112) L'absence de participation des banques étrangères tend à prouver qu'il n'était pas jugé rationnel ni économiquement justifié de continuer à investir dans Hynix. Il y a lieu d'observer que le montant impayé de 37,5 milliards de won sud-coréens (KRW) du prêt syndiqué étranger accordé en 1996 sous la direction de la Société Générale a été déclaré en situation de défaut de paiement et de défaut croisé en 2001." (notes de bas de page omises)

7.210 Les faits et chiffres utilisés dans ces paragraphes de la détermination finale n'ont pas été contestés. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, nous constatons que la détermination des CE concernant l'existence d'un avantage était compatible avec l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.

ii) *Calcul du montant de l'avantage – La méthodologie des CE relative au don*

7.211 Nous rappelons que, en substance, l'autorité chargée de l'enquête a constaté que les renseignements versés au dossier indiquaient que la situation financière d'Hynix était telle qu'aucun investisseur privé raisonnable n'aurait été disposé à lui accorder un financement, que ce soit sous forme de prêt, de garantie de prêt ou de prise de participation au capital, car il était évident que les chances de récupérer un jour les fonds investis étaient minimales. En résumé, les CE ont considéré que le marché n'aurait pas accordé de financement à Hynix. Dans une telle situation, l'octroi d'un financement, sous quelque forme que ce soit, équivaut à la fourniture de capital-risque; or, l'article 14 a) de l'*Accord SMC* ne donne aucune méthode précise pour calculer l'avantage en cas de fourniture de capital-risque. Il indique simplement qu'un avantage est conféré si la décision en matière d'investissement peut être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant les investissements (y compris pour ce qui est de la fourniture de capital-risque) des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre. Selon les CE, les renseignements versés au dossier indiquent que c'était le cas. L'avantage revêtait alors la forme du financement qu'aucun investisseur raisonnable n'aurait accordé à Hynix, et les programmes de subventions allégués ont tous été considérés comme des dons, quelles que soient leurs conditions.

7.212 Selon nous, la méthodologie des CE relative au don présente un problème fondamental, à savoir, tout simplement, qu'un prêt, une garantie de prêt et un échange de créances contre des participations exigeant du bénéficiaire qu'il rembourse les fonds ou cède une participation dans l'entreprise ne sont pas la même chose qu'un don, et qu'on ne peut pas raisonnablement considérer qu'ils ont conféré le même avantage que l'octroi d'un financement non assorti d'une telle obligation. Pour le bénéficiaire, il est clair qu'un prêt n'a pas la même valeur qu'un don car il implique une créance vis-à-vis d'un tiers, créance qui figurera en tant que telle au bilan de la société. De ce fait, il est manifestement moins avantageux pour une entreprise d'obtenir un prêt que d'obtenir un don. De même, l'émission d'actions, directement ou par le biais d'un échange de créances contre des participations, dilue les droits de propriété des actionnaires existants. Notons que, dans l'analyse concernant l'existence d'un avantage, c'est la perspective du bénéficiaire qui importe, et non celle du fournisseur de la contribution financière. À cet égard, le point de départ des CE dans le calcul du montant de l'avantage nous semble erroné car il met l'accent sur le fait que le fournisseur des fonds s'attend à récupérer son argent. La question de l'avantage ne concerne pas le coût, pour le fournisseur, de la contribution financière, elle concerne l'avantage conféré au bénéficiaire.

7.213 Nous comprenons qu'il peut être difficile d'appliquer directement l'article 14 de l'*Accord SMC* qui établit des principes directeurs pour le calcul du montant de la subvention en termes d'avantage conféré. En l'absence de prêt commercial comparable, il peut être difficile d'appliquer, par exemple, l'article 14 b) relatif aux prêts et renvoyant l'autorité chargée de l'enquête à un prêt commercial comparable pouvant être effectivement obtenu sur le marché. L'article 14 c) se réfère à un prêt commercial comparable, qui pourrait être difficile à trouver. Compte tenu des problèmes liés à la méthodologie prescrite à l'article 14 de l'*Accord SMC* pour calculer l'avantage, nous considérons que l'autorité chargée de l'enquête bénéficie d'une marge de manœuvre considérable pour adopter une méthodologie raisonnable. Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, nous ne considérons pas que la méthodologie des CE relative au don satisfait à ce critère du caractère raisonnable. Selon nous, quelle que soit la méthodologie utilisée, elle doit montrer que si la société Hynix doit rembourser les fonds qu'elle a obtenus ou diluer la propriété des actionnaires existants, elle est dans une situation moins favorable que si elle peut garder les fonds accordés sous forme de don.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Selon nous, les CE doivent calculer l'avantage en se fondant sur d'autres points de repère, en Corée ou ailleurs, et cette autre méthodologie pourrait par exemple inclure les pratiques d'investissement liées aux "obligations à haut risque" et aux "fonds vautour".

7.214 À la lumière de nos constatations à cet égard, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner les autres allégations d'erreur formulées par la Corée – telles que le double comptage allégué traité aux paragraphes 7.155 et 7.156 ci-dessus – au sujet du calcul du montant de la subvention effectué par les CE.

7.215 En résumé, et pour les raisons susmentionnées, nous constatons que le calcul par les CE du montant de l'avantage conféré par chacune des contributions financières était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

3. Allégation relative aux déterminations des CE concernant la spécificité

a) La Corée

7.216 La Corée affirme que les CE ont fait une détermination de spécificité *de facto* des subventions alléguées qui ont été accordées dans le cadre du Programme d'obligations de la KDB sur la base 1) du nombre limité d'utilisateurs des subventions et 2) de l'utilisation dominante des programmes de subventions par Hynix, sans qu'aucun élément de preuve positif n'ait été fourni pour étayer de telles conclusions.

7.217 La Corée fait valoir que le Programme d'obligations de la KDB ne constituait pas un traitement de faveur et que les circonstances de chaque inscription étaient déterminées par les considérations bien précises de la société et des créanciers de cette dernière qui pouvaient remplir la demande en vue de son inscription. La question qui est plus pertinente, et au sujet de laquelle les CE ne donnent pas d'indications, est celle de savoir si les firmes qui répondaient aux critères d'admissibilité et qui voulaient participer ont été empêchées de le faire. La conclusion des CE selon laquelle le programme était spécifique à cause du nombre limité d'utilisateurs est donc purement conjecturale. De plus, la Corée affirme que le fait qu'Hynix a utilisé près de 41 pour cent des fonds ne veut pas nécessairement dire que celle-ci était l'utilisateur dominant des subventions alléguées, car de telles données doivent être examinées à la lumière de l'importance du secteur des DRAM en Corée.¹⁸⁷ Enfin, la Corée fait valoir que les CE n'ont pas tenu compte de l'importance de la diversification de l'économie coréenne ni de la période pendant laquelle le programme avait été appliqué, ainsi que le prévoit explicitement l'article 2.1 c) de l'*Accord SMC*.

7.218 De toute façon, la Corée fait observer que 70 pour cent des obligations de la KDB ont été remodelées dans le programme de CBO/CLO de mai 2001, et comme ce programme n'était pas spécifique, ces obligations auraient dû être exclues. La Corée fait valoir que l'allégation des CE selon laquelle les obligations ont été vendues par le truchement des CBO à différentes conditions est tout simplement incorrecte et n'est pas étayée par des éléments de preuve.¹⁸⁸

7.219 En ce qui concerne les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, la Corée fait valoir que l'analyse de la spécificité à laquelle les CE ont procédé n'est pas clairement étayée par des éléments de preuve positifs ni clairement fondée sur de tels éléments de preuve, et ne tenait pas compte du contexte global dans lequel ces efforts de restructuration ont été consentis. Selon la Corée, toutes les transactions ont été exécutées dans le cadre plus large visant à réunir les créanciers pour renégocier la dette de sociétés en difficulté mais viables, d'une manière recommandée par le FMI et

¹⁸⁷ La Corée affirme que les six sociétés visées par le Programme d'obligations de la KDB étaient différentes quant à la taille, à la branche de production et aux circonstances financières, et que ces différences constituent les distinctions qualitatives qui doivent tempérer toute mesure quantitative de la spécificité.

¹⁸⁸ Selon la Corée, la limite de concentration de 10 pour cent s'appliquait bel et bien aux obligations vendues par Hynix dans le cadre du programme de CBO/CLO, il n'y a pas eu de retard dans la vente des obligations par la KDB, et il n'y a aucun élément de preuve indiquant que le niveau de garantie lié au programme de CBO/CLO avait été relevé en raison de l'incorporation d'Hynix dans le Programme d'obligations de la KDB.

fondée sur ce qu'il est convenu d'appeler l'"approche de Londres". Selon la Corée, le fait de constater qu'il y a spécificité dans ce contexte revient à affirmer que les lois sur la faillite d'un pays sont spécifiques à une société.

7.220 En résumé, la Corée estime que les CE ont violé les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC* parce qu'elles ont fait une constatation erronée de spécificité *de facto* au sujet du Programme d'obligations de la KDB et parce qu'elles n'ont pas clairement étayé par des éléments de preuve positifs l'existence d'une spécificité au sujet des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001.¹⁸⁹

b) Les CE

7.221 En ce qui concerne le Programme d'obligations de la KDB, les CE font valoir qu'il y avait tout lieu de croire que ce programme était spécifique dans les faits, car seulement six sociétés y ont eu recours et, parmi celles-ci, Hynix était l'utilisateur dominant. Les CE affirment que l'autorité a pris en considération tous les facteurs mentionnés à l'article 2.1 de l'*Accord SMC* et a tenu compte de l'importance de la diversification de l'économie coréenne et de la période pendant laquelle le programme avait été appliqué. Les CE estiment que la spécificité des mesures doit être examinée en considérant la portée des mesures vis-à-vis des bénéficiaires. De plus, elles font valoir que le nombre de sociétés admissibles n'est pas pertinent et que ce qui importe, c'est l'utilisation effective limitée du programme par les sociétés.

7.222 En ce qui concerne les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, les CE soulignent que la Corée reconnaît que les transactions étaient uniques, et qu'il est donc fallacieux de faire valoir que ces programmes correspondent à l'application normale des lois sur la faillite généralement applicables.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.223 Les CE ont conclu que le Programme d'obligations de la KDB constituait une subvention spécifique *de facto* accordée à Hynix en s'appuyant sur l'utilisation limitée du programme par un petit nombre de sociétés – six sur une possibilité de plus de 200 sociétés admissibles – et sur l'utilisation disproportionnée des fonds dans le cadre du programme par Hynix – qui a utilisé jusqu'à 41 pour cent de l'ensemble des fonds dans le cadre de ce programme. Dans la détermination finale, les CE ont constaté ce qui suit:

"(65) Comme expliqué aux considérants 62 à 64 du règlement provisoire, il a été conclu que si le programme de la KDB n'était pas spécifique en droit au sens de l'article 3, paragraphe 2, point a), du règlement de base, il était bien spécifique *de facto* au sens de l'article 3, paragraphe 2, point c), du même règlement, car trois des quatre conditions énoncées dans cette disposition étaient réunies, à savoir l'utilisation du programme par un nombre limité d'entreprises, l'utilisation dominante par certaines entreprises et l'octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés. La spécificité en droit n'étant pas alléguée, il n'est pas utile d'analyser plus avant les modalités et conditions du programme. Le nombre d'entreprises répondant aux critères d'éligibilité et pouvant prétendre y participer est toutefois pertinent. Pour ce qui est de la spécificité *de facto*, il est conclu que six sociétés seulement, dont quatre appartenant au groupe Hyundai, ont bénéficié du

¹⁸⁹ La Corée fait également observer que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les articles 1.2 et 2 parce qu'elles ont notamment ignoré à dessein le fait que de nombreuses sociétés coréennes avaient été soumises à une restructuration de leur dette semblable à celle qu'Hynix avait subie et, partant, que les CE n'ont pas établi que toutes les subventions alléguées étaient spécifiques sur la base d'éléments de preuve positifs. (Première communication écrite de la Corée, paragraphe 676)

programme et qu'Hynix a absorbé 41 pour cent des fonds disponibles. Il est précisé que, selon les informations collectées, plus de 200 entreprises coréennes répondaient aux critères d'éligibilité du programme. Vu cette pléthore de bénéficiaires potentiels, la large proportion de participants appartenant au groupe Hyundai et l'absorption, par Hynix, d'une part prépondérante du budget du programme correspondent clairement aux critères de spécificité visés à l'article 3, paragraphe 2, point c), du règlement de base.

7.224 Nous croyons comprendre que la Corée fait valoir, en ce qui concerne le Programme d'obligations de la KDB, qu'il ne suffit pas, pour constater qu'il y a spécificité au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*, de simplement mentionner que les programmes ont été utilisés uniquement par un nombre limité de sociétés si, par exemple, les critères d'admissibilité sont assez larges et si l'utilisation restreinte du programme est déterminée par l'importance des engagements que les sociétés sont disposées à prendre plutôt que par un comportement des pouvoirs publics.

7.225 L'article 1.2 de l'*Accord SMC* dispose qu'une subvention ne peut donner lieu à une mesure compensatoire que s'il s'agit "d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2". La partie pertinente de l'article 2 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

2.1 Pour déterminer si une subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier, est spécifique à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production (dénommés dans le présent accord "certaines entreprises") relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention, les principes suivants seront d'application:

a) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à certaines entreprises la possibilité de bénéficier de la subvention, il y aura spécificité.

b) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs² le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle-ci, il n'y aura pas spécificité à condition que le droit de bénéficier de la subvention soit automatique et que lesdits critères ou conditions soient observés strictement. Les critères ou conditions doivent être clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés.

c) Si, nonobstant toute apparence de non-spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b), il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique, d'autres facteurs pourront être pris en considération. Ces facteurs sont les suivants: utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, utilisation dominante par certaines entreprises, octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention.³ Dans l'application du présent alinéa, il sera tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la

subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué.

(...)

2.4 Toute détermination de spécificité en vertu des dispositions du présent article sera clairement étayée par des éléments de preuve positifs.

² L'expression "critères ou conditions objectifs" telle qu'elle est utilisée ici s'entend de critères ou conditions neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale, par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise.

³ À cet égard, en particulier, il sera tenu compte de renseignements sur la fréquence avec laquelle des demandes concernant une subvention ont été refusées ou approuvées et les raisons de ces décisions.

7.226 Nous sommes d'avis qu'une autorité qui a des raisons de croire que la subvention est spécifique *de facto* au sens de l'article 2.1 c) de l'Accord SMC peut prendre en considération d'autres facteurs comme l'utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, l'utilisation dominante par certaines entreprises, l'octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et la manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention. Les CE ont déterminé 1) que le programme de subventions avait été utilisé par un nombre très limité de sociétés, car seulement six sociétés sur quelque 200 sociétés admissibles avaient utilisé le programme; 2) que le programme avait été utilisé de façon dominante par des sociétés appartenant au groupe Hyundai, dont Hynix faisait partie¹⁹⁰; et 3) qu'un montant disproportionné de 2,9 billions de KRW, soit 41 pour cent du montant total de la subvention, avait été accordé à Hynix. Ces chiffres ne sont pas contestés et constituent clairement des "éléments de preuve positifs".¹⁹¹ De plus, les CE ont signalé qu'après l'annonce des participants aux programmes, de nombreuses critiques avaient été formulées en Corée par des sociétés qui se trouvaient dans des situations aussi difficiles pour dénoncer le manque de transparence et les critères d'admissibilité. Ces critiques montrent que les CE ont également pris en considération la manière dont un pouvoir discrétionnaire avait été exercé pour faire bénéficier des sociétés du Programme d'obligations de la KDB.¹⁹²

7.227 En résumé, la conclusion des CE repose sur l'utilisation disproportionnée des fonds du programme en faveur d'Hynix, ce qui les a amenées à conclure raisonnablement que le Programme d'obligations de la KDB, tel qu'il était appliqué, constituait une subvention spécifique *de facto* accordée à Hynix.

7.228 Nous ne considérons pas que le fait que les obligations achetées par la KDB ont par la suite été vendues dans le cadre du programme de CBO/CLO ait une incidence quelconque sur l'analyse de la spécificité. La subvention qui a donné lieu à une mesure compensatoire est la contribution financière accordée au moyen de l'achat d'une obligation et, partant, l'octroi d'un prêt par la KDB – un organisme public – à Hynix. Le fait que la KDB revende par la suite les obligations dans le cadre des programmes de CBO/CLO, avec les obligations d'autres sociétés participantes, n'est pas pertinent à cet égard.

¹⁹⁰ Soixante-dix-neuf pour cent de l'ensemble des sommes dépensées au titre du programme sont allées à des sociétés qui faisaient partie du groupe Hyundai. (Détermination préliminaire, paragraphe 64)

¹⁹¹ Nous souscrivons au point de vue de l'Organe d'appel concernant l'expression "éléments de preuve positifs", tel qu'il est exposé dans le rapport qu'il a présenté dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*. (Voir le paragraphe 7.272, *infra*)

¹⁹² Détermination finale, paragraphe 69.

7.229 S'agissant de l'argument de la Corée selon lequel les CE n'ont pas pris en considération la diversification économique de l'économie coréenne ni la période pendant laquelle le programme avait été appliqué, nous estimons que la Corée n'a pas fourni d'éléments de preuve à l'appui à cet effet. À notre avis, le dossier n'indique pas que les parties ont jamais soulevé la question selon laquelle l'utilisation disproportionnée des fonds du programme en faveur d'Hynix devait en quelque sorte être expliquée par le manque de diversification de l'économie coréenne ou par la période pendant laquelle le programme avait été appliqué. Nous ne jugeons donc pas déraisonnable que les CE n'aient pas inclus dans la détermination finale une déclaration explicite concernant ces questions.

7.230 À notre avis, ayant examiné les quatre facteurs mentionnés à l'article 2.1 de l'*Accord SMC* concernant la spécificité *de facto*, et ayant raisonnablement conclu, au regard de ces quatre facteurs, que le Programme d'obligations de la KDB était spécifique *de facto* pour Hynix, nous estimons que la détermination de spécificité des CE concernant le Programme d'obligations de la KDB était compatible avec l'article 2.1 de l'*Accord SMC*.

7.231 En ce qui concerne les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, nous ne voyons pas la pertinence des arguments de la Corée, car la détermination des CE ne se rapportait ni au CRA ni à la CRPA en tant que tels, mais bien aux opérations spécifiques de restructuration entreprises dans ce cadre général. Les CE n'ont jamais fait de constatations au sujet du CRA ou de la CRPA en tant que tels, mais leur détermination se rapportait à l'opération unique de sauvetage d'Hynix. Ces opérations de restructuration ne constituaient pas simplement l'application d'un programme de soutien accessible à tous. En fait, le CRA et la CRPA fournissent simplement un cadre procédural pour la restructuration et ne prévoient eux-mêmes aucune contribution financière. Ce qui est pertinent, c'est que les CE ont constaté que, dans le cadre des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, et compte tenu de nos constatations antérieures concernant les contributions financières et l'avantage, on a procédé à un exercice de restructuration spécifique *en faveur d'Hynix*. Hynix a reçu des contributions financières qui ont été spécifiquement versées à Hynix à mesure que les banques accordaient de nouveaux prêts ou refinancaient la dette et échangeaient des créances contre des participations d'Hynix. À notre avis, et compte tenu des arguments avancés par la Corée, les déterminations de spécificité faites par les CE au sujet des contributions spécifiques versées à Hynix dans le cadre des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001 sont compatibles avec les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC*.¹⁹³

7.232 Nous constatons donc que les CE n'ont pas agi d'une manière incompatible avec les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC* et nous rejetons les allégations formulées par la Corée au sujet de la spécificité.

4. Allégation relative à l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et à l'article VI:3 du *GATT de 1994*

a) La Corée

7.233 La Corée estime que les CE ont violé l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et l'article VI:3 du *GATT de 1994* parce qu'elles n'ont pas mesuré l'avantage en conformité avec les principes de l'article 14 de l'*Accord SMC*, et parce qu'elles n'ont pas utilisé le chiffre d'affaires consolidé d'Hynix dans le dénominateur servant à calculer la marge. Selon la Corée, les CE confondent la portée de l'enquête et la question de savoir quel produit et quelles sociétés bénéficient des subventions alléguées, qui est la question pertinente pour le calcul du montant de la subvention. Comme les subventions alléguées n'étaient pas spécifiquement destinées à la production de DRAM, la Corée fait valoir que le dénominateur à utiliser ne devrait pas être constitué uniquement des ventes non consolidées d'Hynix,

¹⁹³ Nous faisons observer que notre décision porte sur les arguments avancés par la Corée au sujet de la "spécificité" et doit être lue à la lumière de nos constatations antérieures au sujet des déterminations relatives à la contribution financière et à l'avantage faites par les CE en ce qui concerne ces programmes.

la société mère qui produit les DRAM, mais devrait aussi comprendre les ventes de l'ensemble des filiales consolidées d'Hynix, car elles ont toutes bénéficié des subventions alléguées. Cette carence a inévitablement donné lieu à l'imposition d'un droit dépassant la subvention dont l'existence avait été constatée, en violation de l'article 19.4 de l'*Accord SMC*.

b) Les CE

7.234 Les CE font valoir que, puisque l'enquête en matière de droits compensateurs visait les importations de DRAM en provenance de Corée, le dénominateur pertinent était constitué des ventes réalisées par le producteur coréen de DRAM dont il avait été constaté qu'il avait reçu des subventions. Les CE expliquent que l'autorité chargée de l'enquête a imputé ces subventions dans le temps et a établi une distinction entre les subventions à l'exportation qui avaient été imputées sur les exportations d'Hynix et les subventions non liées qui avaient été imputées sur l'ensemble des ventes d'Hynix. Selon les CE, toutes les filiales d'Hynix sont des entités juridiques distinctes ayant une comptabilité séparée. Il n'y a pas lieu de présumer que de telles filiales ont bénéficié des programmes. Les CE affirment que les résultats des filiales affectent la société mère, mais que le contraire n'est clairement pas nécessairement le cas. Les CE font valoir que l'*Accord SMC* donne clairement à penser que le bénéficiaire de la subvention, en l'occurrence Hynix, est aussi la personne morale qui bénéficie de la subvention. Comme la portée de l'enquête se limitait aux DRAM en provenance de Corée, les CE concluent qu'il était tout à fait normal de ne pas inclure les ventes effectuées par des filiales n'ayant pas fait l'objet d'un examen.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.235 Compte tenu de nos constatations antérieures concernant les lacunes relevées dans la détermination de l'existence et du montant d'une subvention, nous considérons qu'il ne serait ni nécessaire ni opportun de faire des constatations sur les allégations relatives au calcul d'une subvention dont nous constatons qu'il n'a pas été correctement établi par les CE. Nous ne nous prononçons donc pas sur cette allégation.

5. Allégation relative à l'application des "données de fait disponibles" par les CE

a) La Corée

7.236 La Corée fait valoir qu'à quatre reprises, les CE ont utilisé les données de fait disponibles d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. La Corée estime que les CE n'ont pas tenu compte de renseignements pertinents qui avaient été dûment présentés et ont tiré des déductions défavorables d'un défaut de coopération allégué, d'une manière qui peut uniquement être considérée comme punitive. En particulier, la Corée rejette l'utilisation des données de fait disponibles par les CE dans deux cas de défaut de coopération allégué de la Corée en ce qui concerne les réunions des Ministres de l'économie (les 28 novembre 2000 et 9 janvier 2001) et la participation d'un représentant du FSS à la réunion des créanciers tenue le 10 mars 2001. De plus, la Corée fait valoir que les CE ont agi d'une manière qui est incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC* dans le cas du refus allégué d'Hynix d'autoriser la Citibank à coopérer et en ce qui concerne le fait qu'Hynix, selon les allégations, n'a pas présenté le rapport d'Arthur Andersen qui avait servi de fondement à la participation des banques au Programme de restructuration d'octobre 2001.

7.237 En ce qui concerne le fait pour la Corée de ne pas avoir communiqué des renseignements sur les réunions des Ministres de l'économie et sur la participation du représentant du FSS, la Corée explique que c'était simplement dû à un malentendu, qui résultait de la nature très générale et vague des questions posées par les CE pendant l'enquête. La Corée estime qu'elle a répondu à toutes les questions du mieux qu'elle pouvait, expliquant qu'elle n'avait pris part ni à la négociation ni à la coordination du processus de restructuration d'Hynix. De plus, la Corée affirme que lorsqu'elle a été

avisée des renseignements spécifiques demandés par les CE au sujet des réunions des Ministres de l'économie et des documents connexes, elle a rapidement présenté dans sa communication en date du 30 mai 2003 des observations dans lesquelles elle expliquait par le menu la nature des réunions, la situation entourant les réunions qui avaient eu lieu à la fin de 2000 et au début de 2001, et les raisons pour lesquelles des renseignements pertinents n'avaient pas été inclus dans la réponse au questionnaire ni examinés au cours de la vérification. La Corée affirme que si les CE estimaient que les renseignements et les explications que la Corée avait rapidement fournis étaient insatisfaisants ou insuffisants pour l'une ou l'autre raison, elles auraient dû demander à la Corée de fournir d'autres renseignements et explications. De l'avis de la Corée, il s'agit exactement de la communication allant dans les deux sens que prescrit la jurisprudence de l'OMC. La Corée conteste donc l'utilisation par les CE du malentendu concernant les renseignements relatifs aux réunions des Ministres de l'économie et à la participation d'un représentant du FSS à une réunion des créanciers comme prétexte pour ne pas tenir compte des renseignements communiqués. De l'avis de la Corée, cette forme de sanction n'a pas le moindre fondement dans l'*Accord SMC*. En résumé, la Corée fait valoir que l'utilisation par les CE des données de fait disponibles au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* était injustifiée et que son application était disproportionnée par rapport au défaut de coopération allégué.¹⁹⁴

7.238 En ce qui concerne les deux cas de défaut de coopération allégué de la part d'Hynix, la Corée fait observer que les CE ont refusé d'utiliser des renseignements qui avaient été communiqués dans un délai raisonnable, et ont de ce fait agi d'une manière qui était incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. Premièrement, en ce qui concerne le rapport d'Arthur Andersen, la Corée conteste l'affirmation des CE selon laquelle Hynix a refusé de fournir une copie du rapport préparé par ce cabinet de conseil, lequel était très pertinent pour la question de l'ordre allégué donné par la Corée, car il démontrait le caractère raisonnable, sur le plan commercial, des décisions en matière d'investissement prises par les banques créancières. La Corée affirme qu'Hynix avait d'abord présenté une copie du rapport, mais qu'elle avait par la suite demandé aux CE de l'enlever du dossier pour des raisons de confidentialité, en raison de la relation contractuelle entre Hynix et le cabinet de conseil qui était l'auteur du rapport. Cependant, la Corée affirme qu'Hynix a invité les CE à consulter le rapport au cours de la visite de vérification. En outre, plus tard au cours de l'enquête, et en réponse à une question posée par les CE, Hynix a joint une traduction de la page pertinente du rapport qui établissait la valeur de liquidation et la valeur d'exploitation d'Hynix. La Corée affirme qu'Hynix a fait un certain nombre de références au rapport à différents stades de l'enquête. La Corée est d'avis que les CE n'ont pas eu raison de faire totalement abstraction du rapport et de ses conclusions. De plus, les CE ont appliqué les données de fait disponibles et ont tiré des déductions défavorables du défaut allégué de présentation du rapport d'une manière qui était disproportionnée et punitive.

7.239 Deuxièmement, en ce qui concerne le défaut de coopération allégué de la part de la Citibank, la Corée fait valoir que la constatation des CE selon laquelle Hynix avait empêché la Citibank de coopérer à l'enquête, ce qui avait "entrav[é] [le déroulement de l'enquête] de façon notable", n'est pas correcte. La Corée affirme que la Citibank a dûment répondu au questionnaire initial. Même si la Citibank n'a pas été en mesure de communiquer certains renseignements demandés par les CE dans leur lettre invitant à remédier aux insuffisances, la Corée affirme que la Citibank a continué d'essayer de coopérer. En particulier, la Corée se réfère à la présentation en mai 2003 d'une déclaration sous serment dans laquelle la Citibank exposait les raisons pour lesquelles elle avait consenti un prêt à Hynix. La Corée affirme qu'Hynix et la Citibank ont exposé les raisons pour lesquelles cette dernière ne pouvait pas divulguer certains renseignements demandés par les CE dans leur lettre invitant à

¹⁹⁴ À cet égard, la Corée fait valoir que l'article 12.7 de l'*Accord SMC* diffère de la disposition équivalente de l'*Accord antidumping* puisqu'il se rapporte aux Membres intéressés ainsi qu'aux parties privées intéressées. De plus, le fait que l'Annexe II de l'*Accord antidumping* ne se retrouve pas dans l'*Accord SMC*, selon la Corée, appuie le point de vue selon lequel les autorités chargées de l'enquête devraient être plus prudentes lorsqu'elles appliquent les données de fait disponibles en ce qui concerne les pouvoirs publics des Membres intéressés.

remédier aux insuffisances. La Corée affirme qu'il n'y a aucun élément de preuve dans le dossier indiquant qu'Hynix a demandé ou ordonné à la Citibank de refuser de coopérer à l'enquête des CE. Enfin, la Corée conteste la conclusion des CE selon laquelle le manque de coopération de la Citibank pouvait être considéré comme une indication de sa participation à la restructuration de la dette sur l'ordre des pouvoirs publics coréens.

b) Les CE

7.240 Les CE font observer qu'en vertu de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, l'autorité chargée de l'enquête peut utiliser les données de fait disponibles dans les cas où les renseignements nécessaires ne sont pas communiqués dans un délai raisonnable ou dans les cas où des parties intéressées refusent de donner accès à ces renseignements nécessaires ou entravent le déroulement de l'enquête de façon notable. Les CE sont d'avis que, dans les quatre cas mentionnés par la Corée, l'autorité chargée de l'enquête avait le droit d'utiliser les données de fait disponibles et ne les a pas utilisées d'une manière punitive. Les CE estiment que l'article 12.7 de l'*Accord SMC* ne serait guère utile s'il n'habilitait pas l'autorité chargée de l'enquête à tenir compte du défaut de coopération lorsqu'elle évalue les éléments de preuve. Les CE affirment que le point essentiel d'une disposition comme l'article 12.7 est, et peut seulement être, la possibilité de tirer des déductions défavorables.¹⁹⁵

7.241 En ce qui concerne les réunions des Ministres de l'économie et la réunion à laquelle un représentant du FSS a participé, les CE affirment que les données de fait concernant ces réunions ne sont effectivement pas contestées par la Corée.¹⁹⁶ Les CE estiment que ni la Corée ni l'une quelconque des parties coréennes intéressées n'ont présenté les documents qui révélaient ces données de fait, même si ces documents étaient manifestement pertinents et avaient clairement été demandés par l'autorité chargée de l'enquête. Le fait de ne pas communiquer ces renseignements a légitimement une incidence négative sur la conduite des parties visées par l'enquête, et cela veut dire que l'autorité chargée de l'enquête a une certaine flexibilité lorsqu'il s'agit de l'appréciation des données de fait dont elle dispose. Comme les renseignements qui ont finalement été communiqués ont été utilisés par l'autorité, les CE sont d'avis que l'article 12.7 de l'*Accord SMC* est effectivement sans rapport avec la manière dont les CE ont utilisé ces renseignements, qui est strictement une question d'appréciation des éléments de preuve. Les CE contestent l'affirmation de la Corée selon laquelle elle n'avait pas de "raison de croire" que le fait de la réunion ministérielle, l'objet des discussions des Ministres et les différents résultats et documents connexes pouvaient être jugés pertinents pour l'enquête.

7.242 Concernant le rapport d'Arthur Andersen, les CE affirment que ni la Corée ni Hynix n'ont jamais fourni de copie du rapport à l'autorité chargée de l'enquête. Un résumé de 16 pages rédigé en coréen a été présenté mais a par la suite été retiré pour des raisons de confidentialité.¹⁹⁷ En fin de compte, la réponse qui a été donnée à la lettre invitant à remédier aux insuffisances, c'est une page du rapport qui expose les conclusions sur les ratios de récupération moyens dans le cas où Hynix serait considérée comme une entreprise en exploitation et dans le cas où Hynix serait liquidée. Un extrait d'une page du rapport est nettement insuffisant pour permettre de prendre une décision éclairée sur les implications du rapport, parce qu'il ne permet pas à l'autorité d'analyser la manière dont les auteurs du rapport sont arrivés aux chiffres finals ni si l'appréciation de ces chiffres était correcte et justifiée. Les CE contestent également l'argument de la Corée selon lequel elles n'ont jamais indiqué que le rapport était une source de préoccupation ou posait un problème, puisqu'il ressortait clairement de la détermination préliminaire que l'autorité n'avait pas tenu compte du rapport ni de ses constatations

¹⁹⁵ Première communication écrite des CE, paragraphe 197.

¹⁹⁶ *Id.*, paragraphes 206 et 217.

¹⁹⁷ Les CE font observer qu'Hynix a bel et bien présenté une copie du rapport au Département du commerce des États-Unis dans une enquête parallèle visant les DRAM en provenance de Corée, malgré l'explication qu'Hynix avait donnée aux CE, à savoir qu'en raison de la relation contractuelle qui existait entre Hynix et l'auteur du rapport, Hynix n'était pas autorisée à reproduire même partiellement le rapport.

alléguées. Quoi qu'il en soit, les CE font observer qu'il ne faudrait pas surestimer l'importance du rapport car celui-ci avait été présenté sous sa forme définitive en décembre 2001 seulement et ne pouvait donc pas avoir servi de fondement à la décision prise par les créanciers en octobre 2001 concernant le Programme de restructuration d'octobre 2001.

7.243 Enfin, en ce qui concerne la Citibank, les CE affirment que le refus d'Hynix de donner son consentement à la présentation par la Citibank des renseignements et des documents demandés à l'autorité chargée de l'enquête constituait clairement un défaut de communication des renseignements nécessaires et a entravé de façon notable le déroulement de l'enquête. L'autorité chargée de l'enquête avait donc le droit, au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, de fonder sa détermination concernant la Citibank sur les données de fait disponibles, qui comprenaient, dans la mesure où ils étaient pertinents, les éléments de preuve présentés par la Citibank sous la forme d'une déclaration sous serment. Les CE affirment qu'il n'est pas contesté que la raison pour laquelle la Citibank n'a pas coopéré était qu'Hynix n'avait pas donné son consentement, et que l'autorité était en droit de tenir compte de ce refus lorsqu'elle a examiné et apprécié tous les renseignements concernant la Citibank.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.244 Les allégations de la Corée concernant l'utilisation des données de fait disponibles par l'autorité chargée de l'enquête au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, qui dispose ce qui suit:

[d]ans les cas où un Membre intéressé ou une partie intéressée refusera de donner accès aux renseignements nécessaires ou ne les communiquera pas dans un délai raisonnable, ou entravera le déroulement de l'enquête de façon notable, des déterminations préliminaires et finales, positives ou négatives, pourront être établies sur la base des données de fait disponibles.

7.245 L'article 12.7 permet donc à l'autorité de faire des déterminations sur la base des données de fait disponibles dans le cas où certains renseignements nécessaires ne sont pas communiqués dans un délai raisonnable, ou si l'accès à de tels renseignements est refusé, ou dans le cas où une partie intéressée ou un Membre intéressé entrave de façon notable le déroulement de l'enquête. L'article 12.7 permet donc à l'autorité de poursuivre l'enquête et de faire des déterminations sur la base des données de fait qui sont disponibles dans le cas où les renseignements nécessaires pour faire ces déterminations ne sont pas communiqués par les parties intéressées ou dans le cas où, par exemple, la vérification de l'exactitude des renseignements communiqués n'est pas autorisée par une partie intéressée, ce qui entrave le déroulement de l'enquête de façon notable. En d'autres termes, l'article 12.7 définit les circonstances dans lesquelles les autorités chargées des enquêtes peuvent remédier à un manque de renseignements, dans la réponse des parties intéressées, en utilisant des "données de fait" qui sont par ailleurs "disponibles" pour l'autorité chargée de l'enquête.¹⁹⁸

7.246 La Corée fait valoir qu'à quatre reprises, les CE ont eu recours aux données de fait disponibles d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. Nous examinons successivement chacune des allégations de la Corée.

i) *Réunions des Ministres de l'économie/Participation d'un représentant du FSS à une réunion des créanciers*

7.247 Nous rappelons qu'après la détermination préliminaire, les CE ont découvert, par la voie d'articles de presse, quelques documents de la Corée et des lettres qui rendaient compte des résultats

¹⁹⁸ Nous faisons observer que l'Organe d'appel était aussi de cet avis lorsqu'il a examiné l'article 6.8 de l'*Accord antidumping* qui porte sur les données de fait disponibles dans le contexte des enquêtes antidumping. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 77)

de réunions des Ministres de l'économie qui avaient eu lieu le 28 novembre 2000 et le 9 janvier 2001 concernant le processus de restructuration d'Hynix. En outre, il a été découvert qu'un haut fonctionnaire du FSS avait assisté à une réunion importante du Conseil des créanciers le 10 mars 2001. La Corée reconnaît la véracité de ces documents et a confirmé la présence de ce haut fonctionnaire à cette réunion.

7.248 Les CE se sont fondées sur ces documents pour faire leur détermination de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics, en particulier en ce qui concerne le prêt syndiqué et la garantie de la KEIC, ainsi que le Programme de restructuration de mai 2001. Les CE ont également estimé que le fait que les lettres de la Corée et la présence du représentant des pouvoirs publics à la réunion n'avaient pas été divulguées par la Corée, lorsque la demande lui en avait été faite, autorisait l'autorité à utiliser d'autres sources de renseignements aussi, comme des articles de presse.

7.249 Selon nous, la Corée ne fait pas valoir que les CE n'auraient pas dû se fonder sur ces documents ou auraient dû utiliser d'autres renseignements qu'elle avait communiqués en lieu et place de ces documents. La Corée semble plutôt faire valoir que les CE ont accordé une importance indue à ces documents et que la lecture qu'ils en ont donnée avait été influencée à tort par le fait allégué que la Corée ne les avait pas fournis elle-même. À notre avis, cet argument est dénué de pertinence pour l'utilisation de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, qui concerne une situation dans laquelle des renseignements ne sont pas communiqués, ou ne peuvent pas être utilisés, et dans laquelle d'autres renseignements de source secondaire sont utilisés à la place. L'appréciation des renseignements et des éléments de preuve dont dispose l'autorité chargée de l'enquête fait partie de son pouvoir discrétionnaire. Conformément à notre critère d'examen, nous examinerons si l'autorité chargée de l'enquête a tiré des conclusions raisonnables sur la base de tous les éléments de preuve dont elle disposait à bon droit. Il n'y a pas de règle dans l'*Accord SMC* qui empêche l'autorité chargée de l'enquête de tenir compte de renseignements provenant de toutes les sources, y compris des articles de presse. Dans l'affaire qui nous occupe, nous n'estimons pas que les CE auraient nécessairement dû accepter telles quelles l'interprétation des lettres et l'explication du cours des événements données par la Corée. Il ne peut être répondu à la question de savoir si, en définitive, les CE disposaient d'une base suffisante pour faire une détermination de l'existence d'une contribution financière dans le cas du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC et du Programme de restructuration de mai 2001 qu'en examinant l'ensemble des éléments de preuve dont l'autorité disposait. Nous avons procédé à cet examen plus haut dans notre rapport.

7.250 Quoi qu'il en soit, et même si l'on voulait examiner les faits à la lumière de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, nous sommes d'avis qu'il n'était pas déraisonnable pour les CE de conclure que les renseignements nécessaires avaient été demandés mais n'avaient pas été communiqués par la Corée. Dans le questionnaire qui a été envoyé à la Corée, les CE ont demandé ce qui suit:

"[e]xpliquer le rôle des représentants des pouvoirs publics dans la négociation ou la coordination de ce processus [du prêt syndiqué], notamment donner des précisions sur leur participation aux réunions pertinentes et sur la nature de leur engagement vis-à-vis d'Hynix et/ou des banques concernées."¹⁹⁹

7.251 En ce qui concerne la garantie de la KEIC, la question suivante a été posée:

¹⁹⁹ Response of Korea to the EC questionnaire, question 1, p. 30. (**Pièce n° 6 de la Corée**). Pour une liste complète des questions posées par les CE à cet égard, voir la réponse des CE à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphes 143 à 154.

"[d]onner des précisions sur la participation des représentants des pouvoirs publics à ce processus [la garantie de la KEIC], notamment des précisions sur leur participation aux réunions pertinentes."²⁰⁰

7.252 Dans la réponse de la Corée, il n'était pas fait mention des réunions des Ministres de l'économie ni des lettres qui avaient été envoyées à la KEB et à la KEIC après ces réunions. De la même façon, en ce qui concerne le Programme de restructuration de mai 2001, les CE ont posé la question suivante:

"[v]euillez décrire la participation des représentants des pouvoirs publics au processus mentionné plus haut, notamment leur participation aux réunions pertinentes, et expliquer les fonctions et les pouvoirs qu'ils ont exercés au chapitre des décisions."²⁰¹

7.253 La Corée a répondu ainsi à cette question:

"en conformité avec les lois pertinentes, aucun représentant des pouvoirs publics n'a assisté aux réunions pertinentes ou n'a pris part au processus mentionné plus haut."²⁰²

7.254 À notre avis, les CE ont raisonnablement conclu que leurs questions étaient assez spécifiques pour informer la Corée qu'elle devait produire des renseignements concernant telles ou telles réunions du type de celles qui étaient évoquées dans les lettres relatives aux réunions du 28 novembre 2000 et du 9 janvier 2001. Ainsi que la Corée le reconnaît, les ministres des trois ministères responsables des questions économiques se sont rencontrés pour discuter notamment des moyens d'"atténuer les problèmes de liquidité de Hyunday Electronics [Hynix]".²⁰³ Nous ne jugeons pas déraisonnable la conclusion des CE selon laquelle la Corée était suffisamment informée de ce qu'il s'agissait précisément du type de documents que les CE demandaient. De la même façon, en ce qui concerne la présence du représentant du FSS, nous estimons qu'il était clairement indiqué dans la question des CE que la présence d'un représentant des pouvoirs publics à la réunion du Conseil des créanciers du 10 mars 2001, au cours de laquelle il avait été question d'une restructuration plus poussée d'Hynix, devait être signalée dans les réponses aux questions des CE. Le fait que le représentant du FSS en question était le vice-président et l'existence de contacts subséquents entre le FSS/la FSC et les banques créancières sont d'autres éléments qui étayaient la conclusion des CE selon laquelle la réponse de la Corée n'était pas un simple malentendu ou une omission de peu d'importance, mais bien une divulgation incomplète délibérée de la part de la Corée.

7.255 Les renseignements contenus dans les documents qui ont été découverts et le fait qu'un haut fonctionnaire du FSS a assisté à une réunion du Conseil des créanciers sont manifestement pertinents pour établir l'existence d'une contribution financière par les pouvoirs publics et pour la question de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis des organismes privés en particulier. Nous concluons donc que, dans la mesure où il s'agit d'une question ayant trait à l'utilisation des données de fait disponibles, les CE n'ont pas agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC* en considérant que les renseignements nécessaires n'avaient pas été communiqués et en ayant recours à certains renseignements provenant de sources secondaires, comme des articles de presse, dans le cadre de leur détermination de l'existence d'une subvention.

²⁰⁰ Response of Korea to the EC questionnaire, p. 35. (**Pièce n° 6 de la Corée**)

²⁰¹ *Id.*, page 46.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Document of 28 November 2000, Results of Discussions at the Economic Ministers' Meeting. (**Pièce n° 3 des CE**)

ii) *Le rapport d'Arthur Andersen*

7.256 En ce qui concerne le rapport d'Arthur Andersen, les CE sont arrivées à la conclusion suivante dans la détermination finale:

"La KEB, la Woori Bank, la CHB, la NACF et la Citibank Seoul ont toutes fait valoir qu'elles ont participé au programme d'octobre 2001 parce qu'elles voulaient obtenir un taux de recouvrement maximum des prêts déjà consentis à Hynix. Elles ont estimé que la valeur d'Hynix en tant qu'entreprise en activité était supérieure à sa valeur de liquidation immédiate. Elles ont allégué que leur participation au programme d'octobre 2001 reposait sur la notation attribuée à Hynix ainsi que sur l'analyse de consultants externes. Il y a toutefois lieu de noter qu'Hynix a refusé de fournir une copie de l'analyse de la valeur de liquidation pour des raisons de confidentialité. En conséquence, il n'a pas été possible d'évaluer le bien-fondé de cette allégation et les conclusions finales sur ce point ont dû être déterminées conformément à l'article 28 du règlement de base."²⁰⁴

7.257 La Corée fait valoir que le rapport d'Arthur Andersen constituait un élément de preuve du caractère raisonnable, sur le plan commercial, de la décision des banques créancières de participer au Programme de restructuration d'octobre 2001, car il démontrait, d'après les allégations, que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation. Les CE n'ont pas tenu compte de ce rapport pour plusieurs raisons, la plus importante étant qu'il n'avait pas été fourni à l'autorité chargée de l'enquête.

7.258 Il semble qu'un résumé analytique du rapport, de 16 pages rédigées en coréen, était joint à la réponse d'Hynix au questionnaire, mais qu'Hynix a demandé aux CE, une semaine plus tard, de retirer le rapport du dossier parce que "la relation contractuelle qui existait entre Hynix et l'auteur du rapport joint à la communication concernant l'existence d'un dommage en tant qu'annexe 17 ne permet[tait] pas à Hynix de reproduire même partiellement le rapport".²⁰⁵ Hynix a ajouté que les CE pourraient toutefois avoir accès au rapport lors de la visite de vérification. Comme suite à une lettre datée du 8 novembre 2002 et invitant à remédier aux insuffisances dans laquelle les CE demandaient que le rapport d'Arthur Andersen leur soit communiqué, Hynix a joint à sa réponse datée du 21 novembre 2002 une traduction d'une page du rapport qui exposait les conclusions sur les ratios de récupération moyens dans le cas où Hynix serait considérée comme une entreprise en exploitation et dans le cas où Hynix serait liquidée. Les CE n'ont jamais vérifié le rapport car elles ont estimé qu'elles n'étaient pas tenues de le faire puisque le rapport n'avait pas été dûment fourni en premier lieu.

7.259 Nous sommes d'avis que les CE ont eu raison de considérer qu'Hynix n'avait pas communiqué les renseignements nécessaires en présentant une seule page d'un rapport qui en comptait plus de 200. Il semble qu'Hynix elle-même a estimé que le rapport était pertinent et nécessaire; sinon, elle n'aurait pas présenté le rapport en premier lieu. Hynix a ensuite retiré le rapport sans justification suffisante. Comme l'autorité chargée de l'enquête l'a souligné dans une lettre envoyée à Hynix, s'il y avait des préoccupations concernant la confidentialité, elles pouvaient être dissipées au moyen des procédures normales concernant la confidentialité. Hynix n'a jamais même demandé que le rapport soit traité d'une manière confidentielle. De plus, il n'y a aucun élément dans le dossier qui indique qu'Hynix ait

²⁰⁴ Détermination finale, paragraphe 136.

²⁰⁵ Hynix's letter to the European Commission Regarding the Monitor Group and Arthur Andersen reports (26 September 2002). (**Pièce n° 28 de la Corée**)

jamais tenté d'obtenir l'approbation d'Arthur Andersen pour la présentation du rapport, si elle estimait qu'elle avait besoin d'une telle approbation, et aucun argument ne nous a été présenté à ce propos.²⁰⁶

7.260 La Corée fait valoir qu'Hynix avait l'impression que la présentation de la conclusion d'une page du rapport avait satisfait les CE. Elle fait valoir que les CE, en n'informant pas Hynix qu'elles ne seraient pas en mesure d'utiliser le rapport s'il n'était pas présenté intégralement, n'ont pas respecté la communication "allant dans les deux sens" qui est essentielle à une application correcte de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. Tout d'abord, nous sommes d'avis que les CE ont demandé les renseignements et, après que le rapport eut été retiré du dossier à la demande d'Hynix, lui ont fait parvenir une lettre invitant à remédier aux insuffisances pour demander une fois de plus que le rapport soit fourni. Même en présumant qu'une prescription relative à la régularité de la procédure aussi fondamentale que celle d'aviser une partie concernée que certains renseignements sont considérés comme n'ayant pas été dûment communiqués à l'autorité soit indissociable de l'application correcte de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, nous estimons que les CE ont respecté cette obligation procédurale. Elles ont demandé à deux occasions que les renseignements soient communiqués et ont rappelé que les éventuelles préoccupations concernant la confidentialité pouvaient être dissipées au moyen de leurs procédures relatives aux renseignements confidentiels. En l'absence de prescriptions procédurales spécifiques dans l'*Accord SMC* en ce qui concerne l'application de l'article 12.7 de cet accord, nous considérons que c'est à juste titre que les CE ont estimé que le rapport n'avait pas été fourni dans un délai raisonnable et qu'elles ont fondé leur détermination sur les autres données de fait disponibles.

7.261 Nous rejetons donc l'allégation de la Corée selon laquelle les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC* en ne tenant pas compte du rapport d'Arthur Andersen.

iii) *La Citibank*

7.262 Nous rappelons que la Citibank était le conseiller financier d'Hynix au moment de la restructuration de 2001. En tant que banque détenue par des intérêts privés, la Citibank a joué un rôle, particulièrement dans le cadre du Programme de restructuration d'octobre 2001, qui a été jugé important pour déterminer le caractère raisonnable, sur le plan commercial, de la participation des banques créancières au processus de restructuration.

7.263 Dans la détermination finale, les CE sont arrivées aux conclusions suivantes:

"(131) En ce qui concerne le rôle de la Citibank en tant que prêteur dans la présente enquête, il convient de noter que l'absence de coopération de sa part n'a pas permis d'obtenir des informations fiables sur ses fonctions précises et pratiques dans le cadre du programme financier accordé à Hynix. Il n'a donc pas été possible de vérifier les affirmations de la Citibank selon lesquelles elle n'agissait pas sur injonction des pouvoirs publics coréens, sur la base d'une réponse adéquate au questionnaire ou par une visite ultérieure de vérification. Il fut procédé de même en ce qui concerne les pratiques en matière de prêts de Citibank. Il doit en outre être observé que le défaut de coopération de Citibank a entravé la conduite de l'enquête, non seulement au titre

²⁰⁶ De fait, nous faisons observer que les faits semblent contredire l'argument d'Hynix selon lequel la relation contractuelle entre le consultant et Hynix empêchait cette dernière de présenter le rapport en totalité ou en partie. En fin de compte, une partie du rapport (une page) a été présentée aux CE, ce qui constituait apparemment un manquement aux obligations contractuelles alléguées d'Hynix. Par ailleurs, dans une enquête parallèle menée par les États-Unis, Hynix a présenté au Département du Commerce des États-Unis un extrait plus important du rapport, apparemment parce que ses conseillers américains lui avaient dit que les États-Unis ne considéreraient jamais comme suffisant un extrait d'une seule page.

de la connaissance précise de ses interventions en relation de son rôle de prêteur, mais encore de son rôle de conseiller financier de Hynix. Du fait de son défaut de coopération, le statut véritable de Citibank par rapport à Hynix, de même que la nature et l'importance de ses relations avec le gouvernement coréen demeurent inconnus. L'importance de la coopération et des visites de vérification a été démontrée par les faits auprès d'autres banques impliquées dans cette enquête. Une coopération effective suivie de vérifications sur place ont été essentielles pour tirer des conclusions définitives à propos des relations existantes entre ces dernières, Hynix et le gouvernement coréen. Néanmoins, ce que l'enquête a cependant pu établir sur la base des informations fournies par les autres parties, c'est que Citibank constituait un partenaire central dans les discussions entre le gouvernement coréen, Hynix et les autres parties impliquées dans l'enquête. En effet, Hynix a fait valoir que Citibank ne devait pas coopérer dans l'enquête au motif que "certaines réponses pourraient divulguer des informations financières ou comptables". Il est rappelé que Hynix était détenue majoritairement par le gouvernement coréen à la date de son intervention, au travers de diverses banques.

(132) En vertu de ce qui précède, les conclusions finales se doivent d'être établies sur la base des faits disponibles, considérant que Citibank soit intervenue comme prêteur sur instructions du gouvernement coréen et que le bénéfice ainsi conféré à Hynix soit équivalent à la totalité de la contribution financière faite par Citibank à Hynix. À cet égard, il est incontestable qu'à la différence des autres bénéficiaires de ces mesures, la première intervention de Citibank en qualité de prêteur à Hynix a eu lieu en janvier 2001, alors que la situation financière de Hynix était déjà relativement détériorée pour dissuader toute autre nouvelle banque de s'engager financièrement. La cotation de Citibank en ce qui concernait Hynix en octobre 2001 était D (douteux). Néanmoins, Citibank a procuré des financements à Hynix. Citibank fut interrogée sur sa politique de prêts, et dans quelles mesures il était normal de procurer des financements à des sociétés "douteuses". Comme expliqué plus haut, Citibank n'a fourni aucune explication qui aurait pu expliquer leur motivation quant à leur participation dans les mesures sous enquête.

(133) Quant à l'ordonnance par le gouvernement coréen, les informations sur l'enregistrement indiquent qu'il y avait des liens considérables entre ce dernier, Hynix et Citibank. En ce qui concerne le gouvernement et Citibank, ceux-ci dépassaient les prêts sous enquête. De tels liens peuvent faire l'objet de plusieurs analyses. En premier lieu, ils peuvent être interprétés comme une présomption que Citibank aurait eu un intérêt commercial à procurer des financements à Hynix ou, comme évoqué par l'une des parties, ils auraient placé Citibank en situation de vulnérabilité par rapport à la direction du gouvernement coréen. Le défaut de coopération n'a pas permis d'établir si Citibank a agi sous la contrainte, ou dans le cadre de leurs pratiques commerciales habituelles. Aussi doit-il être rappelé que les motifs invoqués pour justifier son refus de coopérer, étaient d'empêcher tout accès aux informations financières et comptables de Hynix. En l'absence de toute autre justification, cet argument peut raisonnablement constituer une indication que ces informations détenues par Citibank contenaient certaines indications qu'il n'y avait aucune justification commerciale à ces financements, et que ces derniers n'auraient été octroyés que sur recommandation de la direction du gouvernement coréen. Cette motivation figure d'ailleurs parmi celles indiquées dans la plainte. En outre et comme expliqué au considérant 94 du règlement provisoire, Citibank entretenait des relations exceptionnellement étroites et symbiotiques avec le gouvernement coréen depuis 1967, date à laquelle il a été autorisé à opérer en Corée. Ces relations étroites entre le gouvernement coréen et Citibank sont démontrées par le rôle joué par Citibank dans

le soutien apporté au gouvernement coréen pour se dégager de la crise financière coréenne de 1997. Citibank a conduit et achevé avec succès la restructuration de la dette bancaire de la Corée pour un total de 21,75 milliards de dollars des États-Unis (USD) en 1998. En outre, Citibank a assisté le gouvernement coréen et les institutions d'accès aux marchés financiers, en parrainant avec succès une mise sur le marché de 4 milliards de dollars des États-Unis (USD) en obligations d'État, durant la crise financière. Tous ces éléments confirment l'étroitesse des relations entretenues par Citibank et le gouvernement coréen. Sur la base de ces faits, et le refus de Citibank de donner accès aux informations en sa possession, et aucune autre preuve vérifiable n'ayant été mise à disposition de l'enquête, la conclusion à tirer, conformément à l'article 28, paragraphe 6, du règlement de base, est que le gouvernement coréen a été impliqué et a ordonné à Citibank d'octroyer le financement en question."

7.264 Nous faisons observer qu'il ne semble pas contesté que la Citibank n'a pas communiqué certains renseignements demandés par les CE dans leurs questions complémentaires datées du 8 novembre 2002.²⁰⁷ Cela semble dû au fait qu'en vertu du droit coréen, il est interdit aux banques qui exercent des activités en Corée de divulguer à des tiers des renseignements concernant des relations bancaires avec d'autres sociétés, sauf avec le consentement préalable écrit de ces sociétés. La Citibank a demandé à Hynix de donner son consentement à la divulgation des renseignements que les CE demandaient. Hynix a estimé que ces renseignements étaient très confidentiels et que la Citibank pourrait divulguer dans sa réponse des renseignements concernant les coûts, les finances ou la comptabilité d'Hynix.²⁰⁸ Hynix a donc refusé de donner ce consentement sans examiner d'abord les dossiers de la Citibank, ce qui a été refusé car cela aurait été à l'encontre d'une politique de longue date de la Citibank qui interdisait la divulgation d'une telle analyse interne au client.²⁰⁹ Il ressort du dossier que dans une lettre datée du 26 novembre 2002, les CE ont rappelé à la Citibank la possibilité de présenter les renseignements d'une manière confidentielle de façon à ce que ceux-ci bénéficient d'une protection adéquate. La Citibank a répondu que cela ne réglerait pas son problème de responsabilité légale en vertu du droit coréen. D'autres communications écrites en date du 29 novembre et du 2 décembre 2002 entre les CE et la Citibank ont simplement repris les mêmes points. Même si la Corée fait valoir que la Citibank "a invité les CE à effectuer une visite de vérification"²¹⁰, il semble que la Citibank s'est contentée d'offrir de rencontrer un représentant des CE au cours de la visite de vérification que celui-ci effectuerait en Corée.²¹¹

7.265 La Corée ne conteste pas que les renseignements demandés étaient nécessaires, ni que ces renseignements n'ont pas été communiqués à l'autorité chargée de l'enquête. Elle fait valoir que la Citibank a bel et bien communiqué certains renseignements dans une déclaration sous serment datée du 14 mai 2003 et que les CE auraient dû fonder leur décision sur ces renseignements plutôt que sur des renseignements provenant d'autres sources. À notre avis, les CE ont eu raison de faire leurs déterminations sur la base des données de fait disponibles, compte tenu du fait que les renseignements raisonnablement jugés nécessaires n'avaient pas été communiqués. Le fait d'avoir présenté une déclaration sous serment renfermant certains renseignements généraux que l'autorité chargée de l'enquête pouvait vérifier ne modifie pas cette conclusion. Nous n'estimons pas que la déclaration sous serment peut être considérée comme ayant remplacé les données et les renseignements réels qui étaient demandés. Surtout, compte tenu du fait que l'autorité doit être convaincue de l'exactitude des

²⁰⁷ Hynix's Comments of 4 July 2003. (**Pièce n° 37 de la Corée**)

²⁰⁸ Lettre d'Hynix à la Citibank annexée aux observations formulées par Hynix le 4 juillet 2003, auxquelles il est fait référence dans la note 207, *supra*.

²⁰⁹ Citibank's Affidavit, para. 6. (**Pièce n° 15 de la Corée**)

²¹⁰ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 388.

²¹¹ Déclaration sous serment de la Citibank, paragraphe 6, à laquelle il est fait référence dans la note 209, *supra*.

renseignements présentés, nous n'estimons pas que les CE auraient dû accepter telle quelle la réponse que la Citibank a donnée dans la déclaration sous serment.

7.266 Nous faisons observer que la Corée fait valoir que la Citibank n'aurait pas dû être considérée comme une partie qui n'avait pas coopéré compte tenu des efforts de bonne foi qu'elle avait déployés pour communiquer les renseignements. De plus, la Corée fait valoir qu'Hynix ne doit pas être tenue responsable du fait que la Citibank n'a pas communiqué les renseignements non plus. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la Corée fait valoir que ce n'est pas la faute d'Hynix si les renseignements n'ont pas été communiqués, mais que des politiques internes de la Citibank en sont la cause. Par ailleurs, la Corée fait valoir que ce n'est pas la faute de la Citibank non plus si Hynix n'a pas consenti à ce que les renseignements soient communiqués, et que sans un tel consentement, la Citibank risquait d'avoir des problèmes de responsabilité légale en vertu du droit coréen. Quel que soit le responsable, il est clair que les renseignements nécessaires n'ont pas été communiqués dans un délai raisonnable. Il n'est pas contesté que les CE ont clairement demandé ces renseignements et ont avisé la Citibank des conséquences d'un défaut de coopération. Ni la Citibank ni Hynix, du reste, n'ont jamais réellement tenté de régler le problème allégué que posait la communication des renseignements. Nous concluons donc que les CE avaient le droit d'utiliser les données de fait disponibles au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. En revanche, nous examinons si l'autorité chargée de l'enquête a tiré des conclusions raisonnables sur la base des données de fait dont elle disposait, et si elle a accordé l'importance voulue aux renseignements communiqués, dans le cadre de notre analyse de fond des mesures qui ont été prises.

7.267 En résumé, nous rejetons l'allégation de la Corée selon laquelle les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC* en se fondant sur les données de fait disponibles en ce qui concerne la Citibank.

C. ALLÉGATIONS CONCERNANT LES DÉTERMINATIONS DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE ET D'UN LIEN DE CAUSALITÉ FAITES PAR LES CE

1. Allégation concernant l'article 15.1 de l'*Accord SMC*

a) La Corée

7.268 La Corée estime que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.1 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les déterminations de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité faites par les CE ne se fondaient pas sur des éléments de preuve positifs ni sur une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées. La Corée considère que l'article 15.1 de l'*Accord SMC* est une disposition fondamentale et globale telle que toutes les obligations exprimées à l'article 15.2 à 15.5 de l'*Accord SMC* doivent être lues à la lumière de la prescription imposant de fonder la détermination sur des éléments de preuve positifs et de procéder à un examen objectif. La Corée soutient que cela implique que les éléments de preuve soient "affirmatifs, objectifs, vérifiables et impartiaux" et que le processus d'enquête sur l'existence d'un dommage soit "impartial".²¹² La Corée fait valoir que la détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE est incompatible avec les obligations énoncées à l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC* et que chacune de ces incompatibilités spécifiques est nécessairement une incompatibilité avec l'article 15.1 de l'*Accord SMC*.

7.269 Selon la Corée, toute évaluation du point de savoir si l'autorité chargée de l'enquête a agi d'une manière incompatible avec, par exemple, l'article 15.2 de l'*Accord SMC* exige nécessairement un examen du point de savoir si les conclusions auxquelles est arrivée l'autorité chargée de l'enquête

²¹² Première communication écrite de la Corée, paragraphe 75. La Corée se réfère au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphes 192 et 193.

au titre de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* satisfont aux prescriptions de l'article 15.1 de l'*Accord SMC* concernant les éléments de preuve positifs et l'examen objectif. Toutefois, ajoute la Corée, même si le Groupe spécial n'est pas d'accord avec cette interprétation de la relation réciproque entre l'article 15.1 et le reste de l'article 15 de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial doit encore évaluer si l'article 15.1 lui-même impose une telle obligation, et si les actions entreprises par les CE en l'espèce satisfont à cette obligation indépendante au titre de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*.²¹³

b) Les CE

7.270 Les CE s'accordent à penser avec la Corée que l'article 15.1 de l'*Accord SMC* contient à la fois une obligation globale qui éclaire le reste de l'article 15 et une obligation indépendante à part entière. Les CE considèrent que l'autorité chargée de l'enquête n'a pas agi d'une manière incompatible avec les obligations énoncées à l'article 15 de l'*Accord SMC*. Elles soutiennent que leur détermination de l'existence d'un dommage se fondait sur des éléments de preuve positifs et comportait un examen objectif.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.271 L'article 15.1 de l'*Accord SMC* se lit comme suit:

[l]a détermination de l'existence d'un dommage aux fins de l'article VI du *GATT de 1994* se fondera sur des éléments de preuve positifs et comportera un examen objectif *a)* du volume des importations subventionnées et de l'effet des importations subventionnées sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et *b)* de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits. (note de bas de page omise)

7.272 En conséquence, l'autorité chargée de l'enquête doit s'assurer que sa détermination de l'existence d'un dommage, et plus spécifiquement ses constatations au titre de l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC*, sont faites sur la base d'"éléments de preuve positifs" et comportent un "examen objectif". À cet égard, nous notons que l'Organe d'appel a interprété l'expression "éléments de preuve positifs" comme suit:

"[l']expression "éléments de preuve positifs" se rapporte, à notre avis, à la qualité des éléments de preuve sur lesquels les autorités peuvent se fonder pour établir une détermination. Le terme "positifs" signifie, selon nous, que les éléments de preuve doivent être de caractère affirmatif, objectif et vérifiable, et qu'ils doivent être crédibles."²¹⁴

7.273 Nous notons aussi que l'Organe d'appel a donné la définition d'un "examen objectif":

"[l']expression "examen objectif" vise un aspect différent de la détermination établie par les autorités chargées de l'enquête. Tandis que l'expression "éléments de preuve positifs" concerne surtout les faits qui étayent et justifient la détermination de l'existence d'un dommage, l'expression "examen objectif" concerne le processus d'enquête lui-même. Le terme "examen" se rapporte, selon nous, à la manière dont les éléments de preuve sont réunis, analysés, puis évalués; autrement dit, il se rapporte à la conduite de l'enquête de façon générale. Le terme "objectif", qui qualifie le terme "examen", indique essentiellement que le processus d'"examen" doit

²¹³ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphes 53 et 54.

²¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 192.

respecter les impératifs correspondant aux principes fondamentaux que sont la bonne foi et l'équité élémentaire."²¹⁵ (note de bas de page omise)

7.274 L'Organe d'appel a résumé comme suit la prescription imposant de procéder à un "examen objectif":

"... un "examen objectif" exige que l'on enquête sur la branche de production nationale, et sur les effets des importations [subventionnées], de manière impartiale, sans favoriser au cours de l'enquête les intérêts d'aucune partie intéressée ou d'aucun groupe de parties intéressées. L'obligation faite aux autorités chargées de l'enquête de procéder à un "examen objectif" tient compte du fait que la détermination sera influencée par l'objectivité, ou par le manque d'objectivité, du processus d'enquête."²¹⁶

7.275 Nous notons aussi que l'Organe d'appel dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H* a confirmé la nature fondamentale d'une disposition analogue à l'article 15.1 et son importance en tant que principe directeur sous-tendant tous les aspects d'une détermination de l'existence d'un dommage. Ainsi, en ce qui concerne l'article 3.1 de l'*Accord antidumping*, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"L'article 3 dans son ensemble traite des obligations des Membres en ce qui concerne la détermination de l'existence d'un dommage. L'article 3.1 est une disposition globale qui énonce l'obligation de fond essentielle d'un Membre à cet égard. L'article 3.1 éclaire les obligations plus détaillées énoncées dans les paragraphes suivants. Ces obligations concernent la détermination du volume des importations faisant l'objet d'un dumping et leur effet sur les prix (article 3.2), les enquêtes concernant les importations en provenance de plus d'un pays (article 3.3), l'incidence des importations faisant l'objet d'un dumping sur la branche de production nationale (article 3.4), le lien de causalité entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le dommage (article 3.5), l'évaluation de la production nationale du produit similaire (article 3.6) et la détermination concluant à une menace de dommage important (article 3.7 et 3.8). L'article 3 est donc axé sur les obligations *de fond* dont un Membre doit s'acquitter lorsqu'il établit une détermination de l'existence d'un dommage."²¹⁷ (italique dans l'original)

7.276 Comme les parties, nous estimons aussi que l'article 15.1 de l'*Accord SMC* est une disposition globale qui éclaire les obligations plus détaillées énoncées dans le reste de l'article 15 de l'*Accord SMC*. Cela implique que nous ne pouvons arriver à la conclusion que l'autorité a agi d'une manière qui est compatible avec les obligations spécifiques énoncées, entre autres choses, à l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC* que si elle a fondé sa détermination de l'existence d'un dommage sur des éléments de preuve positifs et procédé à un examen objectif des divers éléments du dommage comme l'exigent ces dispositions plus spécifiques. Quant à savoir si nous examinerons séparément la question de la compatibilité des mêmes mesures avec l'article 15.1, nous ne procéderons pas ainsi parce que la Corée n'a pas avancé d'arguments exposant *prima facie* qu'il y avait violation par les CE de l'article 15.1 en lui-même. En fait, les arguments de la Corée étaient invariablement axés sur les obligations spécifiques énoncées à l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord*

²¹⁵ *Id.*, paragraphe 193.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 106.

SMC, et les éventuels arguments qu'elle soulevait en relation avec l'article 15.1 n'étaient pas des arguments de fond.²¹⁸

2. Allégation concernant la détermination relative au volume des importations subventionnées faite par les CE

a) La Corée

7.277 La Corée soutient que l'analyse de l'augmentation alléguée des importations de DRAM que font les CE est viciée et donne une image déformée de la situation réelle. Selon la Corée, la constatation par les CE d'une augmentation notable des importations de produits Hynix n'était pas fondée sur un examen objectif d'éléments de preuve positifs et elle est par conséquent incompatible avec l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC*.

7.278 Premièrement, la Corée fait valoir que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* exige de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle détermine qu'il y a eu augmentation notable des importations *subventionnées*. Selon la Corée, les CE ont examiné si *l'ensemble* des importations en provenance de Corée avaient augmenté, au lieu de se concentrer sur les importations subventionnées uniquement, comme l'exige l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. La Corée considère que, même si la détermination des CE comporte une certaine analyse concernant les importations de produits Hynix uniquement, l'accent est mis sur l'ensemble des importations en provenance de Corée – y compris les importations de produits Samsung dont il a été constaté qu'elles n'étaient pas subventionnées – et que leur détermination est donc incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*.

7.279 Deuxièmement, la Corée fait valoir que les CE n'ont pas pris en compte la fusion intervenue en 1999 entre Hyundai Electronics Industries ("HEI") et LG Semiconductors ("LGS"), qui a conduit par la suite à la formation d'une nouvelle société baptisée Hynix. La Corée affirme que les CE auraient dû inclure le volume des importations de produits HEI et LGS durant les 18 premiers mois de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage (1998-juillet 1999) dans leur examen du volume des importations de produits Hynix. En considérant Hynix comme le successeur seulement d'HEI et en ne tenant pas compte ainsi du volume des importations de produits LGS et de la part de marché détenue par celle-ci avant la fusion en 1999, les CE ont effectué une analyse orientée vers un résultat car il était inévitable que le volume des importations de produits Hynix à la fin de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage soit supérieur au volume des importations de produits d'une seule des deux sociétés qui constituaient Hynix avant la fusion, au début de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. Selon la Corée, si les CE avaient combiné les données pour les deux sociétés (HEI et LGS) avant la fusion, elles auraient constaté que la part de marché avait en fait diminué au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage.

7.280 La Corée rejette les raisons invoquées par les CE pour ne pas tenir compte de l'effet de la fusion. Selon la Corée, les requérants ont mentionné la fusion et Hynix l'a fait également dans sa première communication adressée à l'autorité chargée de l'enquête ainsi que durant la présentation concernant l'existence d'un dommage avant la détermination préliminaire. Selon la Corée, les CE en

²¹⁸ Cela ne signifie pas que nous considérons que l'article 15.1 de l'*Accord SMC* n'impose pas d'obligations indépendantes à part entière. De fait, nous nous accordons à penser avec la Corée que, si l'autorité chargée de l'enquête manque d'éléments de preuve positifs et n'a pas examiné les éléments de preuve dont elle disposait objectivement, alors l'autorité chargée de l'enquête aura agi d'une manière incompatible avec l'article 15.1, indépendamment de toutes conclusions qui pourraient être tirées quant aux autres obligations - plus spécifiques – au titre de l'article 15. En l'espèce, toutefois, il ne nous a pas été présenté d'arguments *prima facie* indiquant que cela s'était produit. En outre, nous avons aussi tendance à croire qu'il est plus approprié pour un groupe spécial de commencer son analyse en examinant la compatibilité d'une mesure avec l'obligation plus spécifique lue à la lumière de l'obligation générale, et non l'inverse.

tant qu'autorité chargée de l'enquête raisonnable auraient dû enquêter plus avant sur la pertinence de cette fusion et auraient dû demander de plus amples données, si celles-ci étaient nécessaires. La Corée pense que les CE se dissimulent indûment derrière le fait qu'aucune des parties intéressées n'a fourni de données sur les ventes pour LGS en ce qui concerne la période 1998-1999, puisque les CE n'ont jamais demandé que de tels renseignements soient communiqués.²¹⁹

7.281 La Corée rejette aussi l'argument des CE selon lequel la fusion avec LGS n'était rien de plus qu'un nouveau rachat par HEI qui accroissait la capacité de celle-ci sans aucun effet rétroactif. Considérer la fusion comme un simple investissement fait par Hynix ne tient pas compte de la réalité du marché car l'effet évident de la fusion a été que la présence antérieure de LGS sur le marché communautaire a disparu et que ses ventes ont été incorporées dans les chiffres des ventes d'Hynix. En outre, fait valoir la Corée, les CE elles-mêmes en enquêtant sur l'existence d'une subvention pour Hynix ont considéré la fusion comme pertinente à l'évidence puisqu'elles ont pris en compte le fait qu'Hynix a hérité de la dette de LGS et qu'elles ont imposé des droits compensateurs sur tous les prêts octroyés à LGS.²²⁰ Selon la Corée, si les CE désiraient imposer des mesures compensatoires sur ces prêts avant la fusion, comme elles l'ont fait dans leur détermination finale, elles auraient dû aussi prendre dûment en considération le plein effet de la fusion HEI-LGS dans leur analyse concernant l'existence d'un dommage.

7.282 Troisièmement, la Corée considère que les CE n'ont pas situé les données concernant le volume dans leur contexte approprié, comme exigé pour déterminer le "caractère notable" de l'augmentation alléguée. La Corée soutient que les données sur le volume des importations de DRAM mesurées en mégabits seront toujours en augmentation, compte tenu de la nature de la branche de production et du produit. En conséquence, la Corée fait valoir que les CE auraient dû se concentrer sur la part de marché d'Hynix qui, si elle était correctement calculée en tenant compte de la fusion entre HEI et LGS, montrait qu'Hynix perdait de sa part de marché tout au long de la période couverte par l'enquête, parce que l'augmentation de la consommation communautaire était de beaucoup supérieure à l'augmentation des importations de produits Hynix.²²¹ La Corée estime que, en ne tenant pas compte de cet important contexte pour évaluer le caractère notable de l'augmentation des importations alléguée, les CE n'ont pas fait une détermination objective fondée sur des éléments de preuve positifs.

b) Les CE

7.283 Les CE font valoir que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* exige uniquement de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle *examine* s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées et qu'il dispose que cette augmentation peut être examinée en quantité absolue *ou* relative. Les CE affirment que l'autorité s'est pleinement conformée à cette prescription en constatant que les importations de DRAM en provenance d'Hynix avaient augmenté notablement, en quantité tant absolue que relative. Les CE rejettent les arguments de la Corée à l'effet contraire.

²¹⁹ La Corée réfute ainsi l'affirmation des CE selon laquelle les données combinées pour LGS et HEI constituaient des "renseignements nouveaux" qui ne pouvaient pas être acceptés pour la détermination finale parce qu'ils ont été présentés après la détermination préliminaire seulement et bien après que les vérifications ont eu lieu.

²²⁰ La Corée considère aussi que les CE agissaient en contradiction avec la façon dont elles avaient elles-mêmes traité le rachat par Micron d'un concurrent, Texas Instruments dans la détermination préliminaire.

²²¹ La Corée affirme que la consommation communautaire a augmenté de 316 pour cent au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, tandis que les importations de produits HEI et LGS, qui ensemble ont formé Hynix, n'ont augmenté que de 155 pour cent, conduisant inévitablement à une perte de part de marché pour Hynix. (Première communication écrite de la Corée, paragraphe 126)

7.284 Premièrement, les CE font valoir que leur détermination se fonde sur un examen séparé concernant le volume, le prix et la part de marché des importations *subventionnées*, c'est-à-dire des importations de produits Hynix, mais que l'ensemble des importations en provenance de Corée ont été aussi examinées compte tenu de la portée de l'enquête sur les importations de DRAM en provenance de Corée. L'examen simultané de l'existence d'une subvention et de l'existence d'un dommage impliquait que c'est au cours de l'enquête seulement qu'il est apparu clairement que les importations en provenance de Corée ne pouvaient pas toutes être considérées comme ayant été subventionnées.

7.285 Deuxièmement, les CE considèrent qu'elles n'ont pas agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC* en n'ajoutant pas le volume des importations de produits LGS et la part de marché détenue par celle-ci avant sa fusion avec HEI en juillet 1999 aux données concernant la période 1998-2001 pour Hynix. Les CE considèrent que le rachat de LGS accroissait la production d'Hynix pour l'avenir, mais qu'elle n'a eu aucun effet rétroactif. Elles considèrent que la fusion est comparable au rachat d'actifs d'un ancien concurrent afin d'accroître la capacité d'une entreprise. En outre, en l'absence d'informations concernant le subventionnement de LGS, qui n'existait plus au moment où les subventions ont été fournies, il aurait été incorrect de considérer ces importations de produits LGS en 1998-1999 comme des importations subventionnées. Les CE ne considèrent pas qu'il y ait une incompatibilité quelconque dans le fait que l'autorité chargée de l'enquête dans l'analyse concernant la subvention a additionné les dettes de LGS et celles d'Hynix, car cela est conforme à son approche selon laquelle l'acquisition de la société accroissait la capacité de production pour l'avenir, mais impliquait aussi un accroissement de ses dettes pour l'avenir.²²²

7.286 En tout état de cause, et à titre subsidiaire, si le Groupe spécial devait constater que le traitement par les CE de la fusion LGS était incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, les CE font valoir qu'Hynix n'a pas fourni les données nécessaires concernant les ventes de LGS pour les années 1998 et 1999 d'une manière appropriée et en temps utile. Les CE affirment que c'est seulement à la réunion du 19 mai 2003 de l'autorité chargée de l'enquête avec Hynix qu'il a été clairement dit par Hynix que les données qu'elle avait communiquées dans la réponse au questionnaire n'incluaient pas les données concernant LGS. Dans sa lettre du 27 mai 2003, Hynix a fourni uniquement des données résumées pour LGS. Les données communiquées quatre mois après que les visites de vérification ont eu lieu et sous forme résumée n'étaient donc pas vérifiables et ne pouvaient donc pas être utilisées.

7.287 Troisièmement, les CE affirment que l'autorité chargée de l'enquête a constaté l'existence d'une augmentation "notable" des importations subventionnées, comme indiqué dans les déterminations préliminaire et finale. Les CE affirment que les divers chiffres concernant les importations ont été soigneusement analysés et expliqués, et que leur importance dans l'évaluation globale du dommage a été longuement discutée.

7.288 En résumé, les CE estiment que la Corée n'a pas démontré que la détermination des CE concernant l'accroissement du volume des importations de DRAM subventionnées en provenance de Corée était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC*.

²²² Les CE rejettent l'allégation selon laquelle la façon dont elles ont traité Hynix était différente de leur approche concernant la reprise de Texas Instruments par un producteur européen, étant donné qu'elles n'ont pas non plus inclus les données sur le volume ou la part de marché pour la période antérieure au rachat dans les données pour la société acheteuse. Les CE rejettent aussi l'argument de la Corée concernant l'incohérence alléguée entre l'analyse concernant la subvention et l'analyse concernant l'existence d'un dommage, étant donné que l'héritage des dettes de LGS n'a joué aucun rôle dans le calcul du montant de la subvention ni dans l'analyse concernant l'existence d'un dommage.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.289 La Corée allègue que la détermination des CE concernant le volume des importations n'était pas compatible avec l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC*. L'article 15.1 a déjà été cité au paragraphe 7.271, *supra*. La partie pertinente de l'article 15.2 est libellée comme suit:

[p]our ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête *examineront* s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur. (...) Un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante. (pas d'italique dans l'original)

7.290 Nous avons exposé notre interprétation des obligations imposées par l'article 15.1 aux paragraphes 7.272 à 7.276, *supra*. L'article 15.2 de l'*Accord SMC* développe cette prescription et énonce l'obligation spécifique pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées. L'article 15.2 impose à l'autorité chargée de l'enquête d'examiner s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées. Il est clair pour nous que cette obligation spécifique doit être lue à la lumière de la prescription générale de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*; en conséquence, l'examen par l'autorité chargée de l'enquête du volume des importations subventionnées devrait être objectif et fondé sur des éléments de preuve positifs. Enfin, nous notons que l'article 15.2 fait partie de l'analyse globale concernant l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité prévue à l'article 15 de l'*Accord SMC*. L'examen du volume des importations subventionnées au titre de l'article 15.2 n'est pas à lui seul décisif dans une détermination de l'existence d'un dommage. En fait, il fait partie de l'évaluation globale du dommage causé à la branche de production nationale et il est effectué de façon à donner une base de jugement à l'autorité chargée de l'enquête dans le contexte de cette évaluation de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité.²²³

7.291 Nous tenons à souligner que notre tâche n'est pas d'effectuer un examen *de novo* des renseignements et des éléments de preuve présentés à l'autorité chargée de l'enquête, ni de substituer notre jugement à celui de l'autorité des CE chargée de l'enquête. En fait, nous examinons les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête a fondé sa détermination et examinons si la détermination faite était le résultat d'une détermination objective fondée sur des éléments de preuve positifs. Compte tenu de tout cela, nous examinons maintenant les divers aspects de l'allégation de la Corée.

i) *L'examen a-t-il été fondé sur des données concernant les importations subventionnées?*

7.292 La Corée fait valoir que les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'une augmentation notable des importations subventionnées sur des données concernant l'ensemble des importations tant subventionnées que non subventionnées en provenance de Corée d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, en incluant les données provenant de Samsung (le producteur coréen dont il a été constaté qu'il n'était pas subventionné), les CE n'ont pas procédé à un examen objectif du volume des importations subventionnées de produits Hynix comme exigé par l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC*.

7.293 Nous notons que dans la détermination finale figure l'analyse suivante sur le volume des importations subventionnées en quantité absolue:

²²³ Dans le même esprit, voir le rapport du Groupe spécial CE – *Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.278.

"(176) Le volume des importations en provenance de Corée figurant au considérant 118 du règlement provisoire a été établi en cumulant les données d'importation dûment vérifiées fournies par Samsung et Hynix dans leurs réponses respectives au questionnaire. Le volume des importations en provenance de Corée ainsi établi a progressé de 331 pour cent au cours de la période considérée. Il est confirmé que les importations en provenance d'Hynix ont augmenté plus rapidement, soit de 361 pour cent au cours de la période considérée.

(177) Même si les données d'importations de LG Semicon Co., Ltd pour 1998 et 1999 telles que fournies de manière appropriée par Hynix et les pouvoirs publics coréens mais non vérifiées, étaient prises en considération, elles devraient être ajoutées au volume des importations en provenance de Corée et non d'Hynix. Il en aurait résulté une augmentation du volume des importations en provenance de Corée de 219 pour cent au cours de la période considérée."

Importations	1998	1999	2000	2001 [période couverte par l'enquête]
Indice Corée dont:	100	128	185	319
Indice Samsung	100	110	181	414
Indice Hynix	100	194	372	461
Indice LG Semicon (données non vérifiées)	100	90	0	0

7.294 À notre avis, l'examen par les CE du volume des importations en quantité absolue couvrirait donc à la fois les importations subventionnées de produits Hynix et les importations non subventionnées de produits Samsung. De même, lorsqu'elles ont examiné le volume des importations en quantité relative, les CE ont examiné des données concernant à la fois les importations de produits Hynix uniquement et les importations de produits Hynix avec les importations de produits Samsung. Comme le montre clairement l'extrait suivant de la détermination finale, les CE se sont concentrées sur les importations de produits Hynix:

"(183) Hynix, appuyée par les pouvoirs publics coréens, a affirmé que sa part de marché n'avait pas affiché une tendance à la hausse comme indiqué au considérant 124 du règlement provisoire, mais qu'elle avait au contraire diminué au cours de la période considérée. Cette affirmation n'est pas justifiée dans la mesure où les chiffres relatifs à la part de marché fournis par Hynix pour l'étayer reposaient initialement sur les ventes totales du produit concerné par ses filiales communautaires aux clients indépendants dans la Communauté au cours de la période considérée et non sur le volume de ses importations de DRAM produits en Corée. Il a tout d'abord été expliqué à Hynix que sa part de marché telle que décrite au considérant 124 du règlement provisoire avait été calculée sur la base des données d'importations dûment vérifiées qu'elle avait elle-même fournies dans sa réponse au questionnaire. Ensuite, Hynix a indiqué que dans le cadre de l'analyse de l'évolution de sa part de marché au cours de la période considérée, il aurait fallu inclure dans ses importations celles effectuées par LG Semicon Co., Ltd avant la fusion de cette société avec Hyundai Electronics Industries Co., Ltd Hynix et les pouvoirs publics coréens ont fourni certaines données appropriées à cet égard.

(184) Pour les raisons exposées au considérant 175, cette demande est rejetée et les conclusions provisoires concernant les parts de marché figurant au considérant 124 du règlement provisoire sont confirmées.

(185) Même si les données d'importations de LG Semicon Co., Ltd pour 1998 et 1999 telles que fournies de manière appropriée par Hynix et les pouvoirs publics coréens mais non vérifiées, étaient prises en considération, elles devraient être ajoutées à la part de marché des importations en provenance de Corée et non d'Hynix. Il en résulterait une baisse de la part de marché des importations en provenance de Corée de 21 pour cent au cours de la période considérée."

Parts de marché	1998	1999	2000	2001 [période d'enquête]
Indice Corée dont:	100	73	68	79
Indice Samsung	100	63	65	100
Indice Hynix	100	111	136	120
Indice LG Semicon (données non vérifiées)	100	52	0	0

7.295 Dans la détermination préliminaire également, les importations de produits Hynix et les importations en provenance de Corée dans leur ensemble sont considérées côte à côte, avec un accent particulier sur Hynix:

"(124) La Corée a gagné des parts de marché sur la période considérée. La part de marché détenue par la Corée s'est fortement contractée entre 1998 et 1999, mais elle avait plus que regagné le terrain perdu à la fin de la période [couverte par l'enquête lorsqu'elle dépassait de près de 7 pour cent son niveau de 1998. La part de marché d'Hynix a progressé davantage, gagnant 20 pour cent sur la période. Il est, en outre, raisonnable de penser que la progression de la part de marché d'Hynix, exprimée en Mbits, a été quelque peu freinée par le retard relatif avec lequel cette société a abandonné la production de DRAM de 64 Mbits au profit des DRAM de 128 Mbits."²²⁴

Parts de marché	1998	1999	2000	2001 (période d'enquête)
Indice Corée	100	80	91	107
Indice Hynix	100	111	136	120

7.296 Après avoir considéré et examiné ces données, les CE tirent les conclusions suivantes concernant le volume des importations subventionnées au paragraphe 191 de leur détermination finale:

²²⁴ En plus de ce qui précède, nous appelons également l'attention sur la déclaration suivante figurant au paragraphe 115 de la détermination préliminaire:

"[é]tant donné que la subvention provisoirement établie pour un producteur-exportateur (Samsung) est *de minimis*, certains indicateurs de préjudice ont été analysés pour le seul autre producteur-exportateur (Hynix). L'analyse du préjudice et du lien de causalité s'est donc concentrée sur les importations des produits exportés par Hynix, puisque la Corée ne compte que deux exportateurs, Hynix et Samsung, qui détiennent des parts de marché plus ou moins similaires, et que seules les exportations d'Hynix ont fait l'objet de subventions importantes."

"[c]omme indiqué aux considérants 176 et 177 [de la détermination finale], les importations faisant l'objet de subventions en provenance d'Hynix ont, au cours de la période considérée, augmenté à un rythme même supérieur à la consommation communautaire. Au cours de la même période, leur part de marché a suivi la même tendance, en ce sens qu'elle a progressé (voir les considérants 184 et 185 [de la détermination finale]) et atteint un niveau très élevé pendant la période [couverte par l'enquête. Même si le volume allégué des importations de LG Semicon Co., Ltd devait être ajouté à celui d'Hynix pour les années 1998 et 1999, cette tendance des importations serait toujours à la hausse pendant la période [couverte par l'enquête] (augmentation de 155 pour cent entre 1998 et la période [couverte par l'enquête])."

7.297 À notre avis, les constatations des CE concernant le volume des importations subventionnées se fondent sur, et concernent uniquement, le volume des importations de produits Hynix. En d'autres termes, les CE ont ainsi tiré des conclusions en ce qui concerne les importations de produits Hynix subventionnées, après un examen qui incluait des données concernant à la fois Hynix et l'autre producteur coréen Samsung, qui ont été examinées à la fois séparément et d'une façon combinée. En bref, la détermination relative aux effets en termes de volume était clairement centrée sur les importations de produits Hynix et ses conclusions sont fondées sur les données concernant Hynix. Nous rejetons par conséquent l'affirmation de la Corée selon laquelle "la discussion [dans la détermination des CE] est centrée sur les importations en provenance de toute la Corée".²²⁵

7.298 Il est certainement exact que, dans les sections consacrées à l'examen du volume des importations en quantité absolue et par rapport à la consommation²²⁶, il y a des références non seulement au volume des importations de DRAM exportées ou produites par Hynix, mais aussi à la Corée dans son ensemble. Les CE ne nient pas que les données concernant la Corée incluent les importations de produits Samsung, société pour laquelle une marge de subventionnement *de minimis* a été constatée.²²⁷ Cela s'explique par le fait que l'enquête engagée visait la Corée et non pas Hynix uniquement. En conséquence, nous ne constatons pas que le simple fait de se référer au développement de l'ensemble des importations en provenance de Corée implique nécessairement qu'il aurait dû être constaté que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2. Ce qui importe, à notre avis, c'est l'utilisation de ces données par les CE. Dans l'affaire dont nous sommes saisis, nous sommes persuadés que l'examen exigé par l'article 15.2, c'est-à-dire celui du point de savoir s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées, a été effectué par les CE sur la base de données concernant uniquement Hynix.

ii) *Les données sur les importations de DRAM produites ou exportées par LGS auraient-elles dû être combinées avec celles d'Hynix pour effectuer l'examen requis au titre de l'article 15.2?*

7.299 Les faits incontestés sont qu'Hynix et LG Semiconductors ("LGS") étaient deux producteurs/exportateurs coréens de DRAM au début de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, c'est-à-dire 1998. Le 7 juillet 1999, Hyundai Electronics Industries ("HEI") a racheté LGS à LG Electronics. En conséquence, LG Electronics a cessé dès ce moment d'être un producteur/exportateur de DRAM. LGS a été ensuite rebaptisée Hyundai Micro Electronics

²²⁵ Voir, entre autres, la première communication écrite de la Corée, paragraphes 92, 95 et 97.

²²⁶ Voir les extraits cités aux paragraphes 7.293 et 7.294, *supra*.

²²⁷ Les CE ne contestent pas le fait que, lorsqu'on a procédé à l'examen prévu à l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, les importations en provenance des "exportateurs pour lesquels aucune marge de subvention supérieure au niveau *de minimis* n'a été constatée ne peuvent pas être considérées comme faisant partie des "importations subventionnées". Nous notons que cela est conforme à l'avis exprimé par des groupes spéciaux et par l'Organe d'appel lorsqu'ils ont examiné la disposition parallèle à l'article 15.2 de l'*Accord SMC* figurant dans l'*Accord antidumping* – l'article 3.2 de cet accord. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, paragraphe 6.138, et le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 113)

("HME"). Le 13 octobre 1999, HME a fusionné avec HEI. Cette société a été rebaptisée Hynix le 29 mars 2001. La question dont nous sommes saisis concerne le traitement des importations de DRAM en provenance de LGS entre le 1^{er} janvier 1998 et le 7 juillet 1999 aux fins de l'examen du volume au titre de l'article 15.2.

7.300 Hynix, appuyée par la Corée, a fait valoir au cours de l'enquête que les CE devraient combiner les importations de produits LGS avec celles de produits Hynix pour entreprendre l'examen au titre de l'article 15.2. Les CE ont considéré le rachat de LGS comme un nouvel investissement fait par HEI, sans aucun effet rétroactif sur sa position sur le marché, pour les raisons énoncées au paragraphe 175 de leur détermination finale.²²⁸ Pour l'essentiel, les CE ont rejeté l'allégation d'Hynix parce que LGS était une entité juridique distincte d'Hynix à l'époque où Hynix allègue que le volume des importations de produits des deux sociétés aurait dû être combiné, c'est-à-dire entre le 1^{er} janvier 1998 et le 7 juillet 1999. La Corée fait valoir devant nous que les CE ont une approche purement formaliste qui défie la logique économique. Selon la Corée, les CE auraient dû considérer toutes les importations en provenance des *installations de production* qui étaient sous le contrôle d'Hynix en 2001, même si elles n'étaient pas sous le contrôle d'Hynix les années précédentes.

7.301 L'article 15.2 de l'*Accord SMC* n'énonce pas de règles spécifiques concernant le traitement des importations de produits de sociétés qui ont fusionné au cours de la période couverte par l'enquête, formant ainsi la société dont il a été constaté qu'elle était subventionnée. À la lumière de notre critère d'examen, la question au titre de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* consiste à savoir si les CE sont arrivées à une conclusion raisonnable selon laquelle, lorsqu'elles ont déterminé le volume des importations de produits Hynix, elles pouvaient ne pas tenir compte du montant des importations de produits LGS admises dans les CE avant la fusion de LGS avec HEI.

7.302 À notre avis, la Corée n'a pas établi que le traitement par les CE de la fusion dans le cadre de son analyse globale du volume des importations subventionnées était déraisonnable ou incompatible avec l'obligation qui leur incombait d'effectuer un examen objectif basé sur des éléments de preuve

²²⁸ Les paragraphes pertinents de la détermination finale des CE se lisent comme suit:

"(174) Hynix, appuyée par les pouvoirs publics coréens, a également fait valoir que dans le cadre de l'analyse de l'évolution de ses importations vers la Communauté au cours de la période considérée, il aurait fallu inclure dans ses importations du produit concerné vers la Communauté celles effectuées par LG Semicon Co., Ltd avant la fusion de cette société avec Hyundai Electronics Industries Co., Ltd (Hynix depuis le 29 mars 2001). Hynix et les pouvoirs publics coréens ont fourni certaines données appropriées à cet égard, à savoir deux chiffres concernant les importations (en Mbits) de LG Semicon Co., Ltd en 1998 et 1999. Dans leur alternative, ils ont avancé que les importations d'Hynix ne devaient être prises en compte aux fins de l'analyse du préjudice qu'après la date de sa fusion avec LG Semicon Co., Ltd en 1999.

(175) Toutefois, LG Semicon Co., Ltd était une entité juridique distincte avant que Hyundai Electronics Industries Co., Ltd ne la rachète à LG Electronics Inc. et ses sociétés liées le 7 juillet 1999. Après son rachat, LG Semicon Co., Ltd a été rebaptisée Hyundai Micro Electronics Co., Ltd et a fusionné avec Hyundai Electronics Industries Co., Ltd le 13 octobre 1999. Le rachat de LG Semicon Co., Ltd constituait donc un nouvel investissement pour Hyundai Electronics Industries Co., Ltd sans aucun effet rétroactif sur sa position sur le marché. En d'autres mots, Hyundai Electronics Industries Co., Ltd, prédécesseur d'Hynix, la seule société qui s'est avérée avoir bénéficié de subventions, a augmenté ses capacités de production. En outre, aucune partie, dont Hynix, n'a signalé d'importation en provenance de LG Semicon Co., Ltd en 1998 et 1999 dans sa réponse au questionnaire ni aucune autre information transmise, ce qui n'a pas permis de vérification par la Commission. Les données se rapportant à LG Semicon Co., Ltd ne peuvent donc être incluses dans les importations faisant l'objet de subventions d'Hynix. Pour les raisons susmentionnées, la demande d'Hynix et des pouvoirs publics coréens est rejetée."

positifs. Les CE considéraient qu'HEI était le prédécesseur d'Hynix, la société dont il a été constaté qu'elle était subventionnée. Elles ont examiné les données relatives au volume des importations provenant de HEI pour une période de trois ans, de 1998 à 2001. Au cours de cette période elles ont considéré qu'HEI avait accru sa capacité de production en achetant LGS mais que ce rachat n'avait eu aucun effet rétroactif sur la position d'HEI sur le marché. Nous ne trouvons pas cela déraisonnable. De fait, d'après le dossier, nous concluons qu'Hynix elle-même considérait cela comme une manière appropriée de traiter la fusion puisqu'elle n'a pas inclus de données pour LGS dans sa réponse au questionnaire.²²⁹ Nous jugeons important de rappeler à ce propos que l'expression "importations subventionnées" figurant à l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, à notre avis, fait référence aux importations en provenance d'une source dont il a été constaté qu'elle était subventionnée. En d'autres termes, il n'est pas question d'une augmentation du volume total des importations en provenance de Corée vers les CE, il est question des importations en provenance d'une source particulière. En l'espèce, les CE ont déterminé que durant l'année 2001 HEI/Hynix avait reçu des subventions de la Corée. Dans leur analyse concernant l'existence d'un dommage, les CE ont ainsi examiné le volume des importations en provenance de cette source dans le cadre de leur examen du point de savoir si les importations en provenance de cette source avaient augmenté notablement. Les CE ont décidé d'examiner les données relatives aux importations tirées des ventes d'HEI/Hynix sur une période de trois ans, y compris l'année pour laquelle il a été déterminé que les subventions avaient été accordées à HEI/Hynix. Les CE ont noté que, au cours de la deuxième année de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, HEI avait acquis des installations de production additionnelles par le rachat de LGS. Dans ces conditions, nous ne constatons pas qu'il était déraisonnable pour les CE de conclure que les importations de DRAM en provenance de LGS en 1998 et 1999 ne devaient pas être ajoutées, ou combinées, à celles de produits Hynix (ou de son prédécesseur, HEI) durant ces deux années pour examiner s'il y avait eu augmentation notable des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la consommation ou à la production dans les CE.²³⁰

7.303 En termes de causalité économique, il se peut effectivement que les subventions en question n'aient eu aucun effet sur la variation mesurée du volume des importations. Considérons le cas de figure suivant. Les entreprises A et B exportent chacune 100 unités vers les CE durant les années 2000 et 2001. L'entreprise A est subventionnée à hauteur de 100 millions de dollars EU en 2001, et par une transaction totalement distincte, elle rachète l'entreprise B en 2001. L'entreprise A ne modifie pas ses exportations du fait des subventions. Le rachat de l'entreprise B par l'entreprise A n'a pas été facilité par les subventions. Toutefois, suivant la méthodologie des CE, les exportations de l'entreprise A passent de 100 en 2000 à 200 en 2001. Dans ce cas de figure, l'augmentation des importations est sans relation avec les subventions. Or, l'article 15.2 de l'*Accord SMC* n'impose pas à l'autorité chargée de l'enquête l'obligation de distinguer une fausse association entre accroissement des importations et subventions – comme le montre le cas de figure que nous avons exposé – d'une association véritable comme cela serait le cas, par exemple, si le rachat de l'entreprise B par l'entreprise A était financé par les subventions. La distinction entre les véritables associations et les fausses doit, à notre avis, être effectuée dans le contexte de l'article 15.5, non pas dans le contexte de l'article 15.2. Si les Membres souhaitent imposer aux autorités chargées de l'enquête la charge analytique additionnelle – et lourde – de distinguer les véritables associations des fausses dans le

²²⁹ Comme Hynix elle-même l'a reconnu dans une communication adressée aux CE, il n'a pas été fourni de telles données pour LGS parce que "[e]n 1998 et jusqu'au 13 octobre 1999, Hynix Semiconductor Inc. (anciennement Hyundai Electronic Industries) et LG Semicon étaient deux entités juridiquement distinctes". (Hynix Letter to EC dated 27 May 2003 (**pièce n° 35 de la Corée**))

²³⁰ Nous notons que, en tout état de cause, le texte de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* exige que le volume des importations subventionnées soit examiné mais n'exige pas de constatation particulière à cet égard. Il ne dit pas non plus que, en l'absence d'une augmentation notable du volume des importations subventionnées, il ne pourrait pas être constaté de ces importations qu'elles causent un dommage. (À l'appui de notre point de vue, voir le rapport de l'Organe d'appel CE – *Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 111, note 114.) L'article 15.2 de l'*Accord SMC* fait partie de l'analyse globale du dommage.

contexte de l'article 15.2, ils peuvent y parvenir en modifiant l'article 15 de l'*Accord SMC*. Cela n'est pas, toutefois, une question que le Groupe spécial peut trancher en donnant une interprétation.

7.304 Bien que cela ne soit pas particulièrement pertinent pour la question dont nous sommes saisis, nous constatons qu'il n'y a pas de manque de cohérence entre le traitement par les CE de la question de la fusion LGS-HEI/Hynix dans la partie de l'enquête concernant l'existence d'une subvention et la façon dont elle est traitée dans la partie concernant l'existence d'un dommage. Comme le relèvent les CE, la détermination finale énonce simplement un fait incontesté, à savoir que l'acquisition faite par Hynix a accru la dette de l'entreprise. Nous ne voyons pas en quoi cela est incohérent par rapport à leur traitement de la fusion dans le contexte du dommage, étant donné que dans l'un et l'autre cas, les CE reconnaissent les effets futurs de la fusion, un accroissement de la capacité de production mais aussi que l'entreprise a hérité d'une dette. Il apparaît que la reprise par Hynix des dettes de LGS n'a pas joué de rôle dans la détermination du montant du subventionnement.²³¹

7.305 En tout état de cause, nous notons que même après avoir rejeté les affirmations de la Corée concernant la nécessité d'additionner les volumes des importations de produits LGS et ceux de produits HEI/Hynix, les CE ont finalement calculé le volume combiné de ces deux exportateurs/producteurs et examiné s'il y avait eu augmentation notable des importations subventionnées. Sur cette base, il est dit dans la détermination finale qu'il y avait eu une augmentation de 155 pour cent des importations subventionnées, en quantité absolue, au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage.²³² Ce chiffre n'est pas contesté par la Corée.

iii) *La détermination des CE conclut-elle à bon droit que l'augmentation était "notable" au sens de l'article 15.2?*

7.306 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas situé les données concernant le volume dans le contexte correct des DRAM pour évaluer le caractère notable de l'augmentation des importations alléguée, violant ainsi l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC*. Nous notons que l'argument de la Corée concernant le fait allégué de ne pas avoir examiné correctement les données concernant le volume pour montrer l'existence d'une augmentation notable est fondé sur deux prémisses. Selon la première, il est absurde d'examiner une augmentation en quantité absolue des importations en mégabits puisque compte tenu des caractéristiques inhérentes au marché des DRAM, les importations exprimées en quantité absolue, en mégabits, seront toujours en hausse. En fait, le paramètre pertinent pour examiner le caractère notable de toute augmentation est l'augmentation en quantité relative, et la part de marché en particulier. Deuxièmement, lorsqu'elles ont examiné la part de marché pertinente, les CE n'ont pas expliqué comment, vu la baisse de la part de marché d'Hynix, elles ont pu raisonnablement conclure qu'il y avait eu augmentation notable du volume des importations de produits Hynix.

7.307 Nous notons que ce dernier argument d'une part de marché décroissante est fondé sur l'interprétation que donne la Corée du rôle de la fusion entre LGS et HEI/Hynix. De fait, les CE ont examiné la part de marché et constaté que la part de marché d'Hynix avait effectivement augmenté. À la lumière de notre précédente constatation selon laquelle l'approche des CE concernant la fusion n'était pas déraisonnable, et compte tenu de la large latitude que l'article 15.2 permet aux autorités chargées des enquêtes, nous concluons à l'absence de fondement de l'argument de la Corée. Même en

²³¹ En ce qui concerne le traitement incohérent, selon ce qui est allégué, des fusions de HEI/LGS, d'une part, et de Micron/Texas Instruments, d'autre part, nous nous accordons à penser avec les CE que dans l'un et l'autre cas l'autorité chargée de l'enquête a tenu compte du rachat respectif une fois qu'il a eu lieu; et, dans l'un et l'autre cas, l'autorité chargée de l'enquête n'a pas additionné le volume et la part de marché de la société rachetée se rapportant à la période antérieure au rachat et le volume et la part de marché de l'acquéreur.

²³² Voir le paragraphe 191 de la détermination finale des CE.

supposant, pour les besoins de l'argumentation, que compte tenu des caractéristiques spécifiques du marché des DRAM il ne serait pas raisonnable d'un point de vue économique pour l'autorité chargée de l'enquête d'arriver à des conclusions au sujet d'une augmentation notable sur la base d'une augmentation en quantité absolue, le libellé de l'article 15.2 confère une latitude considérable à l'autorité chargée de l'enquête. En vertu de l'article 15.2, l'autorité chargée de l'enquête peut prendre en considération une augmentation notable, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation. Et l'article 15.2 dispose ensuite qu'un seul ni même plusieurs des facteurs examinés ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante. C'est aux Membres de l'OMC qu'il incombe, s'ils en font le choix, de restreindre cette disposition en amendant l'*Accord SMC*. Ce n'est pas au Groupe spécial qu'il appartient de limiter l'autorité chargée de l'enquête. En outre, en l'espèce, le dossier montre que les CE ont évalué le volume des importations de produits Hynix à la fois en quantité absolue et en valeur relative et conclu que, dans l'un et l'autre cas, les importations avaient augmenté, de 361 pour cent et de 20 pour cent, respectivement. Nous considérons que ces augmentations, telles que calculées selon la méthodologie des CE, peuvent raisonnablement être considérées comme ayant été notables. Le sens ordinaire du terme "significant" (notable) englobe les termes "important" (important), "notable" (digne d'être noté), "major" (majeur), et "consequential" (lourd de conséquences)²³³, qui donnent tous à entendre quelque chose de plus qu'un simple mouvement nominal ou marginal. À notre avis, les augmentations mises en évidence par la méthodologie des CE (361 pour cent et 20 pour cent, respectivement) peuvent être qualifiées d'"importantes", "dignes d'être notées", "lourdes de conséquences" et, surtout, "notables".

7.308 En tirant cette conclusion, nous avons pris en compte le fait incontesté que les importations de produits Hynix, telles que dûment déterminées par l'autorité chargée de l'enquête, ont augmenté en quantité absolue à un rythme plus élevé que celui de la consommation intérieure des CE.²³⁴ Nous avons également estimé que le fait que la part de marché d'Hynix avait augmenté au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, comme l'a constaté l'autorité chargée de l'enquête, était pertinent pour déterminer que l'augmentation du volume était notable.²³⁵ Enfin, à notre avis, le fait que le marché des DRAM est hautement transparent, et ainsi exposé à la transmission rapide des brusques mouvements des prix, constatation non contestée par la Corée, constitue un facteur qui plaide aussi pour le caractère notable des augmentations déterminées par l'autorité chargée de l'enquête, tant en quantité absolue que par rapport à la consommation dans les CE.

d) Conclusion

7.309 En résumé, nous constatons que la Corée n'a pas établi que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, lu à la lumière de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*, quand elles ont examiné les effets en termes de volume des importations subventionnées.

3. Allégation relative à la détermination des CE concernant l'effet des importations subventionnées sur les prix

a) La Corée

7.310 La Corée fait valoir que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC* en évaluant incorrectement le caractère notable des effets des importations de produits Hynix sur les prix. Selon la Corée, les paragraphes 1 et 2 de l'article 15 énoncent des obligations spécifiques en vertu desquelles une autorité chargée de l'enquête doit constater que les effets sur les prix dont l'existence a été constatée étaient notables et doit expliquer pourquoi elle estime qu'il en est

²³³ The New Shorter Oxford English Dictionary, Third Edition, page 2861.

²³⁴ Détermination finale, paragraphe 191, renvoyant à leurs constatations figurant aux paragraphes 172 et 177 de ladite détermination.

²³⁵ *Id.*, paragraphe 191, renvoyant à leur constatation figurant au paragraphe 185 dudit document.

ainsi. La Corée fait observer que la détermination des CE, qui constatait simplement qu'il y avait sous-cotation des prix, ne respectait pas cette prescription.

7.311 Selon la Corée, la constatation des CE selon laquelle Hynix a influé sur les prix du marché des DRAM dans les CE 1) fait fi de la logique économique; 2) fait fi de la propre logique des CE telle qu'elle est exprimée dans la détermination préliminaire; 3) reposait sur une analyse comparative des prix inappropriée; 4) faisait abstraction des éléments de preuve concernant d'autres facteurs qui influaient sur les prix des DRAM; et 5) n'était pas fondée sur les données disponibles les plus récentes. En résumé, selon la Corée, aucune autorité chargée de l'enquête raisonnable n'aurait conclu, sur la base des faits figurant dans le dossier, que les effets allégués des importations de produits Hynix sur les prix étaient notables.

7.312 Premièrement, la Corée fait valoir que la logique économique veut que si c'est la concurrence par les prix qui détermine la part de marché dans la branche de production des DRAM, et puisque les données montrent qu'Hynix perdait de sa part de marché, une sous-cotation des prix dont l'existence a été constatée ne peut pas avoir été "notable"; sinon, Hynix ne serait pas en train de perdre de sa part de marché. De plus, selon la Corée, il est très peu probable qu'un producteur à coûts intermédiaires comme Hynix ait été en mesure de faire baisser les prix pendant une période de "marasme" comme l'année 2001 au cours de laquelle les producteurs à faibles coûts déterminent normalement les prix. Quoi qu'il en soit, fait valoir la Corée, la nature globale des prix des DRAM milite contre la conclusion selon laquelle un seul fournisseur serait en mesure de déterminer les prix sur un marché particulier.

7.313 Deuxièmement, la Corée fait valoir que les CE elles-mêmes ont reconnu dans leur détermination préliminaire qu'il était difficile de définir une entreprise exerçant une domination sur les prix dans la branche de production, constatation qui correspond aux éléments de preuve selon lesquels Hynix perdait de sa part de marché, contrairement à ce qui arriverait à une entreprise exerçant une domination sur les prix sur un marché où la concurrence s'exerce par les prix.

7.314 Troisièmement, la Corée reconnaît que l'article 15.2 ne prescrit pas de méthode particulière pour évaluer la sous-cotation des prix, mais elle affirme que l'article 15 impose des obligations qui doivent être respectées en ce qui concerne l'évaluation des effets sur les prix. En particulier, la Corée affirme que l'article 15.1 prescrit un "examen objectif" des effets sur les prix. Une méthode qui fausse l'analyse pour favoriser une partie ne respecte pas cette obligation. La Corée fait valoir que la détermination factuelle des CE quant à l'existence d'une sous-cotation des prix de la part d'Hynix reposait sur une comparaison des prix erronée qui comparait les prix mensuels moyens d'Hynix avec les différents prix quotidiens des producteurs des CE. Deux autres comparaisons effectuées par les CE, y compris au moyen de leur méthode habituelle consistant à comparer des moyennes pondérées, n'ont pas abouti à une constatation positive de sous-cotation des prix par Hynix. La Corée fait valoir qu'une telle analyse déformée et axée sur les résultats ne constitue pas un examen objectif. Elle est d'avis qu'en dérogeant à leur méthode habituelle, les CE étaient tenues de justifier leur approche.

7.315 Quatrièmement, la Corée fait observer que les CE ont fait abstraction de nombreux éléments de preuve figurant dans le dossier qui indiquaient que des facteurs autres que les prix des produits Hynix influaient sur les prix des DRAM. La Corée fait valoir que l'article 15.2 de l'Accord SMC ne permet pas à l'autorité chargée de l'enquête de prendre en considération la sous-cotation alléguée dans l'abstrait et que les CE auraient dû essayer d'établir une distinction entre les baisses de prix imputables à la nature même du marché des DRAM et les baisses causées par les importations subventionnées. La Corée affirme que la diminution de la part de marché d'Hynix, de même que la forte chute de 77 pour cent des prix mondiaux en 2001, causée par la nature cyclique de la branche de production des DRAM, sont des facteurs importants qui auraient dû faire partie de l'analyse du caractère notable des effets des importations de produits Hynix sur les prix que les CE ont effectuée.

7.316 Enfin, la Corée fait valoir que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* exige qu'une analyse des prix comprenne la période la plus récente antérieure à l'enquête.²³⁶ Les CE n'ont pas pris en considération les données relatives aux prix pour le premier semestre de 2002, ce qui, surtout compte tenu du fait que l'année 2001 a, d'une manière générale, été considérée comme la plus mauvaise depuis plusieurs décennies pour la branche de production, est suspect et ne correspond pas à la prescription imposant de procéder à un examen objectif fondé sur des éléments de preuve positifs.

b) Les CE

7.317 Les CE font valoir que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* prescrit simplement que l'autorité "examine" s'il y a eu sous-cotation notable du prix, dépression notable des prix ou empêchement notable des hausses de prix. La dernière phrase de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* indique par ailleurs clairement qu'un seul facteur ne constituera pas une base de jugement déterminante. Compte tenu de la grande latitude que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* donne à l'autorité chargée de l'enquête, les CE affirment que la Corée ne démontre pas que la détermination des CE concernant l'existence, dans les importations de produits Hynix, d'une sous-cotation notable des prix était incompatible avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de l'*Accord SMC*. Les CE rejettent les cinq arguments avancés par la Corée à cet égard.

7.318 S'agissant de l'argument de la logique économique avancé par la Corée, les CE affirment qu'il n'appartient pas au Groupe spécial d'examiner les explications abstraites données par la Corée au sujet de la théorie économique et rappellent que la question dont l'autorité chargée de l'enquête était saisie au moment de l'enquête était de savoir s'il y avait ou non, pour les prix pratiqués par Hynix, sous-cotation, dépression des prix ou empêchement des hausses de prix par rapport aux prix intérieurs. De toute façon, les CE contestent le postulat de la Corée, à savoir que la part de marché d'Hynix a diminué pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. En outre, les CE ne sont pas d'accord pour dire qu'une société dont la part de marché est en baisse ne peut pas pratiquer la sous-cotation des prix. De plus, les CE ne sont pas d'accord pour dire que la capacité, qu'elle soit ou non limitée, qu'ont telles ou telles sociétés d'influencer les prix du marché signifie que des sociétés prises individuellement ne peuvent pas être la source d'importations subventionnées, associées à une sous-cotation des prix.

7.319 Deuxièmement, les CE estiment qu'il n'est pas pertinent aux fins de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* qu'Hynix ne soit pas une entreprise exerçant une domination sur les prix car une société n'a pas besoin d'exercer une telle domination pour pouvoir pratiquer la sous-cotation des prix.

7.320 Troisièmement, les CE contestent la présentation que fait la Corée de leur analyse de l'existence d'une sous-cotation des prix. Elles soulignent qu'elles ont bien tenu compte des caractéristiques du marché des DRAM, à savoir, premièrement, que la concurrence s'exerce principalement au niveau des prix; deuxièmement, qu'il y a une grande flexibilité des prix; et troisièmement, qu'il y a une grande transparence des prix. Les CE font valoir qu'elles n'ont pas essayé ces trois méthodes et simplement choisi celle qui révélait une sous-cotation des prix. Elles expliquent que la troisième méthode, fondée sur des données quotidiennes, a été appliquée à la demande expresse d'Hynix et, de fait, après l'élimination des transactions non comparables, confirmait la sous-cotation des prix constatée au moyen de la deuxième méthode, à savoir la comparaison des prix moyens pondérés d'Hynix avec des transactions prises individuellement sur une base mensuelle. Les CE

²³⁶ La Corée fait valoir que la formulation de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* ("a eu") dénote clairement une approche axée sur le passé très récent. La Corée se réfère aussi à une recommandation du Comité des pratiques antidumping de l'OMC qui a été adoptée dans le contexte d'une obligation similaire énoncée à l'article 3.2 de l'*Accord antidumping*, ainsi qu'aux vues exprimées par le Groupe spécial *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* qui, dans le contexte des sauvegardes, a constaté qu'une enquête devrait porter sur le passé récent.

soulignent que l'*Accord SMC* ne prescrit pas de méthode particulière, et que la méthode choisie par les CE était raisonnable et objective. Elles se réfèrent à leur détermination finale qui explique en détail pourquoi, compte tenu des caractéristiques particulières du marché des DRAM, il a été décidé de ne pas utiliser une comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée en l'espèce.

7.321 Quatrièmement, les CE considèrent que, compte tenu des circonstances de l'affaire, c'est à juste titre qu'elles ont déterminé qu'il y avait sous-cotation notable des prix. Elles rejettent en outre les arguments de la Corée concernant le fait que d'autres facteurs ont fait chuter les prix avançant qu'il s'agit d'une question relative au lien de causalité, qui n'a rien à voir avec la sous-cotation effective des prix examinée au titre de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Les CE ne considèrent pas non plus les arguments relatifs à l'absence de position dominante sur le marché ou à la pratique en matière de fixation des prix neutre du point de vue des coûts dans la branche de production comme des facteurs pertinents pour cet examen.

7.322 Cinquièmement, les CE considèrent que le choix de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage n'était pas déraisonnable, et qu'il n'y avait pas de raisons objectives de choisir une période différente.²³⁷ Par conséquent, et en l'absence d'obligations claires à cet égard énoncées à l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, les CE sont d'avis que la Corée n'a pas démontré qu'en faisant coïncider la fin de la période couverte par l'enquête pour l'analyse concernant le dommage et la fin de la période couverte par l'enquête pour l'analyse concernant la subvention, les CE ont agi d'une manière incompatible avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de l'*Accord SMC*.²³⁸

c) Analyse par le Groupe spécial

7.323 La Corée allègue que les CE n'ont pas respecté les obligations leur incombant au titre des paragraphes 1 et 2 de l'article 15 de l'*Accord SMC* lorsque l'autorité chargée de l'enquête a évalué les effets des importations subventionnées sur les prix.

7.324 Les dispositions pertinentes sont le paragraphe 1, qui est cité au paragraphe 7.271, *supra*, du présent rapport et le paragraphe 2 de l'article 15, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

[p]our ce qui concerne l'effet des importations subventionnées sur les prix, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur, ou si ces importations ont, d'une autre manière, pour effet de déprimer les prix dans une mesure notable ou d'empêcher dans une mesure notable des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

7.325 L'article 15.2 de l'*Accord SMC* dispose que, pour ce qui concerne l'examen des effets des importations subventionnées sur les prix, l'autorité chargée de l'enquête doit examiner s'il y a eu

²³⁷ Les CE expliquent que leur réglementation interne prescrit qu'une enquête soit menée simultanément sur la subvention et le dommage, et qu'une analyse de la subvention soit fondée sur les données se rapportant au plus récent exercice comptable terminé, soit l'année 2001 dans la présente affaire. Les CE notent que la Corée n'a pas contesté cette réglementation des CE.

²³⁸ Les CE rejettent le recours par la Corée à une recommandation non contraignante du Comité des pratiques antidumping de l'OMC qui se rapporte aux obligations énoncées dans l'*Accord antidumping* et non dans l'*Accord SMC*. Les CE ne jugent pas pertinente non plus l'utilisation de rapports de l'Organe d'appel dans le contexte de l'*Accord sur les sauvegardes*, qui renferme des prescriptions différentes de celles de l'*Accord SMC* sur l'imposition d'une mesure, et dont le libellé est différent. Les CE soulignent que l'*Accord sur les sauvegardes* fait référence à l'accroissement des importations au présent ("*est importé*"), mais que l'*Accord SMC* emploie le passé composé ("*a eu*" sous-cotation notable du prix).

1) dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur, ou si ces importations ont pour effet 2) d'une autre manière, de déprimer les prix dans une mesure notable ou 3) d'empêcher dans une mesure notable des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Quoi qu'il en soit, un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante. Comme nous l'avons expliqué précédemment, nous estimons que l'article 15.2 doit être lu à la lumière de la prescription fondamentale énoncée à l'article 15.1 qui impose de procéder à un examen objectif fondé sur des éléments de preuve positifs.²³⁹

7.326 Compte tenu de ce qui précède, nous examinerons les différents arguments avancés par la Corée à l'appui de son allégation.

i) *Impossibilité de concilier la dynamique du marché et la conclusion des CE selon laquelle les importations de produits Hynix ont eu un effet sur les prix intérieurs*

7.327 La Corée affirme que la conclusion selon laquelle les importations de produits Hynix ont eu un effet sur les prix intérieurs fait fi de la logique économique eu égard au fait qu'Hynix perdait de sa part de marché. La Corée fait valoir que compte tenu de la situation du marché communautaire des DRAM et du fait qu'Hynix était un producteur aux coûts intermédiaires, la détermination des CE selon laquelle Hynix était responsable de la baisse des prix en 2001 ne pouvait pas être correcte. La Corée soutient qu'une autorité chargée de l'enquête objective aurait, au vu des considérations qui précèdent, "considéré avec scepticisme" d'autres éléments de preuve indiquant que la sous-cotation des prix par Hynix était notable.

7.328 Nous sommes d'avis que les CE ont examiné la sous-cotation des prix par Hynix et ont tiré certaines conclusions qui, effectivement, ne sont pas contestées par la Corée. Celle-ci fait plutôt valoir que la sous-cotation des prix était une pure coïncidence, car un exportateur qui perd de sa part de marché, selon la logique économique de la Corée, ne peut jamais être la cause de tels effets sur les prix. À notre avis, l'article 15.2 de l'Accord SMC exige de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle examine s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable des prix. L'article 15.2 n'exige pas qu'elle établisse la cause de la sous-cotation des prix.²⁴⁰ Une fois de plus, l'article 15.2 donne beaucoup de latitude à l'autorité chargée de l'enquête. Il est certainement possible de concevoir un cas de figure dans lequel une société subventionnée perd de sa part de marché et cause une sous-cotation des prix.²⁴¹ De plus, nous faisons observer que les CE ont constaté que la part de marché d'Hynix s'était effectivement accrue. Pour toutes ces raisons, nous concluons que les CE n'ont pas agi d'une manière déraisonnable lorsqu'elles ont établi qu'il y avait sous-cotation notable des prix.

²³⁹ Voir notre analyse de l'article 15.1 aux paragraphes 7.272 à 7.276, *supra*, du présent rapport.

²⁴⁰ Cela ne veut pas dire que l'autorité chargée de l'enquête peut faire abstraction des considérations mentionnées par la Corée. À notre avis, s'il y a d'autres producteurs/exportateurs qui vendent leurs produits à des prix inférieurs à ceux d'Hynix à cause de la manière dont le marché fonctionne, de leurs structures tarifaires, ou pour toute autre raison, les effets dommageables de ces facteurs ne devraient pas être imputés aux importations subventionnées de produits Hynix. Par conséquent, ces renseignements sont très pertinents pour évaluer correctement le lien de causalité au titre de l'article 15.5 de l'Accord SMC.

²⁴¹ Par exemple, une société A en difficulté peut temporairement vendre ses produits à des prix très bas pour mobiliser des fonds et rembourser ses créanciers. Par la suite, la société A peut revenir à sa structure tarifaire normale. Les ventes au rabais de la société A peuvent bien être sous-cotées par rapport aux prix du marché pendant un certain temps, mais sur une période d'un an, la part de marché de la société A pourrait quand même diminuer.

ii) *Absence d'une "entreprise exerçant une domination sur les prix" sur le marché des DRAM*

7.329 La Corée affirme que la constatation des CE selon laquelle il n'y a pas d'entreprise exerçant une domination sur les prix sur le marché des DRAM met sérieusement en doute leur détermination selon laquelle la sous-cotation des prix par Hynix était notable.

7.330 À notre avis, il n'y a rien dans le texte de l'article 15.2 de l'*Accord SMC* qui empêche une autorité chargée de l'enquête de conclure que la sous-cotation des prix est notable en l'absence d'une constatation concomitante selon laquelle le producteur/l'exportateur en question est une entreprise exerçant une domination sur les prix. Nous ne souscrivons pas non plus à l'argument de la Corée d'un point de vue économique. Si l'on fait abstraction de la question de savoir ce que l'on entend exactement par domination sur les prix et de la manière dont il convient de déterminer une telle domination, nous ne voyons pas pourquoi seule une entreprise exerçant une domination sur les prix pourrait pratiquer la sous-cotation des prix, entraînant ainsi les prix à la baisse. En fait, nous sommes d'accord avec les CE pour dire que précisément dans une situation où il n'y a pas d'entreprise exerçant une domination sur les prix, tous les concurrents sur un marché très sensible aux prix comme celui des DRAM peuvent faire chuter les prix. À notre avis, même d'un point de vue économique, l'argument de la Corée n'est pas fondé car nous ne considérons pas qu'une constatation selon laquelle il n'y a pas d'entreprise exerçant une domination sur les prix serait d'une façon ou d'une autre incompatible avec une constatation de l'existence d'une sous-cotation notable des prix.

iii) *Point de savoir si la méthode des CE respectait les prescriptions énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 15*

7.331 Même si la Corée reconnaît que l'article 15.2 n'impose pas de méthode particulière pour examiner s'il y a eu sous-cotation notable des prix, empêchement notable des hausses de prix ou dépression notable des prix, elle affirme qu'en raison de la méthode particulière que les CE ont utilisée, la probabilité qu'elles constatent qu'il y avait sous-cotation des prix était plus élevée. C'est pourquoi la Corée affirme que la méthode utilisée par les CE était "entachée de partialité et ne représent[ait] donc pas un "examen objectif" de la question de savoir s'il y a[vait] sous-cotation "notable" des prix".²⁴²

7.332 Les paragraphes pertinents de la détermination finale des CE sont ainsi libellés:

"(179) En ce qui concerne les conclusions provisoires sur la sous-cotation des prix figurant au considérant 122 du règlement provisoire, Hynix et les pouvoirs publics coréens ont allégué qu'il était inutile de faire référence à une sous-cotation des prix pour certaines transactions dans la mesure où la sous-cotation des prix est habituellement déterminée sur une base moyenne pondérée. Hynix a en outre fait valoir que pour conclure à une sous-cotation des prix de sa part par rapport aux prix de certaines transactions de l'industrie communautaire, il conviendrait de procéder à une comparaison transaction par transaction ou à une comparaison au jour le jour, en tenant compte également, dans la mesure du possible, du moment de la journée.

(180) Aucune disposition du règlement de base ne stipule toutefois que la sous-cotation des prix doit être calculée sur une base moyenne pondérée ou toute autre base spécifique. Conformément à l'article 8, paragraphe 3, du règlement de base, il y a lieu de considérer, en ce qui concerne l'effet des importations faisant l'objet de subventions, si la sous-cotation du prix a été "notable". Aucune condition particulière n'est applicable au calcul de la marge de sous-cotation et aucune méthode spécifique n'est prévue à cet effet. De plus, le même article précise que la

²⁴² Réponse de la Corée à la question n° 38 du Groupe spécial.

sous-cotation des prix ne constitue pas à elle seule une base de jugement déterminante du préjudice mais qu'elle relève plutôt de l'évaluation globale du préjudice causé à l'industrie communautaire et qu'elle sert à fournir des indications dans le cadre de l'évaluation du préjudice et du lien de causalité.

(181) En outre, il convient de faire remarquer que le marché des DRAM est très transparent et caractérisé par une forte concurrence par les prix. Les coûts fixes sont en effet très élevés. Les fournisseurs doivent réaliser suffisamment d'économies d'échelle et redoubler d'efforts pour conserver leurs parts de marché. La sous-cotation des prix se manifeste dans des situations concurrentielles spécifiques avec certains clients. Néanmoins, si un fournisseur offre à un client de la Communauté un prix inférieur au prix d'un DRAM vendu par un producteur communautaire, la pression concurrentielle est telle que cette sous-cotation est rapidement éliminée. Sur ce marché, les gros clients peuvent donc forcer les fournisseurs en concurrence à s'aligner sur n'importe quelle offre de prix inférieure. Il est donc difficile d'établir une sous-cotation des prix sur une période déterminée. Cette situation de dépression des prix a empêché les producteurs communautaires d'augmenter leurs prix, ce qu'ils auraient normalement dû faire.

(182) Néanmoins, la Commission a constaté une forte sous-cotation des prix, s'échelonnant entre 12 pour cent et 32 pour cent, pour différentes densités de DRAM portant sur un large pourcentage (41 pour cent) de transactions des producteurs communautaires, correspondant à 32 pour cent de la valeur de leurs ventes. Pour éliminer l'effet de la forte baisse des prix pendant la période d'enquête, le calcul a été fondé sur les prix moyens mensuels d'Hynix aux clients indépendants par type de produit. Même si le calcul avait été fondé sur les prix moyens journaliers d'Hynix (par type de produit) et compte tenu du fait que le nombre de transactions comparables aurait été considérablement réduit (de 38 pour cent), la sous-cotation aurait été notable dans la gamme de produits susmentionnée pour 29 pour cent de l'ensemble des transactions des producteurs communautaires. Il convient également de noter qu'indépendamment du calcul sur la base d'une moyenne mensuelle ou journalière des prix d'Hynix, la proportion des transactions communautaires sous-cotées par rapport à l'ensemble des transactions comparables serait restée identique, soit de l'ordre de 47 pour cent. (...) En l'absence d'autres commentaires sur la sous-cotation des prix, les conclusions énoncées aux considérants 119 à 123 du règlement provisoire sont confirmées."²⁴³

²⁴³ Il est fait un renvoi croisé aux paragraphes pertinents de la détermination préliminaire des CE:

"(120) Pour déterminer la sous-cotation des prix, la Commission a analysé les données relatives aux prix portant sur la période d'enquête. Les prix de vente de l'industrie [nationale] sont les prix nets, c'est-à-dire nets de tous rabais et remises, pratiqués à l'égard du premier client indépendant. Pendant la période d'enquête, toutes les importations de produits coréens ont été réalisées par l'intermédiaire de sociétés liées. En conséquence, les prix retenus aux fins de la comparaison sont les prix de revente au premier client indépendant dans la Communauté nets de tous rabais et remises.

(121) La Commission a pu définir différentes familles de produit aux fins de la comparaison en appliquant les critères suivants: type de produit (à savoir disques/microplaquettes, composants, modules), densité, qualité, type de DRAM, performance (vitesse) et conditionnement.

(122) Les prix de vente de l'industrie [nationale] et les prix de revente des importations coréennes du produit similaire ont été comparés au même stade commercial (utilisateurs indépendants sur le marché communautaire) et pour la même période. La comparaison a

7.333 Il ressort du dossier que les CE ont eu recours à trois méthodes pour examiner la question de la sous-cotation des prix. Selon la première méthode, le prix communautaire moyen pondéré a été comparé au prix moyen pondéré d'Hynix, *par type de produit*. Du fait de l'application de cette méthode, *sur une base globale*, c'est-à-dire en tenant compte de tous les types de produits, aucune sous-cotation des prix n'a été constatée.²⁴⁴ Selon la deuxième méthode, le calcul a été fondé sur les prix moyens mensuels pratiqués par Hynix à l'égard des clients indépendants *par type de produit*, comme cela est expliqué au paragraphe 182 de la détermination finale. Ces moyennes mensuelles ont été comparées aux transactions de la branche de production nationale prises individuellement, *par type de produit*. L'application de cette méthode a permis de constater qu'il y avait une sous-cotation des prix de 16,2 pour cent.²⁴⁵ Selon la troisième méthode, les CE ont comparé les prix moyens quotidiens d'Hynix aux prix des transactions des producteurs communautaires prises individuellement, *par type de produit*. L'utilisation de cette méthode révèle que "la sous-cotation aurait été notable dans la gamme de produits susmentionnée pour 29 pour cent de l'ensemble des transactions des producteurs communautaires", ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 182 de la détermination finale des CE.^{246,247} Il ressort donc clairement de la détermination finale des CE que celles-ci ont établi l'existence d'une sous-cotation notable des prix au moyen de deux des trois méthodes en question.

7.334 À notre avis, l'article 15.2 de l'*Accord SMC* n'énonce aucune méthode particulière pour examiner la sous-cotation des prix, pourvu que la méthode choisie soit raisonnable et objective.²⁴⁸ À notre avis, la Corée n'a pas pu établir le contraire. Selon nous, rien ne permet à la Corée d'affirmer que les CE ont continué d'essayer d'autres méthodes jusqu'à ce qu'elles en trouvent une qui révélait une certaine sous-cotation. Les CE ont clairement expliqué pourquoi elles estimaient qu'une comparaison moyenne pondérée à moyenne pondérée n'était pas appropriée dans ce contexte.²⁴⁹ Elles ont ensuite expliqué que, pour supprimer l'effet de la forte baisse des prix pendant la période couverte

porté sur des prix moyens pondérés par famille de produit. Cette comparaison entre moyennes pondérées n'a révélé aucune sous-cotation des prix. Une forte sous-cotation des prix a cependant été constatée pour un large pourcentage de transactions, à savoir 41 pour cent des transactions correspondant à 32 pour cent de la valeur des ventes d'Hynix. Exprimée en pourcentage des prix de l'industrie [nationale], cette sous-cotation s'élevait à 16,2 pour cent en moyenne.

(123) Dans le cas d'Hynix, il a aussi été constaté que la sous-cotation s'observait surtout pour les ventes de DRAM de plus haute densité (DRAM de 128 et de 256 Mbits). Les bénéfices comparativement plus élevés générés par les ventes de ces DRAM à la pointe du progrès technologique sont utilisés pour financer les produits de la prochaine génération."

²⁴⁴ Détermination préliminaire des CE, paragraphe 122.

²⁴⁵ Il est indiqué dans la dernière phrase du paragraphe 122 de la détermination préliminaire des CE qu'"[e]xprimée en pourcentage des prix de l'industrie [nationale], cette sous-cotation s'élevait à 16,2 pour cent en moyenne". Les CE ont également divulgué la sous-cotation des prix pour les différentes densités de DRAM. Elle s'échelonnait entre 12 et 32 pour cent, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 182 de la détermination finale des CE.

²⁴⁶ Par conséquent, nous ne souscrivons pas à l'argument des CE selon lequel dans le cadre de la troisième méthode, aucune sous-cotation n'a été constatée.

²⁴⁷ Les fourchettes réelles que les CE ont calculées pour chaque type de produit selon la troisième méthode figurent dans un tableau qui a été communiqué à Hynix. **(Pièce n° 31 des CE)**

²⁴⁸ Nous estimons que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* ne limite pas le nombre de méthodes servant à analyser les effets des importations subventionnées sur les prix. Nous ne relevons rien dans cette disposition qui empêcherait une autorité chargée de l'enquête d'examiner différentes méthodes pour déterminer celle qui est la plus appropriée compte tenu des faits d'une affaire donnée, pourvu que la détermination globale de l'existence d'un dommage comporte un examen objectif conformément à l'article 15.1. À notre avis, dans certaines circonstances, il pourrait être difficile d'examiner s'il y a sous-cotation notable des prix au moyen d'une seule méthode.

²⁴⁹ Détermination finale des CE, paragraphe 181.

par l'enquête sur l'existence d'un dommage, le calcul devait être fondé sur les prix mensuels moyens pratiqués par Hynix à l'égard des clients indépendants par type de produit. Comme Hynix et la Corée ont allégué que les prix devraient être comparés sur une base moyenne quotidienne, les CE ont également calculé la marge sur la base des prix moyens quotidiens d'Hynix. Les CE ont conclu ce qui suit:

"Indépendamment du calcul sur la base d'une moyenne mensuelle ou journalière des prix d'Hynix, la proportion des transactions [nationales] sous-cotées par rapport à l'ensemble des transactions comparables serait restée identique, soit de l'ordre de 47 pour cent."²⁵⁰

7.335 Nous estimons donc que rien dans les faits figurant dans le dossier ne permet d'accepter l'affirmation de la Corée selon laquelle les CE se sont évertuées à trouver un résultat décidé à l'avance. Le paragraphe 181 de la détermination finale des CE expose les raisons pour lesquelles elles estiment que, dans ce cas particulier, la première méthode ne convenait pas pour examiner les effets des importations subventionnées sur les prix intérieurs. À cet égard, nous faisons observer que les CE ont tenu compte de la dynamique du marché des DRAM (transparence, forte concurrence par les prix, coûts fixes élevés, nécessité de réaliser des économies d'échelle, etc.). En raison de cette dynamique, les CE ont constaté que "si un fournisseur offr[ait] à un client de la Communauté un prix inférieur au prix d'un DRAM vendu par un producteur communautaire, la pression concurrentielle [était] telle que cette sous-cotation [était] rapidement éliminée. Sur ce marché, les gros clients [pouvaient] donc forcer les fournisseurs en concurrence à s'aligner sur n'importe quelle offre de prix inférieure. Il [était] donc difficile d'établir une sous-cotation des prix sur une période déterminée." À ce que nous croyons comprendre, la Corée ne conteste pas ces faits; elle affirme simplement que "cette justification n'est pas convaincante" parce que les caractéristiques identifiées par les CE s'appliquent à tous les fournisseurs et ne sont pas spécifiques à Hynix.²⁵¹ Nous ne partageons pas le point de vue de la Corée selon lequel une autorité chargée de l'enquête impartiale et objective aurait délaissé la première méthode et appliqué la deuxième ou la troisième méthode seulement dans le cas où les faits justifiant cette décision auraient été spécifiques à Hynix. Nous ne voyons rien dans l'*Accord SMC* qui justifie un tel point de vue. Ayant soigneusement examiné les raisons exposées au paragraphe 181 de la détermination finale, nous estimons que l'explication donnée par les CE est raisonnable.

7.336 Nous ne sommes pas d'avis que la Corée a pu démontrer pourquoi la méthode choisie par les CE était fondamentalement entachée de partialité et, partant, ne constituait pas un "examen objectif" de la question de savoir s'il y avait sous-cotation "notable" des prix.²⁵² La Corée fait valoir qu'on aurait dû faire une comparaison transaction par transaction, ou une comparaison au jour le jour tenant compte également du moment de la journée. À notre avis, même si de telles méthodes auraient également pu être utilisées dans le cadre de l'article 15.2, cela ne veut pas dire que l'autre méthode sur laquelle les CE se sont fondées est nécessairement entachée de partialité. Il nous semble que chaque méthode a ses forces et ses faiblesses, mais qu'en l'absence d'une méthode prescrite par l'*Accord SMC*, tant que la méthode utilisée n'est pas déraisonnable, le Groupe spécial ne peut pas faire une constatation qui lui est défavorable. Les insuffisances de la méthode utilisée par les CE sont la conséquence de l'utilisation de moyennes, mais la méthode transaction par transaction que privilégiait la Corée aura aussi inévitablement pour résultat que certaines transactions seront incluses tandis que d'autres ne le seront pas. En résumé, en l'absence de prescriptions spécifiques dans l'*Accord SMC*, et compte tenu de l'explication raisonnable donnée par les CE à propos de la méthode choisie, nous

²⁵⁰ *Id.*, paragraphe 182.

²⁵¹ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 159.

²⁵² La Corée a présenté certains exemples numériques pour montrer qu'il en était ainsi. (Voir, par exemple, la première communication écrite de la Corée, paragraphe 156, ou la première déclaration orale (liminaire), paragraphe 27)

estimons que les CE n'ont pas agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC* lorsqu'elles ont établi l'existence d'une sous-cotation notable.

iv) *Autres facteurs qui influent sur les prix des DRAM*

7.337 La Corée affirme que les CE savaient qu'il y avait un certain nombre de facteurs qui influaient sur les prix des DRAM, notamment 1) le fléchissement général de l'activité économique et la baisse de la demande, qui avaient provoqué une "liquidation des stocks"; 2) un excédent de la capacité et 3) les importations en provenance des autres fournisseurs. Le dossier renfermait des renseignements sur ces facteurs. Les CE n'en n'ont toutefois pas tenu compte. Pour cette raison, selon la Corée, l'analyse de la sous-cotation des prix à laquelle les CE ont procédé ne comportait pas un examen objectif et leur conclusion n'était pas fondée sur des éléments de preuve objectifs.

7.338 À notre avis, l'article 15.2 de l'*Accord SMC* ne prescrit pas, en tant que tel, que l'autorité chargée de l'enquête établisse l'existence d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et les prix intérieurs, ce qui l'obligerait à examiner tous les autres facteurs qui influent sur les prix intérieurs au même moment. Une fois de plus, si les Membres veulent imposer une charge plus lourde aux autorités chargées des enquêtes, ils peuvent le faire en modifiant l'*Accord SMC*. Tel qu'il est libellé, l'article 15.2 met l'accent sur l'effet des importations subventionnées sur les prix. Les CE ont examiné l'effet des importations subventionnées sur les prix intérieurs et, partant, à notre avis, se sont conformées à l'article 15.2. Nous faisons observer que l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, en revanche, prescrit bel et bien que les effets constatés, y compris ceux qui se rapportent aux prix, soient replacés dans leur contexte par l'examen de tous les autres facteurs connus qui influent sur la branche de production au même moment. À notre avis, les arguments de la Corée se rapportent donc à juste titre à la question du lien de causalité, question que nous analysons plus loin dans notre rapport.

7.339 Compte tenu de ce qui précède, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, lu à la lumière de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*, en ne tenant pas compte des facteurs susmentionnés lorsqu'elles ont examiné l'effet des importations subventionnées sur les prix intérieurs.

v) *Refus de prolonger la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage*

7.340 Nous rappelons que la Corée fait valoir que l'article 15.2 de l'*Accord SMC* prescrit qu'une analyse concernant la fixation des prix comprenne la période la plus récente antérieure à l'enquête. La Corée affirme que les CE n'ont pas pris en considération les données relatives aux prix pour le premier semestre de 2002, ce qui, surtout compte tenu du fait que l'année 2001 a, d'une manière générale, été considérée comme la plus mauvaise depuis plusieurs décennies pour la branche de production, est suspect et ne correspond pas à la prescription imposant de procéder à un examen objectif fondé sur des éléments de preuve positifs.

7.341 À notre avis, absolument rien ne permet de donner du texte du paragraphe 1 ou 2 de l'article 15 de l'*Accord SMC* une lecture qui inclut une telle prescription. L'article 15.2 de l'*Accord SMC* ne renferme pas d'obligations expresses au sujet de la période de collecte des données. Il serait certainement possible de faire valoir que les données sur lesquelles l'analyse concernant l'existence d'un dommage est fondée devraient être suffisamment récentes pour être pertinentes et probantes de manière à constituer des éléments de preuve positifs de l'existence d'un dommage causé par des importations subventionnées, mais nous n'estimons pas qu'il était déraisonnable ou non objectif pour les CE de refuser de prolonger la période couverte par l'enquête à des fins concernant le dommage au-delà de la période qui a servi à établir l'existence d'un subventionnement dans la présente affaire. Les CE ont recueilli des données qui portaient sur trois ans, incluant la dernière année complète à des fins comptables antérieures à l'engagement de la procédure, et leur analyse était donc clairement fondée sur le passé récent.

7.342 En guise d'éléments contextuels étayant son argument, la Corée affirme que l'interprétation que des groupes spéciaux ont donnée de dispositions figurant dans l'*Accord sur les sauvegardes* et la recommandation du Comité des pratiques antidumping de l'OMC mettent l'accent sur la période la plus récente. Selon la Corée, il s'agit d'éléments contextuels à l'appui de son argument. Nous ne sommes pas de cet avis. Comme les CE l'ont souligné, le Comité des subventions et des mesures compensatoires de l'OMC n'a pas adopté de recommandation parallèle. De plus, nous doutons sérieusement que la *Recommandation concernant les périodes de collecte des données pour les enquêtes antidumping*²⁵³ appuie la thèse de la Corée. Il est notamment indiqué dans cette recommandation que la période de collecte des données aux fins des enquêtes en matière de dumping devrait normalement être de 12 mois et en aucun cas inférieure à six mois, et devrait s'achever à une date aussi proche de celle de l'ouverture de l'enquête que cela est faisable; et que la période de collecte des données aux fins des enquêtes sur l'existence d'un dommage devrait normalement être d'au moins trois ans. Il est également indiqué que "[l]orsqu'elles fixent les périodes précises de collecte des données pour une enquête particulière, les autorités chargées de l'enquête peuvent, si cela est possible, prendre en compte les pratiques des entreprises auprès desquelles des données sont recueillies en matière d'établissement de rapports financiers et l'effet que cela peut avoir sur la possibilité d'obtenir des données comptables". Les CE ont affirmé que la plus récente période comptable pour Hynix était l'année 2001. La Corée ne l'a pas contesté. Compte tenu de ces considérations, nous ne pensons pas qu'il était déraisonnable pour l'autorité chargée de l'enquête de fixer au mois de décembre 2001 la fin de la période de collecte des données aux fins des enquêtes sur l'existence d'un dommage et d'un subventionnement.

7.343 En ce qui concerne certaines constatations auxquelles la Corée se réfère et qui ont été faites par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le contexte des sauvegardes, nous ne les jugeons pas pertinentes pour notre examen. À cet égard, nous notons que le libellé de l'*Accord sur les sauvegardes*, surtout celui des articles 2:1 et 4:2 b), est sensiblement différent de celui de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Si l'on fait abstraction de la question de savoir si ces rapports étaient effectivement l'argumentation de la Corée, ce dont nous doutons fort, nous tenons à faire observer que les mesures de sauvegarde sont des mesures d'urgence, ce qui explique l'accent particulier qui est mis sur la pertinence du passé récent par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour interpréter ces dispositions de l'*Accord sur les sauvegardes*.

7.344 En résumé, nous ne constatons pas que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC* en rejetant la demande d'Hynix voulant que les CE étendent leur analyse de l'effet des importations subventionnées sur les prix au premier semestre de 2002, c'est-à-dire au-delà de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage et d'une subvention choisie par l'autorité chargée de l'enquête.

d) Conclusion

7.345 Pour ces motifs, nous ne constatons pas que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'obligation leur incombant au titre de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*, lu à la lumière de l'article 15.1 de l'*Accord SMC*, en ce qui concerne leur examen de l'incidence des importations subventionnées sur les prix intérieurs.

²⁵³ G/ADP/6, adopté le 5 mai 2000 par le Comité des pratiques antidumping de l'OMC.

4. Allégation concernant la détermination relative à la situation de la branche de production nationale faite par les CE

a) La Corée

7.346 La Corée affirme que l'évaluation par les CE de la situation de la branche de production nationale n'était pas compatible avec les paragraphes 1 et 4 de l'article 15 de l'*Accord SMC*.

7.347 Premièrement, la Corée fait valoir que le fléchissement économique/cycle conjoncturel est le facteur le plus important sur le marché des DRAM. La Corée affirme que cette branche de production a toujours connu des cycles "prospérité/marasme". Elle affirme qu'entre 2000 et 2001 cette branche de production est passée du sommet de la période de prospérité au creux du marasme. Malgré tous les éléments de preuve et observations présentés par Hynix au cours de l'enquête, affirme la Corée, nulle part dans leurs déterminations les CE n'ont traité ce fléchissement en lui-même, ou en tant que contexte pour comprendre les facteurs énumérés à l'article 15.4. Tout en reconnaissant que les CE avaient examiné le fléchissement économique dans leur détermination concernant la non-imputation au titre de l'article 15.5, la Corée affirme que l'article 15.4 contient une obligation distincte d'examiner ce facteur en tant que "facteur économique pertinent".

7.348 Deuxièmement, la Corée fait valoir que certaines constatations faites par les CE dans le contexte de leur détermination de l'existence d'un dommage sont en contradiction avec certaines déclarations faites par un important producteur communautaire, Infineon, concernant ses flux de liquidités, sa capacité d'investir dans de nouveaux équipements et technologies, sa capacité de vendre à des prix suffisants pour couvrir les coûts, ses parts de marché et ses perspectives futures.²⁵⁴ Selon la Corée, les CE n'ont tenu compte ni des facteurs choisis par la branche de production nationale des CE elle-même pour décrire le succès sur le marché des DRAM dans les CE, ni de la description faite par les producteurs nationaux eux-mêmes de la situation de la branche de production.

7.349 Troisièmement, la Corée affirme que les CE n'ont pas examiné l'un des facteurs énumérés à l'article 15.4, les "salaires". La Corée rappelle que la jurisprudence établie de l'OMC concernant l'article 3.4 de l'*Accord antidumping* – disposition qui est en substance identique à l'article 15.4 de l'*Accord SMC* – exige que chacun des facteurs et indices qui y sont énumérés soit évalué par l'autorité chargée de l'enquête. En outre, la Corée considère qu'un autre facteur, les "résultats à l'exportation" de la branche de production nationale, aurait dû être examiné par l'autorité en tant que facteur économique pertinent qui influe sur la situation de la branche de production nationale, même s'il n'est pas expressément énuméré à l'article 15.4. Selon la Corée, le fait que les CE ont évalué ce facteur lorsqu'elles ont établi la détermination de l'existence d'un lien de causalité au titre de l'article 15.5 est dénué de pertinence pour évaluer si les CE se sont conformées à l'article 15.4, étant donné qu'au titre de cette disposition, il existe une obligation distincte d'évaluer les "résultats à l'exportation" en tant que facteur pertinent.²⁵⁵

7.350 Quatrièmement, la Corée fait valoir que trois seulement des 13 facteurs examinés montraient une tendance négative au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage: prix de vente moyen, flux de liquidités et utilisation des capacités. La Corée affirme que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les paragraphes 4 et 1 de l'article 15 parce qu'elles n'ont pas

²⁵⁴ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 194. Certaines de ces déclarations ont été faites par le Directeur général d'Infineon, l'un des deux producteurs communautaires qui ont coopéré à l'enquête, lors d'une conférence d'investisseurs en novembre 2002. Les autres figuraient dans le document 2002 SEC Form 20-F d'Infineon.

²⁵⁵ La Corée affirme qu'il y avait dans le dossier des renseignements indiquant une évolution positive des résultats à l'exportation de la branche de production nationale.

convenablement expliqué pourquoi trois facteurs seulement sur 13 devraient les obliger à conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important.

b) Les CE

7.351 Les CE rejettent tous les arguments de la Corée et affirment que leur analyse relative à l'existence d'un dommage était compatible avec l'article 15.4 et 15.1 de l'*Accord SMC*. En ce qui concerne les arguments de la Corée quant à l'absence d'examen du cycle "prospérité/marasme" et du fléchissement économique, les CE font valoir qu'elles ont examiné ce facteur dans le cadre de leur analyse du lien de causalité. Les CE considèrent qu'il n'était donc pas nécessaire d'examiner ce facteur dans le cadre de leur évaluation de la situation de la branche de production nationale également. En conséquence, cette question relève de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, plutôt que de l'article 15.4.

7.352 Les CE affirment que les déclarations du Directeur général d'Infineon ont été faites en dehors de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, c'est-à-dire en 2002. Selon les CE, ces déclarations ne se prêtaient pas à la démonstration d'une contradiction avec une détermination de l'existence d'un dommage qui couvrait la période 1998-2001. En tout état de cause, estiment les CE, les déclarations de promotion financière à l'intention d'investisseurs potentiels sont de valeur limitée pour évaluer la situation réelle d'une activité économique.

7.353 Les CE affirment qu'elles ont examiné tous les facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production comme exigé par l'article 15.4 de l'*Accord SMC*. Elles font valoir qu'elles ont pris en considération la "production" (en anglais "output" ou "production") dans leur détermination préliminaire, et que ces constatations ont été confirmées dans la détermination finale. Les CE affirment encore que l'article 15.4 n'oblige pas l'autorité chargée de l'enquête à examiner les "ventes à l'exportation" quand elle examine la situation de la branche de production nationale. Conformément à l'*Accord SMC*, affirment les CE qu'elles ont examiné les "ventes à l'exportation" quand elles ont examiné l'influence des autres facteurs, au titre de l'article 15.5. En ce qui concerne le facteur "salaires", les CE font valoir que 1) les réponses de la branche de production nationale au questionnaire contenaient des renseignements sur les salaires et que 2) l'autorité chargée de l'enquête a examiné ces renseignements et conclu que le facteur "salaires" était dénué de pertinence aux fins de l'évaluation du dommage en l'espèce. Les CE reconnaissent que le facteur "salaires" n'a pas été discuté dans les déterminations préliminaire et finale. Les CE avancent quatre explications pour n'avoir pas inclus les "salaires" dans ces déterminations. Premièrement, les salaires étaient un facteur mineur dans le coût de production des DRAM. Deuxièmement, les salaires dans la Communauté ont été stables tout au long de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage en raison du pacte de stabilité précédant l'introduction de l'euro. Troisièmement, les constatations de l'existence d'un dommage seraient restées identiques, indépendamment de l'évolution des salaires. Enfin, tout au long de l'enquête, ni les pouvoirs publics coréens ni Hynix n'avaient soulevé la question des "salaires". Selon les CE, la Corée devait *prouver* que les CE n'avaient pas *examiné* ou *évalué* un facteur pertinent. De l'avis des CE, la Corée ne l'a pas fait.

7.354 S'agissant de la question de l'évaluation globale de la situation de la branche de production nationale, les CE font valoir que l'article 15.4 impose aux Membres l'obligation d'*examiner* et *évaluer* tous les facteurs et indices économiques pertinents, mais qu'il indique en même temps qu'un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constituent pas nécessairement une base de jugement déterminante. Sur le fond de la détermination de l'existence d'un dommage, les CE font observer que pour chaque facteur elles ont inclus les données pertinentes disponibles dans la détermination, et que dans chaque cas elles ont inclus une analyse ou évaluation en relation avec ces données. Les CE ont ensuite tiré des conclusions globales. Les CE sont en désaccord avec la Corée quand celle-ci affirme qu'elles n'ont trouvé des indicateurs négatifs que pour trois facteurs. Elles affirment qu'elles ont aussi déterminé et pris en compte trois autres facteurs négatifs ou partiellement négatifs (les pertes en 2001,

l'ampleur du montant de la subvention et le volume des importations subventionnées). En résumé, les CE considèrent que leur détermination de l'existence d'un dommage important se fondait sur un examen et une évaluation d'ensemble corrects de tous les facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.355 La présente allégation concerne la compatibilité de l'analyse relative à l'existence d'un dommage faite par les CE avec l'article 15.1 et 15.4 de l'*Accord SMC*. Cette dernière disposition se lit comme suit:²⁵⁶

[l']examen de l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale comportera une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche, y compris les suivants: diminution effective et potentielle de la production, des ventes, de la part de marché, des bénéfices, de la productivité, du retour sur investissement ou de l'utilisation des capacités; facteurs qui influent sur les prix intérieurs; effets négatifs, effectifs et potentiels, sur le flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la capacité de se procurer des capitaux ou l'investissement et, s'agissant de l'agriculture, question de savoir s'il y a eu accroissement de la charge qui pèse sur les programmes de soutien publics. Cette liste n'est pas exhaustive, et un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante.

7.356 À la lumière de l'obligation globale énoncée à l'article 15.1 de l'*Accord SMC*, nous considérons que l'article 15.4 prescrit donc un examen et une évaluation objectifs de tous les facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production, en se fondant sur des éléments de preuve positifs. L'article 15.4 de l'*Accord SMC* énumère un certain nombre de ces facteurs qui doivent être inclus dans cet examen. Nous souscrivons à l'avis exprimé par l'Organe d'appel lorsque celui-ci a interprété une disposition presque identique de l'*Accord antidumping*, à savoir que les facteurs énumérés sont censés être pertinents dans chaque enquête et doivent toujours être évalués par les autorités chargées de l'enquête. Toutefois, l'obligation d'évaluation imposée par l'article 15.4 ne se limite pas aux facteurs énumérés, mais s'étend à tous les facteurs économiques pertinents.²⁵⁷

7.357 Gardant les remarques ci-dessus à l'esprit, nous examinerons si les CE ont dûment évalué tous les facteurs pertinents, comme prescrit par l'article 15.4, et si elles ont procédé à un examen objectif fondé sur des éléments de preuve positifs de l'incidence des importations sur la branche de production nationale, conformément à l'article 15.1 et 15.4 de l'*Accord SMC*. La Corée avance plusieurs grands arguments pour étayer ces allégations. Un ensemble d'arguments se rapporte à la thèse selon laquelle, de l'avis de la Corée, les CE auraient dû évaluer un certain nombre de facteurs – le fléchissement économique, les résultats à l'exportation de la branche de production nationale et les salaires – lorsqu'elles ont examiné la situation de la branche de production nationale. Deuxièmement, la Corée appelle l'attention sur certaines déclarations contradictoires faites par l'un des deux producteurs communautaires par rapport aux constatations des CE concernant la situation de la branche de production nationale. Enfin, la Corée conteste l'évaluation globale de la situation de la branche de production nationale faite par les CE.

²⁵⁶ L'article 15.1 est déjà cité au paragraphe 7.271, *supra*.

²⁵⁷ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H* et *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphes 128 et 194, respectivement.

i) *Évaluation de certains facteurs économiques: fléchissement économique/cycle conjoncturel, résultats à l'exportation et salaires*

7.358 La Corée fait valoir qu'un facteur qui est expressément mentionné à l'article 15.4 de l'Accord SMC – les "salaires" – n'a pas été examiné. En outre, elle fait valoir que les "résultats à l'exportation" et le cycle "prospérité/marasme" sont deux facteurs qui ne sont pas expressément énumérés à l'article 15.4 mais qui sont clairement des facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production nationale et qui auraient donc dû être examinés par les CE dans le cadre de leur analyse relative à l'existence d'un dommage au titre de l'article 15.4.

Salaires

7.359 L'article 15.4 impose une évaluation obligatoire de tous les différents facteurs énumérés dans ledit article, y compris les "salaires".²⁵⁸ Les CE en conviennent et font valoir que l'autorité chargée de l'enquête a examiné les renseignements sur les salaires et conclu que ce facteur était dénué de pertinence aux fins de l'évaluation du dommage en l'espèce, ce qui explique pourquoi le facteur "salaires" n'est pas discuté dans les déterminations préliminaire et finale.²⁵⁹ En réponse à une question du Groupe spécial, les CE déclarent que "[n]aturellement, l'autorité chargée de l'enquête aurait regardé et examiné tous les facteurs énumérés dans l'Accord SMC. Toutefois, il n'y a pas de dossier sur de telles considérations en ce qui concerne les salaires".²⁶⁰

7.360 Nous considérons que, dans le contexte des enquêtes sur les mesures correctives commerciales, qui sont assujetties à des règles multilatérales et à un examen multilatéral, un Membre est placé dans une position difficile pour réfuter des éléments *prima facie* montrant qu'une évaluation d'un facteur donné n'a pas été effectuée s'il ne peut pas appeler l'attention d'un groupe spécial sur un dossier écrit concomitant de ce processus. Dans le cas d'espèce dont nous sommes saisis, si – comme admis par les CE – il n'y a pas de dossier écrit indiquant comment le facteur "salaires" a été interprété ou apprécié par l'autorité chargée de l'enquête au cours de l'enquête, rien selon nous ne permet aux CE de réfuter maintenant des éléments *prima facie* montrant qu'elles n'ont effectué aucune "évaluation" de ce facteur au titre de l'article 15.4. En outre, et compte tenu du critère d'examen prévu à l'article 11 du *Mémoire d'accord*²⁶¹, sans un dossier écrit du processus analytique entrepris par l'autorité chargée de l'enquête pour évaluer les "salaires", nous ne pouvons examiner ni si une explication adéquate et motivée a été fournie sur la manière dont les faits étayaient la détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE, ni en conséquence, si cette détermination était compatible avec l'article 15.4. Sans ce dossier écrit, nous serions forcés de nous engager dans des spéculations *post hoc* au sujet du processus de réflexion par lequel l'autorité chargée de l'enquête est arrivée à ses conclusions finales. Nous considérons que le critère d'examen prévu à l'article 11 du *Mémoire d'accord* nous empêche de nous engager dans cet exercice.

7.361 Les CE ont fait valoir que ce facteur était en réalité dénué de pertinence en l'espèce. En l'absence de toute indication similaire dans le dossier, nous devons considérer cela comme une justification *a posteriori*. Le fait que ni l'exportateur ni la Corée n'avaient fait de commentaires sur cette question au moment de l'enquête est dénué de pertinence juridique compte tenu de l'obligation

²⁵⁸ Toutefois, nous estimons que, dans une affaire donnée, certains facteurs peuvent être plus pertinents que d'autres. Le poids à attribuer à tel ou tel facteur donné peut donc varier d'une affaire à l'autre.

²⁵⁹ Première communication écrite des CE, paragraphe 146.

²⁶⁰ Réponse des CE à la question n° 86 du Groupe spécial.

²⁶¹ Pour une discussion du critère d'examen applicable, voir le paragraphe 7.4, *supra*.

clairement faite à l'autorité chargée de l'enquête, aux termes de l'article 15.4, d'examiner et d'évaluer ce facteur.²⁶²

7.362 Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.4 de l'*Accord SMC* en n'évaluant pas le facteur "salaires" lorsqu'elles ont examiné l'incidence des importations subventionnées sur la situation de la branche de production nationale.²⁶³ Nous faisons également observer que l'omission des CE en l'espèce est quelque peu surprenante car ce n'est pas la première fois qu'une détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE a été examinée par un groupe spécial de l'OMC, sur la base de motifs similaires.²⁶⁴ Les CE auraient donc dû savoir lorsqu'elles ont examiné la situation de la branche de production nationale qu'elles devaient évaluer *tous* les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de la branche de production nationale, y compris toute baisse effective ou potentielle des salaires, et que des éléments de preuve attestant de cette évaluation devraient faire partie du dossier afin de permettre un examen valable de leur détermination.

Autres facteurs

7.363 Pour ce qui est des arguments de la Corée concernant les autres facteurs qui auraient dû être examinés par les CE dans le cadre de leur analyse relative à l'existence d'un dommage, nous faisons observer que ni le fléchissement économique/cycle conjoncturel ni les résultats à l'exportation ne sont des facteurs qui sont expressément énumérés à l'article 15.4 de l'*Accord SMC*. Nous considérons que cette disposition impose aux autorités l'obligation claire d'examiner *tous les facteurs et indices économiques pertinents* qui influent sur la situation de la branche de production nationale. Le point de savoir si un facteur économique est pertinent dépend, entre autres choses, de la nature de la branche de production faisant l'objet de l'enquête. Selon nous, et à la différence de la situation considérée plus haut dans laquelle un facteur expressément énuméré à l'article 15.4 n'est pas évalué, il incombera à la partie plaignante de démontrer deux choses, à savoir 1) qu'un certain facteur qui était pertinent pour évaluer l'incidence des importations subventionnées sur la situation de la branche de production nationale n'a pas été examiné; et 2) que la question de l'évaluation a été soulevée au cours de l'enquête.

7.364 À notre avis, les facteurs énumérés à l'article 15.4 précisent ce qui est exigé au titre de cette disposition, à savoir que l'autorité chargée de l'enquête doit examiner et évaluer les facteurs et indices qui lui fournissent un tableau complet et objectif de la situation de la branche de production nationale. Combiné avec les résultats de l'analyse, des effets des importations subventionnées en termes de volume et sur les prix effectuée au titre de l'article 15.2, cela peut amener l'autorité chargée de l'enquête à conclure à l'existence d'un dommage important. Les forces qui ont peut-être causé certaines évolutions négatives ou positives doivent être examinées par l'autorité chargée de l'enquête

²⁶² De même, le fait qu'un argument n'a pas été soulevé dans le contexte de l'enquête correspondante par l'exportateur concerné ou par les autorités du Membre exportateur n'empêche pas une partie de pouvoir le soulever à un stade ultérieur dans une procédure de groupe spécial de l'OMC. Telle a aussi été l'opinion du Groupe spécial chargé de l'affaire *Argentine – Viande de volaille*. (Rapport du Groupe spécial *Argentine – Viande de volaille*, paragraphe 7.146 et note 123)

²⁶³ En arrivant à cette conclusion, nous faisons observer d'une part, que les CE n'ont pas fait valoir que l'analyse des "salaires" était implicite dans l'analyse des autres facteurs énumérés à l'article 15.4, et d'autre part, que rien dans le dossier ne nous indique que tel a été le cas.

²⁶⁴ Voir, entre autres, le rapport du Groupe spécial *CE – Linge de lit*, paragraphes 6.153 et suivants.

dans le cadre de son analyse du lien de causalité, pour laquelle l'article 15.5 de l'*Accord SMC* contient des règles spécifiques.²⁶⁵

7.365 Selon nous, le fléchissement économique sur le marché ("cycle prospérité/marasme") et les résultats à l'exportation d'une branche de production sont précisément le type de facteurs de causalité qui devront être traités par l'autorité chargée de l'enquête pour établir si les importations subventionnées ont causé la situation dommageable de la branche de production nationale. Le dossier montre clairement que les CE ont examiné et évalué le fléchissement économique et les résultats à l'exportation dans le cadre de leur analyse du lien de causalité²⁶⁶ et nous examinerons si elles l'ont fait d'une manière qui est compatible avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC* lorsque les allégations de la Corée au titre de cette disposition seront discutées. Nous ne considérons pas que les CE étaient de quelque façon tenues d'inclure une discussion ou une évaluation additionnelle distincte de ces facteurs dans leur analyse relative à l'existence d'un dommage au titre de l'article 15.4.²⁶⁷

7.366 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons par conséquent que les CE ont agi en conformité avec leurs obligations au titre des paragraphes 1 et 4 de l'article 15 de l'*Accord SMC* en n'évaluant pas le fléchissement économique/cycle conjoncturel et les résultats à l'exportation de la

²⁶⁵ Nous trouvons des éléments étayant notre interprétation dans le rapport du Groupe spécial *Égypte - Barres d'armature en acier* (paragraphes 7.62 à 7.64) traitant de la disposition similaire dans le contexte des mesures antidumping, l'article 3.4 de l'*Accord antidumping*, qui disait ceci:

"l'expression "qui influent sur" peut signifier *pertinent en ce qui concerne* ou *se rapportant à* la situation de la branche de production, et ce sens est compatible avec le fait que bon nombre des facteurs énumérés à l'article 3.4 sont des descripteurs ou des indicateurs de la situation de la branche de production, plutôt que des facteurs *ayant un effet* sur cette situation. Par exemple, les volumes de ventes, les bénéfices, la production, etc. ne sont pas en eux-mêmes des *causes* de la situation d'une branche de production. Ils font plutôt partie des indicateurs factuels qui permettent de juger et d'apprécier une situation pour savoir si elle est révélatrice ou non de l'existence d'un dommage. Autrement dit, pris dans leur ensemble, ces facteurs s'apparentent davantage à des *effets* qu'à des *causes*."

L'énoncé du dernier groupe de facteurs qui figurent à l'article 3.4, à savoir "les *effets* négatifs, effectifs et potentiels, *sur* le flux de liquidités, les stocks, ..." (par d'italique dans l'original) offre des éléments contextuels qui étayaient cette interprétation de l'expression "qui influent sur". Le renvoi à l'article 3.4 qui figure dans la première phrase de l'article 3.5 – "... les *effets* du dumping, tels qu'ils sont définis au[] paragraphe[] 4 [de l'article 3]" – fournit d'autres éléments contextuels qui étayaient cette interprétation.

Nous faisons observer par ailleurs que si la Turquie avait raison lorsqu'elle dit que l'article 3.4 exige une analyse exhaustive de la causalité, y compris en matière de non-imputation, cela rendrait effectivement superflu l'article 3.5, qui traite expressément de la causalité, y compris de la non-imputation. Pareil résultat ne serait pas conforme aux principes qui s'appliquent à l'interprétation du droit conventionnel international, ni la pratique constante de l'OMC en matière de règlement des différends." (Rapport du Groupe spécial *Égypte - Barres d'armature en acier*, paragraphes 7.62 à 7.64)

Dans le même esprit, voir le rapport du Groupe spécial *CE - Accessoires de tuyauterie*, paragraphes 7.335 et 7.344.

²⁶⁶ Détermination finale des CE, paragraphes 193 et 195.

²⁶⁷ Dans sa première communication écrite, la Corée a affirmé que les CE n'avaient pas examiné la production. Cet argument, toutefois, n'était pas repris dans ses communications ultérieures. En tout état de cause, même si la Corée avait maintenu son argument, nous l'aurions rejeté. Il est clair pour nous que les CE ont évalué le facteur "production", (en anglais "output"), ou ce que les CE désignent par le terme anglais "production". L'évaluation de ce facteur apparaît au paragraphe 126, et dans le tableau y relatif, de la détermination préliminaire. En outre, nous notons que, dans leur réponse à la question n° 87 du Groupe spécial, les CE ont confirmé que le chiffre de la "production" y figurant incluait la production pour le marché intérieur et pour les marchés d'exportation. (Voir aussi la réponse des CE à la question n° 42 du Groupe spécial)

branche de production nationale lorsqu'elles ont examiné la situation de la branche de production nationale.

ii) *Déclarations d'Infineon*

7.367 La Corée fait valoir que des déclarations contradictoires ont été faites par le Directeur général d'Infineon, l'un des deux producteurs communautaires qui ont coopéré à l'enquête, lors d'une conférence d'investisseurs en novembre 2002 et dans le document 2002 SEC Form 20-F d'Infineon. Ces déclarations contredisaient selon ce qui est allégué certaines des constatations de l'autorité chargée de l'enquête concernant la situation de la branche de production nationale.

7.368 Il n'est pas contesté par la Corée que l'autorité chargée de l'enquête a fait ses constatations sur la base de données obtenues de la branche de production nationale. La Corée ne conteste pas l'exactitude de ces données, qui comme indiqué dans les déterminations des CE ont été dûment vérifiées par l'autorité chargée de l'enquête, mais elle relève simplement certaines contradictions qui sont alléguées entre les déclarations faites par le Directeur général d'Infineon, l'un des deux producteurs nationaux, dans le contexte de l'enquête en matière de droits compensateurs et d'autres déclarations faites devant les milieux financiers sur des questions en relation avec certains des facteurs énumérés à l'article 15.4. Abstraction faite de la question du point de savoir si les déclarations étaient pertinentes ou non par rapport à la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, nous considérons qu'une distinction doit être faite entre des éléments de preuve positifs, d'une part, et des déclarations non vérifiées faites dans un contexte sans relation avec l'enquête, d'autre part.²⁶⁸ Nous rappelons que l'article 15.1 exige qu'une détermination de l'existence d'un dommage se fonde sur des éléments de preuve positifs, c'est-à-dire des éléments de preuve d'une nature affirmative, objective et vérifiable. La Corée n'a pas fait valoir que telles ou telles données rassemblées par les CE n'étaient pas crédibles ou pas objectives. Compte tenu du fait que l'exactitude des données sur lesquelles les CE se sont fondées pour établir leur détermination n'est pas contestée, nous ne voyons pas comment des déclarations faites par l'un des deux producteurs nationaux à l'intention des milieux financiers auraient dû être préférées à ces données objectives, vérifiables et vérifiées. Pour ces raisons, nous rejetons l'argument de la Corée.

iii) *Évaluation globale de la situation de la branche de production nationale*

7.369 La Corée affirme que les CE n'ont pas correctement évalué tous les facteurs de dommage examinés comme l'exige l'article 15.4 de l'*Accord SMC*. En particulier, la Corée fait valoir que les CE n'ont pas expliqué d'une manière adéquate pourquoi trois seulement des 13 facteurs examinés, c'est-à-dire le prix de vente moyen, le flux de liquidités et l'utilisation des capacités, devraient les obliger à conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important. Selon la Corée, cette lacune prouve qu'il n'y a pas eu d'examen objectif. Les CE affirment qu'elles ont fait leur évaluation sur la base d'une évaluation globale de tous les facteurs pertinents qui influent sur la situation de la branche de production, et elles font référence en particulier à trois facteurs négatifs ou partiellement négatifs additionnels (les pertes en 2001, l'ampleur du montant de la subvention et le volume des importations subventionnées).

7.370 Nous rappelons que l'article 15.4 énumère un certain nombre de facteurs qui doivent être examinés dans tous les cas aux fins de l'examen de l'incidence des importations subventionnées sur la situation de la branche de production nationale. Il souligne aussi qu'un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante. D'après la

²⁶⁸ Nous rappelons que l'article 12.5 exige que les autorités chargées de l'enquête s'assurent de l'exactitude des renseignements fournis par les parties intéressées. Nous considérons que cette disposition ne permet pas à ces autorités d'établir leurs déterminations sur la base de simples affirmations faites par les parties intéressées.

détermination finale, nous concluons que les CE ont en premier lieu examiné et évalué divers facteurs individuellement,²⁶⁹ avant de procéder à une évaluation globale de la situation de la branche de production sur la base des données rassemblées:

"(187) À la suite de la publication du règlement provisoire, Hynix et les pouvoirs publics coréens ont allégué que la plupart des indicateurs de préjudice montraient une amélioration de la situation de l'industrie [nationale]. Par conséquent, l'industrie [nationale] ne saurait avoir subi de préjudice important.

(188) Toutefois, aucun argument de nature à modifier les conclusions figurant aux considérants 139 à 141 du règlement provisoire n'a été présenté. Conformément aux dispositions de l'article 8, paragraphe 5 du règlement de base, ces conclusions ont été fondées sur une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de l'industrie [nationale]. Ces conclusions qui sont exposées en détail aux considérants 125 à 138 du règlement provisoire n'ont pas été remises en cause. Bien que la situation de l'industrie [nationale] se soit améliorée sous certains aspects pendant la période considérée en raison de la croissance du marché des DRAM, cette évolution positive a été plus que contrebalancée par le préjudice majeur causé par l'effondrement spectaculaire des prix de vente et les pertes considérables en résultant. Ces pertes ont eu une incidence négative sur le rendement des investissements et le flux des liquidités. En conséquence, compte tenu de tous ces facteurs, les conclusions figurant aux considérants 139 à 141 du règlement provisoire, selon lesquelles l'industrie [nationale] a subi un préjudice important au sens de l'article 8 du règlement de base, sont confirmées."

7.371 Les paragraphes 139 à 141 de la détermination préliminaire, qui sont incorporés par référence, se lisent comme suit:

"(139) Vu l'évolution technologique dans l'industrie des DRAM, la demande exprimée en Mbits a augmenté d'année en année à mesure que l'industrie utilisatrice a eu recours à des DRAM de plus haute densité pour améliorer les performances des systèmes. Cette progression de la demande en termes de Mbits explique pourquoi, pendant la période considérée, l'évolution de la consommation du produit concerné a influencé favorablement le volume des ventes et la part de marché de l'industrie [nationale]. La part de marché de l'industrie [nationale] a augmenté, mais cette hausse s'explique pour moitié par le fait qu'en 1998, un producteur communautaire a cessé d'importer des États-Unis d'Amérique pour produire dans la Communauté.

(140) De plus, la progression apparemment plus forte de la part de marché de l'industrie communautaire peut dans une certaine mesure s'expliquer par le fait que le volume des ventes exprimé en Mbits est le reflet de l'état de la technologie qui est généralement plus avancée dans l'industrie communautaire que chez les exportateurs coréens. En effet, l'industrie [nationale] a abandonné plus rapidement les DRAM de 64 Mbits au profit des DRAM de 128 Mbits qu'au moins un des producteurs coréens, ce qui a inévitablement provoqué un bond en avant des capacités et, par la suite, des ventes (mesurées en Mbits), puisque chaque unité produite et vendue a vu sa taille doubler en termes de Mbits.

(141) En revanche, les prix de vente de l'industrie [nationale] ont chuté spectaculairement entre 2000 et la période [couverte par l'enquête (-77%), chute qui

²⁶⁹ Paragraphes 187 et 188 de la détermination finale des CE incorporant par référence les paragraphes 125 à 141 de la détermination préliminaire.

a eu des conséquences immédiates et très graves pour cette industrie. Cet effondrement massif des prix pendant la période [couverte par l'enquête] a rapidement affecté les flux de liquidités, la rentabilité ainsi que le rendement des investissements de l'industrie [nationale] et, partant, son aptitude à mobiliser des capitaux. L'effet sur la rentabilité a été écrasant puisque, pendant la période [couverte par l'enquête], à chaque unité vendue correspondait une perte de 96% en moyenne. Bien que les investissements, la productivité et l'emploi aient augmenté en termes absolus sur la période considérée, ces indicateurs sont restés à un niveau nettement inférieur au niveau normal permettant à l'industrie [nationale] de rester compétitive, de maintenir des installations performantes, de continuer à consentir d'importants investissements en recherche et en développement et de rester à la pointe de l'évolution technologique."

7.372 Selon nous, les CE ont examiné et évalué tous les facteurs à la fois individuellement et dans un contexte global. Selon nous, elles n'ont pas examiné chaque facteur isolément, comme la Corée l'allègue. Tout en reconnaissant certaines évolutions positives, selon nous les CE ont expliqué d'une manière adéquate comment les faits étayaient la détermination faite. Nous considérons que les CE ont effectué une évaluation globale des données dans le contexte. Les CE ont reconnu, par exemple, que les investissements de la branche de production nationale ainsi que la productivité et l'emploi avaient augmenté en valeur absolue au cours de la période considérée, mais elles ont expliqué qu'elles considéraient que les niveaux étaient nettement inférieurs au niveau normal permettant à cette branche de production de rester compétitive, de maintenir des installations performantes, de continuer à consentir d'importants investissements en recherche-développement et de rester à la pointe de l'évolution technologique. Il est donc clair pour nous que l'évaluation de la situation de la branche de production nationale, et la conclusion selon laquelle elle subissait un dommage important, ne reposaient pas uniquement sur l'évolution négative des trois facteurs mentionnés par la Corée, mais tenaient compte d'autres facteurs tels que les effets *négatifs* sur le flux de liquidités, la rentabilité et le retour sur investissement et, par conséquent, la capacité de se procurer des capitaux.²⁷⁰ En bref, nous estimons que le dossier n'étaye pas l'allégation de la Corée selon laquelle les CE n'ont examiné les divers facteurs qu'isolément. Nous rejetons par conséquent l'allégation de la Corée à cet égard.²⁷¹

7.373 Compte tenu de ce qui précède, nous considérons que la Corée n'a pas démontré qu'une autorité chargée de l'enquête impartiale et objective, sur la base des renseignements dont disposaient les CE au moment de la détermination, n'aurait pas pu conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important. Pour les raisons précitées, nous rejetons l'allégation de la Corée.

d) Conclusion

7.374 En résumé, nous constatons que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'article 15.4 de l'*Accord SMC* en n'évaluant pas le facteur "salaires". Pour le reste, nous rejetons les arguments de

²⁷⁰ La différence entre l'analyse des CE et l'analyse de la Corée tient, apparemment, au fait que la Corée effectue une comparaison statique des points extrêmes, en comparant les données pour 1998 aux données pour 2001 (à l'exception du flux de liquidités, pour lequel l'autorité chargée de l'enquête avait seulement des données pour 2000 et 2001), tandis que les CE ont tenu compte des modifications des circonstances et des conditions auxquelles la branche de production des DRAM était confrontée au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. Nous considérons qu'une évaluation correcte de l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale est dynamique par nature et devrait tenir compte des changements survenus sur le marché qui déterminent la situation actuelle de la branche de production.

²⁷¹ Selon notre interprétation, la Corée fait valoir non pas qu'une autorité chargée de l'enquête raisonnable n'aurait pu arriver à la conclusion de l'existence d'un dommage important à laquelle les CE sont arrivées, mais simplement que les CE ont évalué ces facteurs isolément. Il n'est donc pas nécessaire que nous examinions plus en détail l'analyse globale faite par les CE.

la Corée selon lesquels l'évaluation par les CE de la situation de la branche de production nationale était incompatible avec l'article 15.4 de l'*Accord SMC*.

5. Allégation concernant la détermination de l'existence d'un lien de causalité faite par les CE

a) La Corée

7.375 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas respecté les deux obligations importantes énoncées à l'article 15.5 de l'*Accord SMC*. Premièrement, la Corée fait valoir que les CE n'ont pas établi l'existence d'un lien de causalité entre les importations visées par l'enquête et tout dommage important causé à la branche de production nationale. Deuxièmement, la Corée fait valoir que les CE ne se sont pas assurées que le dommage causé par d'autres facteurs n'était pas imputé aux importations visées par l'enquête.

i) *Détermination de l'existence d'un lien de causalité*

7.376 La Corée soutient que les Membres qui veulent imposer des droits compensateurs doivent démontrer, conformément à l'article 15.5, un "lien de causalité" explicite entre les importations subventionnées et tout dommage important causé à la branche de production nationale. La Corée fait valoir que les première et deuxième phrases de l'article 15.5 servent à faire le lien entre l'examen requis au titre de l'article 15.2 en ce qui concerne les tendances des importations, y compris les effets en termes de volume et sur les prix, et l'examen au titre de l'article 15.4 en ce qui concerne les indices de résultats de la branche de production nationale. Une corrélation devrait être établie entre les tendances des importations d'une part, et les résultats de la branche de production d'autre part, si l'on veut prouver l'existence d'un "lien de causalité". La Corée affirme que, même si la présence d'une corrélation n'est pas forcément déterminante parce qu'il peut y avoir d'autres facteurs significatifs qui causent un dommage important, l'absence de corrélation positive entre les importations subventionnées et le dommage important donne fortement à penser que les importations subventionnées ne sont pas la cause du dommage important.²⁷²

7.377 La Corée affirme que les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre les tendances des importations de produits Hynix et la part de marché de la branche de production nationale ou les résultats financiers de la branche de production nationale. Ainsi, en ce qui concerne les parts de marché, les données montrent qu'Hynix perdait de sa part de marché tandis que Micron et Infineon – les plaignants – gagnaient des parts de marché. En ce qui concerne la rentabilité, les données montrent qu'après l'année de prospérité qu'a été 2000, Micron et Infineon ont enregistré une augmentation de leurs pertes alors même qu'Hynix voyait sa part de marché s'éroder.

ii) *Non-imputation/examen de "tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées"*

7.378 La Corée soutient que pour se conformer à l'article 15.5, il est insuffisant d'établir l'existence d'une simple corrélation entre les importations subventionnées et le dommage. L'article 15.5 prescrit

²⁷² Pour étayer son interprétation, la Corée se réfère à la détermination de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, interprétant la prescription relative au lien de causalité au titre de l'article 4:2 b) de l'*Accord sur les sauvegardes*. La Corée se réfère aussi au rapport du Groupe spécial *Argentine – Chaussures (CE)*, qui dans une constatation confirmée par l'Organe d'appel déclarait ceci: "... [une] coïncidence [entre un accroissement des importations et une baisse des facteurs relatifs au dommage pertinents] ne peut pas en elle-même prouver l'existence d'un lien de causalité (...), mais son absence créerait de sérieux doutes quant à l'existence d'un lien de causalité, et exigerait une analyse très convaincante des raisons pour lesquelles un lien de causalité existe quand même." (italique dans l'original)

aussi à l'autorité chargée de l'enquête de ne pas imputer aux importations subventionnées tout dommage causé par d'autres facteurs. La Corée affirme que l'autorité chargée de l'enquête doit "dissocier" et "distinguer" les effets dommageables de facteurs autres que les importations subventionnées afin de s'assurer qu'ils ne sont pas imputés aux importations subventionnées.²⁷³ La Corée rappelle que l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* que l'autorité chargée de l'enquête devait aussi "établir explicitement, en fournissant une explication motivée et adéquate, que le dommage causé par des facteurs autres qu'un accroissement des importations n'est pas imputé à un accroissement des importations". En outre, comme pour toutes les dispositions de l'article 15, la Corée rappelle que l'analyse aux fins de la non-imputation doit aussi se fonder sur des éléments de preuve positifs et sur un examen objectif, comme exigé par l'article 15.1. La Corée considère que les CE ne se sont pas acquittées de cette obligation de non-imputation en ce qui concerne un certain nombre de facteurs dont les CE ont reconnu qu'ils contribuaient eux aussi au dommage dont l'existence a été constatée.

Traitement de la chute de la demande

7.379 La Corée affirme que les CE ont considéré à tort comme sans importance les effets de la chute sans précédent de la demande correspondante de matériel informatique et de matériel de télécommunications et le fait que 2001 a été la pire année depuis des décennies pour ces branches de production et pour la branche de production des DRAM.

7.380 La Corée affirme que la demande de DRAM est une demande dérivée; cela veut dire qu'elle repose uniquement sur la demande en aval de produits utilisant des DRAM, tels que les ordinateurs personnels et le matériel de télécommunications. Les facteurs qui influent sur la demande de ces produits d'aval influent donc sur la demande de DRAM. Pour étayer ses allégations, la Corée présente un tableau concernant la croissance de la demande de DRAM.²⁷⁴ Les données de ce tableau montrent que le taux de croissance de la consommation de DRAM en 2001 était en baisse par rapport à sa moyenne historique. Durant la période 1995-1999, le taux de croissance annuel moyen avait été de 80 pour cent. En 2001, cependant, ce taux était tombé brutalement à 49 pour cent seulement. La Corée explique que la raison primordiale de la chute de la croissance de la demande de DRAM était la chute sans précédent de la demande des principaux utilisateurs de DRAM. Les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient que 2001 était la *première année de l'histoire* où le niveau de la demande d'ordinateurs personnels était en fait négatif. La Corée affirme que la branche de production nationale a elle-même admis les effets délétères de l'affaiblissement de la demande sur ses opérations. Elle relève que les CE ont conclu, au paragraphe 193 de leur détermination finale, que "il se peut que le ralentissement général de l'activité économique observé sur le marché des ordinateurs portables et des télécommunications en 2001 ait exercé une certaine pression à la baisse sur les prix". Toutefois, la Corée affirme que les CE n'ont jamais expliqué en *quoi* consistait cette "pression à la baisse", ni *comment* cette "pression à la baisse" différait de l'incidence des importations subventionnées.

"Liquidation des stocks"

7.381 La Corée affirme que, sur le marché des DRAM, la faiblesse de la demande conduit à une "liquidation des stocks" qui a à son tour une incidence négative sur les prix du marché. Elle fait valoir que la position des CE selon laquelle rien ne permettait de supposer l'existence d'une "liquidation des stocks" – car aucune société ne constituerait des stocks quand les prix étaient élevés et n'écoulerait des

²⁷³ La Corée cite à l'appui diverses constatations faites par l'Organe d'appel lorsque celui-ci a examiné des allégations au titre des articles 4:2 b) et 3.5 de l'*Accord sur les sauvegardes* et de l'*Accord antidumping*, respectivement. (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, *États-Unis – Viande d'agneau*, *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* et *États-Unis – Acier laminé à chaud*, et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*).

²⁷⁴ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 235.

stocks quand les prix étaient bas – va complètement à l'encontre de la dynamique du marché des DRAM. La Corée affirme qu'il y avait dans le dossier de nombreux éléments de preuve concernant les effets d'une "liquidation des stocks" dont les CE n'ont pas tenu compte.

Modifications de la capacité relative

7.382 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas dûment tenu compte du rôle joué par les augmentations de capacité d'autres sociétés qu'Hynix. Elle affirme que les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'Hynix avait joué un rôle relativement mineur dans les augmentations de capacité survenues au cours de la période examinée, tandis que d'autres fournisseurs – notamment Micron, Infineon et Samsung – avaient déployé la plus grande énergie pour développer la production totale de DRAM. La Corée soutient que ces éléments de preuve n'ont pas été pris en compte par l'autorité chargée de l'enquête dans son analyse des autres facteurs connus qui ont influé sur la situation de la branche de production nationale au cours de la période examinée. Selon la Corée, ce manquement démontre que les CE ne se sont pas conformées aux prescriptions de l'article 15.5, à savoir que l'autorité chargée de l'enquête doit dissocier et distinguer le dommage causé par d'autres facteurs de façon à ne pas l'imputer aux importations subventionnées.

Volume des importations non subventionnées/importations de produits Samsung

7.383 La Corée affirme que les CE n'ont pas dûment tenu compte des effets défavorables de l'accroissement du volume des importations de produits en provenance d'autres fournisseurs. La Corée affirme que la part de marché d'Hynix a diminué alors que celle des autres importations a augmenté substantiellement et était plus importante que celle d'Hynix. La Corée a présenté un tableau compilant les renseignements sur les parts de marché fournis dans la demande d'Infineon qui, selon ce qu'elle affirme, démontre que la part de marché des importations non subventionnées était de 58 pour cent en 2001, contre une part de marché de 15 pour cent détenue par Hynix. La Corée affirme que les parts de marché relatives signifient que les autres importations avaient un effet concurrentiel trois fois supérieur au moins à celui des importations de produits Hynix.

7.384 La Corée fait valoir que ce tableau montrait aussi que les fournisseurs du Taipei chinois ont spectaculairement accru leur part du marché communautaire. Selon elle, il peut être logiquement supposé, pour un produit de base, que le moyen primordial permettant aux fournitures en provenance du Taipei chinois de réaliser de tels gains de part de marché consistait à offrir des prix inférieurs à ceux des concurrents. Nonobstant ces éléments de preuve, affirme la Corée, les CE n'ont procédé à aucune analyse des fournisseurs du Taipei chinois.

7.385 La Corée fait observer que la déclaration des CE selon laquelle les importations de produits Samsung ont également augmenté, mais à un rythme inférieur à celui des importations de produits Hynix, n'est pas étayée par les éléments de preuve. Selon elle, les données démontrent que Samsung a accru sa part de marché, alors qu'Hynix a perdu de sa part de marché. En fait, alors même qu'Hynix perdait 6,2 points de pourcentage de part de marché, Samsung gagnait 2 points de pourcentage de part de marché. En outre, la Corée affirme que la constatation des CE selon laquelle les prix de Samsung étaient en moyenne supérieurs à ceux d'Hynix n'est pas pertinente pour la question de l'incidence des autres importations sur les prix. Une analyse correcte aurait comparé les prix de Samsung à ceux des producteurs nationaux. Selon la Corée, il est tout à fait possible que les prix de Samsung aient été supérieurs aux prix d'Hynix *mais* inférieurs aux prix offerts par les producteurs nationaux. Dès lors, les prix de Samsung pourraient avoir déprimé les prix ou empêché des augmentations des prix. Et dans ce cas, étant donné que le volume de Samsung était considérablement supérieur à celui d'Hynix, les expéditions de produits Samsung pourraient fort bien avoir eu une incidence défavorable sur les prix beaucoup plus importante que celle des expéditions de produits Hynix.

b) Les CE

7.386 Les CE affirment que l'autorité chargée de l'enquête s'est pleinement conformée à l'article 15.5 de l'Accord SMC lorsqu'elle a établi l'existence d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage important causé à la branche de production nationale. Les CE font observer que l'autorité chargée de l'enquête a établi en premier lieu qu'il existait un lien de causalité entre la subvention octroyée par la Corée à Hynix et le dommage important causé à la branche de production nationale. Ensuite, l'autorité chargée de l'enquête a dissocié et distingué chacun des autres facteurs potentiels qui auraient pu contribuer à causer le dommage important subi par la branche de production nationale, et dans chaque cas elle a considéré que le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage important n'avait pas été rompu. L'autorité chargée de l'enquête a traité en détail tous les "autres facteurs connus", y compris ceux qui ont été soulevés par Hynix – c'est-à-dire le fléchissement économique général/cyclique au cours de la période couverte par l'enquête, les importations non visées et les augmentations de la capacité. L'autorité chargée de l'enquête a constaté que ces facteurs avaient peut-être causé un dommage, mais pas dans une mesure telle que le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé par celles-ci serait rompu.

i) *Détermination de l'existence d'un lien de causalité*

7.387 Les CE affirment que l'hypothèse des allégations de la Corée concernant l'analyse du lien de causalité faite par les CE est incorrecte, puisque l'autorité chargée de l'enquête a dûment établi – à partir d'une approche qui évaluait correctement et raisonnablement le rachat de LGS par Hynix en 1999 – que la part de marché d'Hynix avait augmenté au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. Les considérations de la Corée au sujet d'une analyse du lien de causalité, fondées sur l'addition des chiffres concernant les importations de produits LGS à ceux des produits Hynix, sont donc entièrement hypothétiques. En tout état de cause, les CE soutiennent que les "corrélations" qui existent selon ce qu'affirme la Corée (part de marché de la branche de production nationale *par rapport à* la part de marché d'Hynix et part de marché d'Hynix *par rapport à* la rentabilité d'Infineon) n'auraient aucune valeur particulière pour analyser le lien de causalité, puisque l'autorité chargée de l'enquête doit "examiner l'ensemble de la situation". La part de marché ou le volume des importations subventionnées ne constituent qu'un élément de la situation globale. Les CE concluent que les graphiques de la Corée sont trompeurs et que leur approche unidimensionnelle ne permet pas d'établir une incompatibilité quelconque avec l'Accord SMC.

7.388 Les CE rejettent l'argument de la Corée fondé sur l'importance à accorder à la corrélation entre les effets en termes de volume et les effets sur les prix d'une part, et les facteurs de dommage, d'autre part. Les CE considèrent que l'argument de la Corée est fondé sur un certain nombre de rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le contexte des sauvegardes, dans lequel l'accroissement des importations joue un rôle entièrement différent en tant que condition pour l'imposition d'une mesure. Les CE font observer que dans le contexte des droits compensateurs, les effets des importations en termes de volume et sur les prix sont simplement des facteurs à examiner et à prendre en compte pour procéder à une évaluation globale de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité. En tout état de cause, les CE font observer qu'au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, les importations de produits Hynix ont augmenté de 155 pour cent en quantité absolue, même s'il on accepte, pour les besoins de l'argumentation, l'argument de la Corée en ce qui concerne le traitement de la fusion entre HEI et LGS en 1999.

ii) *Non-imputation/examen de "tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées"*

7.389 Les CE affirment que l'autorité chargée de l'enquête a dûment dissocié et distingué les autres facteurs pertinents qui influaient sur la branche de production nationale au même moment que les

importations visées et qu'elle s'est ainsi assurée que le dommage causé par ces autres facteurs n'était pas imputé aux importations subventionnées, comme exigé par l'article 15.5 de l'Accord SMC.

Traitement de la chute de la demande

7.390 Les CE font valoir que l'autorité chargée de l'enquête a reconnu la possibilité d'une certaine pression à la baisse sur les prix en 2001 due au fléchissement économique général du marché des ordinateurs personnels et de celui des télécommunications. L'incidence a été jugée limitée, toutefois, en comparaison avec l'incidence des importations subventionnées. En outre, les CE affirment que même si la croissance du marché a ralenti, elle est restée d'environ 59 pour cent mesurée en Mbits. L'autorité chargée de l'enquête a constaté que l'incidence des conditions économiques sur les prix, et donc sur la situation de la branche de production nationale en 2001, était modeste en comparaison avec la baisse importante et soudaine des prix déclenchée par la réaction du marché aux milliards de dollars de soutien accordés à Hynix la même année.

"Liquidation des stocks"

7.391 Les CE soutiennent que l'autorité chargée de l'enquête a constaté que cet argument n'était étayé par aucun élément de preuve factuel et qu'en tout état de cause, il était réfuté par le témoignage de distributeurs.

Modifications de la capacité relative

7.392 Les CE affirment en premier lieu que la référence faite par la Corée aux augmentations relatives n'est pas pertinente pour la question de savoir qui a causé la surcapacité. La surcapacité concerne la relation entre capacité totale et consommation totale. À ce propos, les CE font observer que la capacité de la branche de production nationale ne couvrait même pas la consommation communautaire au cours de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage alors que la production d'Hynix représente 17 pour cent de la production mondiale et que sa capacité était supérieure à la fois à l'utilisation des capacités de la branche de production nationale et à la consommation globale des CE. Comme la capacité de la branche de production nationale était insuffisante pour satisfaire la consommation intérieure, il est clair qu'aucun dommage auto-infligé dû à la surcapacité ne peut être imputé à la branche de production nationale, comme Hynix l'avait allégué au moment de l'enquête. Les CE affirment que l'autorité chargée de l'enquête a reconnu qu'il existait une surcapacité structurelle au niveau mondial tout au long de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, mais qu'elle a aussi déterminé que la surcapacité était due pour une part substantielle aux subventions octroyées par la Corée à Hynix. En ce qui concerne l'incidence de la surcapacité sur les prix, les CE reconnaissent que les conditions de la capacité au niveau mondial influent sur la fixation des prix des DRAM. Toutefois, les CE font observer que la capacité mondiale était excédentaire par rapport à la demande à différents moments, et pas simplement pendant la période considérée. Les baisses de prix sans précédent en 2001 ne peuvent pas, par conséquent, être expliquées simplement par la surcapacité.

Volume des importations non subventionnées/importations de produits Samsung

7.393 Les CE expliquent que l'autorité a examiné séparément le volume des importations de produits Samsung et le volume des importations de produits de toutes autres sources. En ce qui concerne ces dernières, selon les CE, l'enquête a montré que les importations de produits Hynix avaient augmenté chaque année (de 361 pour cent globalement) de 1998 à 2001 (et de 24 pour cent entre 2000 et 2001) et que la part de marché des importations de produits Hynix en 2001 était supérieure de 20 pour cent à celle de 1998. En revanche, les importations de DRAM en provenance d'autres pays ont baissé de 4,2 pour cent entre 2000 et 2001; et leur part du marché communautaire est tombée de 41 pour cent à 20 pour cent entre 1998 et 2001, et de 31,4 pour cent en 2000 à 20 pour

cent en 2001. Compte tenu de ces tendances, les CE concluent que tout dommage causé par les importations non visées ne pouvait pas être – et n'a pas été – imputé aux importations de produits Hynix.

7.394 Les CE soutiennent que l'enquête a montré que les importations de produits Samsung, bien que significatives, ont augmenté à un rythme inférieur à celui des importations de produits Hynix, et à un rythme plus lent que celui de l'accroissement de la consommation intérieure. En outre, il a été constaté que les prix de Samsung étaient supérieurs en moyenne à ceux d'Hynix. En conséquence, l'autorité chargée de l'enquête a conclu que même si les importations de produits Samsung avaient peut-être causé un certain dommage à la branche de production nationale, cet effet n'était pas assez important pour rompre le lien de causalité entre les importations subventionnées de produits Hynix et le dommage important subi par la branche de production nationale.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.395 La Corée allègue que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les paragraphes 1 et 5 de l'article 15 de l'*Accord SMC* en concluant que les importations de produits Hynix causaient un dommage important à la branche de production nationale. Elle fait valoir que les CE n'ont pas montré qu'il existait un lien de causalité entre les importations subventionnées et l'éventuel dommage important subi par la branche de production nationale, et que les CE n'ont pas dissocié et distingué comme il convenait les effets dommageables de certains autres facteurs des effets dommageables des importations subventionnées.

7.396 L'article 15.5 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit²⁷⁵:

Il devra être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage au sens du présent accord. La démonstration d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale se fondera sur l'examen de tous les éléments de preuve pertinents dont disposent les autorités. Celles-ci examineront aussi tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, et les dommages causés par ces autres facteurs ne devront pas être imputés aux importations subventionnées. (note de bas de page omise)

7.397 L'article 15.5 impose deux obligations fondamentales aux autorités chargées de l'enquête. Premièrement, il prescrit de démontrer que les importations subventionnées causent, par les effets des subventions indiqués à l'article 15.2 et 15.4, un dommage au sens de l'*Accord SMC*. La démonstration doit être fondée sur l'examen de tous les éléments de preuve pertinents dont dispose l'autorité. Deuxièmement, il leur fait obligation d'examiner tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, et prescrit que les dommages causés par ces autres facteurs ne soient pas imputés aux importations subventionnées. Nous examinerons plus en détail chacune de ces obligations en examinant les allégations et les arguments de la Corée.

²⁷⁵ L'article 15.1 est déjà cité au paragraphe 7.271, *supra*. Nous rappelons que l'Organe d'appel a constaté, en matière d'antidumping, que l'article 3.1 de l'*Accord antidumping* énonce une obligation générale s'étendant à la totalité de l'article 3, disposition parallèle à l'article 15 de l'*Accord SMC*. Pour notre analyse de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, nous sommes donc partis de l'idée que l'analyse de la causalité ne peut, à notre sens, être compatible avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC* que si elle comporte un examen objectif fondé sur des éléments de preuve positifs.

i) *Question de savoir si les CE ont correctement démontré l'existence d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage*

7.398 La Corée fait valoir que les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'il n'y avait ni corrélation ni coïncidence entre l'évolution des importations de produits Hynix et la part de marché ou les résultats financiers de la branche de production nationale. La Corée s'appuie sur la constatation ci-après, faite par le Groupe spécial et confirmée par l'Organe d'appel, dans l'affaire *Argentine – Chaussures (CE)*: "(...) [une] coïncidence [entre un accroissement des importations et une baisse des facteurs pertinents relatifs au dommage] ne peut pas en elle-même *prouver* l'existence d'un lien de causalité (...), mais son absence créerait de sérieux doutes quant à l'existence d'un lien de causalité, et exigerait une analyse *très* convaincante des raisons pour lesquelles un lien de causalité existe quand même."²⁷⁶ (italique dans l'original) Les CE affirment que si la Corée suppose que la part de marché d'Hynix dans les CE diminue, c'est parce qu'elle part du principe que l'autorité chargée de l'enquête a eu tort de ne pas ajouter le volume des importations de produits LGS à celles d'Hynix. Selon les CE, cet argument devrait être rejeté. En outre, les CE font valoir que l'autorité chargée de l'enquête doit considérer "le tableau d'ensemble", comprenant l'accroissement du volume absolu des seules importations de produits Hynix, plutôt que les corrélations ponctuelles proposées par la Corée.

7.399 Nous notons que l'affaire *Argentine – Chaussures (CE)* concernait la règle de la causalité prévue à l'article 4:2 b) de l'*Accord sur les sauvegardes*. Les parties ont présenté des arguments additionnels concernant la pertinence, dans le contexte de différends portant sur des droits compensateurs, des constatations formulées par divers groupes spéciaux et par l'Organe d'appel dans des affaires portant sur les sauvegardes, mais nous n'estimons pas nécessaire de résoudre cette question.²⁷⁷ En effet, en tout état de cause, la Corée n'a pas établi qu'il y avait absence de coïncidence entre le volume absolu des importations et le dommage causé à la branche de production nationale, quoi que l'on puisse dire du volume et de la part de marché relatifs.

7.400 La Corée fait valoir qu'il n'y avait pas de corrélation entre l'augmentation de la part de marché des importations subventionnées et la diminution de la part de marché et de la rentabilité des producteurs nationaux. Elle affirme que la part de marché des importations subventionnées diminuait

²⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphes 144 et 145, citant le rapport du Groupe spécial *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 8.238.

²⁷⁷ Nous notons que, si la constatation de l'existence d'un accroissement des importations est une condition nécessaire pour imposer une mesure de sauvegarde, il semble que ce ne soit pas le cas dans les enquêtes en matière de mesures compensatoires puisque l'article 15.2 de l'*Accord SMC* dispose qu'"[u]n seul ni même plusieurs de ces facteurs [effet en termes de volume et effet sur les prix] ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante". Cette disposition laisse penser qu'une mesure compensatoire peut être imposée même en l'absence d'une augmentation notable du volume des importations subventionnées, à condition qu'existent les effets requis sur les prix. Cela semble être l'interprétation de l'Organe d'appel, dans le contexte antidumping. (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 111, note 114.) Nous partageons l'avis exprimé par le Groupe spécial dans la contestation parallèle des mesures compensatoires imposées par les États-Unis sur les DRAM en provenance de Corée (DS296), avis selon lequel puisqu'il n'est pas nécessaire de démontrer qu'il existe un certain degré d'accroissement des importations dans tous les cas, il s'ensuit qu'il n'y a pas d'obligation généralisée d'établir une corrélation temporelle entre l'accroissement des importations et le dommage dans le contexte d'une enquête sur des mesures compensatoires. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Droit compensateur sur les DRAM*, paragraphe 7.320, note 283.) Cette interprétation semble être compatible avec le texte cité sur la "base de jugement déterminante". L'absence de corrélation temporelle est certainement un signal dissuasif, mais elle n'empêche pas absolument de constater l'existence d'un dommage.

en même temps que 1) la part de marché de la branche de production nationale augmentait et que 2) la rentabilité d'Infineon diminuait.²⁷⁸

7.401 Nous notons que, dans ses tableaux montrant les corrélations entre la part de marché d'Hynix et celle des producteurs des CE, d'une part, et entre la part de marché d'Hynix et la rentabilité d'Infineon d'autre part²⁷⁹, la Corée a utilisé des renseignements provenant de la demande plutôt que ceux sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête dans ses déterminations.²⁸⁰ À notre avis, les corrélations auraient pu être établies sur la base des données dont l'autorité chargée de l'enquête avait déterminé qu'elles étaient exactes pour les besoins de sa détermination finale. Ces données étaient à la disposition de la Corée, au moins sous la forme d'indices. Pour cette seule raison, nous estimons que nous pourrions rejeter l'argument de la Corée. Cependant, même si, pour les besoins de l'argumentation, la Corée avait utilisé les données provenant de la détermination finale des CE, ou, d'ailleurs, celles de la demande, nous l'aurions aussi rejeté parce que ces données ne feraient apparaître une diminution de la part de marché d'Hynix que si les données relatives à LGS étaient combinées à celles d'Hynix/HEI avant leur fusion. Nous avons examiné cet argument plus haut, à la section VII.C.2 c), et l'avons rejeté, dans le contexte de l'allégation au titre de l'article 15.2, pour les raisons exposées aux paragraphes 7.299 à 7.305. Supposons néanmoins, pour les besoins de l'argumentation, que la Corée ait raison d'affirmer que les données relatives aux importations de produits LGS auraient dû être combinées à celles relatives aux importations de produits Hynix aux fins de "[démontrer]", conformément à l'article 15.5, "que les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage au sens du présent accord". Au paragraphe 7.303, *supra*, nous avons décrit un cas de figure dans lequel une fausse association peut être créée entre l'augmentation des importations de produits d'une société résultant d'une fusion – par rapport aux importations d'avant la fusion de produits du partenaire survivant – et les subventions attribuées exclusivement au partenaire survivant de la fusion. Telle n'est toutefois pas la situation de la fusion entre LGS et HEI, pour la simple raison que les importations combinées de produits LGS et HEI/Hynix, avant et après la fusion, ont augmenté en volume absolu pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. L'argument de la Corée ne pourrait prévaloir que si nous étions persuadés qu'il ne faut pas tenir compte des augmentations en volume absolu dans le contexte des DRAM. Pour les raisons exposées plus haut au paragraphe 7.328, nous acceptons l'argument des CE selon lequel les augmentations en volume absolu pouvaient, à elles seules, entraîner une sous-cotation des prix. Nous sommes donc d'avis qu'il faut rejeter les arguments de la Corée, interprétés sous le jour le plus favorable.

7.402 Indépendamment de l'argument que nous venons de rejeter, la Corée n'a pas indiqué comment, devant les faits de la cause tels que les a analysés l'autorité chargée de l'enquête, il convenait de constater que la détermination des CE concluant que les importations subventionnées causaient, par les effets des subventions, un dommage à la branche de production nationale de DRAM, était incompatible avec l'article 15.5.

7.403 Nous rejetons donc l'allégation selon laquelle les CE n'ont pas dûment démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations subventionnées et le dommage subi par la branche de production nationale.

²⁷⁸ Cette assertion reflète l'évolution de la part de marché et de la rentabilité entre 2000 et 2001, et non pendant la totalité de la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, qui, rappelons-le, va de janvier 1998 à décembre 2001.

²⁷⁹ Première communication écrite de la Corée, tableaux des paragraphes 214 et 217.

²⁸⁰ *Id.*, paragraphe 214, note 178 concernant l'évolution de la part de marché de la branche de production nationale par rapport à celle d'Hynix, et paragraphe 216, note 179 (page 17 de la **pièce n° 31-b) de la Corée**) concernant la part de marché d'Hynix par rapport à la rentabilité d'Infineon.

ii) *Question de savoir si l'analyse de la causalité faite par les CE satisfait à la prescription relative à la non-imputation*

7.404 La deuxième partie de l'allégation de la Corée pose la question de savoir si l'analyse du lien de causalité faite par les CE satisfait 1) à l'obligation de non-imputation énoncée à l'article 15.5 de l'*Accord SMC* et 2) au principe général énoncé à l'article 15.1, à savoir qu'une détermination en vertu de l'article 15 doit être fondée sur un examen objectif d'éléments de preuve positifs. Nous rappelons que l'article 15.5 de l'*Accord SMC* prescrit que l'autorité chargée de l'enquête veille à ce que le dommage causé par les facteurs connus autres que les importations subventionnées qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, ne soit pas imputé aux importations subventionnées. Nous notons qu'une obligation parallèle figurant dans l'*Accord antidumping* a été interprétée par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel comme prescrivant à l'autorité chargée de l'enquête de dissocier et distinguer le dommage causé par ces autres facteurs connus.²⁸¹ Compte tenu de ce que la formulation et le rôle de la prescription relative à la

²⁸¹ Dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*, l'Organe d'appel a résumé son interprétation de la prescription de non-imputation de la manière suivante:

"[L'article 3.5] oblige les autorités chargées de l'enquête, dans leurs déterminations de l'existence d'un lien de causalité, à ne pas imputer aux importations faisant l'objet d'un dumping les effets dommageables des autres facteurs causals, afin de s'assurer que les importations faisant l'objet d'un dumping, en fait, "causent un dommage" à la branche de production nationale. Dans l'affaire *États Unis – Acier laminé à chaud*, nous avons décrit l'obligation de non-imputation de la façon suivante:

... Pour qu'en appliquant l'article 3.5, les autorités chargées de l'enquête puissent faire en sorte que les effets dommageables des autres facteurs connus ne soient pas "imputés" aux importations faisant l'objet d'un dumping, elles doivent évaluer de manière adéquate les effets dommageables de ces autres facteurs. Logiquement, pour faire une telle évaluation, il faut *dissocier et distinguer les effets dommageables des autres facteurs et les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping*. Si les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping ne sont pas correctement dissociés et distingués des effets dommageables des autres facteurs, les autorités ne seront pas en mesure de conclure que le dommage qu'elles attribuent aux importations faisant l'objet d'un dumping est effectivement causé par ces importations, plutôt que par les autres facteurs. Ainsi, sans cette dissociation et cette distinction des différents effets dommageables, les autorités chargées de l'enquête n'auraient aucune base rationnelle leur permettant de conclure que les importations faisant l'objet d'un dumping causent bel et bien le dommage qui, en vertu de l'*Accord antidumping*, justifie l'imposition de droits antidumping. (pas d'italique dans l'original)

...

... [P]our se conformer au libellé de [l'article 3.5] concernant la non-imputation, les autorités chargées de l'enquête doivent procéder à une évaluation appropriée du dommage causé à la branche de production nationale par les autres facteurs connus, et elles doivent dissocier et distinguer les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping et les effets dommageables de ces autres facteurs. *Cela exige une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables des autres facteurs, par opposition aux effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping.* (pas d'italique dans l'original)

La non-imputation exige donc que les effets des autres facteurs causals soient dissociés et distingués de ceux des importations faisant l'objet d'un dumping afin que les dommages

non-imputation sont identiques dans l'*Accord SMC*, nous sommes d'avis que l'article 15.5 contient une obligation analogue de dissocier et distinguer le dommage causé par les facteurs autres que les importations subventionnées. Nous notons que les parties sont en accord sur le point de la règle de droit applicable, mais que leurs avis divergent sur la question de savoir si les CE ont respecté cette règle dans leur enquête sur les DRAM.

7.405 Il est clair que l'article 15.5 n'impose aucune méthode particulière pour la conduite de l'analyse du lien de causalité qui y est prescrite, pour autant que l'autorité chargée de l'enquête n'impute pas les dommages dus à d'autres facteurs causals aux importations subventionnées. L'Organe d'appel n'a pas donné d'indications quant à la manière dont l'autorité chargée de l'enquête devrait examiner les autres facteurs connus afin de s'assurer qu'elle satisfait à la prescription de non-imputation. À notre avis, il ne suffit pas qu'elle se contente de "mettre une croix dans la case correspondante". Elle doit aller plus loin que la simple énumération des autres facteurs connus, suivie du rejet de leur rôle avec des assertions qualitatives sans autres précisions telles que "ce facteur n'a pas contribué d'une manière notable au dommage", ou "ce facteur n'a pas rompu le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage important". À notre avis, l'autorité chargée de l'enquête doit faire l'effort de quantifier l'incidence des autres facteurs connus par rapport aux importations subventionnées, de préférence en utilisant des constructions ou des modèles économiques élémentaires. Le libellé de l'article 15.5 concernant la non-imputation oblige à tout le moins les autorités chargées de l'enquête à donner une explication satisfaisante de la nature *et de l'importance* des effets dommageables des autres facteurs, par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées.²⁸²

7.406 Dans leur détermination, les CE ont relevé certains facteurs autres que les importations subventionnées qui pouvaient causer un dommage à la branche de production nationale, parmi lesquels: le fléchissement général de l'activité économique pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage; les importations du produit concerné en provenance d'autres pays que la Corée; l'activité exportatrice de la branche de production nationale; la surcapacité; les stocks et les importations de produits Samsung. Pour chacun de ces facteurs, les CE ont procédé à un examen séparé et ont fait les constatations suivantes: "il se peut que ce ralentissement ait exercé une certaine pression à la baisse sur les prix, mais, vu la hausse de la consommation, cet effet a certainement été

causés par les importations faisant l'objet d'un dumping et ceux qui sont causés par les autres facteurs ne soient pas "amalgamés" et "impossibles à distinguer".

Nous avons cependant souligné dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* que l'*Accord antidumping* ne prescrivait pas la méthode par laquelle l'autorité chargée de l'enquête devait éviter d'imputer les dommages causés par les autres facteurs causals aux importations faisant l'objet d'un dumping:

Nous soulignons que les méthodes et approches particulières par lesquelles les Membres de l'OMC choisissent de mener à bien le processus consistant à dissocier et distinguer les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping et les effets dommageables des autres facteurs causals connus ne sont pas prescrites par l'*Accord antidumping*. Ce que l'Accord exige, c'est simplement que les obligations énoncées à l'article 3.5 soient respectées lorsqu'une détermination de l'existence d'un dommage est établie.

Ainsi, à condition qu'une autorité chargée de l'enquête n'impute pas les dommages causés par les autres facteurs causals aux importations faisant l'objet d'un dumping, elle est libre de choisir la méthode qu'elle utilisera pour examiner le "lien de causalité" entre les importations faisant l'objet d'un dumping et le dommage." (notes de bas de page omises) (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphes 188 et 189)

²⁸² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 226.

limité"²⁸³; "les importations en provenance de pays autres que la Corée n'ont pas contribué de manière significative au préjudice subi par l'industrie [nationale]"²⁸⁴; "le volume des exportations étant inférieur au volume des ventes dans la Communauté pendant la période d'enquête, le préjudice subi par l'industrie [nationale] ne peut pas être attribué à ses exportations"²⁸⁵; et "même si les importations de Samsung ont pu causer un certain préjudice à l'industrie communautaire, ce facteur n'est pas suffisant pour briser le lien de causalité entre les importations faisant l'objet de subventions d'Hynix et le préjudice important subi par l'industrie communautaire".²⁸⁶ Les CE ont, en outre, rejeté les arguments de la Corée disant que "l'industrie [nationale] était elle-même responsable de l'éventuel préjudice subi pendant la période d'enquête en raison des investissements réalisés pendant la période considérée"²⁸⁷ et que "la baisse des prix des DRAM pendant la période d'enquête s'expliquait aussi par une importante liquidation des stocks".²⁸⁸

7.407 Après avoir considéré séparément chacun des facteurs mentionnés ci-dessus, les CE sont arrivées, dans leur détermination finale, à la conclusion générale suivante:

"(202) Il se peut que des facteurs autres que les importations faisant l'objet de subventions originaires de Corée, tels que d'autres importations, le ralentissement général de l'activité économique, les exportations de l'industrie communautaire et les capacités excédentaires existant auparavant sur le marché, aient contribué au préjudice subi par l'industrie [nationale] pendant la période d'enquête. Néanmoins, leur effet préjudiciable, tant individuel que collectif, a été jugé d'une certaine importance, mais insuffisant pour remettre en cause le préjudice important imputable aux importations faisant l'objet de subventions.

(...)

(205) ... Compte tenu de l'analyse qui a clairement distingué et séparé les effets de tous les facteurs connus sur la situation de l'industrie [nationale] des effets préjudiciables des importations faisant l'objet de subventions, il est conclu que ces autres facteurs ne sont pas de nature à briser le lien de causalité entre les subventions et le préjudice. Il est donc conclu que ces importations ont causé à l'industrie [nationale] un préjudice important au sens de l'article 8, paragraphe 6, du règlement de base."

7.408 En somme, l'effet dommageable des facteurs autres que les importations subventionnées qui ont été examinés individuellement et collectivement a été jugé d'une certaine importance, mais insuffisant pour remettre en cause le dommage important imputable aux importations subventionnées. En d'autres termes, les CE ont conclu que ces autres facteurs n'étaient pas de nature à rompre le lien de causalité entre le subventionnement et le dommage, mais elles n'ont pas présenté d'analyse qualitative approfondie de la nature et de l'importance de ces effets. Elles n'ont pas non plus fourni une quelconque analyse quantitative de l'importance relative des importations subventionnées et des autres facteurs.

7.409 La Corée fait valoir que les CE ne se sont pas conformées à leur obligation de dissocier et distinguer le dommage causé par certains autres facteurs afin de ne pas imputer ce dommage aux

²⁸³ Détermination finale des CE, paragraphe 193, lu en conjonction avec la détermination préliminaire, paragraphe 150.

²⁸⁴ *Id.*, paragraphe 194, lu en conjonction avec la détermination préliminaire, paragraphe 151.

²⁸⁵ *Id.*, paragraphe 195, lu en conjonction avec la détermination préliminaire, paragraphe 152.

²⁸⁶ Détermination finale des CE, paragraphe 200.

²⁸⁷ *Id.*, paragraphes 196 et 197.

²⁸⁸ *Id.*, paragraphes 198 et 199.

importations subventionnées. Elle fait aussi valoir que les CE se sont limitées à énoncer des conclusions dans leur détermination. Elle affirme que l'on ne trouve dans cette détermination, à son avis, ni raisonnement, ni base factuelle étayant un raisonnement.

7.410 Compte tenu de ce qui précède, nous examinerons si les CE ont dûment dissocié et distingué les effets dommageables de chacun de ces autres facteurs du dommage causé par les importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées.

Fléchissement de l'activité économique sur le marché

7.411 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas examiné et distingué comme il convient le dommage causé par le fléchissement de l'activité économique sur le marché et la baisse de la demande.

7.412 Dans leur détermination finale, les CE ont traité de la manière suivante la baisse de la demande comme un facteur de causalité:

"(193) Hynix et les pouvoirs publics coréens ont fait valoir que la Commission n'avait pas tenu compte de l'incidence du caractère cyclique du marché des DRAM. Ils ont ajouté que la demande mondiale de DRAM n'avait augmenté que de 59 % en 2001 alors que le taux d'accroissement annuel moyen était de 75 %. Il convient de noter que ces taux d'accroissement allégués au niveau mondial sont très subjectifs et contredisent d'autres informations figurant dans le dossier. Comme indiqué au considérant 150 du règlement provisoire, il se peut que le ralentissement général de l'activité économique observé sur les marchés des ordinateurs portables et des télécommunications en 2001 ait exercé une certaine pression à la baisse sur les prix. Toutefois, il s'est avéré que la consommation de DRAM dans la Communauté a poursuivi sa tendance à la hausse tout au long de la période considérée. Au cours de la période d'enquête, la hausse de la consommation, exprimée en Mbits, découle essentiellement de l'introduction de Microsoft XP qui exige une densité nettement plus haute que les systèmes antérieurs et de la progression des ventes de produits de mise à jour due aux prix peu élevés. En fait, la consommation dans la Communauté, exprimée en Mbits, a augmenté quasi au même rythme entre 1999 et 2000, considérée comme une bonne année (57 %) qu'entre 2000 et 2001 (période d'enquête), considérée comme une mauvaise année (51 %). Il est donc conclu que si ce ralentissement a exercé une certaine pression à la baisse sur les prix, on peut estimer, vu la hausse de la consommation, que cet effet a certainement été limité."

7.413 En somme, les CE ont reconnu que le fléchissement général de l'activité économique en 2001 sur le marché des ordinateurs et celui des télécommunications avait pu faire baisser les prix.²⁸⁹ Malgré cela, elles ont conclu, en se fondant sur leur analyse de l'évolution de la consommation en mégabits dans les CE entre 1999 et 2001, que le fléchissement général de l'activité économique sur le marché des PC et celui des télécommunications en 2001 pouvait avoir fait baisser les prix mais que l'on pouvait supposer que, la consommation augmentant, l'effet dommageable de ce fléchissement n'était pas substantiel. En guise de conclusion, les CE indiquent qu'il se pourrait que le fléchissement économique ait contribué au dommage subi par la branche de production nationale pendant la période couverte par l'enquête du fait de son incidence sur les prix.²⁹⁰ Le dossier est dépourvu d'une analyse quantitative, même élémentaire, de l'importance du fléchissement économique ainsi que d'une analyse qualitative approfondie de la nature et de l'importance de ce facteur.

²⁸⁹ Les CE n'indiquent pas sur quelle base est fondée cette conclusion dans leur détermination.

²⁹⁰ Nous rappelons que l'évolution des prix constitue l'un des principaux facteurs sur lesquels les CE ont fondé leur constatation de l'existence d'un dommage important. Le rôle central de l'évolution des prix de vente ressort, entre autres, des paragraphes 188, 192 et 205 de la détermination finale des CE.

7.414 La question dont nous sommes saisis est de savoir si les effets de ce facteur ont été dissociés et distingués de manière que les dommages causés par les importations subventionnées et ceux qui sont causés par le fléchissement économique n'aient pas été amalgamés et rendus impossibles à distinguer. À notre avis, une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables du facteur "baisse de la demande", par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées, est requise. Nous notons qu'après avoir admis que le fléchissement économique pouvait avoir contribué au dommage subi par la branche de production nationale, les CE passent à l'examen de l'évolution de la consommation dans les CE. Cette évolution peut certes être un facteur pertinent qu'il convient de prendre en considération, mais nous ne voyons pas dans quelle mesure l'analyse de la consommation intérieure faite par les CE suffit à dissocier et distinguer les effets dommageables du fléchissement économique, dont elles ont admis l'existence, des effets dommageables des importations subventionnées. Les CE ont admis que le fléchissement du marché avait un effet négatif sur les prix, mais elles n'ont pas examiné quelle était l'importance de cet effet. Comme nous ne trouvons ni dans leur détermination finale, ni ailleurs dans le dossier dont nous disposons, une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables du fléchissement économique par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées, nous concluons que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'obligation leur incombant en vertu de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* de ne pas imputer aux importations subventionnées le dommage causé par d'autres facteurs.

Liquidation des stocks

7.415 En ce qui concerne la liquidation des stocks alléguée, dont la Corée fait valoir qu'elle accompagne toujours une baisse de la demande sur le marché des DRAM, les constatations pertinentes des CE figurent aux paragraphes 198 et 199 de leur détermination finale:

"À la suite de l'institution des mesures provisoires, Hynix a également fait valoir que la baisse des prix des DRAM pendant la période d'enquête s'expliquait aussi par une importante liquidation des stocks. Il a été allégué que pendant l'année "presque record" 2000, lorsque les prix des DRAM ont fortement augmenté, de nombreux clients (dont les distributeurs) ont constitué des stocks de DRAM par crainte de pénuries. Pendant la période d'enquête, lorsqu'il est apparu clairement que l'effondrement des marchés des ordinateurs portables et des télécommunications allait provoquer une chute de la demande, ces stocks ont été rapidement liquidés, ce qui a encore aggravé la tendance à la baisse des prix.

Tout d'abord, cet argument n'est pas étayé par des éléments de preuve. Ensuite, il repose sur un postulat erroné: pendant la période d'enquête, la consommation des DRAM a continué d'augmenter dans la Communauté. Enfin, il n'est pas plausible: aucune société n'accumule des stocks lorsque les prix sont élevés, surtout lorsqu'il s'agit d'un produit tel que les DRAM ayant un court cycle de vie. Au contraire, il se peut que des stocks soient constitués lorsque les prix sont bas. À cet égard, il convient de rappeler que les stocks de l'industrie [nationale], exprimés en pourcentage de la production en Mbits, ont baissé pendant la "bonne" année 2000 de même que pendant la "mauvaise" période d'enquête. Ceci a été confirmé par le seul distributeur ayant coopéré, qui a déclaré ce qui suit dans sa réponse au questionnaire: "À l'heure actuelle, les fabricants optent pour les commandes juste-à-temps." Le même distributeur a déclaré lors d'une audition que les stocks de DRAM étaient renouvelés quatre fois par mois. Par conséquent, aucun lien ne peut être établi à cet égard entre les stocks et les prix et cet argument est donc rejeté."

7.416 Les paragraphes ci-dessus montrent clairement que les CE ont suivi cette question avec les parties intéressées et que les éléments de preuve obtenus dans le courant de l'enquête auprès du seul

distributeur qui ait coopéré ne confortent pas l'affirmation d'Hynix selon laquelle il y a eu une importante liquidation de stocks en 2001. La Corée affirme "qu'il y avait un nombre considérable d'éléments de preuve dans le dossier que les CE ont refusé de traiter" et qui montraient qu'il y avait eu une "importante liquidation de stocks".²⁹¹ Nous avons examiné les documents évoqués par la Corée, qui contiennent des déclarations faisant référence à une "liquidation de stocks".²⁹² Ces déclarations n'étaient cependant pas étayées par des faits et, puisque la Corée n'a pas indiqué d'autre élément de preuve à l'appui versé au dossier, nous sommes d'avis qu'il était raisonnable que l'autorité chargée de l'enquête conclue, en se fondant sur les éléments de preuve communiqués par le seul distributeur ayant coopéré, qu'il n'y avait aucun fondement factuel à l'appui de l'argument de la Corée selon lequel la liquidation de stocks avait contribué au dommage subi par la branche de production nationale.

7.417 Compte tenu de ce qui précède, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel les CE n'ont pas tenu compte de la liquidation de stocks dans leur analyse des autres facteurs influant sur la branche de production nationale.

Surcapacité

7.418 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas tenu compte comme il convient du dommage causé par l'excès de capacité. On trouve, aux paragraphes 196 et 197 de la détermination finale des CE, l'analyse ci-après de la surcapacité comme cause possible de dommage:

"À la suite de l'institution des mesures provisoires, Hynix et les pouvoirs publics coréens ont fait valoir que l'industrie [nationale] était elle-même responsable de l'éventuel préjudice subi pendant la période d'enquête en raison des investissements réalisés pendant la période considérée. Ils ont ajouté que ces investissements ont largement contribué à créer des capacités excédentaires pendant la période d'enquête.

Comme indiqué au considérant 153 du règlement provisoire, le marché mondial des DRAM souffrait toujours pendant la période d'enquête de l'excédent structurel de capacités découlant de la conviction, répandue à la fin des années 90, que le marché poursuivait son expansion rapide. Il peut être considéré que cette surcapacité explique en partie la gravité du revirement conjoncturel que cette industrie connaît à l'heure actuelle. Toutefois, il convient de noter que les capacités de l'industrie [nationale], exprimées en Mbits, n'ont pas augmenté au même rythme que la consommation dans la Communauté pendant la période d'enquête. En outre, il est généralement reconnu que l'industrie des DRAM doit constamment consentir d'importants investissements, notamment en recherche et en développement, pour rester à la pointe de l'évolution technologique. Les investissements de l'industrie [nationale] au cours de la période considérée peuvent donc être considérés comme raisonnables et ont été consentis pour maintenir sa compétitivité sur un marché à la hausse. À cet égard, il y a lieu d'observer que les deux producteurs coréens ont réalisé d'importants investissements au cours de la période considérée. En fait, sur le plan mondial, les investissements de l'industrie [nationale] ont correspondu à moins de la moitié des investissements des deux producteurs coréens pendant cette période. Il est donc raisonnable de penser que les éventuelles capacités excédentaires ne sont pas le fait de la seule industrie communautaire. Au contraire, c'est l'industrie coréenne qui a essentiellement contribué à la surcapacité au niveau mondial. Il est également raisonnable de penser que si les pouvoirs publics coréens n'avaient pas

²⁹¹ Réponse de la Corée à la question n° 89 du Groupe spécial, paragraphe 56 et note 23.

²⁹² Nous avons examiné les documents visés à la note 23 relative au paragraphe 56 de la réponse de la Corée à la question n° 89 du Groupe spécial.

accordé de subventions, la surcapacité, qu'elle soit communautaire ou mondiale, n'aurait pas été aussi importante."²⁹³

7.419 Nous trouvons aussi pertinente la constatation figurant au paragraphe 204 de la détermination finale des CE, à savoir:

"Pour ce qui est des capacités excédentaires, cette situation perdurait au niveau mondial depuis un certain nombre d'années, dont la période considérée. Elles ne peuvent donc pas être considérées comme la seule cause principale du brusque effondrement des prix qui a entraîné le préjudice subi par l'industrie [nationale]. En outre, les importations faisant l'objet de subventions sont elles-mêmes essentiellement à l'origine de l'offre excédentaire."

7.420 En somme, les CE ont examiné le facteur "surcapacité", tant dans leur détermination préliminaire que dans leur détermination finale, et ont admis, en examinant le marché des CE et le marché international, qu'il existait effectivement une surcapacité. Elles ont déterminé qu'"[il] [pouvait] être considéré que cette surcapacité expliqu[ait] en partie la gravité du revirement conjoncturel que cette industrie connai[ssait] à l'heure actuelle". De ces propos, entre autres, nous déduisons que les CE ont considéré que la surcapacité avait causé un dommage à la branche de production nationale. La question dont nous sommes saisis est encore de savoir si les effets de ce facteur ont été dissociés et distingués de manière que les dommages causés par les importations subventionnées et ceux causés par la "surcapacité" ne soient pas amalgamés et rendus impossibles à distinguer. Nous rappelons qu'il est nécessaire de donner une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables du facteur "surcapacité" par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées. Là encore, pourtant, le dossier est dépourvu de la plus élémentaire analyse quantitative et d'une analyse qualitative plus approfondie de la nature et de l'importance du dommage causé par ce facteur.

7.421 Nous avons examiné soigneusement les déterminations des CE et n'avons pas pu y trouver la moindre indication que l'autorité chargée de l'enquête avait dissocié et distingué les effets dommageables de la surcapacité des effets dommageables des importations subventionnées, sans parler d'une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables du facteur "surcapacité" par opposition à ceux des importations subventionnées. Après avoir admis l'existence d'une surcapacité, les CE examinent, au paragraphe 197 de leur analyse, les décisions d'investissement de la branche de production nationale, et déterminent ensuite qui a été à l'origine de la surcapacité à l'échelle mondiale. À notre avis, dire qui est responsable de la surcapacité ne répond pas à la question de savoir quel effet ce facteur a pu avoir sur la baisse des prix, ni quel rôle il a pu

²⁹³ Les CE nous renvoient aussi à la constatation figurant au paragraphe 153 de leur détermination préliminaire, libellée comme suit:

"Le marché mondial des DRAM souffre toujours de l'excédent structurel de capacités découlant de la conviction, répandue à la fin des années 90, que le marché poursuivait son expansion rapide. Il peut être considéré que cette surcapacité explique en partie la gravité du revirement conjoncturel que cette industrie connaît à l'heure actuelle. Il est raisonnable de penser que, comme tout ralentissement de l'activité, celui-ci a exercé une pression à la baisse sur les prix. Néanmoins, il est tout aussi raisonnable de penser que si les pouvoirs publics coréens n'avaient pas accordé de subventions, la surcapacité, qu'elle soit communautaire ou mondiale, n'aurait pas été aussi importante. Il y a lieu de préciser que, pendant la période d'enquête, Hynix était, par ordre décroissant d'importance, le troisième producteur mondial de DRAM (représentant quelque 17 pour cent de la production mondiale) après Samsung et Micron. En outre, toute la période considérée a été marquée, quoique à des degrés variables, par l'existence d'une surcapacité, mais ce n'est que pendant la période d'enquête que les prix ont connu un brusque effondrement. Il est donc considéré que l'excédent de capacités n'a pas contribué de manière significative au préjudice."

jouer en tant que cause du dommage dont l'existence a été constatée. Cette analyse pourrait certes être pertinente en ce qui concerne un aspect de l'argument, celui de savoir si les producteurs nationaux eux-mêmes sont responsables de la situation dommageable de la branche de production nationale en raison de décisions erronées en matière de capacité, mais elle ne règle pas le problème, crucial, de dissocier et distinguer les effets de ce facteur, indépendamment de savoir à qui revient la faute de la surcapacité. Nous ne trouvons donc aucune indication de ce que les effets de ce facteur ont été dissociés et distingués des effets dommageables des importations subventionnées.

7.422 Pour les raisons qui précèdent, nous concluons que les CE n'ont pas donné une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables de la surcapacité en tant que facteur causant un dommage. Nous concluons donc que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'obligation leur incombant en vertu de l'article 15.5 de l'Accord SMC de ne pas imputer aux importations subventionnées le dommage causé par d'autres facteurs.

Autres importations (non subventionnées)

7.423 La Corée fait valoir que les CE n'ont pas dûment dissocié et distingué les effets dommageables des importations en provenance d'autres fournisseurs, qu'il s'agisse d'importations non subventionnées en provenance de Corée ou d'importations en provenance d'autres sources, notamment du Taipei chinois. Au paragraphe 194 de leur détermination finale, les CE analysent les effets des DRAM importés de pays autres que la Corée de la façon suivante:

"À la suite de l'institution des mesures provisoires, aucune observation n'a été formulée concernant d'autres importations. Cependant, Hynix a réagi aux conclusions finales communiquées en faisant valoir que les données figurant dans la plainte montrent que les importations en provenance de pays autres que la Corée (principalement Taiwan) et celles de Samsung ont augmenté davantage que les importations d'Hynix, notamment entre 2000 et la période d'enquête, ce qui prouverait que le préjudice subi par l'industrie [nationale] ne peut pas avoir été causé par ses importations. En ce qui concerne les importations de Samsung, il y a lieu de se référer au considérant 200. Quant aux importations en provenance d'autres pays (notamment Taiwan), l'enquête a montré qu'exprimées en Mbits, elles ont baissé de 4,2 % entre 2000 et la période d'enquête. En fait, leur part de marché est tombée de 31,4 % en 2000 à 20 % pendant la période d'enquête. Au cours de la même période, les importations faisant l'objet de subventions d'Hynix ont, exprimées en Mbits, progressé de 24 %. En conséquence, l'argument est considéré comme non fondé et les conclusions figurant au considérant 151 du règlement provisoire, selon lesquelles les importations en provenance de pays autres que la Corée n'ont pas contribué de manière significative au préjudice subi par l'industrie [nationale], sont confirmées."²⁹⁴

²⁹⁴ Le paragraphe 151 de la détermination préliminaire, incorporé par référence au paragraphe 194 de la détermination finale, est rédigé de la façon suivante:

"Les importations du produit concerné en provenance d'autres pays (tels que les États-Unis, le Japon et Taiwan) ont vu leur part de marché chuter et passer de 41 à 20 % sur la période considérée. Ce tassement est dû au fait que certains producteurs ont cessé leurs activités. La part de marché perdue par les pays tiers a été dans une large mesure récupérée par l'industrie [nationale] quoique, comme indiqué plus haut, la progression de la part de marché de cette industrie est quelque peu gonflée en raison du choix du Mbit comme unité de mesure et du virage plus rapide vers une technologie plus avancée effectué par l'industrie [nationale]. Aucun élément ne laisse à penser que les importations en provenance de pays autres que la Corée ont contribué de manière significative au préjudice subi par l'industrie [nationale]."

7.424 Nous commençons notre examen en nous penchant sur l'observation formulée par la Corée concernant l'évolution des parts de marché et l'effet allégué de la concurrence des autres importations. La Corée et les CE semblent s'accorder à reconnaître que l'analyse pertinente, aux fins de dissocier et distinguer les autres importations, devrait être conduite en termes de parts de marché (ou, ce qui revient au même, en termes d'augmentation absolue exprimée en mégabits importés d'un fournisseur étranger par rapport à un autre fournisseur étranger ou par rapport à la consommation intérieure). Cela étant entendu, la question de savoir si les importations de produits LGS sont ajoutées ou non aux importations de produits Hynix pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage revêt une importance capitale. Lorsque les importations des deux fournisseurs sont additionnées, la part de marché des importations de produits Hynix diminue. Dans le cas contraire, elle augmente. Ainsi, la Corée affirme que "la part de marché des importations non subventionnées représentait 58 pour cent en 2001, contre 15 pour cent pour Hynix". La détermination finale des CE, au contraire, fait état d'une diminution de la part de marché revenant aux importations en provenance de pays autres que la Corée, passée de 31,4 pour cent en 2000 à 20 pour cent pendant la période couverte par l'enquête.²⁹⁵

7.425 Au sujet de l'argument de la Corée selon lequel la part de marché d'Hynix avait diminué, nous rappelons que nous avons rejeté cet argument pour les raisons exposées aux paragraphes 7.299 à 7.305, *supra*. Si, pour les besoins de l'argumentation, nous admettons l'argument de la Corée concernant les importations de produits LGS, cela conforterait la conclusion à laquelle nous arrivons plus loin, au paragraphe 7.436, concernant l'incompatibilité de l'analyse des CE avec l'obligation leur incombant en vertu de l'article 15.5. En outre, nous notons qu'il y a un décalage important entre les données relatives aux importations en provenance d'autres fournisseurs communiquées par les CE et celles qui le sont par la Corée. Il semble y avoir deux raisons à cela. La première est que l'argument de la Corée est fondé sur les données contenues dans la demande, alors que les conclusions des CE sont fondées sur des données vérifiées recueillies auprès des parties pendant l'enquête. Puisque rien n'indique que les données rapportées dans la détermination finale des CE soient inexactes²⁹⁶, et puisque ce sont les données sur lesquelles l'autorité chargée de l'enquête a fondé sa détermination, nous devons nous appuyer, pour notre examen, sur les données figurant dans la détermination des CE plutôt que sur celles qui proviennent de la demande. La seconde raison est que la Corée semble inclure dans ses données relatives à la "part de marché des importations non visées" les importations de produits Samsung, deuxième producteur et exportateur coréen. Nous notons que les CE ont décidé d'examiner séparément l'effet dommageable des importations de produits Samsung et les importations en provenance de pays autres que la Corée. En ce qui concerne le traitement des importations de produits Samsung, nous constatons que ces importations ont été examinées et dûment analysées par les CE en tant que facteur séparé.

7.426 Dans leurs déterminations, les CE ont examiné conjointement l'incidence des importations en provenance du Japon, du Taipei chinois et des États-Unis. La Corée fait valoir que les importations en provenance du Taipei chinois auraient dû être examinées séparément. Cet argument de la Corée est fondé sur l'"hypothèse logique (...) selon laquelle, s'agissant d'un produit de base, le moyen essentiel grâce auquel les fournisseurs du Taipei chinois ont pu gagner autant de parts de marché a consisté à offrir des produits à des prix inférieurs à ceux de leurs concurrents." Nous notons que l'article 15.5 de l'Accord SMC dispose que les importations non subventionnées peuvent être examinées en tant que facteur de causalité, mais qu'il ne prescrit pas d'examiner les importations non subventionnées par pays. Il ne nous paraît donc pas déraisonnable que l'autorité chargée de l'enquête ait traité les importations en provenance du Taipei chinois en combinaison avec celles des autres pays.

7.427 Les CE ont déterminé que la part de marché des importations en provenance de tous les pays autres que la Corée était à peu près la même, en 2001, que celle d'Hynix (environ 20 pour cent). La

²⁹⁵ Détermination finale des CE, paragraphe 194.

²⁹⁶ À notre connaissance, la Corée n'a pas contesté l'exactitude de ces renseignements.

Corée ne conteste pas cette constatation. S'appuyant sur la similitude des parts de marché, les CE ont conclu que "les importations en provenance de pays autres que la Corée n'ont pas contribué de manière significative au préjudice subi par l'industrie [nationale]". À notre avis, cette conclusion assertive, sans être appuyée sur une analyse quantitative ou sur une analyse qualitative approfondie, ne suffit pas à dissocier et distinguer le dommage susceptible d'avoir été causé par les importations de produits Hynix. En fait, une analyse simpliste pourrait faire dire que, si les importations en provenance de deux sources représentent à peu près la même proportion des importations totales, elles sont responsables au même degré du dommage subi par la branche de production nationale. L'analyse des CE ne fait rien pour réfuter cette analyse simpliste.

7.428 En ce qui concerne les importations de produits Samsung, les CE ont exposé, au paragraphe 200 de leur détermination finale, ce qui suit:

"Pendant la période considérée, les importations de Samsung ont aussi augmenté mais moins que celles d'Hynix et, en tout état de cause, plus lentement que la consommation communautaire. Il s'est également avéré que pendant la période d'enquête, les prix de Samsung ont en moyenne été supérieurs à ceux d'Hynix. En outre, les prix de Samsung ont baissé moins que ceux d'Hynix au cours de la période considérée. Il a donc été conclu que même si les importations de Samsung ont pu causer un certain préjudice à l'industrie communautaire, ce facteur n'est pas suffisant pour briser le lien de causalité entre les importations faisant l'objet de subventions d'Hynix et le préjudice important subi par l'industrie communautaire."

7.429 Tout en reconnaissant que les importations de produits Samsung peuvent avoir causé un certain dommage à la branche de production nationale, les CE ont conclu que celui-ci n'était pas suffisant pour rompre le lien de causalité. Elles sont arrivées à cette conclusion en examinant l'évolution 1) du volume des importations de produits Samsung par rapport à celui des importations de produits Hynix, et 2) des prix des produits Samsung par rapport à ceux d'Hynix.

7.430 La Corée affirme que la constatation des CE selon laquelle les importations de produits Samsung ont aussi augmenté, mais moins rapidement que celles de produits Hynix, n'est pas étayée par les éléments de preuve dont disposaient les CE. L'argument de la Corée est fondé sur l'évolution des parts de marché, plutôt que sur celle des importations en termes absolus, et part, ici encore, du principe que les données relatives au volume des importations de produits LGS devraient être combinées avec celles des produits Hynix. Or, nous rappelons que nous avons conclu que les CE n'étaient pas tenues, pour leur évaluation de l'évolution du volume des importations en application de l'article 15.2, de combiner les importations de produits LGS et Hynix. Par ailleurs, nous rappelons que nous avons conclu que, conformément à l'article 15.5, les CE pouvaient procéder à leur analyse de la causalité sur la base d'un accroissement du volume absolu. La Corée n'a pas réfuté la possibilité, prévue à l'article 15.5, d'effectuer l'analyse de la causalité uniquement sur la base d'une augmentation du volume absolu des importations de produits Hynix. Cependant, pour l'analyse aux fins de la non-imputation, les CE comme la Corée argumentent en termes de part de marché (ou, ce qui revient au même, en termes d'augmentation absolue exprimée en mégabits provenant d'un fournisseur étranger par rapport à un autre fournisseur étranger ou par rapport à la consommation intérieure), ce qui nous paraît être la meilleure manière de procéder pour s'assurer de la non-imputation. Cela dit, l'analyse aux fins de la non-imputation requiert plus qu'une simple comparaison des niveaux ou des variations des parts de marché.

7.431 Les données ci-après, qui concernent l'évolution des importations de produits Samsung et de produits Hynix, sont extraites de la détermination finale:

	1998	1999	2000	2001
Importations:				
Samsung	100	110	181	414
Hynix	100	194	372	461
Parts de marché:				
Samsung	100	63	65	100
Hynix	100	111	136	120
Consommation:	100	175	276	416

Source: Détermination finale des CE, paragraphes 172, 177 et 185.

7.432 Nous notons que les chiffres correspondant aux importations (en valeur absolue) et aux parts de marché sont présentés sous forme d'indices pour préserver la confidentialité. Les deux séries de chiffres, calculés sur la base des données communiquées par les exportateurs dans l'enquête en question et non contestés par la Corée, montrent que le volume des importations et la part de marché d'Hynix ont augmenté plus rapidement que ceux de Samsung pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. Ainsi, les importations de produits Samsung ont augmenté de 314 pour cent, et celles de produits Hynix de 361 pour cent (compte non tenu des importations de produits LGS en 1998 et 1999). En termes de part de marché, la part de Samsung est restée stable pendant la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, tandis que celle d'Hynix a progressé de 20 points de pourcentage. Les importations de produits Samsung, exprimées en valeur indiciaire, ont aussi augmenté moins rapidement que la consommation intérieure. Par conséquent, les constatations des CE concluant que "les importations de Samsung ont aussi augmenté mais moins que celles d'Hynix et, en tout état de cause, plus lentement que la consommation communautaire" sont étayées par les éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête.²⁹⁷ Toutefois, comme nous l'avons déjà dit, l'analyse aux fins de la non-imputation doit aller au-delà d'une simple comparaison des variations des parts de marché. Il ne suffit pas de dire que les importations de produits Samsung ont augmenté plus lentement que celles de produits Hynix; par conséquent, les importations de produits Samsung ne rompent pas le lien de causalité entre les importations de produits Hynix et le dommage important.

7.433 Indépendamment de la question des parts de marché, la Corée affirme en outre que les CE n'ont pas procédé à une évaluation correcte car elles auraient dû comparer les prix de Samsung à ceux des producteurs nationaux plutôt qu'à ceux d'Hynix.

7.434 Le dossier ne révèle aucune analyse faite par les CE de l'incidence des prix des produits Samsung sur les prix pratiqués par les producteurs nationaux. Nous notons qu'après avoir comparé le comportement de Samsung et celui d'Hynix en matière de prix et d'importations, les CE ont immédiatement tiré la conclusion que, bien que les importations de produits Samsung aient pu causer un certain dommage à la branche de production nationale, celui-ci n'était pas suffisant pour briser le lien de causalité. Toutefois, il n'y a rien dans la détermination des CE qui nous indique qu'elles ont évalué et déterminé l'importance du dommage causé, selon les allégations, par les importations de produits Samsung. Ici encore, il manque, dans leur raisonnement, une analyse qualitative approfondie ou même une évaluation quantitative rudimentaire. Il ne suffit pas de dire que, parce que la part de marché des importations de produits de la société A a augmenté moins que celle de la société B, le dommage susceptible d'avoir été causé par les importations de la société A peut être négligé. Or, la détermination finale contient simplement une phrase admettant, sans plus de précision, que les importations de produits Samsung peuvent avoir causé un dommage. Cela ne constitue pas, à notre avis, une explication suffisante de la nature et de l'importance des effets dommageables des autres facteurs par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées.

²⁹⁷ Les chiffres réels concernant les exportations de produits Samsung n'ont pas été communiqués au Groupe spécial. La Corée n'a communiqué que des données concernant Hynix et LGS, mais pas de données vérifiées concernant Samsung.

7.435 Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les CE n'ont pas donné une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des effets dommageables des importations non subventionnées en provenance d'autres pays ou des importations de produits Samsung par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées. Nous constatons donc que le traitement appliqué aux importations par les CE était incompatible avec l'obligation qui leur incombe en vertu de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* de ne pas imputer aux importations subventionnées les dommages dus à d'autres facteurs.²⁹⁸

d) Conclusion

7.436 En somme, nous concluons que les CE ont agi d'une manière incompatible avec l'obligation qui leur incombe en vertu de l'article 15.5 de ne pas imputer aux importations subventionnées les dommages causés par le fléchissement de l'activité économique sur le marché, la surcapacité et les autres importations non subventionnées. Pour le reste, nous rejetons les arguments et les allégations de la Corée au titre de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* en ce qui concerne l'analyse du lien de causalité.

7.437 Notre détermination n'exclut nullement que les CE aient pu conclure à juste titre, sur la base des faits communiqués par les parties au sujet des "facteurs connus" mentionnés plus haut, qu'il existait un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage important subi par la branche de production nationale, après s'être assurées que le dommage causé par d'autres facteurs n'était pas imputé aux importations subventionnées. Les CE doivent cependant faire une évaluation appropriée du dommage causé à la branche de production nationale par les autres facteurs connus, et elles doivent dissocier et distinguer les effets dommageables des importations subventionnées des effets dommageables de ces autres facteurs. Cela requiert de donner, de préférence avec une analyse quantitative, une explication satisfaisante de la nature et de l'importance des autres facteurs par opposition aux effets dommageables des importations subventionnées.

D. AUTRES ALLÉGATIONS

1. Allégation concernant l'obligation de donner avis au public d'une manière adéquate

a) La Corée

7.438 La Corée fait valoir que, dans leur détermination finale, les CE n'ont pas donné, comme le requiert l'article 22:3 de l'*Accord SMC*, suffisamment de détails sur les questions concernant les effets en termes de volume et les effets sur les prix des importations subventionnées, ni sur l'existence d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale.²⁹⁹

b) Les CE

7.439 Les CE affirment qu'il n'est pas obligatoire de faire apparaître dans les avis publiés la totalité des renseignements et des données présents dans le dossier d'une procédure en matière de subventions. Dans l'affaire en cause, les CE soulignent que les avis publiés présentaient les faits d'une manière très détaillée, et donnaient une analyse détaillée des déterminations relatives à la subvention et au dommage. Elles font valoir que la question essentielle est de savoir si la Corée et Hynix étaient ou non en mesure de comprendre les déterminations faites par l'autorité chargée de l'enquête et de

²⁹⁸ Par cette conclusion, nous ne voulons pas dire que les CE devraient adopter une quelconque méthode particulière pour réaliser l'évaluation des effets dommageables des importations de produits Samsung.

²⁹⁹ À l'appui de son affirmation, la Corée se réfère aux constatations des groupes spéciaux dans les affaires *Mexique – Sirop de glucose* et *CE – Accessoires de tuyauterie*.

présenter leurs arguments en conséquence. De l'avis des CE, cela ressort clairement de la première communication écrite de la Corée.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.440 Nous notons que l'allégation de la Corée au titre de l'article 22.3 dépend de ses allégations relevant de l'article 15.1, 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC*. Ainsi, dans la mesure où nous avons rejeté ces allégations, et en l'absence d'autres arguments indépendants présentés par la Corée, nous considérons que ses allégations relatives à l'obligation procédurale de donner des explications suffisantes conformément à l'article 22.3 de l'*Accord SMC* sont aussi sans fondement. En ce qui concerne les allégations de fond qui ont été confirmées, nous estimons que le fait de nous prononcer sur les allégations procédurales de la Corée au titre de l'article 22.3 concernant les mêmes aspects de la détermination des CE n'ajouterait rien à notre constatation. Puisque la détermination finale des CE est incompatible avec les paragraphes 4 et 5 de l'article 15 en ce qui concerne une partie de leur analyse relative à l'existence d'un dommage et de leur analyse aux fins de la non-imputation³⁰⁰, respectivement, le caractère adéquat de l'avis donné au public en ce qui concerne les parties correspondantes de leur détermination finale est sans importance. Nous nous abstenons donc de nous prononcer sur l'allégation de la Corée au titre de l'article 22.3 de l'*Accord SMC*.

2. Allégation concernant les articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC*

a) La Corée

7.441 La Corée fait valoir que les CE ont enfreint les dispositions des articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC* parce que l'ordonnance en matière de droits compensateurs imposés par les CE contre les DRAM en provenance de Corée n'était pas conforme aux dispositions pertinentes de l'*Accord SMC* ni aux dispositions pertinentes du *GATT de 1994*.

b) Les CE

7.442 Les CE sont d'avis que, puisque la détermination était entièrement compatible avec les obligations énoncées dans l'*Accord SMC*, l'allégation corollaire de la Corée au titre des articles 10 et 32 doit également être considérée sans fondement.

c) Analyse par le Groupe spécial

7.443 À la lumière de la constatation formulée plus haut concernant l'incompatibilité de la détermination de l'existence d'une subvention avec l'article premier de l'*Accord SMC*, et en l'absence d'une argumentation indépendante présentée à cet égard par la Corée, nous n'estimons pas nécessaire, pour résoudre le présent différend, de traiter cette allégation de la Corée concernant l'incompatibilité avec les articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC*.

³⁰⁰ La détermination de l'existence d'un dommage est considérée incompatible parce que les CE n'ont pas évalué l'un des facteurs énumérés à l'article 15.4, "salaires", comme nous l'avons déterminé plus haut au paragraphe 7.374 du présent rapport. Pour ce qui est de la détermination concernant la non-imputation, nous rappelons que les CE n'ont pas dissocié et distingué d'une manière correcte et adéquate les effets dommageables de certains facteurs autres que les importations subventionnées des effets causés par ces importations. On trouvera cette détermination plus haut, au paragraphe 7.436.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1 À la lumière des constatations que nous avons formulées plus haut au sujet de la mesure compensatoire définitive imposée par les CE sur les importations de DRAM en provenance de Corée, nous considérons que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les obligations leur incombant dans le cadre de l'OMC en vertu de:

- a) l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*, en déterminant que le Programme de restructuration de mai 2001 constituait une contribution financière des pouvoirs publics;
- b) l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*, dans leur détermination de l'existence d'un avantage dans le cas du prêt syndiqué;
- c) l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC* en appliquant, aux fins du calcul du montant de l'avantage, leur méthodologie relative au don à tous les programmes dont elles ont constaté qu'ils constituaient une subvention;
- d) l'article 15.4 de l'*Accord SMC* du fait qu'elles n'ont pas évalué le facteur "salaires" en tant que facteur pertinent influant sur la situation de la branche de production nationale;
- e) l'article 15.5 de l'*Accord SMC* en ne s'assurant pas que le dommage causé par certains autres facteurs (en particulier la baisse de la demande, la surcapacité et les autres importations (non subventionnées)) n'était pas imputé aux importations subventionnées.

8.2 Pour les raisons exposées dans les constatations qui précèdent, nous rejetons les allégations de la Corée selon lesquelles les CE ont enfreint:

- a) l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas démontré l'existence d'une contribution financière en ce qui concerne le prêt syndiqué, la garantie de la KEIC, le Programme d'obligations de la KDB et le Programme de restructuration d'octobre 2001;
- b) l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas démontré qu'un avantage était conféré à la société interrogée, Hynix par la garantie de la KEIC, le Programme d'obligations de la KDB et les Programmes de restructuration de mai 2001 et d'octobre 2001, compte tenu des points de repère du marché existant parmi les créanciers d'Hynix, au nombre desquels une banque étrangère opérant sur le marché coréen;
- c) les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC* parce qu'elles ont fait une constatation erronée de spécificité *de facto*, particulièrement en ce qui concerne le Programme d'obligations de la KDB;
- d) les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas tenu compte du fait que de nombreuses sociétés coréennes faisaient l'objet d'une restructuration de la dette analogue à celle que connaissait Hynix dans le cadre des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, et qu'elles n'ont donc pas établi que les subventions alléguées étaient spécifiques en se fondant sur des éléments de preuve positifs;

- e) l'article 15.2 de l'*Accord SMC* parce que, dans leurs déterminations, elles ont évalué incorrectement le caractère notable des effets des importations de produits Hynix en termes de volume;
- f) l'article 15.2 de l'*Accord SMC* parce que, dans leurs déterminations, elles ont évalué incorrectement le caractère notable des effets des importations de produits Hynix sur les prix;
- g) l'article 15.4 de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas examiné tous les facteurs pertinents concernant la situation générale de la branche de production nationale, dans la mesure où l'allégation de la Corée ne se rapporte pas au facteur "salaires";
- h) l'article 15.5 de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations de produits Hynix et le dommage, mais nous acceptons l'allégation de la Corée concernant l'aspect de l'analyse du lien de causalité relatif à la non-imputation, comme il est dit plus haut;
- i) l'article 12.7 de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas justifié l'application des "données de fait disponibles" en ce qui concerne leur enquête sur l'existence de subventions.

8.3 Étant arrivés aux conclusions exposées plus haut³⁰¹, nous appliquons le principe d'économie jurisprudentielle et ne nous prononçons pas sur les allégations de la Corée selon lesquelles les CE ont agi d'une manière incompatible avec:

- a) l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et l'article VI:3 du *GATT de 1994* en percevant des droits compensateurs dépassant le montant autorisé par ces dispositions;
- b) l'article 15.1 de l'*Accord SMC* parce que leurs déterminations de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve positifs et sur une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées;
- c) l'article 22.3 de l'*Accord SMC* parce qu'elles n'ont pas exposé d'une manière suffisamment détaillée, dans leur détermination finale, leurs constatations et conclusions concernant tous les points de fait et de droit importants; et
- d) les articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, l'ordonnance des CE imposant un droit compensateur définitif sur les DRAM en provenance de Corée n'était conforme ni aux dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*, ni aux dispositions pertinentes du *GATT de 1994*.

8.4 Selon l'article 3:8 du *Mémoire d'accord*, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages découlant de cet accord. En conséquence, nous concluons que, dans la mesure où les CE ont agi d'une manière incompatible avec les dispositions de l'*Accord SMC*, elles ont annulé ou compromis des avantages découlant pour la Corée de cet accord.

³⁰¹ Pour faciliter la compréhension des choses, les conclusions du Groupe spécial concernant la détermination de l'existence d'une subvention et d'un dommage faite par les CE sont résumées sous forme de tableaux figurant respectivement dans les annexes F-2 et F-3.

8.5 Nous notons que la Corée demande au Groupe spécial de recommander aux CE d'abroger immédiatement leur ordonnance en matière de droits compensateurs.³⁰² L'article 19:1 du *Mémorandum d'accord* dispose explicitement, en ce qui concerne les recommandations qu'un groupe spécial est amené à formuler dans le cas où il détermine qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, que le groupe spécial:

recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord. (notes de bas de page omises)

L'article 19:1 dispose ensuite que:

Outre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces recommandations.

8.6 Nous considérons par conséquent que le libellé de l'article 19:1 du *Mémorandum d'accord* nous permet de faire des suggestions concernant la mise en œuvre de la recommandation de mise en conformité de la mesure avec l'*Accord SMC*. Nous avons constaté l'existence de divers manquements aux obligations incombant aux CE en vertu de l'*Accord SMC*, qui peuvent nécessiter des réponses différentes pour que les CE mettent la mesure concernée en conformité avec leurs obligations au titre de cet accord. À notre avis, c'est aux CE qu'il appartient en premier lieu de déterminer les modalités de la mise en œuvre de notre recommandation. À cet égard, nous notons que l'article 21:3 du *Mémorandum d'accord* dispose ce qui suit:

À une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci. (note de bas de page omise)

8.7 Nous recommandons par conséquent que l'Organe de règlement des différends demande aux CE de mettre leur mesure en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'*Accord SMC*, et nous abstenons de faire la suggestion demandée par la Corée.

³⁰² Première communication écrite de la Corée, paragraphe 676.

ANNEXE A

COMMUNICATIONS DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES POUR LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique de la communication de la Corée	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la communication des Communautés européennes	A-13
Annexe A-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant que tierce partie	A-22
Annexe A-4	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que tierce partie	A-26

ANNEXE A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CORÉE

(14 mai 2004)

I. ENQUÊTE DES CE SUR L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE – ALLÉGATIONS D'ERREUR

A. DESCRIPTION SUCCINCTE DU SECTEUR COMMUNAUTAIRE DES DRAM

1. La branche de production de DRAM des CE se caractérise par des conditions de concurrence spécifiques. Premièrement, le marché des DRAM est de nature fortement cyclique, avec une alternance régulière et bien connue de périodes de hausse et de baisse brutales des prix. Deuxièmement, les cycles de hausse et de baisse ont tendance à être de plus en plus extrêmes. Troisièmement, la fixation des prix des DRAM est extrêmement instable et se fonde sur l'offre et la demande à l'échelle mondiale et non régionale. Les CE ont fait valoir à tort que les importations subventionnées avaient des effets notables sur les prix pratiqués sur le marché communautaire et elles n'ont pas tenu compte de la réalité économique, à savoir que les importations subventionnées provenant d'une seule société comme Hynix sur le marché communautaire ont tout au plus une capacité très limitée d'avoir un effet quelconque sur les prix, en particulier par rapport au cycle commercial global. La compréhension et la prise en compte de ces conditions de concurrence spécifiques auraient dû constituer un élément fondamental de l'examen objectif des CE prescrit par l'article 15. La compréhension de ces caractéristiques sera également un aspect important de l'"évaluation objective", par le Groupe spécial, des déterminations des CE dans le présent différend.

B. RÈGLES ÉNONCÉES À L'ARTICLE 15.1

2. L'article 15.1 exige que l'autorité compétente dispose d'"éléments de preuve positifs" et que les éléments de preuve fassent l'objet d'un "examen objectif". L'Organe d'appel a confirmé que les éléments de preuve étayant une constatation de l'existence d'un dommage doivent être positifs, objectifs, vérifiables et crédibles et qu'ils doivent découler d'une enquête impartiale. En outre, l'article 15.1 est une disposition globale qui requiert que chacune des dispositions de fond de l'article 15 soit lue à la lumière de l'article 15.1. Ainsi, tous les aspects de l'enquête sur l'existence d'un dommage doivent être fondés sur des éléments de preuve positifs et sur un examen objectif des faits.

C. AUGMENTATION NOTABLE DES IMPORTATIONS SUBVENTIONNÉES

3. Les CE ont mentionné systématiquement des indices d'importation mais elles ont largement négligé toute analyse significative de l'importance de ces chiffres. Compte tenu de la nature unique des DRAM et de l'augmentation constante du nombre de bits fournis et consommés, une augmentation effective des importations ne signifie rien. L'autorité doit plutôt examiner l'augmentation des expéditions par rapport à la consommation et aux autres fournisseurs.

4. En vertu de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité nationale doit prouver qu'un dommage important a été causé à la branche de production nationale par les importations subventionnées, et non par l'ensemble des importations en provenance du pays visé par l'enquête. Néanmoins, en l'espèce, les CE ont à tort pris en considération le volume et la part de marché de l'ensemble des importations en

provenance de Corée, bien qu'elles aient déjà conclu elles-mêmes qu'une partie de ces importations n'étaient pas subventionnées. Cette approche constitue une erreur manifeste et est incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

5. La fusion qui a donné lieu à la création d'Hynix est un facteur extrêmement important dans cette affaire. En 1999, deux fabricants coréens de DRAM ont fusionné. Toutefois, les CE n'ont pas vraiment tenu compte de cette fusion, ce qui a fondamentalement faussé son analyse du volume et de la part de marché des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées.

6. Selon la propre plainte de la société Infineon, les données indiquent une diminution notable de la part de marché d'Hynix, qui est passée de 21,2 pour cent en 1999 à 15,5 pour cent en 2001. La constatation faite par les CE d'une "augmentation" de la part de marché est simplement due à une manipulation induite des données. Plus précisément, les CE ont comparé la part de marché que détenait une seule société (Hynix, avant la fusion, c'est-à-dire Hyundai Electronics) en 1998 avec la part de marché combinée que détenaient *deux* sociétés (Hynix après la fusion, c'est-à-dire HEI et LGS) en 2001. Les CE ont elles-mêmes fourni des indices de part de marché qui indiquaient une diminution sensible de la part de marché d'Hynix lorsque la fusion Hynix-LGS était dûment prise en compte, cette part de marché ayant connu une baisse constante entre 1998 et 2001 puisqu'elle est passée de 100 à 61.

7. La part de marché des DRAM d'Hynix a connu une baisse constante au cours de cette période, tandis que celle d'autres fournisseurs a augmenté. La part de marché constitue le contexte dans lequel se serait inscrite une autorité objective pour déterminer si des volumes d'importation donnés avaient été à tort ou à raison considérés comme notables. Toutefois, en l'occurrence, plutôt que d'analyser le contexte avec sérieux et objectivité, les autorités communautaires se sont livrées à une analyse à la fois trop vaste et trop restreinte. Elles ont cité des données et des tendances concernant toute la Corée, alors que les CE avaient constaté que Samsung n'était pas subventionnée et que ses produits ne pouvaient donc pas être considérés comme faisant partie des "importations subventionnées" analysées. Les autorités communautaires ont également refusé de combiner Hynix et LGS d'une façon cohérente, et elles ont ainsi indûment limité les données pour donner l'impression que la part de marché d'Hynix s'était accrue alors que ce n'était tout simplement pas le cas.

D. EFFETS NOTABLES DES IMPORTATIONS SUBVENTIONNÉES SUR LES PRIX

8. S'agissant des prix, les CE ont formulé des constatations qui sont en contradiction avec les faits de la cause et la logique économique fondamentale. Le fait spécifique le plus important, et de loin, est qu'*au moment où le subventionnement allégué d'Hynix était au plus haut, en 2001, la société perdait des parts de marché dans les CE, au lieu d'en gagner*. Si, pour les clients, le prix était vraiment aussi important que l'ont affirmé les CE et si Hynix était vraiment le fournisseur offrant les prix les plus bas sur le marché communautaire, Hynix aurait gagné des parts de marché en 2001 au lieu d'en perdre. Incriminer les prix d'Hynix alors qu'Hynix perdait des parts de marché pour un produit de base défie la logique économique.

9. En outre, les CE ont largement passé sous silence leur propre constatation selon laquelle il n'y avait pas d'"entreprise exerçant une domination sur les prix" sur le marché des DRAM, ce qui aurait dû jeter de sérieux doutes sur l'idée qu'Hynix elle-même puisse réellement être à l'origine d'effets "notables" sur les prix. L'absence d'une société exerçant une domination sur les prix signifie que les prix sont influencés par des facteurs plus vastes ayant trait à l'offre et à la demande.

10. Les CE ont adopté *trois* approches différentes pour analyser la sous-cotation des prix mais, paradoxalement, elles ont ensuite choisi de se concentrer sur la seule méthode qui démontrait l'existence d'une sous-cotation des prix, sans expliquer pourquoi elles rejetaient les deux autres approches. Il est crucial de noter que les deux autres constatations ne démontraient aucune

sous-cotation notable des prix de la part d'Hynix. La Corée soutient que la méthode de comparaison des prix utilisée par les CE donne une analyse complètement faussée.

11. Les CE ont également écarté toute discussion valable sur les autres facteurs qui affectent les prix. Ces éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient que les prix du marché des DRAM sont affectés par: 1) le ralentissement général de l'activité économique et la baisse de la demande, ce qui entraîne une "liquidation des stocks"; 2) la surcapacité des autres fournisseurs; et 3) les importations en provenance des autres fournisseurs. En examinant les effets des autres facteurs sur les prix, les CE ont immédiatement écarté ces éléments en concluant que soit ils n'avaient qu'une influence limitée sur la baisse des prix du marché, soit ils n'avaient aucune pertinence. Ainsi, les CE n'ont pas pris en considération les éléments de preuve positifs versés au dossier qui montraient que des facteurs autres que les prix pratiqués par Hynix avaient entraîné une baisse notable des prix des DRAM en 2001. Étant donné qu'en fait la part de marché d'Hynix diminuait, les CE auraient dû être tout particulièrement attentives à d'autres causes expliquant la baisse des prix des DRAM.

12. Si les CE avaient fait preuve d'ouverture d'esprit et d'objectivité, elles auraient dû comprendre que les principaux effets sur les prix étaient surtout causés par les importations bon marché non subventionnées qui gagnaient rapidement des parts de marché, et que les éventuels effets résiduels des importations subventionnées ne pouvaient raisonnablement pas être considérés comme étant "notables". La constatation des CE était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

E. SITUATION DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE

13. L'article 15.4 exige une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents, et reconnaît que les facteurs économiques pertinents et le poids à donner à chacun de ces facteurs différeront selon les cas. Le facteur économique le plus important sur le marché des DRAM est peut-être le cycle économique notoire pour les producteurs de DRAM. La branche de production de DRAM connaît depuis toujours des cycles de "hausse et de baisse brutales" des prix. Les éléments de preuve démontraient que, durant la période examinée, la branche de production de DRAM était passée du sommet (en 2000) au creux de la vague (en 2001). Les CE devaient forcément connaître l'existence de ce cycle économique notoire, mais elles n'en ont absolument pas tenu compte en analysant les causes de la détérioration de la situation financière de la branche de production nationale.

14. En analysant la situation de la branche de production nationale, les CE n'ont pas non plus tenu compte de l'évaluation, par la branche de production nationale elle-même, des facteurs qui font état de la bonne santé du marché communautaire des DRAM ni de leur description de leur capacité relative de concurrence sur le marché. Les CE auraient au moins dû prendre ces facteurs en considération en analysant la situation de la branche de production nationale. La branche de production nationale donnait des réponses différentes selon le public, comme bon lui semblait, et toute autorité objective aurait examiné ces incohérences.

15. En outre, il n'y a aucun élément de preuve montrant que les CE ont correctement examiné la "production" et les "salaires". S'agissant de ces facteurs négligés, les CE n'ont pas mis à disposition suffisamment de données pour qu'on puisse savoir ce qu'aurait révélé une analyse appropriée de la "production" et des "salaires". Le fait que les CE ont indûment négligé d'examiner le facteur "production" est particulièrement significatif compte tenu de l'importance de ce facteur dans un secteur qui exporte autant.

16. Ce n'est pas une question purement théorique. Les droits compensateurs ne sont autorisés que si un dommage important a été causé à la branche de production nationale par des importations subventionnées. Pour déterminer si un dommage est important, les autorités compétentes sont tenues de faire une analyse approfondie d'au moins tous les facteurs énumérés à l'article 15.4.

17. En outre, les CE n'ont pas admis que la plupart des facteurs de dommage témoignaient de la bonne santé de la branche de production. Les CE n'ont jamais correctement expliqué pourquoi trois facteurs sur 13 suffisaient pour conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important. Les dix autres facteurs indiquaient des tendances positives. Une telle omission démontre le manque d'objectivité de l'examen.

F. LIEN DE CAUSALITÉ

18. En vertu de l'article 15.5, les Membres doivent démontrer un "lien de causalité" explicite entre les importations subventionnées et tout dommage important causé à la branche de production nationale. Les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre les tendances relatives aux importations subventionnées et la situation de la branche de production nationale. Hynix perdait des parts de marché tandis que la branche de production nationale en gagnait.

19. De plus, la prescription en matière de non-imputation qui figure à la troisième phrase de l'article 15.5, exige de l'autorité qu'elle n'impute pas aux importations subventionnées un dommage causé par d'autres facteurs. Selon le sens ordinaire de l'article 15.5 et les indications très claires de l'Organe d'appel, l'autorité compétente doit "dissocier" et "distinguer" les effets dommageables de facteurs autres que les importations subventionnées afin de veiller à ce que ces effets ne soient pas imputés aux importations subventionnées.

20. Les autorités communautaires ont ignoré à dessein les éléments de preuve spécifiques concernant le **fléchissement de la demande**. Les CE ont mentionné certaines données relatives à la consommation globale dans l'UE, mesurée en "Mbits", mais elles n'ont pas tenu compte du fait que la consommation de Mbits augmente toujours d'une façon spectaculaire. La question fondamentale est de savoir si le taux de croissance correspond aux tendances historiques. Hynix a fourni aux autorités communautaires des données sur les tendances de la croissance aussi bien mondiale que communautaire. Ces données indiquent que le taux de croissance de la consommation de DRAM a accusé une forte baisse en 2001 par rapport à sa moyenne historique. En effet, la chute de la croissance du marché communautaire a été encore plus marquée que celle de la croissance mondiale. L'élément juridique clé est que les importations d'Hynix n'ont quasiment rien à voir avec le niveau de la demande. L'augmentation ou la diminution de la demande est due à des raisons autres, liées au niveau de la demande concernant les articles utilisant des DRAM. Ainsi, dans la mesure où les prix des DRAM augmentent ou diminuent à cause de l'évolution de la demande, les fluctuations de prix n'étaient pas dues aux importations d'Hynix.

21. Les CE ont complètement fait abstraction des arguments concernant l'évolution de la **capacité relative** qui confirmaient le rôle prépondérant d'autres fournisseurs. La capacité de production de plaquettes d'Hynix en Corée a en fait légèrement diminué pendant cette période. D'autres, en revanche, ont nettement augmenté leur capacité de production. La capacité de production de Taiwan est, de loin, celle qui s'est le plus développée mais celle d'autres fabricants (y compris Micron, aux États-Unis) a également connu une augmentation notable. Hynix a joué un rôle relativement mineur dans les augmentations de la capacité de production enregistrées durant la période examinée, tandis que d'autres fournisseurs ont développé la capacité de production et la production totales de DRAM avec la plus grande énergie.

22. Les CE ont au moins essayé d'examiner le rôle des **importations non subventionnées**, mais elles n'ont pas tenu compte des éléments de preuve essentiels ou les ont déformés. Il n'est pas possible d'écarter facilement le gros volume croissant de ces importations non subventionnées. La part de marché des importations non subventionnées représentait 58 pour cent en 2001, contre 15 pour cent pour Hynix, soit *plus de trois fois* la part de marché d'Hynix. Selon la propre théorie des CE concernant le caractère notable de l'augmentation des parts de marché pour les produits de base, les parts de marché relatives révèlent que d'autres importations *avaient un effet concurrentiel trois fois*

supérieur à celui des importations d'Hynix. Les CE n'ont effectué aucune analyse sur les *autres* fournisseurs de produits importés. Les données démontrent que les fournisseurs taiwanais ont augmenté leur part du marché communautaire d'une façon spectaculaire puisqu'elle s'est accrue de 5,1 points de pourcentage tandis que celle d'Hynix a diminué de 6,2 points de pourcentage. Cependant, les CE n'ont effectué aucune analyse concernant les fournisseurs taiwanais et leur croissance rapide.

G. RAPPORT D'ENQUÊTE DES CE

23. L'article 22.3 énonce une des obligations les plus importantes en matière de procédure, à savoir que les autorités doivent expliquer leur détermination de façon suffisamment détaillée. Néanmoins, en l'espèce, les CE n'ont pas fourni suffisamment de détails sur plusieurs questions importantes telles que les effets concernant le volume, les effets sur les prix et le lien de causalité, ainsi qu'il est expliqué précédemment. L'examen sommaire et inapproprié de ces questions clés par les CE déclenche deux violations distinctes, comme l'ont reconnu et appliqué de précédents groupes spéciaux de l'OMC: un manquement à l'obligation de fond sous-jacente, et un autre manquement à l'obligation procédurale d'expliquer le fondement d'une décision donnée. Étant donné que l'analyse des constatations ne ressort pas clairement de la décision des CE, celle-ci est incompatible avec l'article 22.3.

II. ENQUÊTE DES CE SUR LES SUBVENTIONS – ALLÉGATIONS D'ERREUR

A. VUE D'ENSEMBLE DE LA RESTRUCTURATION FINANCIÈRE

24. L'enquête correspondante résulte de la restructuration financière dont a fait l'objet la société Hynix Semiconductor Inc., pour des raisons commerciales, à la suite de la crise financière coréenne de 1997. Cette crise financière a entraîné une vaste réforme de fond du secteur financier et des entreprises en Corée. Cette réforme structurelle visait à donner aux banques coréennes la liberté de prendre leurs propres décisions, et à supprimer l'ingérence des pouvoirs publics dans les décisions en matière de prêts.

25. À l'instar de nombreuses sociétés coréennes, Hynix a contracté de lourdes dettes pendant la crise financière de 1997. De ce fait, en septembre 2000, la direction d'Hynix a choisi Citibank et Salomon Smith Barney (SSB) pour entamer un processus de restructuration. La restructuration financière et la recapitalisation d'Hynix ont consisté en plusieurs transactions distinctes durant la période 2000-2001.

26. La conjugaison de ces deux faits – la restructuration financière d'Hynix d'une part et la réforme du secteur financier et des entreprises d'autre part – a été largement interprétée par les CE, à tort, comme constituant un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à tout prix. Les faits de la cause indiquent que rien n'est moins vrai. La présente affaire illustre plutôt la sagesse de la règle exigeante énoncée à l'article 1.1 pour démontrer l'existence d'une contribution financière de la part d'organismes privés, règle qui met des comportements commerciaux inoffensifs et fondamentalement sains à l'abri d'actions indues en matière de droits compensateurs.

B. DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES

27. Les CE ont interprété d'une façon très préoccupante la notion de "données de fait disponibles". Selon leur approche, chaque fois qu'une autorité compétente n'aime pas un fait précis ou ne sait comment réagir face à ce fait, elle peut tout simplement inventer un prétexte pour invoquer la "non-coopération" et écarter le fait défavorable. Dans la présente affaire, les CE ont utilisé à mauvais escient la notion étroite de "données de fait disponibles" pour écarter des renseignements factuels importants. Tant le texte de l'article 12.7 que la jurisprudence correspondante démontrent que

l'utilisation des "données de fait disponibles" devrait être exceptionnelle et limitée. Or, en l'espèce, les CE ont utilisé à mauvais escient les "données de fait disponibles" pour fabriquer de toutes pièces des éléments de preuve lorsqu'il n'en existait pas et pour faire abstraction d'autres éléments de preuve lorsqu'ils ne pouvaient pas être conciliés avec son analyse axée sur les résultats.

28. S'agissant des pouvoirs publics coréens, les CE se sont focalisées sur deux éléments de preuve plutôt minces et elles ont ensuite entrepris de lancer des accusations générales de non-coopération avec les pouvoirs publics coréens. Les conclusions que les CE ont tirées de ces éléments de preuve sont erronées. La Corée a peut-être, tout au plus, mal compris le but de certaines questions des CE. Mais en définitive, elle a donné des réponses complètes et exhaustives aux questions spécifiques qui avaient été posées. Pourtant, les CE ont continué à se servir du fait que la Corée n'avait pas fourni certains renseignements comme prétexte pour fabriquer des "éléments de preuve" à propos de l'action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics.

29. Les CE ont utilisé la même approche trop générale au sujet d'Hynix. Dans un revirement de dernière minute, elles ont décidé de rejeter toutes les preuves concernant un rapport d'évaluation d'Arthur Andersen car Hynix ne pouvait pas leur laisser le texte intégral du rapport. Hynix a communiqué les extraits pertinents. Les CE pouvaient examiner le rapport pendant la vérification, et elles l'ont d'ailleurs fait. Toutefois, curieusement, cela n'a pas suffi. De même, à la dernière minute, les CE ont inventé de nouveaux prétextes pour rejeter les nombreux éléments de preuve fournis par Citibank. Les CE semblaient déterminées à exclure du dossier tout élément de preuve contraire à sa théorie au sujet de l'affaire. Il est erroné et inadmissible de recourir à l'article 12.7 pour fabriquer de toutes pièces des éléments de preuve favorables et faire abstraction de ceux qui ne sont pas favorables.

C. CONTRIBUTION FINANCIÈRE

30. L'article 1.1 a) 1) iv) dispose qu'on ne peut établir l'existence d'une action de "charger" ou d'"ordonner" que si l'action des pouvoirs publics est si claire et dépourvue d'ambiguïté que celles des organismes privés peuvent être imputées aux pouvoirs publics eux-mêmes. En vertu de cet article, chaque délégation ou commandement allégué des pouvoirs publics doit être examiné pour ce qui est de chaque partie et de chaque tâche ou mission.

31. Selon l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, l'action de donner des instructions ou des ordres comporte les trois éléments suivants: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière. Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* confirme que les déclarations générales d'intention ou de souhait des pouvoirs publics ou même les interventions générales sur le marché lui-même sont insuffisantes pour établir l'existence d'une contribution financière par l'intermédiaire d'un organisme privé. Il ne suffit pas de conclure que, s'il existe un lien *quelconque* entre les pouvoirs publics, *certain*s événements et *certain*s acteurs, alors le financement accordé par *tous* les prêteurs à une partie donnée, quel que soit le moment auquel il est accordé et la façon dont il est accordé, découle d'une action de charger ou d'ordonner.

32. Pourtant, c'est exactement ce qu'ont fait les CE dans la présente affaire. Après leur enquête de 14 mois, les CE n'ont pas produit un seul élément de preuve directe démontrant qu'il y a eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis des banques créancières d'Hynix. Les CE se sont fondées, dans une large mesure, sur un ensemble d'éléments de preuve circonstanciels qui ne peuvent être corroborés ni vérifiés d'une manière fiable ou significative au plan judiciaire. Lorsque cela était nécessaire pour étayer leurs éléments de preuve circonstanciels, les CE ont appliqué les "données de fait disponibles" et remplacé des éléments de preuve par des déductions défavorables. Tous ces éléments de preuve circonstanciels peuvent démontrer tout au plus les "effets" possibles sur les créanciers, qui peuvent avoir entraîné certaines "réactions" de la part des derniers. Conformément à l'article premier de l'Accord SMC et au rapport du Groupe spécial

États-Unis – Restrictions à l'exportation, il faut faire plus que de montrer un simple effet ou une réaction possible d'un organisme privé.

33. Les CE s'appuient aussi largement sur le fait que les pouvoirs publics coréens détenaient des parts dans certaines banques ayant participé à la restructuration d'Hynix. Ce fait est loin de constituer un élément de preuve d'une action explicite et positive de délégation ou de commandement émanant des pouvoirs publics coréens afin de donner l'instruction ou l'ordre d'accorder des crédits à Hynix. Toutefois, même si cette participation constituait, d'une façon ou d'une autre, un élément de preuve pour ce qui est des banques dans lesquelles les pouvoirs publics coréens détenaient une participation majoritaire, elle ne constitue absolument pas un élément de preuve d'une action explicite et positive de délégation ou de commandement vis-à-vis de *toutes* les banques, en particulier des banques dans lesquelles la participation des pouvoirs publics coréens était infime ou nulle.

34. Les CE se sont trop focalisées sur ce que faisaient les pouvoirs publics coréens, et pas assez sur ce que faisaient les diverses banques commerciales. En fait, les créanciers d'Hynix évaluaient constamment ce qui était le plus logique à leurs yeux, sur le plan commercial. Chaque banque a procédé à sa propre évaluation à chaque étape. Les banques commerciales ont puisé dans une mine de données et de renseignements pour procéder à ces différentes évaluations. Ces nombreuses études extérieures indépendantes ont été communiquées aux CE lors de l'enquête correspondante, mais les CE les ont largement dédaignées.

35. Le **prêt syndiqué de décembre 2000** répondait à des considérations purement commerciales. Les banques privées – y compris Citibank – ont accepté de prêter des fonds à Hynix. Étant donné que les banques privées avaient leurs propres raisons pour participer à ce refinancement, la charge de démontrer qu'il y a eu une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens devrait être particulièrement lourde. Les CE n'ont pas respecté – et ne peuvent respecter – cette règle rigoureuse relative aux actions de charger ou d'ordonner. Le fait que la FSC a accordé des dérogations à certaines banques en leur permettant de participer pleinement au prêt syndiqué n'explique pas pourquoi ces banques ont effectivement décidé d'y participer. De même, cela n'explique pas pourquoi sept autres banques, qui n'avaient pas besoin de dérogation, y ont elles aussi participé.

36. L'octroi d'une **assurance à l'exportation**, et le fait qu'Hynix a contracté cette assurance en versant des primes normales, n'explique et ne démontre aucune action explicite et positive de délégation ou de commandement des pouvoirs publics coréens auprès des créanciers d'Hynix pour accorder un financement à court terme. Cela n'explique pas pourquoi ce financement a eu lieu. Là encore, les CE ont confondu le fait de faciliter une transaction et le fait de l'ordonner.

37. S'agissant du **Programme accéléré (fast track) de la Banque coréenne de développement (KDB)**, la portée des constatations des CE concernant la contribution financière reste floue. Rien dans le Programme accéléré de la KDB n'exigeait la participation d'un créancier spécifique. La communauté financière coréenne était très intéressée par ce programme qu'elle considérait comme un outil de promotion de la réforme et de la restructuration financières. Étant donné que ce programme destiné à refinancer la dette existante contribuerait à stabiliser le marché et éviterait aux créanciers d'avoir à lutter contre les clients en faillite, les prêteurs avaient tous leur intérêt personnel à l'esprit. Toutefois, aucun prêteur spécifique n'était légalement tenu de participer à un refinancement spécifique. De fait, les CE citent à tort l'exemple de la KFB. Ce qui est vraiment remarquable dans cet "élément de preuve" de l'existence d'une action de charger ou d'ordonner, c'est qu'en réalité la KFB *n'a pas participé* au Programme accéléré. Les CE fabriquent de toutes pièces une histoire totalement inexacte lorsqu'elles ont conclu, dans leur *Règlement définitif*, que "la KFB a fini par céder aux exigences des pouvoirs publics et a participé aux mesures". Cette erreur souligne le danger qu'il y a à s'appuyer sur des preuves circonstancielles plutôt que sur des faits réels.

38. L'ensemble de mesures de **restructuration financière de mai 2001** a été proposé aux créanciers d'Hynix lorsque le prix des DRAM avait recommencé à monter. Le plan de restructuration prévoyait qu'Hynix solliciterait une augmentation de ses capitaux privés au moyen de "certificats représentatifs de titres" (Global Depository Receipts, GDR). Ce faisant, les banques créancières ne faisaient qu'"expérimenter sur le marché" leur participation au plan de restructuration. L'émission de certificats représentatifs de titres a été couronnée de succès auprès des investisseurs privés du monde entier. Étant donné que la souscription a été plus large que prévu, Hynix a pu lever plus de 1,25 milliard de dollars EU au lieu de 1 milliard de dollars, comme elle l'escomptait initialement. Ainsi, la restructuration de mai 2001 s'est produite en même temps que la hausse des prix des DRAM et elle n'a été possible que parce qu'Hynix a pu persuader des investisseurs internationaux avisés d'investir dans la société.

39. Dans ce contexte, les CE ont cherché n'importe quel élément de preuve pour étayer l'allégation selon laquelle les pouvoirs publics coréens orchestraient secrètement, d'une façon ou d'une autre, le résultat de la restructuration de mai. Toutefois, le dossier des CE ne révèle pas grand-chose de plus que des articles de presse sans fondement, et les efforts déployés pour extrapoler à partir d'autres événements. Le simple fait qu'un fonctionnaire de la FSS ait assisté à une seule réunion des créanciers d'Hynix ne devient pas un "élément de preuve" indiquant que les pouvoirs publics coréens ont contraint chaque banque créancière à participer. Les articles de presse concernant la KorAm Bank ne devraient pas servir à justifier la condamnation de la participation de tous les autres créanciers, d'autant plus que ces articles ont été précisément rejetés à l'époque. Le simple fait qu'Hynix a eu besoin de restructurer sa dette ne constitue pas un élément de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens ont nécessairement agi dans les coulisses. L'aspect le plus remarquable de la détermination des CE est leur propension à tirer autant de conclusions de si peu d'éléments.

40. La **restructuration d'octobre 2001** s'est effectuée en vertu d'une loi coréenne d'application générale. Plus de 100 sociétés ont fait l'objet d'une restructuration au titre de cette loi. Dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, les principaux créanciers d'Hynix sont convenus d'une série d'options qu'ils pouvaient choisir pour aller de l'avant (ou couper les liens) avec Hynix. L'existence même de ces *options* dans le plan de restructuration d'octobre contredit la suggestion des CE selon laquelle il y a eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens. L'ensemble des circonstances ayant présidé à la restructuration d'octobre confirme le bien-fondé de la mesure, sur le plan commercial, et nie toute notion d'action de "charger ou ordonner".

41. Les CE n'ont pas produit un seul élément de preuve pour démontrer les éléments constitutifs d'une action de "charger ou ordonner" dans la restructuration d'octobre. Les CE ont continué à utiliser leur précédent recueil d'éléments de preuve "circonstanciels" pour se soustraire à l'obligation qui leur incombe de prouver chacun des éléments constituant une action de "charger ou ordonner". Les éléments de preuve de l'existence d'une action de "charger ou ordonner" vis-à-vis des banques ayant participé à l'option 1 de la restructuration d'octobre (celles qui ont prêté des capitaux frais) produits par les CE sont essentiellement la participation des pouvoirs publics coréens au capital de certaines de ces banques. Toutefois, hormis la mention de cette participation, les CE n'ont produit aucun élément de preuve crédible quant aux motivations ou intentions qui avaient amené chaque banque à participer à l'option 1 de la restructuration d'octobre. Quatre banques – y compris deux banques détenues à 100 pour cent par les pouvoirs publics coréens – ont choisi l'option 3 et ont décidé de couper complètement leurs liens avec Hynix. Ces quatre banques ont donc exercé leurs droits d'évaluation de la dette plutôt que de consentir de nouveaux prêts à Hynix ou de convertir la dette en participation dans la société Hynix. Ce sont là des éléments de preuve éclatants montrant que le gouvernement n'est pas intervenu dans la restructuration d'octobre. Si l'allégation des CE était exacte, les pouvoirs publics coréens auraient facilement obligé ces banques à participer, au lieu de forcer le bras de banques privées plus récalcitrantes ou à des banques dans lesquelles leur participation était moindre. Si les pouvoirs publics coréens ne pouvaient même pas donner d'instructions aux banques qu'ils détenaient à 100 pour cent, il est difficile d'imaginer qu'ils aient pu en donner à des banques *indépendantes* dans lesquelles ils ne détenaient aucune participation.

D. CONSTATATION ET MESURE DE L'"AVANTAGE"

42. La deuxième prescription pour établir l'existence d'une subvention passible d'un droit compensateur est que l'autorité compétente doit démontrer qu'"un avantage est ainsi conféré". Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, une analyse concernant l'avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 requiert une comparaison entre le montant reçu par une entité et ce qui était disponible sur le marché. En outre, l'Accord SMC définit l'avantage en tenant compte de l'expérience des opérateurs privés sur le marché du Membre faisant l'objet de l'enquête.

43. Après avoir initialement constaté, sur de nombreux points, qu'aucun "avantage" n'avait été conféré, les CE ont modifié leur position dans leur *Règlement définitif* et ont soudain constaté l'existence d'un "avantage". C'était totalement faux. Aucun élément susceptible d'affecter l'analyse concernant l'"avantage" ne pouvait avoir changé depuis le *Règlement provisoire*: le marché, les conditions des prêts, et les notations de crédit demeuraient inchangés. En fait, les CE ont reconnu qu'elles avaient modifié leur décision au sujet du prêt syndiqué dans le *Règlement définitif* car elles disposaient de nouveaux renseignements, c'est-à-dire de documents concernant les réunions des Ministres de l'économie. Toutefois, même si cela est exact, ces nouveaux renseignements ne concernaient que l'action de "charger ou ordonner" émanant des pouvoirs publics coréens, et n'avaient rien à voir avec l'analyse concernant l'avantage effectuée par les CE. En tant que telle, la modification de l'analyse concernant l'avantage était complètement erronée et injustifiée car les CE n'ont pas engagé de discussion réelle sur les raisons pour lesquelles elles avaient modifié leur conclusion du *Règlement provisoire* selon laquelle "aucun avantage" n'avait été conféré.

44. Les CE ont compris que pour constater que le **prêt syndiqué** entraînait une subvention passible de mesures compensatoires, elles ne pouvaient se permettre de conclure une nouvelle fois qu'aucun avantage n'avait été conféré. Par conséquent, faisant abstraction de leur propre argumentation pour l'analyse concernant la subvention contenue dans le *Règlement provisoire*, les CE ont constaté l'existence d'un avantage sans entamer de discussion approfondie pour expliquer ou justifier leur changement de position. La seule raison qu'elles aient avancée à cet égard était qu'un financement semblable n'était pas disponible à l'époque, ce qui est absurde puisque dix banques différentes, y compris une banque étrangère, ont participé au prêt en question.

45. Les CE se sont également abstenues d'effectuer une analyse appropriée concernant l'"avantage" en examinant l'**assurance à l'exportation**. La règle, telle que précisée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, est de mesurer la différence entre *ce qui a été reçu* et ce qui était disponible sur le marché. Hynix a obtenu une assurance de la KEIC moyennant le paiement des primes indiquées. Pourtant, les CE n'essaient à aucun moment d'effectuer l'analyse appropriée concernant l'avantage. L'avantage devrait à tout le moins correspondre à la différence entre le montant réellement versé et le montant couvrant les frais et pertes d'exploitation du programme d'assurance à l'exportation. Mais les CE n'abordent jamais vraiment la question. Au lieu de cela, elles ont mélangé les sujets, en se concentrant sur la question de savoir si Hynix aurait pu obtenir un "prêt commercial comparable" sans l'assurance de la KEIC. Cependant, si l'assurance de la KEIC constituait réellement une garantie de prêt, la mesure de l'avantage applicable serait alors la différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire de la garantie a payé sur le prêt garanti par les pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable en l'absence de garantie des pouvoirs publics, conformément à l'article 14 c) de l'Accord SMC. Cette analyse n'a pas été faite.

46. Les CE ont également tiré des conclusions hâtives au sujet du **Programme accéléré de la KDB**. Elles ne peuvent pas substituer leur propre conclusion au jugement commercial des créanciers d'Hynix. Il n'a jamais été "évident" que les obligations ne seraient pas remboursées. Premièrement, tous les candidats, y compris Hynix, devaient remplir des conditions rigoureuses telles que la notation de crédit, la capacité d'acheter immédiatement 20 pour cent des obligations, et la viabilité à long terme en dépit du problème de liquidités à court terme. Deuxièmement, fait plus important encore, Hynix a bien obtenu un financement au moyen de prêts à la même période, sous la forme du prêt syndiqué

– "transaction très similaire" à une obligation, pour reprendre les termes des CE – et sous la forme d'une nouvelle émission de titres à la même époque (c'est-à-dire en juin 2001) sur le marché financier mondial. Il semble que les créanciers et les investisseurs n'aient pas partagé l'évaluation négative des CE.

47. Dans leur *Règlement provisoire*, les CE ont déterminé qu'aucun avantage n'avait été conféré à Hynix du fait de la **restructuration de mai 2001**, compte tenu notamment du succès de la nouvelle émission de titres. Le fait que l'émission de titres d'Hynix a été couronnée de succès en juin 2001 est demeuré inchangé après le *Règlement provisoire*. Les CE ont quand même modifié leur conclusion selon laquelle "aucun avantage" n'avait été conféré en évoquant de "nouvelles informations" obtenues après la publication du *Règlement provisoire*, dont la Corée estime qu'ils ne peuvent avoir trait qu'à l'analyse concernant l'action de "charger ou ordonner" faite par les CE, et non à leur analyse concernant l'avantage. Ces "nouvelles informations" concernaient essentiellement la présence de représentants de la FSC et du FSS à une réunion des créanciers d'Hynix du 10 mars 2001, ce qui n'a rien à voir avec le succès de l'émission de titres. Ainsi, les CE ont modifié leur analyse concernant l'avantage sans fournir d'explication adéquate.

48. Le dossier factuel décrédibilise complètement l'évaluation négative et erronée des CE. Premièrement, lorsque la décision d'acheter l'obligation convertible a été prise, les prévisions concernant le marché des DRAM étaient à nouveau favorables en dépit des difficultés financières d'Hynix. Deuxièmement, les investisseurs privés opérant sur le marché international ont manifesté leur confiance dans la viabilité à long terme d'Hynix en achetant les nouveaux titres. Troisièmement, l'achat de l'obligation convertible était expressément subordonné au succès de l'émission de nouveaux titres. Quatrièmement, le fait que les banques créancières ont exigé d'Hynix qu'elle garde sur un compte bloqué les fonds levés grâce à l'obligation convertible montre le souci des banques de faire en sorte que les fonds soient utilisés à des fins spécifiques, comme moyen de protection de leur investissement. Cinquièmement, le fait que les banques ont choisi d'acheter des obligations convertibles plutôt que des obligations ordinaires indique également qu'elles espéraient récupérer plus que les fonds qu'elles avaient investis. Tandis que le marché des DRAM connaissait une nouvelle amélioration, elles voulaient saisir cette occasion pour pouvoir participer aux gains découlant de cette embellie grâce aux titres d'Hynix. Ces conditions et circonstances qui entouraient la restructuration de mai contredisent l'affirmation des CE selon laquelle les créanciers ne pensaient pas être remboursés; en fait, ils ont pris des mesures pour contribuer à garantir le remboursement.

49. Les CE ont commis les mêmes erreurs au sujet de la **restructuration d'octobre 2001**. Elles ont traité les trois mesures (le nouveau prêt, la prorogation de l'échéance et l'échange de créances contre des participations) comme une remise de dette déguisée, et donc comme des dons. En fait, les éléments de preuve indiquaient que les banques s'attendaient bel et bien à être remboursées, et qu'elles exigeaient une garantie. De plus, les analyses objectives réalisées par des tiers à la demande des créanciers, pendant la restructuration d'octobre, confirment qu'elles s'attendaient vraiment à être remboursées. Le rapport rédigé par Arthur Andersen à la demande des créanciers, qui a été communiqué par Hynix et examiné par les CE ainsi qu'il est indiqué précédemment, a établi la valeur de liquidation de la dette d'Hynix à 29,9 pour cent et la valeur d'exploitation à 75,6 pour cent. En d'autres termes, les perspectives de recouvrer les créances étaient deux fois plus importantes si on considérait la valeur d'exploitation d'Hynix que si on considérait la valeur de liquidation de sa dette. Pour certains créanciers d'Hynix (c'est-à-dire pour les banques créancières ayant participé à la première option), il était en effet logique, d'un point de vue commercial et en tant que créanciers existants, de continuer à financer Hynix.

50. S'il était exact, comme l'affirment les CE, que les banques n'escomptaient pas récupérer ces prêts, on peut se demander pourquoi elles n'ont tout simplement pas passé ces prêts par pertes et profits comme ce fut d'ailleurs le cas dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, pour des montants de dette considérables. Contrairement à l'hypothèse avancée par les CE, il s'avère que les banques qui avaient accepté la prorogation des échéances escomptaient récupérer ces prêts, compte

tenu de la restructuration financière d'Hynix et de leur évaluation favorable des perspectives futures d'Hynix. L'échange de créances contre des participations est une opération logique à laquelle recourent souvent les créanciers dans le cas d'une restructuration financière car les participations permettent de participer pleinement au potentiel de hausse des actions de la société en difficulté. Nous notons que les banques créancières avaient conclu que la valeur d'exploitation d'Hynix était considérable et que les participations permettaient d'en tirer profit. Ces banques escomptaient manifestement un retour sur investissement grâce aux participations qu'elles avaient obtenues en échangeant leurs créances. À l'instar de nombre des investisseurs étrangers qui ont participé à l'émission de certificats représentatifs de titres, Citibank et les banques privées coréennes savaient que le cours de l'action d'Hynix avait de bonnes chances de remonter.

51. En outre, l'analyse des CE ne tient pas compte de l'élément le plus crucial: les études de marché effectuées par des consultants extérieurs étaient destinées aux créanciers existants, et non à de nouveaux investisseurs extérieurs. Il coule de source qu'un créancier existant se posera deux questions avant d'envisager un nouvel investissement: quelles sont les perspectives du nouvel investissement et en quoi ce nouvel investissement affecte-t-il un investissement existant. L'analyse des CE permet au créancier existant de ne prendre en considération qu'un seul aspect: les perspectives futures de l'investissement. Ces études étaient nombreuses et vastes. Les CE n'ont pas tenu compte de ces études car elles ne voulaient pas regarder en face l'élément fondamental de toutes ces études: le fait que la poursuite de la restructuration de la dette – y compris l'échange de la dette contre des participations – était la meilleure planche de salut d'Hynix et la meilleure solution pour récupérer au maximum les investissements existants. Cette perspective est tout à fait rationnelle pour un créancier existant.

52. Abstraction faite du vice fondamental du calcul de l'avantage par les CE, qui ont traité tous les programmes dont il est allégué qu'ils sont passibles de droits compensateurs comme un "don" sans même tenir compte des circonstances et de la nature de la transaction, les CE ont également commis de nombreuses erreurs en calculant l'avantage, même selon leur propre méthodologie.

E. SPÉCIFICITÉ

53. La Corée soutient que la constatation des CE au sujet de la spécificité est incompatible avec les articles 1.2 et 2 de l'Accord SMC. En vertu de ces dispositions, toute constatation concernant la spécificité doit être "clairement étayée" par des "éléments de preuve positifs". Au contraire, les constatations concernant la spécificité faites par les CE n'atteignent pas le degré de précision requis par l'Accord SMC.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(21 juin 2004)

I. DOMMAGE

1. La Corée accorde beaucoup d'importance à ce qu'elle appelle "le cycle de hausse et de baisse brutales des prix". C'est la clé de voûte de son argumentation. Contrairement à ce qu'affirme la Corée, cet aspect a été soigneusement pris en considération par les Communautés européennes, qui ont toutefois constaté qu'il ne rompait pas le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale.

2. En tout état de cause, l'argument de la Corée est très curieux. Dans le cas d'un marché comme celui des DRAM, il se peut qu'il soit nécessaire d'avoir une vision à long terme. Cela ne signifie pas que le marché ne devrait pas être soumis aux disciplines de l'*Accord SMC*. Lorsqu'un acteur sur le marché des DRAM rencontre des difficultés et que le secteur connaît un ralentissement, cet acteur doit normalement réduire sa taille en abaissant ses coûts et en se retirant partiellement du marché - ouvrant ainsi des possibilités à d'autres. Il se peut même que la personne morale "fasse faillite" ou que l'entreprise ou les actifs soient transférés à une autre personne, à un prix "sacrifié", ou tout au moins à un prix inférieur, reflétant les difficultés de trésorerie de l'acteur initial et le ralentissement du marché - ouvrant encore une fois des possibilités à d'autres. Dans un ralentissement, la concurrence existe, tout comme lorsque le secteur est en bonne santé, probablement plus encore.

3. Il existe bien entendu une autre solution, l'intervention des pouvoirs publics, destinée à permettre à l'acteur initial de "résister à la tempête" et de s'en sortir plus ou moins indemne pour poursuivre la lutte. Naturellement, en réalité, cette intervention des pouvoirs publics fait peser le poids du ralentissement sur d'autres acteurs du marché. L'existence d'un ralentissement ne rend pas la subvention moins dommageable - la conjoncture économique rend peut-être même la subvention *encore plus* dommageable. Ainsi, la question qui se pose est tout simplement la suivante: les autres acteurs du marché doivent-ils être obligés de supporter le fardeau de telles subventions? Ou plutôt, les règles de l'*Accord SMC* garantissent-elles que, par des mesures compensatoires, les effets de ces subventions peuvent être endigués et non pas supportés par la branche de production d'autres Membres, mais, en définitive, par les personnes au nom desquelles les subventions ont été accordées - savoir les contribuables coréens - auxquelles, à long terme, ceux qui accordent des subventions doivent rendre compte? La bonne réponse est sans aucun doute la dernière. Et l'argument concernant les "hausse et baisses brutales des prix" sur lequel s'appuie tellement la Corée n'est absolument pas pertinent pour ce point fondamental.

4. L'enquête portait sur les DRAM originaires de Corée et non sur les DRAM produites par Hynix. C'est la raison pour laquelle les autorités chargées de l'enquête ont examiné l'évolution des importations en provenance de Corée. Toutefois, la partie de l'enquête consacrée aux subventions a établi que, alors que les importations provenant d'Hynix étaient subventionnées, celles provenant de Samsung, la seule autre société coréenne qui exportait vers la Communauté durant la période couverte par l'enquête, ne l'étaient pas. C'est la raison pour laquelle les autorités chargées de l'enquête ont également examiné séparément le volume, les prix et la part de marché des importations subventionnées d'Hynix. C'est pour cette même raison que les autorités chargées de l'enquête ont également établi l'existence d'une sous-cotation des prix en se fondant exclusivement sur les prix des

importations d'Hynix. L'effet causé par les importations subventionnées concernait aussi les importations d'Hynix. Ainsi, la Corée a tort d'affirmer que les Communautés européennes ont agi d'une manière incompatible avec l'*Accord SMC* car le Règlement 1480/2003 se réfère également aux importations en provenance de Corée dans leur ensemble.

5. L'allégation de la Corée au sujet de la fusion est liée à la question juridique de savoir si les autorités chargées de l'enquête étaient obligées, en vertu de l'*Accord SMC*, d'ajouter les données relatives à LGS et celles relatives à Hynix. Les autorités chargées de l'enquête ne l'ont pas fait car cela aurait faussé les données pour l'analyse des tendances.

6. Premièrement, avant le 7 juillet 1999, Hynix n'avait aucun contrôle sur les importations de LGS dans la Communauté. Ainsi, l'acquisition de LGS par Hynix/HEI n'a pas eu d'effet rétroactif sur le volume des importations et la part de marché d'Hynix ou de HEI dans la Communauté en 1998 et 1999 (jusqu'au 7 juillet). En d'autres termes, l'acquisition par Hynix de la capacité de production de la LGS a accru la capacité de production pour l'avenir. Elle n'a pas eu d'effet rétroactif sur le volume d'importation et la part de marché d'Hynix en ce qui concerne 1998 et 1999 (jusqu'au 7 juillet). En additionnant les données relatives à LGS et celles relatives à Hynix, on fausserait donc les données commerciales relatives à Hynix pour cette période.

7. Les Communautés européennes estiment que la situation actuelle est comparable à une situation dans laquelle un ancien concurrent de l'exportateur subventionné abandonne ses affaires et vend ses actifs. Si l'exportateur subventionné acquiert les installations et le matériel de production de son ancien concurrent, il pourra augmenter sa production et acquérir au moins en partie la part de marché que détenait son ancien concurrent. Il apparaît clairement que le volume et la part de marché de l'ancien concurrent ne joueraient aucun rôle dans l'analyse des tendances concernant les importations provenant de l'exportateur subventionné. Il n'y a aucune raison pour que les autorités chargées de l'enquête aient dû évaluer la présente affaire différemment simplement parce que l'acquisition de LGS s'est faite sous la forme d'une opération portant sur les actions et non sur les actifs.

8. Deuxièmement, l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC* exige des autorités chargées de l'enquête qu'elles procèdent à un examen objectif du volume des importations subventionnées. Les autorités chargées de l'enquête ont établi qu'Hynix avait reçu des subventions mais elles n'ont pas pu examiner la question de savoir si LGS avait reçu des subventions car LGS n'existait pas pendant la période couverte par l'enquête. Ainsi, les autorités chargées de l'enquête ne pouvaient pas considérer les importations de LGS en 1998 et 1999 comme étant des "importations subventionnées".

9. Troisièmement, la Corée a tort de laisser entendre que l'approche adoptée par les autorités chargées de l'enquête vis-à-vis des exportations de LGS est d'une certaine façon incompatible avec leur approche concernant l'acquisition de Texas Instruments par Micron. Dans les deux cas, les autorités chargées de l'enquête ont adopté exactement la même approche: dans les deux cas, elles ont tenu compte de l'acquisition une fois qu'elle a eu lieu; dans les deux cas, elles n'ont pas additionné le volume et la part de marché de la société acquise concernant la période antérieure à l'acquisition et ceux de l'acquéreur. C'est toutefois ce qui se passerait si on suivait l'approche suggérée par la Corée au sujet du volume et de la part de marché de LGS. Bien que les autorités chargées de l'enquête n'aient pas pu vérifier les données relatives à LGS étant donné qu'Hynix n'avait pas fourni les données pertinentes dans les formes voulues et en temps utile, les autorités chargées de l'enquête ont procédé à une autre évaluation du volume, de la part de marché et des effets des importations dans le Règlement 1480/2003. En conséquence, l'approche adoptée par les autorités chargées de l'enquête dans le cas de l'acquisition de Texas Instruments par Micron correspond tout à fait à celle qu'elles ont suivie pour l'acquisition de LGS par Hynix.

10. Au cas où, nonobstant les observations ci-dessus, le Groupe spécial constaterait, en examinant et en analysant les faits d'une façon aussi correcte et raisonnable qu'auparavant, que les Communautés européennes ont d'une certaine façon agi d'une manière incompatible avec l'article 15 de l'Accord SMC, les Communautés européennes font alors observer à titre subsidiaire que c'est à juste titre qu'elles n'ont pas tenu compte des chiffres concernant LGS car Hynix ne les a pas communiqués dans les formes voulues et en temps utile.

11. S'agissant des allégations formulées par la Corée au sujet de la sous-cotation des prix, les Communautés européennes estiment qu'il est important de ne pas perdre de vue les principales caractéristiques incontestées du marché des DRAM. Premièrement, la concurrence porte principalement sur les prix. Le producteur offrant le prix le plus bas remporte l'affaire. Deuxièmement, la flexibilité des prix est considérable. Cela signifie que les prix fluctuent constamment. Troisièmement, la transparence des prix est grande. La transparence des prix permet aux acheteurs de comparer immédiatement les prix. Ainsi, si un producteur baisse ses prix, ses concurrents doivent rapidement faire de même car, sinon, ils ne pourront pas vendre.

12. Il découle de ce qui précède que la Corée a tort de laisser entendre que le producteur détenant la plus grande part de marché dicte le prix. Tout producteur possédant une capacité de production importante peut exercer une domination sur les prix et les faire baisser.

13. Les Communautés européennes estiment également qu'il est important de tenir compte de la situation spécifique d'Hynix. Comme le montre la discussion sur les subventions, la société Hynix avait désespérément besoin de liquidités durant la période couverte par l'enquête et, partant, elle avait désespérément besoin de vendre autant que possible, quel que soit le prix. En outre, sa capacité de production dépassait celle des producteurs communautaires et elle était en fait supérieure à la demande communautaire totale. Enfin, Hynix a reçu des subventions illicites qui lui ont permis de vendre à des prix encore plus bas que ceux que dictait le fléchissement du marché.

14. Les Communautés européennes estiment également que la Corée présente les chiffres concernant la part des transactions avec et sans sous-cotation du prix d'une façon trompeuse.

15. Ainsi, aux paragraphes 152 à 156 de sa première communication écrite, la Corée fait une présentation erronée de la séquence des méthodes appliquées. La séquence était la suivante: moyenne pondérée; comparaison mensuelle; puis comparaison journalière. Cette dernière comparaison a été effectuée à la demande d'Hynix et elle a confirmé les résultats de la comparaison mensuelle au regard des transactions comparables ayant fait l'objet d'une sous-cotation du prix. En fait, il y avait un grand nombre de transactions qui n'étaient pas comparables et pour lesquelles il n'était donc pas possible de déterminer s'il y avait eu ou non sous-cotation du prix. Les données indiquent que les prix d'Hynix étaient inférieurs de 47,2 pour cent aux prix communautaires pour toutes les transactions comparables examinées sur une base mensuelle, et de 46,2 pour cent pour toutes les transactions comparables examinées sur une base journalière.

16. La Corée ne mentionne pas non plus une autre caractéristique propre à la stratégie d'Hynix en matière de sous-cotation: la majorité des sous-cotations de prix pratiquées par Hynix concernaient la vente de DRAM perfectionnées à forte valeur ajoutée. La branche de production communautaire s'est concentrée sur les DRAM perfectionnées en raison de la technologie plus avancée qu'elle utilisait et parce que les DRAM à forte valeur ajoutée sont importantes pour financer les produits de la génération suivante. Les données issues des comparaisons journalière et mensuelle indiquent qu'Hynix sous-cotait essentiellement les transactions de DRAM de type 128 et 256. La comparaison journalière révèle qu'environ 80 pour cent des transactions pour lesquelles une sous-cotation a été constatée concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée et la comparaison mensuelle révèle qu'environ 75 pour cent des transactions pour lesquelles une sous-cotation a été constatée concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée. En résumé, la stratégie de sous-cotation d'Hynix était particulièrement dommageable pour la branche de production communautaire.

17. Les Communautés européennes ont procédé à un examen objectif lorsqu'elles ont comparé le prix moyen pondéré communautaire et le prix moyen pondéré d'Hynix par famille de produits, ainsi que le prix moyen pondéré d'Hynix et celui des différentes transactions de la branche de production communautaire par type.

18. L'Accord SMC laisse à l'autorité chargée de l'enquête le pouvoir discrétionnaire d'appliquer une méthode objectivement appropriée pour établir s'il y a eu sous-cotation, dépression des prix ou empêchement de hausses de prix. Premièrement, l'article 15.2 de l'Accord SMC prévoit que "... les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur ...". L'Accord SMC ne prescrit pas que la sous-cotation du prix soit calculée sur la base d'une moyenne pondérée ou sur telle ou telle autre base spécifique. Cela est confirmé par les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*, qui a indiqué que "... l'autorité chargée de l'enquête [a] une certaine latitude pour procéder à l'évaluation de la sous-cotation du prix". Le Groupe spécial a expliqué que "[l'article 3.2 de l'Accord antidumping] ... n'établit aucune prescription spécifique concernant le calcul d'une marge de sous-cotation, ni ne prévoit une méthode particulière à suivre pour cet examen". En conséquence, la comparaison des moyennes pondérées et des différentes transactions est laissée à la discrétion des autorités chargées de l'enquête et ne peut pas être non objective en tant que telle.

19. Le fait que, en l'espèce, les autorités chargées de l'enquête n'ont pas suivi leur pratique habituelle n'indique pas non plus que leur méthode n'était pas objective. Les autorités chargées de l'enquête ont largement expliqué l'approche qu'elles avaient adoptée pour comparer le prix moyen pondéré d'Hynix avec les différentes transactions de la branche de production communautaire. En effet, il n'est guère possible d'établir l'existence d'une sous-cotation du prix sur la base d'une moyenne pondérée sur un marché qui se caractérise par la transparence et la flexibilité des prix car les concurrents dont les prix sont sous-cotés sont obligés de s'aligner rapidement sur le prix inférieur. Ces effets de dépression des prix ou d'empêchement de hausse des prix, ainsi que la sous-cotation des prix, sont expressément couverts par l'article 15.2 de l'Accord SMC – il aurait suffi d'examiner l'un ou l'autre de ces effets. Les Communautés européennes les ont examinés tous les trois.

20. Les autorités chargées de l'enquête n'étaient pas non plus obligées d'examiner aussi la sous-cotation en tenant compte des variations au cours de la journée, ni d'effectuer des comparaisons pour chaque transaction. Premièrement, la présente affaire est un exemple d'analyse particulièrement détaillée de sous-cotation des prix. Les autorités chargées de l'enquête ont comparé les moyennes pondérées avec les moyennes pondérées, et les moyennes pondérées avec les transactions prises individuellement sur une base mensuelle et journalière. Les autorités chargées de l'enquête ont également présenté la marge de sous-cotation sous forme de moyenne pondérée globale (16,2 pour cent) et sous forme de fourchette de sous-cotation (12 à 32 pour cent). Deuxièmement, les Communautés européennes ignorent que les transactions peuvent être déterminées par heure. Troisièmement, il aurait été impossible de trouver des transactions comparables pour trois moments distincts de la journée, et encore moins pour différentes transactions, en procédant à une comparaison transaction par transaction. Les Communautés européennes rappellent que, déjà dans le cas de la comparaison journalière, 38,2 pour cent des transactions n'étaient pas comparables, contre 13 pour cent dans le cas d'une comparaison mensuelle. Ce chiffre aurait probablement été beaucoup plus élevé si la comparaison avait porté sur trois moments distincts de la journée ou s'il s'était agi d'une comparaison transaction par transaction, et une telle comparaison aurait donc perdu tout son sens.

21. Enfin, la sous-cotation pratiquée par Hynix remplit les conditions requises pour être qualifiée de "sous-cotation notable". L'Accord SMC ne définit pas l'expression "sous-cotation notable" et il n'existe pas non plus de jurisprudence pertinente. Dans leur communication, les Communautés européennes ne peuvent pas non plus donner une définition abstraite car la question de savoir si la sous-cotation est notable dépend des circonstances précises d'une affaire. Les faits pertinents incluent la marge de sous-cotation, le pourcentage et le type de transaction pour lequel une sous-cotation a été

constatée, et la sensibilité du marché en question vis-à-vis des prix. En l'espèce, la marge de sous-cotation équivalait à 16,2 pour cent en tout, dans une fourchette allant de 12 à 32 pour cent, et environ 47 pour cent de toutes les transactions comparables faisaient l'objet d'une sous-cotation. En outre, la grande majorité des transactions sous-cotées concernaient des DRAM à forte valeur ajoutée, qui étaient cruciales pour le secteur communautaire. Enfin, le marché des DRAM est très transparent et il se caractérise par une concurrence des prix soutenue. Ainsi, les Communautés européennes ont constaté à juste titre qu'il y avait une "sous-cotation notable".

22. La Corée affirme qu'il existe d'autres facteurs qui réfutent selon les allégations la corrélation substantielle entre le subventionnement et le faible niveau des prix pratiqués dans la Communauté. Les Communautés européennes formulent les observations suivantes.

23. Premièrement, la Corée mentionne le fait que les prix des DRAM ont chuté sur le marché mondial en 2001. Cet argument est lié au ralentissement économique et est traité dans le contexte du lien de causalité.

24. Deuxièmement, la Corée affirme que les gros importateurs, tels que Samsung, ont également vendu à bas prix et qu'Hynix ne pouvait pas être une entreprise exerçant une domination sur les prix car sa part de marché était plus réduite. Les Communautés européennes estiment que la Corée passe à côté de l'essentiel avec son argument sur la domination des prix. Pour commencer, Hynix détenait 16,8 pour cent de parts de marché, et non 15. Ensuite, les fournisseurs en concurrence étaient contraints d'aligner leurs prix sur les prix les plus bas, quelle que soit leur part de marché. Enfin, les autorités chargées de l'enquête ont évalué en détail l'influence d'autres importations au considérant 151 du Règlement 708/2003 et aux considérants 194 et 200 du Règlement 1480/2003. Comme les Communautés européennes estiment que le raisonnement exposé dans les considérants susmentionnés est suffisamment clair, elles ne le répéteront pas ici.

25. Troisièmement, l'allégation de la Corée selon laquelle l'ampleur de la chute des prix par rapport au niveau de subventionnement réfuterait une corrélation substantielle est infondée. L'ampleur de la chute des prix par rapport au niveau de subventionnement indique simplement que le fléchissement économique a pu aussi causer un certain dommage. Cela ne réfute pas la constatation selon laquelle les importations subventionnées d'Hynix ont causé un dommage de la même ampleur que le montant du subventionnement. Les autorités chargées de l'enquête ont examiné ces deux éléments: elles ont établi que d'autres facteurs pourraient également avoir causé un certain dommage et que le niveau requis pour éliminer le dommage était supérieur au niveau de subventionnement.

26. Quatrièmement, la constatation selon laquelle Hynix fixait ses prix sans tenir compte du coût est un élément important. Il se peut que la fixation des prix indépendamment du coût soit un comportement courant dans une branche de production cyclique. Toutefois, Hynix ne fixait pas ses prix indépendamment du coût en raison du cycle économique, mais parce qu'elle avait désespérément besoin de liquidités en raison de sa situation financière. Les prix d'Hynix en 2000, année de forte expansion, étayaient la conclusion selon laquelle ses prix n'étaient pas dictés par le cycle économique: par rapport à 1998, les prix des autres importateurs coréens n'avaient diminué que de 1 pour cent et les prix communautaires de 7 pour cent, alors que ceux d'Hynix avaient déjà diminué de 23 pour cent.

27. S'agissant de la période couverte par l'enquête, rien dans l'article 15.2 de l'*Accord SMC* n'indique comment fixer cette période. En tout état de cause, les Communautés européennes estiment qu'elles ont fixé cette période d'une façon objective, et que le laps de temps qui s'est écoulé dans la présente affaire était raisonnable et ne révèle aucune incompatibilité.

28. Pour ce qui est de la production, les Communautés européennes conviennent que la "production" (en anglais "output") est un facteur pertinent pour l'évaluation du dommage. L'Oxford English Dictionary définit le terme "output" comme étant "the quantity or amount produced; production" (la quantité ou le montant produit; la production). La Commission a évalué la

"production" dans son Règlement 708/2003, aux considérants 125 et 126 et dans le tableau précédent. Ces constatations ont été confirmées au considérant 186 du Règlement 1480/2003. L'allégation de la Corée selon laquelle les Communautés européennes n'ont pas évalué la "production" est donc complètement infondée.

29. Pour ce qui est des salaires, les réponses des producteurs nationaux au questionnaire contenaient des renseignements à ce sujet. Les autorités chargées de l'enquête ont examiné ces renseignements et ont conclu qu'en l'espèce, le facteur "salaires" n'était pas pertinent aux fins de l'évaluation du dommage. En outre, aucune des parties, y compris la Corée et Hynix, n'a soulevé la question des "salaires". C'est la raison pour laquelle le facteur "salaires" n'est pas examiné dans les Règlements 708/2003 et 1480/2003.

30. Dans leur évaluation de la situation de la branche de production nationale, les Communautés européennes ont fait beaucoup plus que de dresser la liste des facteurs énumérés à l'article 15.4 de l'*Accord SMC*. Elles ont plutôt indiqué dans les Règlements les données pertinentes disponibles pour chacun des facteurs. Et dans chaque cas, les Communautés européennes ont inclus une analyse ou une évaluation par rapport à ces données, généralement en précisant que le facteur était soit un indicateur positif, soit un indicateur négatif, et en tirant des conclusions générales pour les raisons exposées dans les Règlements. Cela constitue un examen et une évaluation. Par conséquent, toute constatation d'incompatibilité avec l'article 15.4 de l'*Accord SMC* est infondée.

31. Les développements de la Corée sur une analyse du lien de causalité fondée sur l'addition des chiffres de LGS et d'Hynix sont entièrement hypothétiques, étant donné que les autorités chargées de l'enquête ont agi d'une manière objective lorsqu'elles ont examiné les importations en adoptant une approche qui permettait d'évaluer correctement et raisonnablement l'acquisition de LGS par Hynix en 1999 (voir ci-dessus). En tout cas, les "corrélations" dont la Corée affirme l'existence (part de marché de la branche de production communautaire *contre* part de marché d'Hynix et part de marché d'Hynix *contre* rentabilité d'Infineon) n'auraient aucune valeur particulière pour analyser le lien de causalité étant donné que l'autorité chargée de l'enquête doit examiner l'ensemble de la situation. La part de marché, ou le volume des importations subventionnées, ne constitue qu'un élément de cette situation – qui comprend aussi les effets sur les prix et la situation de la branche de production nationale. Ainsi, les graphiques de la Corée induisent en erreur et son approche unidimensionnelle ne peut établir aucune incompatibilité avec l'*Accord SMC*.

32. En outre, les Communautés européennes estiment que les conclusions concernant le dommage et le lien de causalité ne changeraient pas, même si les données relatives à LGS étaient ajoutées aux données relatives à Hynix. Premièrement, même si les données relatives à LGS étaient ajoutées aux données relatives à Hynix, il y aurait une augmentation du volume de 155 pour cent en quantité absolue, ce qui constitue une augmentation notable en quantité absolue au sens de l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Deuxièmement, la part de marché de 16,8 pour cent détenue par Hynix durant la période couverte par l'enquête est suffisamment notable pour justifier la constatation selon laquelle les importations d'Hynix affectaient le marché intérieur et les prix de la branche de production nationale. Troisièmement, les allégations formulées par la Corée aux paragraphes 213 à 218 de sa première communication écrite sont hors de propos étant donné que les Communautés européennes ne se sont appuyées sur la part de marché ni pour évaluer le dommage ni pour évaluer le lien de causalité. De plus, les tableaux indiquant les parts de marché n'étaient pas le raisonnement de la Corée à propos du volume.

II. SUBVENTION

33. Les Communautés européennes ont, en toutes circonstances et à tous égards, agi en conformité avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

34. L'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* mentionne une contribution financière des pouvoirs publics *ou* de tout organisme public. La notion d'"organisme public" doit être juxtaposée à celle d'"organisme privé", mentionnée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Ainsi, en déterminant si une entité est un organisme public ou non, il est pertinent d'examiner si oui ou non cette entité est contrôlée, d'une façon ou d'une autre, à long ou à court terme, par l'État.

35. S'agissant de l'expression "chargent ou ordonnent", les Communautés européennes souhaiteraient formuler les observations suivantes. Premièrement, dans sa version anglaise, le texte utilise le terme "direct" (ordonner) et non, par exemple, le terme "order" (ordonner). Tout en pouvant exprimer l'idée de commandement, le terme "direct" a également une connotation plus large. Il signifie, entre autres, "to regulate, conduct or control affairs" (réglementer, conduire ou contrôler des affaires); "to give commands or orders with authority" (donner des commandements ou des ordres avec autorité); "to aim point or cause to move towards a goal" (viser, pointer un but ou faire avancer en direction d'un but). Ainsi, une indication – ou, comme dit la Corée – une "incitation", de même qu'un commandement, constitue également un ordre. Deuxièmement, le terme "chargent" diffère du terme "ordonnent". Il peut inclure une idée de délégation, dans la mesure où il indique que l'entité qui est chargée de faire telle ou telle chose sera tenue responsable si le résultat escompté n'est pas atteint, mais il a aussi une connotation plus large. L'idée de "charger" indique précisément un contrôle particulièrement léger, ou une certaine distance de la part de l'autorité exerçant un contrôle. Ce terme évoque l'idée d'"investir", ainsi que le fait de mettre quelque chose "aux bons soins ou sous la protection" de quelqu'un. Ainsi, la signification de l'expression "chargent ou ordonnent" est généralement plus vaste que celle qu'indique la Corée.

36. Dans ses communications relatives à l'expression "chargent ou ordonnent", la Corée confond les questions de fait et les questions de preuve. La véritable question dont est saisi le Groupe spécial n'est pas une discussion juridique plaisante sur le sens possible des termes "chargent ou ordonnent". La véritable question est une question concernant la preuve. L'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, sur laquelle la Corée essaie tant de s'appuyer, est donc tout simplement hors de propos.

37. S'agissant de la question de la contribution financière, les Communautés européennes se sont fondées sur tous les faits, ainsi qu'il est indiqué dans les Règlements.

38. Pour ce qui est du prêt syndiqué et d'une manière générale, une contribution substantielle des pouvoirs publics est en soi un élément de preuve indiquant un engagement à long terme des pouvoirs publics, de nature à influencer d'autres participants. Le moment, le type et le montant des contributions concernant la société sont des facteurs importants. Un engagement suffisamment important des pouvoirs publics, sous forme d'un prêt, convaincra toujours certains créanciers que la société "résistera à la tempête" et effectuera les remboursements, ou au moins les rééchelonnera. Ces autres prêteurs n'ont besoin d'être convaincus que d'une chose: que la société survivra. Dans ce cas de figure, la participation des pouvoirs publics au prêt est une forme de gage ou de garantie. Effectivement, les pouvoirs publics ne peuvent pas faire marche arrière. Tout le monde est dans le même bateau (de sauvetage), parrainé par le gouvernement. En réalité, il fait de la participation au prêt une sorte de "pari sans risque" pour les autres banques. Ainsi, en l'espèce, les Communautés européennes n'ont pas considéré la participation des autres banques comme un élément de preuve montrant qu'Hynix était en grande forme commerciale et faisait figure de bon investissement aux yeux du marché – affirmation que les Communautés européennes considéraient peu plausible dans tous les cas de figure. Les Communautés européennes ont plutôt vu la participation des autres banques comme étant la confirmation de l'efficacité de l'intervention de la Corée pour soutenir Hynix.

39. La Corée ne semble pas contester les déterminations relatives à la KDB, dans la mesure où il a été constaté qu'elle était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La partie pertinente de la première communication écrite de la Corée ne dit rien sur ce point. Sur cette base, il n'est pas demandé au Groupe spécial de faire des constatations à cet égard, et il devrait s'abstenir de le faire. Les simples assertions de la Corée au sujet de toutes les banques sont

insuffisantes pour réfuter les questions de fait détaillées mentionnées dans les Règlements 1480/2003 et 708/2003. En tout état de cause, les assertions de la Corée ne sont pas étayées par les constatations du Groupe spécial *États-unis – Restrictions à l'exportation*. Ledit groupe spécial traitait d'une disposition distincte – l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Sur ce point, les Communautés européennes se réfèrent plutôt à l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La KDB était un "organisme public" au sens de cette disposition et elle a apporté une "contribution financière" – ces faits ne sont pas sérieusement contestés par la Corée.

40. De même, la Corée ne conteste pas les déterminations des Communautés européennes selon lesquelles la FSC était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*; ni que les pouvoirs publics coréens l'ont chargée d'accorder des dérogations, ou qu'ils lui ont ordonné de le faire, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

41. S'agissant de la garantie de la KFB et de la KEB, les Communautés européennes ont déterminé que la lettre datée du 28 novembre 2000 faisait plus que de "recommander" ou de "conseiller". En fait, elle ordonnait ou "chargeait ou ordonnait" la KEB de demander de relever les plafonds du crédit, y compris au nom de la KFB et de la KDB. Ce fait est confirmé par les termes de la lettre elle-même.

42. Concernant la garantie de la KEIC, les Communautés européennes rappellent qu'elles ont déterminé que la KEIC était un organisme public au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La Corée ne conteste pas cette détermination. C'est pourquoi le Groupe spécial doit rejeter l'allégation d'incompatibilité avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* formulée par la Corée au sujet de la garantie de la KEIC – agir autrement serait une erreur de droit.

43. En outre, les Communautés européennes ont déterminé qu'il y avait eu une action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis de la KEIC au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. La Corée ne conteste pas non plus cette détermination – elle admet même expressément que la garantie de la KEIC a été mise à disposition sur l'ordre de ministres du gouvernement coréen – et elle se confine à formuler une observation au sujet de l'avantage – qui est une question distincte qui sera traitée dans la section correspondante de la présente communication.

44. Les communications de la Corée au sujet du programme obligatoire de la KDB sont tout aussi confuses. La Corée indique que les déterminations des Communautés européennes sur ce point ne sont pas claires. Ce n'est pas le cas. Les Communautés européennes ont constaté – très clairement – que la KDB était un organisme public apportant une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

45. S'agissant du plan de sauvetage de mai 2001, les Communautés européennes invitent le Groupe spécial à examiner tous les faits pertinents cités dans les Règlements 708/2003 et 1480/2003. Ces faits, pris conjointement, font partie d'un grand puzzle. Il se peut tout à fait que les parties visées par l'enquête choisissent de ne pas donner toutes les pièces du puzzle à l'autorité chargée de l'enquête (ou au Groupe spécial). Mais le tableau général est suffisamment clair et justifie que l'on détermine qu'il y a eu action de charger ou d'ordonner, sur la base d'une évaluation raisonnable de l'ensemble des faits.

46. S'agissant du plan de sauvetage d'octobre 2001, les Communautés européennes ont fondé leurs constatations non pas sur un seul élément de preuve mais sur l'ensemble des faits et, dans une certaine mesure, sur les renseignements disponibles. Ainsi, les Communautés européennes estiment que la question pertinente est de savoir si la Corée a montré que l'évaluation générale des éléments de preuve révèle une incompatibilité quelconque avec l'*Accord SMC*. Toutefois, la Corée n'examine jamais correctement cette question et elle traite plutôt, isolément, chacun des éléments de preuve sur lesquels s'appuient les Communautés européennes. Les Communautés européennes estiment que

cette approche est erronée car il n'est pas pertinent de déterminer si un seul élément de preuve, en soi et pris isolément, est un élément de preuve suffisant montrant que les pouvoirs publics ont donné un ordre.

47. Concernant la question de l'avantage, les Communautés européennes font observer que les termes "toute méthode" et "toute méthode de ce genre" utilisés à l'article 14 de l'*Accord SMC* indiquent que différentes méthodes d'évaluation du montant d'une subvention ou, en l'occurrence, du point de savoir s'il existe ou non un avantage, peuvent être compatibles avec l'*Accord SMC*. Cela est confirmé par l'utilisation des termes "principes directeurs", qui suggère une nouvelle fois une certaine latitude dans l'application de ces dispositions. Ainsi les autorités chargées de l'enquête ont un certain degré de flexibilité. L'obligation principale est plutôt une obligation de transparence et d'explication.

48. Le fait que l'article 14 a) énonce seulement une règle fondamentale est très significatif. L'article 14 a) ne prévoit pas de méthode de calcul spécifique. Il y a une bonne raison à cela. La raison en est que le montant de la subvention ou de l'avantage dépendra du risque futur – élément difficile à évaluer.

49. Ce point revêt une importance capitale. L'*Accord SMC* n'impose aux Membres aucune obligation expresse pour ce qui est du calcul du montant de la subvention ou de l'avantage dans un scénario basé sur le "risque", c'est-à-dire un scénario qui comporte une évaluation du risque futur. Conformément à l'affaire *Canada – Aéronefs* et au libellé de l'article 14 de l'*Accord SMC*, le principe directeur devrait être le suivant: un point de repère pour le calcul devrait se fonder sur l'avantage obtenu par rapport au financement disponible sur le marché commercial – si un tel financement est effectivement disponible.

50. Dans la méthodologie des Communautés européennes, on peut dire que le graphique théorique qui établit un rapport entre le risque futur assumé par les pouvoirs publics et le montant de la subvention n'est pas uniformément linéaire. Dans la mesure où le risque futur pourrait être mesuré et quantifié de zéro à 100 (où zéro représente un risque nul de perte du capital et 100 une perte certaine), le marché n'ajoute pas simplement, par exemple, un point de pourcentage d'intérêt pour chaque point de risque additionnel. Il y a plutôt un seuil au-delà duquel les marchés de capitaux ne risqueront pas d'autres fonds. Plusieurs possibilités s'offrent généralement aux investisseurs de capitaux – et ils chercheront la solution la plus équilibrée entre risque et profit. Dans la pratique, cet équilibre sera impossible à atteindre lorsque le risque s'approche de la valeur maximale de 100, mentionnée précédemment. Ce n'est pas vraiment une observation qui prête à controverse car c'est essentiellement une question de bon sens.

51. Les Communautés européennes sont d'avis que, au-delà du seuil où le marché ne risquerait plus de capitaux, si les pouvoirs publics fournissent quand même des capitaux, en particulier des capitaux à risque (qu'on les appelle participations, dette, garantie ou même subvention), l'avantage accordé à la société doit être mesuré comme étant le montant intégral du principal. Laisse à ses propres ressources et livrée au marché, la société n'obtiendrait rien. Grâce aux pouvoirs publics, la société obtient, par exemple, un capital de 10 millions d'euros. L'avantage dont bénéficie la société du fait de l'intervention des pouvoirs publics est donc de 10 millions d'euros, ce qui est le montant qui peut faire l'objet de droits compensateurs.

52. Les Communautés européennes considèrent que chacune des mesures spécifiques évaluées a conféré un avantage, pour toutes les raisons exposées dans les Règlements.

53. Enfin, contrairement à ce qu'affirme la Corée, toutes les mesures pertinentes, y compris le programme obligatoire de la KDB et les plans de sauvetage de mai et octobre 2001, étaient spécifiques au sens de l'*Accord SMC*. Aucune erreur n'a été commise dans le calcul de la subvention, ni dans la façon dont le droit compensateur a été calculé. Les Communautés européennes ont correctement attribué les subventions aux ventes non consolidées d'Hynix.

ANNEXE A-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(25 juin 2004)

I. INTRODUCTION

1. Le gouvernement du Japon (le "Japon") souhaite aborder les questions systémiques capitales soulevées par le gouvernement de la République de Corée (la "Corée") relatives à la détermination de l'existence d'un dommage important et à la détermination de l'existence d'une subvention par les Communautés européennes (les "CE"). Le Japon ne prend pas position en ce qui concerne les aspects factuels de la présente affaire, mais il demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement les aspects tant juridiques que factuels de la présente affaire à la lumière des arguments exposés ci-après dans la présente communication.

II. ARGUMENTATION

A. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

1. Les CE n'ont apparemment pas dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées

2. La Corée allègue que les CE ont effectué une analyse insuffisante pour satisfaire à l'obligation de la règle de la non-imputation énoncée à l'article 15.5 de l'Accord SMC.¹ L'analyse des CE n'a apparemment pas dissocié et distingué les effets de tous les autres facteurs connus sur la branche de production nationale des effets du subventionnement.

3. Dans l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*², l'Organe d'appel a reconfirmé qu'il fallait que les autorités dissocient et distinguent le dommage causé par les importations faisant l'objet d'un dumping de celui qui est causé par les autres facteurs lorsqu'elles déterminent l'existence d'un dommage au titre de l'article 3.5 de l'Accord antidumping qui est équivalent à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

4. Dans la présente affaire, les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'un dommage sur la sous-cotation notable du prix des importations subventionnées d'Hynix et l'offre excédentaire de DRAM.³ Bien que les CE aient reconnu que la capacité excédentaire ait pu contribuer au grave fléchissement dont souffre cette branche de production⁴, elles n'ont, semble-t-il, pas examiné la

¹ Voir la première communication écrite de la République de Corée ("première communication écrite de la Corée"), 7 mai 2004, paragraphe 222.

² Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil* ("CE – Accessoires de tuyauterie"), WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003.

³ Règlement (CE) n° 1480/2003 du Conseil du 11 août 2003 instituant un droit compensateur définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains microcircuits électroniques dits "DRAM" (Dynamic Random Access Memories - Mémoires dynamiques à accès aléatoire) originaires de la République de Corée, J.O. n° L 212 de 2003 (ci-après le "Règlement définitif") (**pièce n° 1 de la Corée**), considérant 192.

⁴ *Id.*, considérant 197.

capacité excédentaire de Samsung, un producteur de DRAM non subventionnées, séparément de la capacité excédentaire d'Hynix.

5. Le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement si les CE ont dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées dans sa détermination de l'existence d'un dommage conformément à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

B. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION

1. **Le Groupe spécial devrait appliquer les critères corrects en matière de preuve pour examiner l'existence et la portée d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens au regard de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC**

6. Les autorités peuvent constater qu'une subvention a été accordée à un bénéficiaire uniquement lorsqu'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) a été faite, et un avantage au sens de l'article 1.1 b) a été conféré, à un bénéficiaire. En vertu de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC, les autorités peuvent déterminer qu'une banque contrôlée par des intérêts privés a fourni une contribution financière, si la banque l'a fournie pour se conformer à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7. Le groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*⁵ a analysé la signification des termes "charger ou ordonner" employés à l'article 1.1 a) 1) iv) en indiquant que les actions de charger et ordonner comportent les trois éléments suivants: "i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière".⁶ Son analyse montre que l'article 1.1 a) 1 iv) prévoit ces éléments, dont les autorités doivent constater l'existence pour conclure que la contribution financière a été accordée par l'intermédiaire d'une banque contrôlée par des intérêts privés. Il a aussi précisé que cet article n'exigeait pas que la délégation ou le commandement des pouvoirs publics soit détaillé au point de donner des instructions pour chaque étape que la banque doit suivre.

8. L'existence de ces trois éléments peut être montrée par des éléments de preuve directs tels qu'une lettre des pouvoirs publics à une banque commerciale, ou par des éléments de preuve circonstanciels ou secondaires. Il serait suffisant que les autorités constatent l'existence d'une contribution financière, si les éléments de preuve sont tels qu'elles peuvent raisonnablement conclure que les pouvoirs publics ont délégué à une banque contrôlée par des intérêts privés le soin de fournir certains appuis financiers à une société donnée, ou lui ont commandé de le faire.

9. Comme le fait valoir la Corée, le critère d'examen du Groupe spécial est énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.⁷ Cet article exige que le Groupe spécial examine si la détermination de l'existence d'une subvention faite par les CE était fondée sur "une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause".⁸ Ainsi, le Groupe spécial doit constater que les faits sont établis d'une manière compatible avec les règles de l'OMC dans la mesure où une évaluation objective des éléments de preuve versés au dossier permettrait raisonnablement au Groupe spécial de parvenir à la conclusion à laquelle sont parvenues les autorités. Les critères en matière de preuve ne prévoient pas d'autres exigences.

⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions* ("*États-Unis – Restrictions à l'exportation*"), WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001.

⁶ *Id.*, paragraphe 8.29.

⁷ *Première communication écrite de la Corée*, paragraphes 26 à 32.

⁸ Article 11 du Mémoire d'accord.

10. À ce titre, le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens compte tenu de l'analyse qui précède.

2. Le Groupe spécial devrait examiner l'application des données de fait disponibles par les CE conformément à l'Accord SMC et au droit international

11. Les CE ont fondé leur détermination de l'existence d'une subvention sur des données de fait provenant de sources secondaires, alléguant que certaines parties interrogées n'ont pas communiqué les renseignements nécessaires ou refusé des vérifications sur site.⁹ En vertu du principe général de la bonne foi énoncé dans le droit international et des prescriptions spécifiques de l'article 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC, c'est en dernier ressort que les autorités doivent recourir aux données de fait disponibles.

12. Comme l'a reconnu à plusieurs reprises l'Organe d'appel, les Membres sont tenus d'exécuter de bonne foi les obligations conventionnelles qui découlent pour eux de l'Accord sur l'OMC.¹⁰ Dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, par exemple, l'Organe d'appel a dit que le "principe fondamental de la bonne foi" était "un principe juridique général et un principe du droit international général".¹¹ Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*¹², l'Organe d'appel a expliqué que ce principe général "interdi[sait] l'exercice abusif [des droits que possèdent les États]"¹³ et que l'exercice d'un droit que possède un État devrait être "juste et équitable pour toutes les parties".¹⁴ En tant que tel, le principe fondamental de la bonne foi prescrit aux autorités d'agir d'une manière impartiale qui respecte l'équité élémentaire.¹⁵

13. L'article 12.7 accorde aux autorités le pouvoir discrétionnaire de fonder leurs déterminations de l'existence d'une subvention sur des renseignements provenant de sources secondaires en tant que données de fait disponibles. Conformément à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en vertu de dispositions conventionnelles en vigueur doit se faire de bonne foi. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* a indiqué que "[le pouvoir discrétionnaire] [devait] être exercé d'une manière impartiale qui soit équitable pour toutes les parties touchées par une enquête antidumping".¹⁶

14. La disposition de l'article 12.7 énonce les obligations spécifiques tant des autorités que des parties interrogées avant que les autorités n'aient recours aux données de fait disponibles. Les autorités doivent utiliser les renseignements communiqués par la partie interrogée et ne peuvent pas recourir aux données de fait disponibles, si la partie a communiqué les renseignements "dans un délai

⁹ *Règlement définitif*, considérants 16 à 18.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudé, de section circulaire, en provenance de Corée* ("*États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*"), WT/DS202/AB/R, adopté le 8 mars 2002, paragraphe 110 et note 117; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon* ("*États-Unis – Acier laminé à chaud*"), WT/DS184/AB/R, adopté le 23 août 2001, paragraphe 101.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 101.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ("*États-Unis – Crevettes*"), WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

¹³ *Id.*, paragraphe 158.

¹⁴ *Id.*, note 156, citant B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Stevens and Sons, Ltd., 1953), chapitre 4, page 125. (italique ajouté par l'Organe d'appel)

¹⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 148 et note 142. Voir également le rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés* ("*CE – Hormones*"), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, paragraphe 133.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 148. (italique dans l'original)

raisonnable" sans entraver le déroulement de l'enquête de façon notable. Quant à l'expression "dans un délai raisonnable", l'Organe d'appel a exposé les six facteurs que les autorités chargées de l'enquête devraient examiner.¹⁷

15. Les dispositions de l'article 12.11 confirment la prescription concernant le processus bidirectionnel entre les autorités et la partie interrogée. Cet article dispose que les autorités tiendront dûment compte des difficultés que pourraient avoir les parties intéressées à communiquer les renseignements demandés, et qu'elles leur accorderont toute l'aide possible. L'Organe d'appel a indiqué que l'article 6.13 de l'Accord antidumping, qui est l'équivalent de la disposition de l'article 12.11 de l'Accord SMC, soulignait que la "coopération" était un processus allant dans les deux sens qui supposait un effort conjoint et qu'il exigeait des autorités chargées de l'enquête qu'elles tiennent compte de certains éléments ou prennent des dispositions pour aider les parties intéressées à communiquer les renseignements.¹⁸

16. Les autorités doivent satisfaire aux prescriptions qui précèdent en vertu de l'article 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC, et doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire pour identifier les données de fait disponibles d'une manière neutre, objective, impartiale et équitable. Le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner si les CE ont appliqué les données de fait disponibles en l'espèce dans le respect de ces prescriptions.

III. CONCLUSION

17. Pour les raisons exposées plus haut, le Japon demande respectueusement au Groupe spécial d'examiner soigneusement la compatibilité de la détermination de l'existence d'un dommage avec l'article 15.5 et de la détermination de l'existence d'une subvention avec les articles 1.1 a) 1) iv), 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC.

¹⁷ *Id.*, paragraphe 85.

¹⁸ *Id.*, paragraphe 104.

ANNEXE A-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(25 juin 2004)

I. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. **Critère d'examen:** La tâche du Groupe spécial est de déterminer si une personne raisonnable, impartiale, examinant les mêmes éléments de preuve que les autorités communautaires, aurait pu parvenir – et non pas serait parvenue – aux mêmes conclusions que ces autorités. Les États-Unis ne doutent pas que le Groupe spécial considérera les arguments de la Corée pour ce qu'ils sont: rien d'autre qu'une demande inadmissible visant à ce que le Groupe spécial procède à un examen *de novo*.
2. **Charge de la preuve:** C'est à la Corée qu'incombe la charge de prouver que les CE ont agi d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC. Il n'appartient pas aux CE de prouver qu'elles ont agi d'une manière incompatible avec lesdites règles.
3. **Éléments de preuve positifs:** Les arguments de la Corée ne portent pas réellement sur le point de savoir si les éléments de preuve utilisés par les autorités communautaires étaient des "éléments de preuve positifs". Au lieu de cela, et bien qu'elle ait à plusieurs reprises protesté du contraire, ce que veut la Corée, c'est que le Groupe spécial réévalue les éléments de preuve sur lesquels se sont appuyées les autorités communautaires.

II. QUESTIONS CONCERNANT L'IDENTIFICATION ET LE CALCUL DE LA SUBVENTION

4. **Le critère "chargent ou ordonnent":** La Corée préconise un critère spécial en matière de preuve en ce qui concerne "l'action de charger ou ordonner". Selon la Corée, l'action des pouvoirs publics ne constitue une action de charger ou ordonner que lorsqu'elle est "claire et non ambiguë" ou "spécifique et contraignante". Par ailleurs, pour déterminer si l'action des pouvoirs publics constitue une action de charger ou ordonner, il faut un "examen renforcé". Cependant, ni l'article 1.1 a) 1) iv) lui-même ni aucune autre disposition des Accords de l'OMC ne vient à l'appui de l'idée qu'il existe une sorte de critère spécial en matière de preuve aux fins de déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner.
5. La Corée fait aussi valoir que les éléments de preuve d'une action de charger ou ordonner doivent prendre la forme d'un commandement "explicite" des pouvoirs publics. L'utilisation que fait la Corée du terme "explicite" laisse penser que l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics ne peut être prouvée que par un commandement formel ou officiel.
6. Dans son sens ordinaire, l'action de charger ou ordonner inclut, mais sans s'y limiter, un ordre ou un commandement. Une interprétation de l'alinéa iv) qui exclurait automatiquement, et dans tous

les cas, tout ordre des pouvoirs publics non exprimé par écrit priverait quasiment l'article 1.1 a) 1) iv) de tout sens.¹

7. La Corée affirme aussi que le critère en matière de preuve énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv), à savoir l'action de charger ou ordonner, exige *un* commandement des pouvoirs publics adressé à *un* organisme privé explicitement nommé d'entreprendre *une* action explicitement identifiée à *un* moment explicite. Il est évident, à la lecture du texte de la disposition, que l'article 1.1 a) 1) iv) n'impose pas une telle prescription. D'une manière générale, en ce qui concerne la preuve, tout élément de preuve ou élément factuel peut être pertinent, à condition qu'il démontre, soit isolément, soit conjointement avec d'autres éléments de preuve, si oui ou non des pouvoirs publics ont chargé des organismes privés de fournir des contributions financières, ou leur ont ordonné de le faire. L'importance relative de chaque élément de preuve ou élément factuel ne peut être déterminée que dans le contexte d'une affaire particulière, et non en se fondant sur des généralités.

8. La Corée mentionne l'utilisation du singulier "une" contribution financière dans le texte de l'article 1.1 a) 1). Cependant, le singulier "un(e)" est également utilisé dans le texte des articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC en référence aux termes avantage, subvention et spécificité. Si l'on devait entendre par "une" contribution financière un ordre des pouvoirs publics adressé à "une" banque particulière, alors la spécificité serait toujours examinée dans le contexte, par exemple, d'un prêt ponctuel d'une banque à "un" bénéficiaire. La subvention, par conséquent, serait toujours spécifique. Ainsi, l'argument de la Corée concernant l'emploi du singulier "un(e)" viderait de son sens l'article 2 de l'Accord SMC, et, pour cette seule raison, devrait être rejeté par le Groupe spécial.

9. L'argument de la Corée concernant le singulier "un(e)" fait aussi abstraction du fait que l'emploi du singulier n'exclut pas un sens qui englobe le pluriel du terme en question. En particulier, selon la définition du terme "organisme", tel qu'il est employé dans l'expression "un organisme privé" à l'alinéa iv), le terme "organisme" peut désigner une entité unique ou plus d'une entité. Le sens ordinaire du texte de l'article 1.1 a) 1) iv), par conséquent, n'exclut pas l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics vis-à-vis de plusieurs créanciers privés pris en tant que groupe.

10. C'est aussi sans aucun fondement que la Corée s'appuie sur l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* pour son critère en matière de preuve banque par banque, transaction par transaction. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a traité une question très différente, et la partie citée du rapport sur l'affaire est d'une pertinence très limitée (si tant est qu'elle en ait) pour le présent différend. Même si le Groupe spécial devait admettre le postulat selon lequel "l'action de charger comme celle d'ordonner "comporte nécessairement l'élément d'une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement"", il n'y a aucune base dans l'Accord SMC permettant de transformer la notion générale d'"élément d'une action explicite et positive" en un critère en matière de preuve "rigoureux" demandant la preuve expresse d'une action formelle des pouvoirs publics banque par banque, transaction par transaction.

11. Les États-Unis ne souscrivent pas au postulat de l'argumentation de la Corée selon lequel le comportement des parties privées est pertinent pour déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner. L'article 1.1 a) 1), y compris l'alinéa iv), est donc centré sur "l'action des pouvoirs publics" lorsqu'ils font la "contribution financière", et l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics – qu'elle soit directe ou indirecte – est déterminée par rapport aux actions des pouvoirs publics.

¹ De fait, l'Organe d'appel a mis en garde contre les interprétations qui "[auraient pour effet de] faire passer la forme avant le fond et de permettre aux Membres de contourner les disciplines concernant les subventions ...". *Canada – Produits laitiers*, paragraphe 110. Même si l'Organe d'appel traitait des disciplines concernant les subventions à l'exportation dans le cadre de l'Accord sur l'agriculture, son raisonnement s'applique avec la même force à l'Accord SMC.

12. **Données de fait disponibles:** L'analyse que fait la Corée des "données de fait disponibles" et de l'article 12.7 de l'Accord SMC reflète plusieurs erreurs d'interprétation. Dans les cas où les Membres intéressés ou les parties intéressées contrecarrent la procédure, soit en ne divulguant pas les renseignements demandés, soit en entravant le déroulement de l'enquête de façon notable, l'article 12.7 de l'Accord SMC prévoit l'utilisation des données de fait disponibles, mais ne donne pas d'instruction aux autorités pour déterminer sur quelles données de fait versées au dossier il faut s'appuyer pour faire des déterminations, ni comment évaluer ou peser les éléments de preuve versés au dossier. Il semble évident, cependant, que lorsqu'une partie refuse l'accès à des renseignements, cette donnée de fait fasse partie du dossier des éléments de preuve. En se fondant sur le refus d'une partie d'accorder l'accès à des renseignements, l'autorité chargée de l'enquête peut à juste titre faire des inférences concernant la fiabilité des autres renseignements communiqués par cette partie. Ainsi, une autorité chargée de l'enquête peut faire des inférences raisonnables à partir de toutes les données de fait versées au dossier, et choisir d'utiliser les renseignements communiqués par d'autres sources, ou de leur accorder plus de poids.

13. L'approche de la Corée présuppose à tort que les seules données de fait à la disposition des autorités sont celles qui sont communiquées par la partie ou les pouvoirs publics interrogés. Cependant, d'autres données de fait sont souvent versées au dossier, y compris les renseignements à la disposition du public et les renseignements communiqués par les parties intéressées nationales. En outre, l'approche de la Corée autorise à tort une partie interrogée à sélectionner les renseignements que l'autorité chargée de l'enquête doit utiliser pour faire une détermination.

14. S'agissant du fait que la Corée s'appuie sur l'Annexe II de l'Accord antidumping, celle-ci, comme toute autre disposition des Accords de l'OMC, peut fournir un contexte aux fins d'interpréter l'article 12.7 de l'Accord SMC, encore que l'on puisse débattre des conclusions à tirer de l'examen de l'Annexe II en tant que contexte. Cela dit, il y a une conclusion tirée du contexte qui ne souffre aucun débat, à savoir qu'il n'existe aucune annexe comparable dans l'Accord SMC. Par conséquent, le Groupe spécial doit donner un sens à l'absence expresse de toute annexe ou de toute référence textuelle aux prescriptions contenues dans l'Annexe II de l'Accord antidumping. En particulier, le Groupe spécial devrait rejeter les efforts déployés par la Corée pour faire ce que les rédacteurs n'ont pas fait, à savoir rendre certaines parties de l'Annexe II applicables aux déterminations au titre de l'article 12.7 de l'Accord SMC.

15. La Corée ne communique aucun élément à l'appui de son assertion selon laquelle, même si l'application des données de fait disponibles par l'autorité chargée de l'enquête est justifiée dans les circonstances en question, cette application devrait être limitée de façon à être "proportionnelle à l'absence de coopération ou à l'entrave alléguée". En vertu de l'article 12.7, l'utilisation des données de fait disponibles dépend du point de savoir si les "renseignements nécessaires" sont communiqués. Si les renseignements nécessaires ne sont pas divulgués, ou si l'autorité chargée de l'enquête se voit refuser l'accès à ces renseignements, elle doit faire des inférences et parvenir à des conclusions en utilisant les données de fait disponibles, quelles qu'elles soient, afin de terminer son enquête.

16. **Avantage:** La Corée fait valoir que pour *chaque* type de contribution financière, le marché pertinent d'où il convient de tirer le point de repère est un "point de repère du marché principal", c'est-à-dire le marché du Membre particulier considéré. L'interprétation de la Corée ne tient pas compte des termes mêmes de l'article 14. De plus, l'utilisation par la Corée de l'affaire *Bois de construction résineux* à l'appui de son argumentation est sans fondement.

17. Les alinéas a) et d) contiennent des limitations territoriales concernant le point de repère pertinent; les alinéas b) et c) n'en contiennent pas. Néanmoins, la Corée fait valoir qu'il est "implicite" dans l'utilisation du terme "comparable" aux alinéas b) et c) que "des comparaisons soient faites en utilisant l'expérience d'intervenants privés *sur le marché du Membre*, étant donné que cette expérience est nécessairement celle qui est la plus comparable". (pas d'italique dans l'original) Le

Groupe spécial devrait rejeter la tentative de la Corée visant à lire dans les alinéas b) et c) des termes qui n'y sont pas.

18. L'utilisation par la Corée de l'affaire *Bois de construction résineux* est sans fondement, parce que les constatations de l'Organe d'appel dans ce différend se limitaient à l'alinéa d) de l'article 14, dans lequel figure le membre de phrase "dans le pays de fourniture ou d'achat". Il n'y a pas de termes exprimant une telle limitation territoriale aux alinéas b) et c).

19. **Spécificité:** La Corée laisse entendre que les CE étaient tenues d'examiner la taille et le capital d'Hynix par rapport à la taille et à l'intensité de capital de toutes les entreprises dont la dette a fait l'objet d'une restructuration et de considérer cette aide au titre de la restructuration répartie entre les créanciers participants au prorata, compte tenu de leurs créances existantes. L'article 2.1 c) ne contient *aucune* prescription concernant la manière dont il convient de mener une analyse de l'utilisation disproportionnée, à plus forte raison les méthodes analytiques spécifiques dont la Corée affirme qu'elles sont requises. En outre, menée jusqu'à sa conclusion logique, l'approche analytique de la Corée conduirait à un résultat absurde, à savoir que plus une entreprise est endettée et plus elle peut recevoir de subventions sans risquer une constatation de spécificité.

III. QUESTIONS CONCERNANT LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

20. **Volume des importations:** La Corée affirme qu'il n'y a pas eu une telle augmentation notable de la part de marché. Les États-Unis ne connaissent pas suffisamment le dossier factuel de l'enquête des CE pour se faire une opinion quant au point de savoir s'il y a eu une telle augmentation notable. D'un point de vue juridique, toutefois, l'accent que met la Corée sur l'importance d'une éventuelle augmentation de la part de marché n'est pas justifié par le texte de l'article 15.1 et 15.2. Pour faire une détermination de l'existence d'un dommage, l'article 15.1 prescrit, entre autres choses, un examen objectif "a) du volume des importations subventionnées et de l'effet des importations subventionnées sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de l'incidence de ces importations sur les producteurs nationaux de ces produits". (note de bas de page omise) Pour sa part, la partie pertinente de l'article 15.2 de l'Accord SMC dispose ce qui suit:

Pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur.

Sur la base du texte clair de l'Accord SMC, où sont employés les termes disjonctifs "soit" et "soit", l'analyse du volume des importations visées devrait inclure la considération du volume absolu des importations visées subventionnées, ainsi que du point de savoir s'il y a eu une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées en termes absolus, une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées par rapport à la production dans le Membre importateur, ou une augmentation notable du volume des importations visées subventionnées par rapport à la consommation dans le Membre importateur. La dernière phrase de l'article 15.2 de l'Accord SMC précise qu'"un seul ni même plusieurs" des facteurs énoncés à l'article 15.2 "ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminant".

21. Ainsi, il n'existe pas de prescription voulant qu'il y ait une augmentation du volume des importations subventionnées, encore moins qu'une autorité chargée de l'enquête constate une augmentation "notable" du volume des importations subventionnées par rapport à la consommation. Cela est logique, parce que les importations peuvent avoir des effets négatifs sur les prix sans gagner de part de marché – par exemple si elles forcent la branche de production nationale à baisser ses prix pour conserver sa part du marché. Sur un marché concernant un produit fongible où l'information est diffusée rapidement et les prix peuvent changer fréquemment – c'est le cas pour les DRAMS – il est

très possible que des importations à bas prix puissent avoir des effets négatifs sur les prix en gagnant peu de parts de marché ou sans en gagner du tout.

22. **Sous-cotation du prix:** La Corée affirme qu'en l'espèce, les CE ont rompu avec leur approche habituelle de l'analyse de la sous-cotation du prix sans fournir d'explication valable, et sous-entend que même les occurrences de sous-cotation constatées par les CE sont insuffisantes. Cependant, d'autres groupes spéciaux ont constaté qu'il appartenait au premier chef aux autorités chargées de l'enquête de choisir des méthodes pour analyser les effets des importations visées sur les prix. L'article 15.1 et 15.2 ne précise pas de méthode particulière à employer pour faire cette analyse.

23. Au regard des termes disjonctifs employés à l'article 15.2, il n'y a pas de prescription voulant que l'autorité chargée de l'enquête constate une quelconque sous-cotation du prix. Ainsi, il n'y a certainement pas de prescription voulant que les importations visées subventionnées provoquent une sous-cotation des prix de la branche de production nationale ou l'aient fait avec une fréquence ou une ampleur particulières, encore moins que les autorités chargées de l'enquête constatent que les importations visées représentaient le produit à plus bas prix tout au long de la période examinée. Les conditions de concurrence et du cycle commercial caractérisant la branche de production sont des circonstances factuelles propres à une enquête qui sont pertinentes pour évaluer l'importance de la sous-cotation dans une affaire donnée, et une autorité chargée de l'enquête expliquera dans sa détermination de l'existence d'un dommage l'importance d'une éventuelle sous-cotation dans le contexte de l'affaire particulière.

24. **Domination sur les prix:** La Corée affirme que les CE ont largement fait abstraction de leur propre constatation selon laquelle il n'existe pas de société exerçant une domination sur les prix sur ce marché. Selon la Corée, cette constatation "aurait dû jeter de sérieux doutes sur la question de savoir si Hynix pouvait réellement être à l'origine d'effets "notables" sur les prix". La Corée laisse entendre qu'il fallait des éléments de preuve de la domination d'Hynix sur les prix pour faire une détermination positive de l'existence d'un dommage important. Cependant, il convient de noter que la Corée n'identifie aucune prescription dans le cadre de l'article 15 de l'Accord SMC voulant que l'on constate une domination sur les prix, parce qu'une telle prescription n'existe pas.

ANNEXE B

DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES ET DES TIERCES PARTIES À LA PREMIÈRE SESSION DE LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la déclaration de la Corée	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la déclaration des Communautés européennes	B-10
Annexe B-3	Déclaration orale de la Chine en tant que tierce partie	B-14
Annexe B-4	Déclaration orale du Japon en tant que tierce partie	B-17
Annexe B-5	Déclaration orale du Taipei chinois en tant que tierce partie	B-21
Annexe B-6	Déclaration orale des États-Unis en tant que tierce partie	B-24

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION DE LA CORÉE

(15 novembre 2004)

INTRODUCTION

1. Tout d'abord, je voudrais formuler des observations sur quelques questions d'ordre général. Premièrement, les CE ont énoncé de façon inexacte le critère d'examen. Comme elles l'ont expliqué dans leur première communication¹, les CE cherchent à s'appuyer sur le critère d'examen défini à l'article 17.6 de l'Accord antidumping. La Corée estime que cette démarche est erronée puisque l'Accord SMC ne contient pas de semblable critère. Le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* (DS138) a rejeté catégoriquement l'argument selon lequel ce critère d'examen spécial devrait être appliqué en dehors du contexte de l'antidumping. Par conséquent, le Groupe spécial devrait simplement appliquer le critère de l'article 11 du Mémoire d'accord.

2. Je voudrais par ailleurs dissiper une certaine confusion, dans la première communication des CE, au sujet de la charge de la preuve. Les CE confondent la charge de la preuve pendant l'enquête correspondante, qui est assumée par les autorités chargées de l'enquête, et la charge initiale de prouver une incompatibilité dans le contexte de la procédure de règlement des différends de l'OMC, qui est assumée par la partie plaignante. La Corée souhaite réaffirmer que les autorités chargées de l'enquête ne peuvent demander à un défendeur, pour que la détermination soit négative, de prouver l'absence d'éléments d'une subvention. Agir ainsi constitue un déplacement inacceptable de la charge que l'autorité elle-même doit assumer. Si les éléments de preuve sont incomplets ou insuffisants pour l'un des éléments d'une subvention, l'autorité n'est alors pas fondée à constater l'existence d'une subvention au premier chef.

ENQUÊTE DES CE SUR L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE – ALLÉGATIONS D'ERREUR

Règles énoncées à l'article 15.1

3. L'article 15.1 exige que l'autorité compétente dispose d'"éléments de preuve positifs" et que les éléments de preuve fassent l'objet d'un "examen objectif". L'Organe d'appel a confirmé que les éléments de preuve étayant une constatation de l'existence d'un dommage devaient être positifs, objectifs, vérifiables et crédibles et qu'ils devaient découler d'une enquête impartiale.² En outre, l'article 15.1 est une disposition globale qui requiert que chacune des dispositions de fond de l'article 15 soit lue à la lumière de l'article 15.1. Ainsi, tous les aspects de l'enquête sur l'existence d'un dommage doivent être fondés sur des éléments de preuve positifs et sur un examen objectif des faits.

4. Les CE tentent de traiter ces obligations à la légère. Elles semblent croire que, dès lors qu'une autorité examine une question, sa tâche est accomplie.³ La Corée estime qu'un "examen objectif"

¹ Première communication des CE, paragraphe 41.

² Voir *États-Unis – Acier laminé à chaud* (AB), paragraphes 192 et 193 (examen de questions parallèles dans un contexte antidumping). Il est à noter que dans la présente déclaration orale, nous employons les mêmes formes abrégées que dans la première communication de la Corée.

³ Première communication des CE, paragraphes 41 et 42.

exige davantage. Nous convenons que les groupes spéciaux n'ont pas à peser à nouveau les éléments de preuve ni à substituer leur jugement à celui des autorités. Mais en même temps, comme l'a reconnu l'Organe d'appel, les groupes spéciaux ne doivent pas "simplement *accepter* les conclusions des autorités compétentes".⁴ Les groupes spéciaux doivent plutôt examiner soigneusement et objectivement les faits, le raisonnement tenu par les autorités et la relation logique entre les deux. En l'espèce, le raisonnement des CE a si peu de rapport avec les faits que la détermination des CE n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 15. Si les faits sont contradictoires⁵, l'autorité doit néanmoins faire des inférences raisonnables et expliquer le fondement factuel et logique de ces inférences.

Augmentation notable des importations subventionnées

5. Nous commencerons par la question des importations dont il est allégué qu'elles augmentent. Les CE ont mentionné systématiquement des indices d'importation dans leur Règlement définitif, mais elles ont largement négligé toute analyse significative de l'importance de ces chiffres. Compte tenu de la nature unique du marché des DRAMS et de l'augmentation constante du nombre de bits fournis et consommés, une augmentation du nombre de bits importés ne signifie rien. Une autorité objective doit plutôt, sur la base des faits en l'espèce, examiner l'augmentation des importations par rapport à la consommation globale et par rapport à la part de marché des autres fournisseurs. Une autorité objective aurait en outre examiné les importations par rapport à la production, ce qui, en l'espèce, aurait confirmé le rôle déclinant des importations. À défaut, l'autorité ne peut tout simplement pas faire une évaluation raisonnable et objective du caractère "notable" de toute augmentation alléguée des importations.

6. Les CE adoptent une approche trop étroite en interprétant les différentes possibilités énoncées à l'article 15.2 de l'Accord SMC. En prescrivant spécifiquement aux autorités de constater l'existence d'effets "notables" en termes de volume, le texte de l'article 15.2 n'autorise pas les autorités chargées de l'enquête à insister sur un facteur aux dépens des autres, en particulier lorsque le facteur dont il n'est pas tenu compte permet en fait une base de comparaison plus appropriée. Les autorités chargées de l'enquête devraient procéder à une analyse du volume fondée à la fois sur des facteurs quantitatifs et qualitatifs. Il ne suffit pas de simplement constater qu'il y a eu une certaine augmentation. Cela est d'autant plus nécessaire dans le cas des DRAMS, où seule l'augmentation relative fournit un paramètre valable pour analyser les effets en termes de volume.

7. En vertu de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité nationale doit prouver qu'un dommage important a été causé à la branche de production nationale par les importations subventionnées, et non par l'ensemble des importations en provenance du pays visé par l'enquête. Néanmoins, en l'espèce, les CE ont à tort pris en considération le volume et la part de marché de l'ensemble des importations en provenance de Corée, alors qu'elles avaient déjà conclu elles-mêmes qu'une partie de ces importations n'étaient pas subventionnées. Cette approche constitue une erreur manifeste et est incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

8. L'analyse des CE, qui porte sur la Corée dans son ensemble, touche à la fiction lorsque les CE font valoir que les expéditions des produits de LG Semiconductor ("LGS") antérieures à la fusion de 1999 devraient être ajoutées aux importations en provenance de Corée et non d'Hynix.⁶ Étant donné que la fusion avec LGS a eu lieu avec Hynix et non pas avec un autre producteur coréen de DRAM, il n'y a aucune raison d'ajouter les données d'importation de LGS au volume des importations en provenance de Corée plutôt qu'en provenance d'Hynix. Ce faisant, les CE tentent de donner l'impression erronée que les importations de produits Hynix ont augmenté beaucoup plus rapidement que les importations en provenance de l'ensemble de la Corée.

⁴ États-Unis – Viande d'agneau (AB), paragraphe 103. (italique dans l'original)

⁵ Première communication des CE, paragraphe 41.

⁶ Voir le paragraphe 177 du Règlement définitif.

9. Les CE font valoir⁷ qu'Hynix n'a pas inclus les renseignements concernant les données de LGS et que ces renseignements n'ont pu être vérifiés. Cet argument implique que les CE n'étaient pas informées de la question de la fusion, ce qui est complètement faux. Comme l'a indiqué la Corée, les données présentées dans la plainte d'Infineon ont conduit à se demander s'il fallait agréger Hyundai et LGS pour analyser l'évolution d'Hynix. La Corée s'abstiendra d'entrer dans les détails, qui sont fournis dans sa première communication, aux paragraphes 110 à 121 concernant le traitement par les CE des renseignements sur les importations de LGS. Il suffit de dire que les CE étaient conscientes de l'importance de la fusion dans le contexte de l'analyse du volume et qu'elles disposaient des renseignements nécessaires. Les CE ne peuvent pas ne pas tenir compte des données concernant LGS présentées par Hynix au motif qu'une vérification n'était pas possible du fait que les données pertinentes avaient déjà été fournies par le plaignant lui-même. Au minimum, les données concernant LGS contenues dans la plainte auraient dû être prises en considération. Ne pas tenir compte des données disponibles est une grave violation de la prescription relative à l'examen objectif.

10. Reconnaissant peut-être la faiblesse de cet argument, les CE font valoir ensuite qu'elles n'ont pas disposé des renseignements à temps.⁸ Nous ne sommes pas de cet avis. Comme cela est assez longuement mis en évidence dans la première communication de la Corée⁹, Hynix a soulevé cette question à un stade précoce et souvent. Même si les CE ont été lentes à reconnaître ce point, cette reconnaissance tardive n'excuse pas le fait que le Règlement définitif persiste à présenter une analyse erronée.

11. Cette erreur persistante est particulièrement déconcertante, étant donné la requête présentée en l'espèce. Selon la propre plainte de la société Infineon, les données indiquent une diminution notable de la part de marché d'Hynix, qui est passée d'environ 20 pour cent en 1998 à 15 pour cent en 2001. Infineon pouvait admettre cette réalité, puisqu'elle pensait pouvoir inclure les importations croissantes en provenance de Samsung dans l'analyse totale. Une fois Samsung exclue du fait qu'elle n'était pas subventionnée, il a fallu changer d'approche pour constater l'existence d'une augmentation notable des importations. Ainsi, la constatation faite par les CE de l'existence d'une "augmentation" de la part de marché repose uniquement sur une manipulation incorrecte des données.

12. La Corée réaffirme que le fait que la part de marché d'Hynix a baissé sur la période couverte par l'enquête explique pourquoi les CE ont dû déployer autant d'efforts pour trouver un moyen de donner l'impression d'une augmentation.

Effets notables des importations subventionnées sur les prix

13. S'agissant de la question des effets sur les prix, les CE ont formulé des constatations qui sont en contradiction à la fois avec les faits de la cause et avec la logique économique fondamentale. Le fait spécifique le plus important, et de loin, est qu'au moment où le subventionnement allégué d'Hynix était au plus haut, en 2001, la société perdait des parts de marché dans les CE, au lieu d'en gagner. Si, pour les clients, le prix était vraiment aussi important que l'ont affirmé les CE et si Hynix était vraiment le fournisseur offrant les prix les plus bas sur le marché communautaire, Hynix aurait gagné des parts de marché en 2001 au lieu d'en perdre. Par conséquent, incriminer les prix d'Hynix alors que celle-ci perdait des parts de marché pour un produit de base défie la logique économique.

14. Les CE tentent d'écarter la logique économique.¹⁰ Pour la Corée, la logique économique est un contexte très important dans lequel les autorités et les groupes spéciaux peuvent et devraient évaluer les arguments concernant les prix. Le texte de l'article 15.2 met explicitement l'accent sur le caractère "notable" de la sous-cotation des prix ou des autres effets sur les prix et impose donc un

⁷ Première communication des CE, paragraphes 82 et 83.

⁸ Première communication des CE, paragraphes 76 à 85.

⁹ Première communication de la Corée, paragraphes 111 à 121.

¹⁰ Première communication des CE, paragraphe 91.

critère plus élevé que la simple constatation de l'existence de certains effets sur les prix. Les autorités doivent examiner ce qui se passe réellement sur le marché, puis tenir compte de ces réalités d'une manière crédible et objective. Il ne suffit pas de cocher systématiquement une case confirmant qu'il y a eu certains effets sur les prix. Les autorités doivent plutôt constater et expliquer les effets "notables" des importations sur les prix, ce qui est un critère beaucoup plus élevé que la simple constatation de l'existence de certains effets sur les prix.

15. Les CE ont adopté trois approches différentes pour analyser la sous-cotation des prix mais, paradoxalement, elles ont ensuite choisi de se concentrer sur la seule méthode qui démontrait qu'il y avait eu sous-cotation des prix, sans expliquer pourquoi elles avaient rejeté les deux autres approches. Il est crucial de noter que les deux autres constatations ne démontraient aucune sous-cotation notable des prix de la part d'Hynix. Les CE n'ont pas constaté qu'il y avait eu sous-cotation des prix lorsqu'elles ont correctement comparé les prix moyens entre eux. Au lieu de cela, les CE ont comparé les prix de certaines transactions appliqués par les producteurs des CE à un prix moyen appliqué par Hynix, approche qui garantit pratiquement qu'il y a sous-cotation des prix chaque fois que les deux ensembles de prix sont proches. La Corée soutient que la méthode de comparaison des prix utilisée par les CE donne une analyse complètement faussée, en d'autres termes que la méthode qui consiste à comparer les prix moyens aux prix de certaines transactions a intrinsèquement tendance à défavoriser l'exportateur, comme le montre la figure 6 de la première communication de la Corée.¹¹

16. Les CE expliquent assez longuement leur analyse des prix et nous leur répondrons dans notre deuxième communication. À ce stade, nous souhaitons simplement mettre en évidence un aveu très intéressant. Les CE font valoir que le "producteur offrant le prix le plus bas obtiendra le marché"¹² et qualifient d'"incontestée" cette caractéristique du marché des DRAMS. Étant donné cette caractéristique, le fait qu'Hynix a perdu des parts de marché devient donc une donnée factuelle importante donnant à penser que d'autres acteurs du marché offraient des prix inférieurs et gagnaient des parts de marché.

17. Les CE ont également écarté toute discussion valable sur les autres facteurs qui affectent les prix. Ces éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient que les prix du marché des DRAMS sont affectés par: 1) le fléchissement général de l'activité économique et la baisse de la demande, ce qui entraîne une "liquidation des stocks"; 2) la surcapacité des autres fournisseurs; et 3) les importations en provenance des autres fournisseurs. En examinant les effets des autres facteurs sur les prix, les CE ont immédiatement écarté ces éléments en concluant que soit ils n'avaient qu'une influence limitée sur la baisse des prix du marché, soit ils n'avaient aucune pertinence. Ainsi, les CE n'ont pas pris en considération les éléments de preuve positifs versés au dossier qui montraient que des facteurs autres que les prix pratiqués par Hynix avaient entraîné une baisse notable des prix des DRAMS en 2001. Étant donné qu'en fait la part de marché d'Hynix diminuait, les CE auraient dû être tout particulièrement attentives à d'autres causes expliquant la baisse des prix des DRAMS.

18. Si les autorités des CE avaient fait preuve d'ouverture d'esprit et d'objectivité, elles auraient dû comprendre que les principaux effets sur les prix étaient surtout causés par les importations bon marché non subventionnées qui gagnaient rapidement des parts de marché et que les éventuels effets résiduels des importations subventionnées ne pouvaient raisonnablement pas être considérés comme étant "notables". Par conséquent, la constatation des CE était incompatible avec l'article 15.1 et 15.2.

Situation de la branche de production nationale

19. S'agissant de la situation de la branche de production nationale, l'article 15.4 prescrit une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents et reconnaît que les facteurs économiques pertinents et le poids à donner à chacun de ces facteurs différeront selon les cas.

¹¹ Première communication de la Corée, page 41.

¹² Première communication des CE, paragraphe 101.

20. Le facteur économique le plus important sur le marché des DRAMS est peut-être le cycle économique notoire pour les producteurs de DRAMS. La branche de production de DRAMS connaît depuis toujours des cycles "de prospérité et de marasme". Les éléments de preuve démontraient que, durant la période examinée, la branche de production de DRAMS était passée du sommet de la prospérité (en 2000) au fond du marasme (en 2001). Les CE devaient forcément connaître l'existence de ce cycle économique notoire, mais elles n'en ont absolument pas tenu compte en analysant les causes de la détérioration de la situation financière de la branche de production nationale.

21. Nous pensons que la détermination des CE a passé sous silence les incohérences dans les déclarations faites par la branche de production nationale auprès de différents auditoires et n'a fourni qu'un examen superficiel de la situation de la branche communautaire de production de DRAMS. Les CE n'ont pas satisfait aux normes de l'article 15.4.

Lien de causalité

22. Abordons maintenant la question particulièrement importante du lien de causalité. En vertu de l'article 15.5, les Membres doivent démontrer l'existence d'un "lien de causalité" explicite entre les importations subventionnées et tout dommage important subi par la branche de production nationale. Les éléments de preuve dont disposaient les CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre les tendances relatives aux importations subventionnées et la situation de la branche de production nationale. Hynix perdait des parts de marché tandis que la branche de production nationale en gagnait.

23. Les CE tentent de dénier toute importance à cette absence de corrélation.¹³ Mais ces arguments des CE présentent deux vices graves. Premièrement, les CE mentionnent les tendances des importations en valeur absolue, alors que ces tendances ne signifient rien dans la branche de production de DRAMS. Le nombre de "bits" de mémoire augmente sans cesse. La part de marché d'Hynix – correctement définie – était en diminution. Reconnaisant peut-être l'importance de la part de marché, les CE ont entrepris d'utiliser uniquement une part de marché d'Hynix incorrectement définie. Deuxièmement, les CE évoquent des différences entre l'Accord SMC et l'Accord sur les sauvegardes. La Corée reconnaît que les deux accords sont différents, mais dans ce contexte particulier, les termes essentiels concernant la "causalité" sont fondamentalement identiques dans les deux accords. En outre, dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, l'Organe d'appel a reconnu expressément qu'il était utile de considérer comme analogues les notions de lien de causalité dans les deux différents accords.¹⁴

24. De plus, la prescription en matière de non-imputation qui figure dans la troisième phrase de l'article 15.5 exige de l'autorité qu'elle n'impute pas aux importations subventionnées un dommage causé par d'autres facteurs. Selon le sens ordinaire de l'article 15.5 et les indications très claires de l'Organe d'appel, l'autorité compétente doit "dissocier" et "distinguer" les effets dommageables des facteurs autres que les importations subventionnées afin de veiller à ce que ces effets ne soient pas imputés aux importations subventionnées.

ENQUÊTE DES CE VISANT À DÉTERMINER L'EXISTENCE D'UN SUBVENTIONNEMENT – ALLÉGATIONS D'ERREUR

Données de fait disponibles

25. Avant de se pencher sur la question de savoir si les CE ont dûment constaté l'existence d'une subvention, il est nécessaire d'aborder un certain nombre de questions concernant l'utilisation par les CE des données de fait disponibles. Les CE ont interprété d'une façon très préoccupante la notion

¹³ Première communication des CE, paragraphes 167 à 172.

¹⁴ *États-Unis – Acier laminé à chaud* (AB), paragraphes 229 à 234.

de "données de fait disponibles". Selon leur approche, chaque fois qu'une autorité compétente n'aime pas un fait précis ou ne sait comment réagir face à ce fait, elle peut tout simplement trouver un prétexte pour invoquer la "non-coopération" et écarter le fait défavorable. Dans la présente affaire, les CE ont fait un usage abusif de la notion étroite de "données de fait disponibles" pour écarter des renseignements factuels importants. Tant le texte de l'article 12.7 que la jurisprudence correspondante démontrent que l'utilisation des "données de fait disponibles" devrait être exceptionnelle et limitée. La Corée est d'avis que l'analyse de la notion de "données de fait disponibles" faite par l'Organe d'appel dans le contexte antidumping donne des indications utiles sur ce point.¹⁵ Or, en l'espèce, les CE ont fait un usage abusif des "données de fait disponibles" pour faire abstraction d'autres éléments de preuve lorsque ceux-ci ne pouvaient pas être conciliés avec l'analyse qu'elles faisaient, qui était axée sur les résultats.

Contribution financière

26. Abordons maintenant les arguments des CE concernant les subventions. Dans la présente déclaration orale, nous traitons du fait que les CE n'ont montré ni l'existence d'une contribution financière, ni celle d'un avantage. Si nous nous concentrons ici sur les questions les plus importantes, nous aborderons toutes les questions et tous les arguments des CE dans notre deuxième communication.

27. L'article 1.1 a) 1) iv) dispose qu'on ne peut établir l'existence d'une action de "charger" ou d'"ordonner" que si l'action des pouvoirs publics est si claire et dépourvue d'ambiguïté que celles des organismes privés peuvent être imputées aux pouvoirs publics eux-mêmes.

28. Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*¹⁶ a estimé que les actions consistant à charger et ordonner comportent les trois éléments suivants: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière. Cette décision confirme que les déclarations générales d'intention ou de souhait des pouvoirs publics, ou même les interventions générales sur le marché lui-même, ne peuvent établir l'existence d'une contribution financière par l'intermédiaire d'un organisme privé. Il est donc nécessaire de montrer que chaque délégation ou commandement allégué émanant des pouvoirs publics a été examiné par rapport à chaque partie et à chaque tâche ou mission.

29. Or, c'est exactement ce qu'on fait les CE dans la présente affaire. Après leur enquête de 14 mois, les CE n'ont pas produit d'éléments de preuve directs indiquant qu'il y avait eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens vis-à-vis des banques créancières d'Hynix. Les CE se sont fondées, dans une large mesure, sur un ensemble d'éléments de preuve circonstanciels qui ne peuvent être corroborés ni vérifiés d'une manière fiable ou significative au plan judiciaire. Lorsque cela était nécessaire pour étayer leurs éléments de preuve circonstanciels, les CE ont appliqué les "données de fait disponibles" et remplacé les éléments de preuve par des inférences défavorables.

30. La Corée est d'avis que le Groupe spécial doit décider de la règle de droit à appliquer au cours de la présente procédure de groupe spécial, comme cela avait été fait dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*. Pour le moment, nous souhaitons simplement nous élever contre l'assertion selon laquelle les pouvoirs publics coréens auraient entrepris des actions pour inciter

¹⁵ *États-Unis – Acier laminé à chaud* (AB), paragraphes 82 à 86. Nous reconnaissons que l'Accord SMC n'a pas de dispositions analogues à celles de l'Annexe II de l'Accord antidumping. Mais étant donné que l'Annexe II explicite l'article 6.8 de l'Accord antidumping, qui est presque identique à l'article 12.7 de l'Accord SMC, la Corée est d'avis que l'Annexe II apporte un contexte utile à la compréhension de l'article 12.7.

¹⁶ *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 8.29.

ou "pousser" des banques à participer à l'une ou l'autre des restructurations d'Hynix.¹⁷ Lu dans le contexte, le passage cité de la première communication de la Corée fait apparaître clairement que nous désapprouvons ce point de vue tiré d'un article de presse. Notre intention était de montrer que les CE avaient en fait établi très peu de choses. À partir d'un article de presse concernant une seule banque, elles avaient tiré des conclusions au sujet de toutes les banques. Une telle approche n'est tout simplement pas conforme aux règles prescrites par l'article 1.1.

31. Les CE s'appuient aussi largement sur le fait que les pouvoirs publics coréens détenaient des parts dans certaines banques ayant participé à la restructuration d'Hynix. La seule détention de parts ne peut établir qu'il y a eu une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il n'est simplement pas possible de s'appuyer sur un tel élément de preuve indiquant la détention de parts pour constater l'existence d'une action explicite et positive de délégation ou de commandement visant toutes les banques, en particulier les banques dans lesquelles la participation des pouvoirs publics coréens était peu importante ou nulle. La Corée réaffirme que les créanciers d'Hynix ont pris à chaque étape leurs décisions financières en fonction de considérations commerciales, sans aucune intervention des pouvoirs publics.

32. Par exemple, la restructuration d'Hynix d'octobre 2001 s'est effectuée en vertu d'une loi coréenne d'application générale. Plus de 100 sociétés ont fait l'objet d'une restructuration au titre de cette loi. Dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, les principaux créanciers d'Hynix sont convenus d'une série d'options qu'ils pouvaient choisir pour aller de l'avant (ou couper les liens) avec Hynix. L'existence même de ces options dans le plan de restructuration d'octobre contredit la suggestion des CE selon laquelle il y a eu une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens. L'ensemble des circonstances ayant présidé à la restructuration d'octobre confirme le caractère raisonnable de la mesure, sur le plan commercial, et nie toute notion d'action de "charger ou ordonner". En outre, les CE n'ont pas produit un seul élément de preuve pour démontrer l'existence des éléments constitutifs d'une action de "charger ou ordonner" dans la restructuration d'octobre.

Constatation et mesure de l'"avantage"

33. La deuxième prescription pour établir l'existence d'une subvention passible d'un droit compensateur est que l'autorité compétente doit démontrer qu'"un avantage est ainsi conféré". Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, une analyse de l'existence d'un avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 requiert une comparaison entre le montant reçu par une entité et ce qui était disponible sur le marché. En outre, l'Accord SMC définit l'avantage en tenant compte de l'expérience des opérateurs privés sur le marché du Membre faisant l'objet de l'enquête.

34. Les CE décrivent ensuite assez longuement leur approche du risque futur et leur point de vue sur l'article 14 a).¹⁸ Nous n'estimons pas que l'article 14 a) n'énonce aucune règle spécifique. Il ressort clairement du texte de cet article qu'une autorité doit prendre en considération la "pratique habituelle concernant les investissements" des investisseurs sur "le territoire de ce Membre". Cette formulation fournit un point de repère parfaitement explicite pour l'évaluation de l'existence d'un avantage. Ainsi, contrairement à l'argument des CE, il y a des obligations explicites que les autorités doivent respecter. Les autorités n'ont pas carte blanche pour imposer leurs propres conceptions économiques aux investisseurs dans tel ou tel pays Membre de l'OMC.

35. Après avoir initialement constaté dans leur *Règlement provisoire*, sur de nombreux points, qu'aucun "avantage" n'avait été conféré, les CE ont modifié leur position dans leur *Règlement définitif* et ont soudain constaté l'existence d'un "avantage". Ce changement était injustifié. Aucun élément susceptible d'affecter l'analyse de l'existence d'un "avantage" ne pouvait avoir changé depuis le *Règlement provisoire*: le marché, les conditions des prêts et les notations de crédit demeuraient

¹⁷ Première communication des CE, paragraphe 276.

¹⁸ Première communication des CE, paragraphes 403 à 423.

inchangés. En fait, les CE ont reconnu qu'elles avaient modifié leur décision au sujet du prêt syndiqué dans le *Règlement définitif* parce qu'elles disposaient de nouveaux renseignements, c'est-à-dire de documents concernant les réunions des Ministres de l'économie. Toutefois, même si cela est exact, ces nouveaux renseignements ne concernaient que l'action de "charger ou ordonner" émanant des pouvoirs publics coréens et n'avaient rien à voir avec l'analyse de l'existence d'un avantage effectuée par les CE. En tant que telle, la modification de l'analyse concernant l'avantage était complètement erronée et injustifiée car les CE n'ont pas engagé de discussion réelle sur les raisons pour lesquelles elles avaient modifié leur conclusion du *Règlement provisoire* selon laquelle "aucun avantage" n'avait été conféré.

36. Abstraction faite du vice fondamental du calcul de l'avantage par les CE, qui ont traité tous les programmes dont il est allégué qu'ils sont passibles de droits compensateurs comme un "don" sans même tenir compte des circonstances et de la nature de la transaction, les CE ont également commis de nombreuses erreurs en calculant l'avantage, même selon leur propre méthodologie.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

I. OBLIGATIONS, FAITS, ÉLÉMENTS DE PREUVE

1. Les Communautés européennes considèrent que, lorsqu'on *juge, de bonne foi*, conformément à l'article 3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, si les assertions faites devant le Groupe spécial peuvent même être utiles, il est bon de se reporter, de temps à autre, au texte spécifique de l'*Accord SMC*; aux faits; et aux éléments de preuve. Il est vraiment regrettable que la Corée ne semble pas partager ce point de vue.

2. C'est à la Corée qu'incombe la *charge de la preuve*, et elle doit fournir des *éléments de preuve*. Or, ses communications sont émaillées de *simples assertions* qui ne s'appuient sur aucun élément de preuve, et d'*hypothèses*. Par exemple, la Corée présente à plusieurs reprises des allégations factuelles concernant ce qu'elle prétend être "la méthode ou la pratique habituelle" des Communautés européennes à divers égards¹, mais sans apporter aucun élément de preuve. Les Communautés européennes entendent ici contester expressément et réfuter toutes ces simples assertions factuelles. L'approche désinvolte de la Corée n'a aucune chance, en droit, de conduire à un règlement du présent différend en faveur de la Corée, et c'est à juste titre.

3. Sur certains points, l'autorité chargée de l'enquête a été obligée de recourir aux données de fait disponibles, au sens de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, et, à cet égard, les Communautés européennes tiennent à formuler deux observations.

4. Premièrement, la Corée dit, dans sa première communication écrite, que "les CE allèguent que ... les pouvoirs publics coréens ont menti dans leur réponse au questionnaire et pendant la vérification". Les CE tiennent à préciser qu'elles n'ont jamais expressément formulé cette allégation et qu'elles ne le font pas non plus maintenant. Le mot employé est le mot choisi par la Corée, non par les Communautés européennes. Qu'une entité interrogée "mente" ou non dans une enquête, ce n'est pas le critère juridique prévu à l'article 12.7 de l'*Accord SMC*. Selon cette disposition, la question est plutôt de savoir si le Membre ou la partie intéressée a ou non refusé l'accès aux renseignements nécessaires ou ne les a pas communiqués dans un délai raisonnable, ou a entravé le déroulement de l'enquête de façon notable. Il est suffisamment clair que c'est précisément ce qui s'est produit dans la présente affaire.

5. Deuxièmement, les Communautés européennes tiennent à faire savoir dans les termes les plus énergiques qu'à leur avis, la Corée ne peut soumettre au Groupe spécial des assertions invérifiées et invérifiables ou des copies alléguées de documents qui ne font pas partie du dossier dont disposait l'autorité chargée de l'enquête. À la différence de ce qui se passe dans d'autres types d'enquête, en matière de subventions, le Membre lui-même est aussi une entité interrogée et a une possibilité réelle de participer à l'enquête. Il n'est pas de circonstances, même exceptionnelles, qui puissent justifier que la Corée essaie de procéder de la sorte à un stade si avancé. Si le Groupe spécial envisageait une telle possibilité, l'équilibre des choses voudrait qu'à tout le moins soient présentés les documents très nombreux, comprenant sans aucun doute des documents très préjudiciables à la cause de la Corée, qui n'ont pas été divulgués par les entités coréennes interrogées.

¹ Voir, par exemple, la première communication écrite de la Corée, paragraphes 153 et 161.

II. SUBVENTION

6. Lorsque des subventions importantes sont octroyées pour sauver une entreprise championne d'une débâcle imminente, un examen attentif des documents révèle habituellement que, pendant la période en question, le Membre qui octroie les subventions a tenu un double discours.

7. Le *premier*, qui sert normalement à amadouer les contribuables et autres groupes du pays opposés à la subvention, dit que le marché est en plein marasme et la société en péril extrême, et que la subvention est une nécessité urgente pour éviter un désastre, pour des raisons de politique générale.

8. Le *second*, refrain souvent répété dans le vain espoir de faire avaler aux autorités chargées de l'enquête et aux autorités judiciaires une vision des circonstances contraire aux faits et à la réalité, dit que les affaires sont (ou seront bientôt) prospères, que la société, dégraissée, est en pleine forme et combative, et que les capitaux y affluent parce que les investisseurs, pouvoirs publics compris, pensent que c'est l'affaire du siècle, une partie gagnée d'avance, un pari sans risque. Des affirmations de ce genre ont été faites si souvent par les entités coréennes interrogées dans le présent dossier que j'épargnerai au Groupe spécial de lui en faire entendre davantage.

9. Hélas, ces deux discours ne sont pas en harmonie. Ils sont terriblement discordants. Ils ne peuvent coexister de manière plausible, au moins lorsqu'il s'agit de la même période.

10. En tant que juristes ou personnes habituées à entendre des juristes, nous sommes tous accoutumés à ce que des arguments juridiques fassent alterner des aspects opposés. Il n'y a d'ailleurs rien à redire à cela, même si certains éléments du *raisonnement* se contredisent jusqu'à un certain point dans les différents arguments juridiques. Cependant, il est *intolérable* d'avoir deux versions différentes des *faits* sur lesquels s'appuie une analyse juridique, et aucune autorité, que ce soit l'autorité chargée de l'enquête ou l'autorité judiciaire, ne saurait l'admettre.

11. Quels sont donc les faits en l'espèce? Que s'est-il réellement passé en 2001? Allons, point n'est besoin d'être un génie pour l'imaginer. Se condamnant par leurs propres dires, les entités coréennes interrogées ont affirmé à plusieurs reprises que le marché avait subi une "tempête totale" en 2001 et qu'Hynix s'était trouvée au beau milieu, se voyant déjà perdue, si les pouvoirs publics n'étaient intervenus, pour des raisons de politique générale. CQFD. Rappelons quelques-uns des faits essentiels qui ne sont pas sérieusement controversés.

12. À compter de novembre 2000, les Ministres de l'économie coréens, au nombre de trois, pas moins, se sont réunis à plusieurs reprises pour décider ce qu'il convenait de faire à propos d'Hynix. Les Ministres coréens chargés de l'économie nationale, de la politique industrielle nationale et de la compétitivité de la Corée sur la scène internationale, de l'argent de l'État coréen: cela va sans dire, la question alla au plus haut niveau.

13. Les ministres *ont décidé* de prendre des *mesures, engagées* par les pouvoirs publics coréens, dans le cadre d'une *politique coordonnée* des pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à tout prix, et ils ont donné des *ordres ("directions")* à cet effet, ayant trait au prêt syndiqué d'une part et à la garantie de la KEIC d'autre part. Le détail de ces ordres, en termes de gestion courante, est remarquable. Ces ordres étaient toujours en application le 9 janvier 2001, le 10 avril 2001, le 30 juin 2001 et au moins jusqu'à la fin de la période couverte par l'enquête, soit le 31 décembre 2001.

14. Les pouvoirs publics coréens ont aussi mis en place, au moins pendant toute la période couverte par l'enquête (du 1^{er} janvier au 31 décembre 2001), le Programme obligatoire de la KDB, autre bouée de sauvetage soutenue par les pouvoirs publics, destinée principalement à Hynix (et au groupe Hyundai en général), et dont Hynix a effectivement été, et de loin, le principal bénéficiaire.

15. Le 10 mars 2001, les pouvoirs publics coréens ont participé, en la personne du Vice-Commissaire du Service de surveillance financière, à la réunion cruciale des créanciers, justement pour "pousser", pour reprendre les termes de la Corée, les banques à accepter les modalités de l'ensemble de mesures de sauvetage de mai 2001.

16. En octobre 2001, voyant que le marché et la situation financière d'Hynix s'étaient encore détériorés de façon dramatique, la plupart des banques privées et des capitaux ont finalement "quitté le navire". Les irréductibles qui sont restés pour participer à l'ensemble de mesures de sauvetage d'octobre 2001 étaient détenus ou contrôlés par les pouvoirs publics coréens, ou avaient été soumis à une action de charger ou ordonner de leur part.

17. Ainsi, si l'on prend un peu de recul pour examiner la situation générale qui a prévalu toute l'année 2001, année durant laquelle les pouvoirs publics coréens sont intervenus lourdement pour sauver Hynix, par le biais du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC et du programme obligataire de la KDB, l'idée qu'ils aient pu simplement se désintéresser des ensembles de mesures de sauvetage de mai et octobre 2001 défie l'entendement et la logique. Il est aussi inconcevable, au vu des faits, que pendant cette période où ils ont agi dans l'urgence pour sauver Hynix de la débâcle, pour des raisons de *politique générale*, les banques aient, **au même moment**, jeté l'argent par les fenêtres sur la base de considérations *purement commerciales*. Peut-être était-il alors devenu évident, pour ceux qui participaient encore, qu'Hynix était un "pari sans risque"; mais cela ne pouvait être parce qu'elle était florissante et performante. C'est simplement parce qu'il était devenu suffisamment clair que les pouvoirs publics coréens n'abandonneraient jamais Hynix et qu'ils l'abreuvaient de l'argent public et lui prodiguaient leur soutien. Seuls les meilleurs athlètes peuvent, en vérité, être considérés comme un pari sans risque, sauf s'ils tombent au test de dopage.

III. DOMMAGE

18. La détermination de l'existence d'un dommage doit reposer sur des *éléments de preuve positifs*. Laisser entendre que ce n'est pas le cas est une allégation grave, qui revient presque à mettre en question la bonne foi de l'autorité chargée de l'enquête. La Corée avance à ce genre d'allégation à plusieurs reprises dans la présente affaire, et sans aucun fondement. Il s'agit, de toute façon, d'une allégation incompréhensible puisque la plupart des éléments de preuve ayant conduit à la détermination ont été fournis *par les parties coréennes elles-mêmes*, et que l'exactitude du reste des éléments n'est pas même contestée. Que peut bien alors vouloir dire, au juste, cette allégation de la Corée? Que les renseignements communiqués par les parties coréennes durant l'enquête sur l'existence d'un dommage étaient aussi faux, ou trompeurs, ou incomplets? Cela ne risque guère de faire avancer la cause de la Corée.

19. Pour l'essentiel, l'obligation *spécifique* à laquelle est tenue l'autorité chargée de l'enquête est *d'examiner* et *d'évaluer* certains aspects, dont un seul ni même plusieurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante. Manifestement, il ressort du texte de la mesure en cause que c'est précisément ce qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête dans la présente affaire. Affirmer et réaffirmer le contraire, en dépit des faits, n'y changera rien. Un mantra n'est pas un argument juridique. La Corée peut n'être pas d'accord avec le résultat de l'évaluation globale, mais cela est totalement hors de propos.

20. L'argumentation de la Corée se réduit à l'affirmation nébuleuse et généralisée selon laquelle, sur certains points au sujet desquels l'*Accord SMC* est muet, la détermination des autorités chargées de l'enquête ne comportait pas un examen objectif. En d'autres termes, dès le départ, cette argumentation est on ne peut plus ténue. Il ne serait peut-être pas étonnant que ce qu'entend la Corée par "objectif" dans la présente affaire soit, en fait, tout ce qui engendre un résultat favorable pour Hynix. L'examen le plus succinct des arguments de la Corée suffit à démontrer qu'il s'agit en fait d'un enchaînement d'affirmations fausses ou d'hypothèses. On ne trouve simplement *rien* dans les

communications de la Corée qui corrobore l'assertion selon laquelle l'autorité chargée de l'enquête a, dans la présente affaire, fait autre chose qu'une détermination comportant un examen objectif.

21. Étant donné le caractère mondial du marché et son état désastreux au moment des faits, points sur lesquels la Corée elle-même insiste longuement, il serait bien extraordinaire et surprenant qu'une subvention de l'ampleur de celle qu'a reçue Hynix n'ait pas de répercussions sur les autres acteurs du marché, comme si une pierre jetée dans une mare pouvait disparaître mystérieusement au fond de l'eau sans faire une seule ride à la surface. En fait, le but véritable de la subvention "de survie" accordée par la Corée à Hynix est *relatif*: cette subvention était justement destinée à améliorer la situation relative d'Hynix *par rapport* à ses concurrents, et ainsi, à lui permettre de survivre. Elle ne présenterait, autrement, foncièrement aucun intérêt.

ANNEXE B-3

DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(4 novembre 2004)

1. Merci, Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial. Je me ferai un plaisir d'exposer les vues de la Chine dans la présente procédure.

2. La Chine a noté que les parties au présent différend étaient en désaccord sur l'interprétation et l'application de l'article 12.7 de l'Accord SMC. Parmi les sujets de discorde, la Chine est particulièrement préoccupée par l'assertion des CE selon laquelle le "point essentiel" de l'article 12.7 "est et ne peut être que la possibilité de tirer des déductions défavorables". Dans le présent exposé oral, la Chine se limitera à indiquer son point de vue sur la question de savoir si une telle possibilité revendiquée est implicitement contenue dans l'article 12.7.

I. L’AFFIRMATION DES CE N’A PAS DE FONDEMENT JURIDIQUE DANS LE TEXTE DE L’ARTICLE 12 DE L’ACCORD SMC

3. À propos de l'assertion des CE susmentionnée, la Chine ne voit pas que le soi-disant "point essentiel" consistant à "tirer des déductions défavorables" soit envisagé ou sous-entendu dans l'article 12.7. Elle rappelle que l'Organe d'appel a fait observer, à diverses occasions, que, conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public, une interprétation correcte d'un traité est avant tout une interprétation textuelle, et que la tâche consistant à interpréter une disposition d'un traité doit commencer par l'examen des mots spécifiques de cette disposition.¹ En outre, le principe d'interprétation est qu'"un interprète n'est pas libre d'adopter une interprétation qui aurait pour résultat de rendre redondants ou inutiles des clauses ou des paragraphes entiers d'un traité".²

4. À cet égard, la Chine considère que l'article 12.7 devrait être interprété avant tout sur la base du sens ordinaire du texte et qu'il devrait aussi être analysé dans le contexte de l'article 12 et de la Partie V de l'Accord SMC.

5. En ce qui concerne le sens ordinaire du texte, il est évident que l'article 12.7 prévoit le recours aux données de fait disponibles uniquement dans certaines circonstances, et le texte de ce paragraphe ne contient aucune disposition explicite concernant le fait de tirer des déductions défavorables. En l'absence d'une telle disposition expresse, si un Membre intéressé ou une partie intéressée ne donnait pas accès aux renseignements nécessaires qui sont requis ou ne les communiquait pas ou entravait le déroulement de l'enquête de façon notable, l'autorité chargée de l'enquête ne pourrait établir ses déterminations que sur la base d'un examen objectif des données de fait dont elle disposerait.

¹ Japon – Taxe sur les boissons alcooliques ("Japon – Taxes sur les boissons alcooliques II"), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 octobre 1996, paragraphe G. Voir également États-Unis – Loi sur la compensation ("Amendement Byrd"), rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 281.

² États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("États-Unis – Essence"), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, paragraphe III.B.

II. À LA LUMIÈRE DES DISPOSITIONS PERTINENTES DE L'ACCORD SMC, L'UTILISATION DES DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES NE DÉSIGNE PAS LE FAIT DE TIRER DES DÉDUCTIONS DÉFAVORABLES

6. Afin d'analyser l'argument des CE, la Chine aimerait soumettre d'autres considérations à la lumière du contexte de certains paragraphes pertinents de l'annexe V de l'Accord SMC.

7. L'annexe V de l'Accord SMC décrit les procédures à suivre pour la collecte de renseignements concernant le "préjudice grave" dans les affaires mettant en jeu des subventions pouvant donner lieu à une action au titre de la Partie III dudit accord. Cette annexe traite, de façon très détaillée, des déductions défavorables pouvant être tirées dans certaines circonstances.³ Le paragraphe 7 de cette annexe dispose explicitement que "lorsqu'il établira sa détermination, le groupe spécial devrait tirer des déductions défavorables des cas de non-coopération d'une partie participant au processus de collecte de renseignements". En outre, la Chine prend note tout particulièrement du fait que le paragraphe 6 de la même annexe traite de la question de l'utilisation des meilleurs renseignements disponibles. On voit que ces deux paragraphes de l'annexe V traitent respectivement de l'utilisation des meilleurs renseignements disponibles et des déductions défavorables.

8. De l'avis de la Chine, il est utile d'analyser la relation entre l'utilisation des "meilleurs renseignements disponibles" prévue au paragraphe 6 de l'annexe V et "le fait de tirer des déductions défavorables", prévu au paragraphe 7. Conformément aux règles effectives d'interprétation des traités, si le paragraphe 6 était interprété comme habilitant le groupe spécial à tirer des déductions défavorables de la non-coopération de telle ou telle partie, la disposition du paragraphe 7 relative aux déductions défavorables deviendrait "redondante ou inutile". À l'évidence, la lecture correcte doit être que le pouvoir de tirer des déductions défavorables ne peut pas être induit de la disposition concernant les meilleurs renseignements disponibles.

9. L'interprétation qui précède est aussi confortée par le paragraphe 8 de l'annexe V, qui dispose que "[l]orsqu'il déterminera s'il y a lieu d'utiliser les meilleurs renseignements disponibles ou des déductions défavorables, le groupe spécial ...". La formulation "les meilleurs renseignements disponibles ou des déductions défavorables" sous-entend que les deux méthodes sont différentes. L'utilisation des meilleurs renseignements disponibles ne contient pas en soi le sens de tirer des déductions défavorables.

III. LES CONSTATATIONS DE L'ORGANE D'APPEL DANS L'AFFAIRE CANADA – AÉRONEFS NE SONT PAS PERTINENTES POUR LE PRÉSENT DIFFÉREND

10. La Chine note que la conclusion des CE libellée dans les termes suivants "le point essentiel d'une telle disposition est, et ne peut être que la possibilité de tirer des déductions défavorables" est fondée sur le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*. Or, la Chine considère que les paragraphes 181 à 206 du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire mentionnée concernent le pouvoir du groupe spécial, et non celui de l'autorité chargée de l'enquête, de tirer des déductions défavorables dans certaines circonstances, et qu'ils ne peuvent donc pas orienter l'interprétation dans la présente affaire.

11. Il est évident que la question dont était saisi l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* était de "savoir si le Groupe spécial a[vait] commis une erreur de droit en n'acceptant pas de tirer des déductions défavorables du refus du Canada de lui fournir des renseignements sur les activités de financement sous forme de crédits de la SEE"⁴, c'est-à-dire si le *Groupe spécial* avait le pouvoir de tirer des déductions défavorables "dans les affaires concernant des subventions à l'exportation

³ *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, 2 août 1999 ("*Canada – Aéronefs*"), paragraphe 201.

⁴ *Canada – Aéronefs*, paragraphe 181.

prohibées dont les effets défavorables sont présumés".⁵ L'Organe d'appel a conclu ainsi: "Selon nous, le *Groupe spécial* avait à l'évidence le pouvoir juridique et la possibilité de tirer des déductions des faits dont il était saisi".⁶ De plus, l'annexe V de l'Accord SMC invoquée par l'Organe d'appel concerne aussi les procédures que doivent suivre les groupes spéciaux dans les affaires portant sur des subventions pouvant donner lieu à une action, mais qui ne sont pas pertinentes pour l'autorité chargée de l'enquête dans l'enquête correspondante.

12. À cet égard, la Chine estime que les observations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* au sujet du pouvoir du groupe spécial établi par l'ORD ne sont pas pertinentes pour les règles en matière de preuve que l'autorité chargée de l'enquête doit appliquer dans l'enquête en matière de droits compensateurs. Par conséquent, que les CE s'appuient sur le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* n'est d'aucune utilité pour leur argumentation.

13. En conclusion, l'article 12.7 ne prévoit pas explicitement la possibilité de "tirer des déductions défavorables" lorsque sont utilisées les "données de fait disponibles", et cette interprétation est corroborée par une analyse incluant le contexte de l'annexe V de l'Accord SMC. Le recours par le défendeur au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs* est quasiment dénué de fondement dans le présent différend.

14. Je termine ici mon exposé et vous remercie de votre attention.

⁵ *Id.*, paragraphe 202.

⁶ *Id.*, paragraphe 203.

ANNEXE B-4

DÉCLARATION ORALE DU JAPON EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(4 novembre 2004)

I. INTRODUCTION

1. Monsieur le Président, Messieurs les Membres du Groupe spécial, au nom du gouvernement japonais, je vous remercie de nous donner cette occasion d'exprimer nos vues sur cette affaire importante. Ce matin, nous traiterons plus particulièrement certains arguments présentés par les parties qui font intervenir des questions systémiques contenues dans l'Accord SMC et qu'il conviendrait d'examiner plus avant.

II. ARGUMENTATION

A. RÈGLE DE LA NON-IMPUTATION ÉNONCÉE À L'ARTICLE 15.5 DE L'ACCORD SMC

2. Les CE font valoir que c'est à juste titre que les autorités chargées de l'enquête ont constaté que les autres facteurs connus "peuvent avoir causé un dommage, mais pas d'une ampleur telle que le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé par lesdites importations en soit rompu".¹ Les CE ont semble-t-il interprété à tort la règle de la non-imputation énoncée à l'article 15.5. La question qui se pose au sujet de cette règle est celle de savoir si les autorités ont examiné le lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage après avoir dissocié et distingué celui-ci du dommage causé par les autres facteurs connus. Comme nous l'avons dit dans notre communication en tant que tierce partie, une fois dissocié le dommage causé par les autres facteurs connus, les autorités sont tenues d'examiner si le dommage causé uniquement par les importations subventionnées était important ou non.

3. L'article 15.5 dispose que les autorités "examineront aussi tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées", et que "les dommages causés par ces autres facteurs ne devront pas être imputés aux importations subventionnées".² Le mot "aussi" indique clairement que les autorités ont l'obligation d'analyser le lien de causalité entre tous les facteurs connus et le dommage en sus du lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage. Le membre de phrase "ne doivent pas être imputés" figurant à l'article 15.5 indique en outre clairement que les autorités chargées de l'enquête sont tenues de dissocier et distinguer le dommage causé par les autres facteurs connus du dommage causé par les importations subventionnées. Comme nous l'avons expliqué en détail dans notre communication en tant que tierce partie, l'Organe d'appel a expliqué à plusieurs reprises cette prescription relative à la non-attribution dans le contexte de l'analyse de la signification de l'article 3.5 de l'Accord antidumping, qui est l'équivalent de l'article 15.5 de l'Accord SMC.

4. Il semble que, dans leur analyse de causalité, les CE n'ont pas dissocié et distingué le dommage causé par les importations subventionnées du dommage causé par les autres facteurs connus. En tant que telle, l'analyse de la causalité faite par les CE dans le présent différend apparaît

¹ Première communication écrite des Communautés européennes ("Première communication écrite des CE"), datée du 11 juin 2004, paragraphe 180 (note de bas de page omise; certains mots sont soulignés dans l'original).

² Article 15.5 de l'Accord SMC (non souligné dans l'original).

insuffisante. Aussi le Japon prie-t-il le Groupe spécial d'examiner avec soin si les CE, dans leur détermination de l'existence d'un dommage, ont dissocié et distingué le dommage causé par les autres facteurs connus et le dommage causé par les importations subventionnées d'une manière compatible avec l'article 15.5 de l'Accord SMC.

B. ACTION DE CHARGER OU ORDONNER DE LA PART DES POUVOIRS PUBLICS AU TITRE DE L'ARTICLE 1.1 A) 1) IV)

5. Nous pensons comme les CE qu'il n'est pas nécessaire que l'action de charger ou ordonner de la part de pouvoirs publics revête une forme particulière ou porte sur telles ou telles transactions particulières.³ Le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a interprété l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics comme s'entendant d'une action explicite et positive qui pousse une partie particulière à accomplir une tâche ou une mission particulière.⁴ L'article 1.1 a) 1) iv) n'indique toutefois aucune méthode particulière aux fins de déterminer si une action des pouvoirs publics a consisté à charger ou ordonner. Il n'est donc pas nécessaire que l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics soit un commandement rendu public, ou un commandement donnant à une banque des instructions détaillées pour qu'elle accorde un soutien financier. À cet égard, c'est à juste titre que les CE font valoir qu'"[i]l n'y a, par exemple, rien dans l'article 1.1 de l'Accord SMC qui exclurait que l'action de charger ou ordonner intervienne oralement".⁵ Il suffit aux termes de l'article 1.1 a) 1) iv) que l'action des pouvoirs publics ait été telle qu'une banque privée a été à même de comprendre la nature de ce que les pouvoirs publics lui déléguaient le soin de faire ou lui commandaient de faire.

6. Par conséquent, la question qui se pose dans le présent différend au sujet de l'article 1.1 a) 1) iv) est de savoir sur quels éléments de preuve l'autorité chargée de l'enquête peut se fonder pour conclure qu'une instruction donnée par les pouvoirs publics était une action de charger ou ordonner au sens dudit article. Comme nous l'avons exposé dans notre communication en tant que tierce partie, l'existence d'une instruction peut être établie au moyen d'éléments de preuve circonstanciels. Les critères en matière de preuve applicables à cet article figurent à l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. L'article 11 prescrit au Groupe spécial d'examiner une détermination des autorités chargées de l'enquête en se fondant sur "une évaluation objective". De plus, l'article 11 prescrit aux groupes spéciaux de procéder à une évaluation objective des faits de la cause. Nous pourrions considérer aussi que cette obligation de procéder à une évaluation objective s'applique tout autant à l'évaluation faite par les autorités chargées de l'enquête, puisque les groupes spéciaux sont tenus d'examiner l'évaluation des faits par les autorités chargées de l'enquête conformément à cette règle. L'article 11 prescrit donc, en l'espèce, que les autorités chargées de l'enquête fondent leur détermination sur des éléments de preuve suffisants pour leur permettre de conclure raisonnablement que les pouvoirs publics ont délégué à une banque privée le soin de fournir un certain soutien financier à une entreprise particulière ou lui ont commandé de le faire. Il n'existe aucune autre prescription en ce qui concerne les critères en matière de preuve qui sont applicables à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Aussi prions-nous le Groupe spécial d'examiner avec soin à la lumière de ce critère en matière de preuve la détermination de l'existence d'une action de charger et ordonner faite par les autorités chargées de l'enquête.

C. UTILISATION DES DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES AU TITRE DE L'ARTICLE 12.7

7. Dans leur réponse à l'argument de la Corée selon lequel les CE ont utilisé d'une manière incorrecte les données de fait disponibles, les CE ont fait valoir que "[l]es questions posées à plusieurs

³ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 284.

⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation* comme des subventions ("*États-Unis – Restrictions à l'exportation*"), WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001, paragraphe 8.29.

⁵ Première communication écrite des CE, paragraphe 272.

reprises par les Communautés européennes étaient suffisamment précises, et d'une portée suffisante, pour englober des points tels que la réunion ministérielle et les documents s'y rapportant".⁶

8. Comme indiqué dans notre communication en tant que tierce partie, une enquête nécessite une communication bidirectionnelle entre les autorités chargées de l'enquête et les parties interrogées. Les autorités chargées de l'enquête sont tenues d'indiquer effectivement aux parties interrogées les renseignements qu'elles souhaiteraient obtenir avant de décider de recourir aux données de fait disponibles. L'article 12.1 précise le sens de cette obligation initiale des autorités en ces termes: "[l]es Membres intéressés et toutes les parties intéressées par une enquête en matière de droits compensateurs seront avisés des renseignements que les autorités exigent". De fait, si elles ignorent quels renseignements les autorités jugent "nécessaires", les parties interrogées ne peuvent pas refuser l'accès aux renseignements nécessaires, ou s'abstenir de les fournir.⁷

9. La demande des autorités serait néanmoins suffisante si elle était assez précise pour qu'une partie interrogée puisse comprendre quel type de renseignements les autorités ont demandé. Il n'est pas nécessaire que les autorités, dans leur demande, citent un document précis. De fait, les autorités ne savent sans doute pas quels sont les renseignements spécifiques à la disposition des parties interrogées au stade initial d'une enquête. Dans le cas où la partie interrogée a des difficultés à percevoir ou comprendre la portée de la demande de renseignements, l'Accord SMC lui prescrit d'en informer les autorités. Aux termes de l'article 12.11, "[l]es autorités tiendront dûment compte des difficultés que pourraient avoir les parties intéressées, en particulier les petites entreprises, à communiquer les renseignements demandés, et elles leur accorderont toute l'aide possible". Pour tenir dûment compte des difficultés d'une partie interrogée, les autorités doivent être informées de ces difficultés. La partie interrogée ne peut garder le silence, et attendre des demandes de renseignements additionnelles de la part des autorités.

10. Lorsque les autorités chargées de l'enquête ont effectivement indiqué à une partie interrogée les renseignements qu'elles souhaiteraient obtenir d'elle, sans que celle-ci donne suite à la demande, les autorités peuvent considérer que la partie interrogée "ou" n'a "[pas] communiqu[é]" les "renseignements nécessaires"⁸, et s'appuyer sur les données de fait disponibles. Comme le dit le Groupe spécial *Argentine – Carreaux en céramique*, les autorités "ne peu[vent] pas reprocher à une partie intéressée de ne pas communiquer des renseignements qu'il ne lui a pas été clairement demandé de présenter".⁹ À cet égard, nous ne souscrivons pas à l'interprétation des CE selon laquelle le mot "ou" ("*or otherwise*") qui figure à l'article 12.7 renvoie à "une situation dans laquelle une telle demande n'a pas été faite".¹⁰ Il est permis d'utiliser les données de fait disponibles lorsque la partie interrogée n'a pas présenté les renseignements qu'il lui avait été clairement demandé de produire. Le Japon ne prend nullement position sur les aspects factuels du présent différend, mais il considère que les autorités chargées de l'enquête, en tant que juges impartiaux et objectifs des faits, sont fondées à évaluer le fait de ne pas présenter de renseignements, compte tenu des autres éléments de preuve qu'elles auront également réunis.

⁶ *Id.*, paragraphe 214.

⁷ Voir, article 12.7 de l'Accord SMC.

⁸ Article 12.7 de l'Accord SMC.

⁹ *Argentine – Mesures antidumping définitives à l'importation de carreaux de sol en céramique en provenance d'Italie ("Argentine – Carreaux en céramique")*, WT/DS189/R, adopté le 5 novembre 2001, paragraphe 6.54.

¹⁰ Première communication écrite des CE, paragraphe 199.

III. CONCLUSION

11. Pour les raisons exposées ci-dessus et dans notre communication écrite, le Japon prie le Groupe spécial d'examiner avec soin la compatibilité de la détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE avec l'article 15.5 de l'Accord SMC et celle de la détermination de l'existence d'une subvention avec les articles 1.1 a) 1) iv) et 12.7 dudit Accord.

ANNEXE B-5

DÉCLARATION ORALE DU TAIPEI CHINOIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(4 novembre 2004)

Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial et les représentants des parties au différend, je vous remercie de nous offrir l'occasion d'exposer nos vues.

I. INTRODUCTION

1. Le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu présente cette déclaration orale en tant que tierce partie en raison de ses préoccupations quant aux incidences commerciales et systémiques de l'interprétation correcte de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC).

2. Dans cette déclaration orale, nous commenterons brièvement les points suivants:

- l'interprétation des termes "chargent ou ordonnent",
- la méthode utilisée pour déterminer l'existence d'un "avantage", et
- l'analyse de la non-imputation dans le cadre de la détermination de l'existence d'un dommage.

II. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UNE SUBVENTION

A. INTERPRÉTATION DES TERMES "CHARGENT OU ORDONNENT"

3. Selon nous, le Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*¹, lorsqu'il a fondé son interprétation des termes "chargent" et "ordonnent" sur le sens ordinaire de ces mots dans le contexte de l'article 1.1 a) 1) iv), en a correctement élucidé la signification. Nous ne voyons aucune raison qui empêche que l'interprétation donnée dans cette affaire s'applique ici. Suivant l'interprétation de ce Groupe spécial, pour que l'on puisse considérer que des pouvoirs publics ont soumis un organisme privé à une action de "charger ou ordonner" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) il faut: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière.² En d'autres termes, le simple fait que des pouvoirs publics influent ou interviennent sur le marché, ce qu'ils pourraient faire à différents niveaux et à des fins différentes, ne constitue pas en soi une preuve suffisante de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

4. L'autorité chargée de l'enquête doit fonder sa détermination sur des éléments de preuve positifs montrant que les trois conditions susmentionnées sont réunies pour constater qu'il y a eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Nous demandons donc au Groupe

¹ États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions ("États-Unis – Restrictions à l'exportation"), rapport du Groupe spécial, WT/DS194/R.

² États-Unis – Restrictions à l'exportation, WT/DS194/R, paragraphe 8.29.

spécial de déterminer avec soin si les CE ont examiné les trois conditions susmentionnées au cours de leur enquête.

B. MÉTHODE UTILISÉE POUR DÉTERMINER L'EXISTENCE D'UN AVANTAGE

5. En ce qui concerne la méthode adoptée par l'autorité chargée de l'enquête pour calculer le montant d'une subvention du point de vue de l'avantage conféré au bénéficiaire, l'article 14 de l'Accord SMC énonce les principes directeurs pertinents concernant les prises de participation au capital social, les prêts, les garanties de prêt, la fourniture de biens ou de services par les pouvoirs publics, et l'achat de biens par les pouvoirs publics. Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a fait observer que le terme "avantage", tel qu'il est utilisé à l'article 1.1 b), comporte une forme de comparaison. Il y a "avantage" au titre de chacun des principes directeurs énoncés à l'article 14 si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché.³ Nous partageons le point de vue de la Corée, tel qu'il est exprimé aux paragraphes 572 et 573 de sa première communication écrite, selon lequel pour procéder à une analyse correcte de l'existence d'un "avantage" au titre de l'article 14, l'autorité chargée de l'enquête a l'obligation, lorsqu'elle mesure l'avantage, de comparer ce que les entreprises ont reçu avec ce qui était disponible sur le marché.

6. De plus, l'article 14 prévoit selon nous une préférence en faveur du marché intérieur du Membre faisant l'objet de l'enquête comme point de repère. Il semble illogique d'utiliser comme point de repère le marché commercial de quelque autre territoire lorsqu'il est possible de trouver un point de repère pour mesurer l'avantage à l'intérieur du territoire du Membre au regard duquel, selon les allégations, une contribution financière a été conférée. C'est seulement lorsque le marché intérieur de ce Membre est faussé que l'autorité chargée de l'enquête devrait être autorisée à utiliser un autre marché comme point de repère. Sinon, l'autorité chargée de l'enquête pourrait choisir arbitrairement n'importe quel marché, avec pour résultat possible l'utilisation de la marge correspondant au droit compensateur le plus élevé comme point de repère.

III. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE

7. Nous convenons avec la Corée que l'article 15.5 de l'Accord SMC prescrit une analyse de la "non-imputation".⁴ La troisième phrase de l'article 15.5 de l'Accord SMC prescrit ce qui suit: "[Les autorités] examineront aussi tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, et les dommages causés par ces autres facteurs ne devront pas être imputés aux importations subventionnées."

8. Il est généralement admis que l'Accord antidumping et l'Accord SMC sont liés, puisqu'ils sont l'un et l'autre issus de l'article VI du GATT. Les dispositions de ces deux accords utilisent souvent des formulations similaires et les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont utilisé d'une manière interchangeable des interprétations des dispositions correspondantes dans des affaires telles que *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*⁵ et *États-Unis – Bois de construction résineux*.⁶

9. Les deux dispositions pertinentes dans la présente affaire, l'article 15.5 de l'Accord SMC et l'article 3.5 de l'Accord antidumping, emploient essentiellement les mêmes formulations dans le

³ *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, 2 août 1999, paragraphes 157 et 158.

⁴ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 221 à 232.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, en ce qui concerne l'article 18.1 de l'Accord antidumping et l'article 32.1 de l'Accord SMC.

⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS277/R, paragraphe 7.129.

même contexte, à savoir l'examen de l'existence d'un dommage causé à la branche de production nationale. La jurisprudence relative à l'article 3.5 de l'Accord antidumping exige clairement des autorités chargées de l'enquête qu'elles dissocient et distinguent "les effets dommageables des autres facteurs et les effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping".⁷ Cette prescription s'applique aussi à l'article 15.5 de l'Accord SMC. Le Groupe spécial chargé de l'affaire Bois de construction résineux susmentionnée l'a expressément précisé.

10. Sur la base de ce qui précède, nous demandons au Groupe spécial d'examiner si les CE ont satisfait à l'obligation de la non-imputation énoncée à l'article 15.5 de l'Accord SMC.

IV. CONCLUSION

11. À la lumière des commentaires exposés ci-dessus, le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu demande au Groupe spécial de prendre en considération les vues exprimées plus haut lorsqu'il formulera ses constatations dans la présente affaire.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon, WT/DS184/AB/R, paragraphe 223.

ANNEXE B-6

DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

(10 novembre 2004)

Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial,

1. Au nom de la délégation des États-Unis, j'ai l'honneur de me présenter ici aujourd'hui pour exposer les vues des États-Unis concernant certaines questions que soulève le présent différend. Dans notre communication écrite, nous avons déjà formulé des observations sur les communications des Communautés européennes ("CE") et de la Corée. Celles que je formulerai aujourd'hui seront donc consacrées à la communication écrite présentée par le Japon en tant que tierce partie.

2. Toutefois, je voudrais commencer par deux observations de caractère général. Premièrement, en ce qui concerne la question des prêts ordonnés par les pouvoirs publics coréens, comme nous l'avons expliqué dans notre communication écrite, "la question dont est saisi le Groupe spécial est de savoir si une personne raisonnable, impartiale, ayant examiné la totalité des éléments de preuve dont disposaient les autorités des CE aurait pu parvenir à la même conclusion que ces autorités – à savoir que les pouvoirs publics coréens ont chargé des institutions financières privées de sauver Hynix, en détresse financière, et leur ont ordonné de le faire".¹ À notre avis, cette question ne se pose même pas. Il n'est pas sérieusement contestable qu'une personne raisonnable, impartiale, aurait pu parvenir à la même conclusion que les autorités communautaires.

3. Deuxièmement, s'agissant de la question de l'existence d'un dommage important, les États-Unis ne sont pas en mesure de commenter les détails de la détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE. Il leur semble toutefois que la Corée cherche à faire croire au Groupe spécial que l'intervention des pouvoirs publics coréens sur le marché qui visait à maintenir artificiellement en vie le troisième producteur mondial de DRAMS n'a eu aucune conséquence négative sur les concurrents d'Hynix. S'il est probable que le subventionnement d'Hynix par la Corée a eu des conséquences variables selon les marchés, nous rejetons avec force la suggestion de la Corée selon laquelle il n'a eu absolument aucune conséquence négative.

4. Ces observations générales faites, je voudrais à présent commenter certains aspects de la communication présentée par le Japon en tant que tierce partie.

Le critère en matière de preuve pour ce qui est de l'action de charger ou ordonner

5. Les États-Unis souscrivent pour l'essentiel à l'analyse du Japon concernant le critère en matière de preuve applicable aux questions relatives à l'action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC").² Les États-Unis conviennent qu'il n'existe pas de critère spécial en matière de preuve pour ce qui est de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Les États-Unis conviennent aussi que l'alinéa iv) ne prescrit pas que l'action de déléguer ou commander de la part des pouvoirs publics soit

¹ *Communication des États-Unis d'Amérique en tant que tierce partie*, 16 juin 2004, paragraphe 31 [ci-après "Communication des États-Unis"].

² *Communication du gouvernement japonais en tant que tierce partie*, 16 juin 2004, paragraphes 7 à 13 [ci-après "Communication du Japon"]; voir aussi la Communication des États-Unis, paragraphes 16 à 31.

détaillée au point de préciser chaque étape du processus que la banque doit suivre. Enfin, ils conviennent que les éléments de l'action de charger ou ordonner peuvent être établis sur la base d'éléments de preuve circonstanciels ou provenant de sources secondaires. De fait, les États-Unis iraient même plus loin et estiment que les éléments de preuve indirects et secondaires acquièrent une importance particulière dans les situations où, comme dans le cas du sauvetage d'Hynix, les pouvoirs publics agissent en coulisse et profitent de ce qu'ils détiennent des intérêts dans des banques pour leur dicter leur conduite.

6. Le seul point sur lequel les États-Unis voudraient s'écarter de l'analyse du Japon concernant les critères en matière de preuve applicables à l'action de charger ou ordonner a trait au titre de la section II.B.1 de sa communication. Le Japon déclare dans ce titre que "[l]e Groupe spécial devrait appliquer les critères corrects en matière de preuve pour examiner l'existence et la portée d'une action de charger ou ordonner ...". La tâche du Groupe spécial n'est pas de déterminer *de novo* s'il y a eu action de charger ou ordonner, mais plutôt d'examiner la détermination faite par les CE. Il est donc plus exact de dire que la tâche du Groupe spécial consiste à déterminer si les CE ont appliqué le critère correct en matière de preuve.

La détermination de l'existence d'un dommage par les CE

7. En ce qui concerne la détermination de l'existence d'un dommage faite par les CE, le Japon reproche à celles-ci de n'avoir pas dissocié et distingué les effets dommageables des autres facteurs connus sur la branche de production nationale et les effets des importations subventionnées.³ Plus précisément, le Japon affirme que les CE, dans leur analyse de la surcapacité, n'ont pas examiné séparément les importations subventionnées et les importations non subventionnées. Le Japon affirme en outre que les CE, après avoir reconnu les effets négatifs des importations non subventionnées, n'ont pas convenablement dissocié les effets dommageables des importations subventionnées et ceux des importations non subventionnées.

8. De l'avis des États-Unis, ces affirmations suggèrent un critère d'analyse qui va au-delà de ce que l'Accord SMC prescrit effectivement. À cet égard, les États-Unis notent que les méthodes et approches particulières au moyen desquelles les Membres de l'OMC choisissent de mener à bien l'opération consistant à dissocier et distinguer les effets dommageables des importations déloyales et les effets dommageables des autres facteurs causals connus ne font l'objet d'aucune prescription dans les Accords de l'OMC. L'Organe d'appel est systématiquement parvenu à cette même conclusion. C'est ainsi qu'il a déclaré ce qui suit: "Ainsi, à condition qu'une autorité chargée de l'enquête n'impute pas les dommages causés par les autres facteurs causals aux importations [déloyales], elle est libre de choisir la méthode qu'elle utilisera pour examiner le "lien de causalité" entre les importations [déloyales] et le dommage."⁴

9. De même, rien dans le texte même de l'Accord SMC ne prescrit à une autorité chargée de l'enquête d'"isoler" les importations visées ou les effets des importations visées et ceux des autres facteurs connus sur la branche de production nationale. Ni dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* ni dans ses rapports ultérieurs l'Organe d'appel n'a constaté l'existence d'une quelconque prescription commandant à l'autorité chargée de l'enquête d'"isoler" les effets dommageables des importations déloyales. Au lieu de quoi, le critère qui a été énoncé est qu'il s'agit de savoir si les autorités chargées de l'enquête ont fourni une explication satisfaisante de la nature et de l'importance

³ Communication du Japon, paragraphe 6.

⁴ *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 18 août 2003, paragraphe 189, faisant fond sur l'affaire *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 23 août 2001 [ci-après "*États-Unis – Acier laminé à chaud*"].

des effets dommageables de ces autres facteurs, par opposition aux effets dommageables des importations déloyales.

10. Deuxièmement, l'article 15 de l'Accord SMC n'exige pas que les importations visées soient en elles-mêmes et par à elles seules la cause d'un dommage important. Même dans le contexte de l'examen de déterminations en matière de mesures de sauvegarde, l'Organe d'appel a dit que l'article 4.2 b) de l'*Accord sur les sauvegardes* n'exigeait pas que l'accroissement des importations soit à lui seul la cause d'un dommage grave.⁵ Dans l'affaire *Gluten de froment*, l'Organe d'appel a constaté qu'il peut être satisfait à la prescription de l'*Accord sur les sauvegardes* relative à la causalité lorsqu'un dommage grave est causé par la combinaison de l'accroissement des importations et d'autres facteurs.⁶

L'utilisation des données de fait disponibles par les CE

11. Pour ce qui est de l'utilisation des données de fait disponibles par les CE en relation avec leur détermination de l'existence d'une subvention, les États-Unis ont examiné dans leur communication écrite les arguments de la Corée concernant les données de fait disponibles. Je voudrais aujourd'hui formuler quelques observations sur les arguments du Japon sur ce sujet.

12. Le Japon affirme qu'"en vertu du principe général de la bonne foi énoncé dans le droit international et des prescriptions spécifiques de l'article 12.7 et 12.11, c'est en dernier ressort que les autorités doivent recourir aux données de fait disponibles".⁷ Cette déclaration pose problème à plusieurs égards aux yeux des États-Unis.

13. Premièrement, s'agissant de la référence à la "bonne foi" faite par le Japon, rien ne justifie d'invoquer un principe de la "bonne foi" pour s'écarter du texte des accords – y compris l'Accord SMC – tel qu'il a été négocié. De même, rien dans l'Accord sur l'OMC n'autorise ni ne justifie qu'un groupe spécial chargé du règlement d'un différend porté devant l'OMC applique un principe de la "bonne foi" comme obligation de fond convenue par les Membres de l'OMC.

14. Les groupes spéciaux chargés du règlement des différends ont un mandat clair et dépourvu d'ambiguïté: ils sont tenus d'examiner la question dont ils sont saisis "à la lumière des dispositions pertinentes des ... accords visés cités par les parties au différend ...".⁸ L'Appendice 1 du Mémoire d'accord, qui définit les "accords visés" aux fins dudit Mémoire d'accord, ne mentionne nulle part un principe de la bonne foi énoncé par le droit international.

15. Deuxièmement, l'affirmation du Japon selon laquelle "en vertu de" l'article 12.7 et 12.11 de l'Accord SMC, c'est en "dernier ressort" seulement que l'on "doit" recourir aux données de fait disponibles est dénuée de fondement. Le texte de l'article 12.7 précise les conditions préalables à un recours aux données disponibles. Ce texte ne contient pas l'expression "dernier ressort", ni aucun concept similaire, et le texte de l'article 12.11 pas davantage.

16. La tâche du Groupe spécial est donc de déterminer si les CE ont déterminé d'une manière raisonnable si les conditions préalables étaient réunies au regard des dispositions pertinentes de

⁵ Voir, par exemple, *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes*, WT/DS166/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 19 janvier 2001, paragraphes 70, 79 [ci-après "*Gluten de froment*"]; *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 16 mai 2001, paragraphes 165 à 170.

⁶ *Gluten de froment*, paragraphes 67 et 68.

⁷ Communication du Japon, paragraphe 14.

⁸ Article 7.1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

l'Accord SMC pour qu'elles puissent recourir aux données de fait disponibles. Cette tâche n'est pas de réécrire ces dispositions de façon à y incorporer une notion de bonne foi non définie.

17. Enfin, les États-Unis n'entendent pas s'inscrire en faux contre la remarque du Japon selon laquelle la coopération dans une enquête en matière de droits compensateurs est un processus bidirectionnel.⁹ Toutefois, les États-Unis voudraient souligner que le processus est, en effet, bidirectionnel, et requiert la coopération des parties faisant l'objet de l'enquête aussi bien que des autorités chargées de l'enquête. Dans le rapport cité par le Japon – qui, il faut le noter, comportait l'interprétation de dispositions ne figurant pas dans l'Accord SMC – l'Organe d'appel a souligné que "le degré de coopération exigé des parties intéressées est élevé ...".¹⁰ Peut-on qualifier de coopération d'un "niveau élevé" la manière extrêmement étroite dont la Corée a interprété les questions des CE et le fait qu'elle n'a pas communiqué les renseignements concernant les réunions des Ministres de l'économie? Peut-on qualifier de coopération d'un "niveau élevé" le fait qu'Hynix a soumis aux autorités communautaires une seule page du rapport d'Arthur Andersen, alors que la société avait soumis la totalité du rapport aux autorités des États-Unis dans le cadre de leur enquête en matière de droits compensateurs? Peut-on qualifier de coopération d'un "niveau élevé" le refus d'Hynix de donner son aval à la Citybank afin que celle-ci communique aux autorités communautaires les documents relatifs au rôle de la Citybank dans le sauvetage d'Hynix? La réponse à ces questions s'impose d'elle-même.

Conclusion

18. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, ainsi s'achève la déclaration des États-Unis en tant que tierce partie. Merci de votre attention.

⁹ Communication du Japon, paragraphe 18.

¹⁰ *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 100.

ANNEXE C

COMMUNICATIONS PRÉSENTÉES À TITRE DE RÉFUTATION PAR LES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication présentée à titre de réfutation par la Corée	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication présentée à titre de réfutation par les Communautés européennes	C-13

ANNEXE C-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LA CORÉE

(4 décembre 2004)

INTRODUCTION

1. Bien que la présente affaire comporte un dossier factuel complexe et volumineux, elle se résume à une évaluation de la compatibilité des actions des autorités des CE avec les règles de l'OMC. La Corée est d'avis que les CE ont imposé un droit compensateur exorbitant qui ne satisfait pas aux obligations des CE au titre de l'*Accord SMC*.

I. QUESTIONS CONCERNANT LE DOMMAGE

A. LES CE DONNENT UNE INTERPRÉTATION ERRONÉE DE L'ARTICLE 15.1 ET 15.2 DE L'ACCORD SMC ET DU CRITÈRE D'EXAMEN

2. Les CE font valoir que la *seule* obligation énoncée à l'article 15.1 et 15.2 est que l'autorité nationale "examine" et "prenne en considération" les éléments de preuve. Au contraire, pour satisfaire aux obligations découlant de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité chargée de l'enquête doit démontrer que sa détermination est, en fait, fondée sur des *éléments de preuve positifs* et résulte d'un *examen objectif*. En outre, le Groupe spécial doit être autorisé à examiner si les éléments de preuve sur lesquels repose une détermination sont crédibles. Des faits vérifiables ne sont pas nécessairement des éléments de preuve positifs de l'existence d'un dommage et l'examen de données de fait incomplètes ou inadéquates ne constitue pas un examen objectif.

B. LES CONSTATATIONS DES CE SONT INADÉQUATES TANT AU TITRE DU PARAGRAPHE 1 QUE DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 15

1. La constatation par les CE de l'existence d'une augmentation notable des importations n'est pas étayée par des éléments de preuve positifs ni par un examen objectif

3. Les CE font valoir que n'ayant pas constaté spécifiquement que LGS recevait des subventions, elles ne pouvaient pas tenir compte des expéditions de LGS à destination des CE en 1998 et 1999. La justification qu'elles proposent est absolument dénuée de sens. La question est de savoir si le volume des importations subventionnées a augmenté dans le temps. La façon correcte d'analyser le volume des importations subventionnées en provenance d'Hynix pendant une période antérieure à la fusion de Hyundai Electronics et de LGS et à l'existence d'Hynix est de combiner les importations de Hyundai Electronics et de LGS pendant la période antérieure à Hynix. Sinon, il ne peut y avoir de comparaison correcte d'éléments de même nature. Les CE disposaient des données concernant LGS, elles ont simplement refusé d'entreprendre une analyse objective.

4. Les CE ne fournissent par ailleurs aucune raison pour laquelle la constatation de l'existence d'une augmentation des importations en chiffres absolus constituerait un élément de preuve positif de l'existence d'une "augmentation notable" au sens de l'article 15.2, alors qu'elles ont compris elles-mêmes qu'une caractéristique essentielle des DRAM est que le nombre de bits fourni par tous les producteurs augmente considérablement chaque année. Ce qui est important lorsqu'on analyse le

volume des expéditions de DRAM, c'est d'examiner l'augmentation des expéditions *par rapport* à la consommation et aux autres fournisseurs. Une augmentation en chiffres absolus, en soi, est très peu significative.

5. Les éléments de preuve dont disposent les CE démontrent clairement que la part de marché d'Hynix, si on l'analyse correctement, ***n'a absolument pas augmenté***, mais a plutôt diminué au cours de la période considérée. De plus, à la lumière d'un examen objectif, l'augmentation de valeur et de volume n'était pas non plus notable même dans le cas où les effets de la fusion avec LGS n'avaient pas été correctement examinés. Enfin, même en supposant que l'analyse par les CE du volume des importations subventionnées soit, d'une façon ou d'une autre, conforme à l'article 15.2, l'absence d'éléments de preuve positifs et d'un examen objectif signifie que les CE n'en ont pas moins violé l'article 15.1.

2. La constatation par les CE d'une sous-cotation notable des prix n'est pas étayée par des éléments de preuve positifs ni par un examen objectif

6. Les CE ont constaté que la concurrence sur le marché des DRAM portait principalement sur les prix. Cependant, les éléments de preuve montrent qu'Hynix a perdu constamment des parts sur le marché des CE de 1999 à 2001, soit jusque et y compris l'année pendant laquelle Hynix a, selon les allégations, bénéficié de subventions. Cette perte constante de parts de marché ne peut être conciliée avec les propres observations des CE au sujet de la sous-cotation des prix. En dépit de leurs allégations selon lesquelles "il est tout à fait *possible* qu'une société, tout en sous-cotant les prix, perde des parts de marché pour d'autres raisons", les CE ne donnent jamais aucun exemple de ces "autres raisons". Surtout, les CE ne mettent en avant aucun élément de preuve versé au dossier indiquant que ces "autres raisons" expliquaient, en fait, la diminution de la part de marché d'Hynix. De telles conjectures ne satisfont pas aux obligations découlant de l'article 15.1 et 15.2.

7. Les CE défendent leur méthodologie erronée de comparaison des prix – qui consiste à comparer les prix mensuels moyens pratiqués par Hynix aux différents prix quotidiens pratiqués par les producteurs des Communautés – à l'aide d'un truisme, à savoir que l'article 15.2 ne précise aucune méthodologie particulière à appliquer pour analyser les effets des ventes à des prix inférieurs et les effets sur les prix. Elles doivent cependant démontrer en quoi leur approche est correcte et le Groupe spécial doit déterminer si les CE, en concluant à une sous-cotation notable des prix, se sont fondées sur des éléments de preuve positifs.

8. Enfin, même s'il estime que les CE, d'une façon ou d'une autre, se sont conformées à l'article 15.2 dans leur analyse des prix, le Groupe spécial n'en doit pas moins évaluer si cette analyse satisfait en l'espèce à l'obligation indépendante prévue à l'article 15.1. Pour les raisons indiquées ci-dessus, la Corée estime que les CE n'ont pas satisfait à cette obligation.

C. LES CE N'ONT PAS EXAMINÉ COMME IL CONVIENT LA SITUATION DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE

9. L'article 15.4 de l'*Accord SMC* dispose que l'autorité nationale doit examiner tous les facteurs de dommage énumérés. Or les CE n'ont pas pris en considération les salaires, facteur spécifique aux termes de l'article 15.4, et n'ont pas mis à disposition suffisamment de données pour permettre de déterminer ce qu'aurait donné une analyse correcte des "salaires". Par ailleurs, les CE disent en fait qu'elles n'ont pas à examiner les déclarations de leur propre branche de production nationale qui ont un rapport direct avec les facteurs de l'article 15.4. La Corée trouve cette position problématique car elle n'établit aucune obligation de rendre des comptes.

10. Contrairement aux allégations des CE selon lesquelles le "fléchissement économique" sur le marché des DRAM est "une question de lien de causalité plutôt que d'évaluation de la situation de la branche de production nationale", le cycle économique des DRAM est une considération primordiale

qui devrait éclairer une évaluation objective de facteurs économiques plus discrets. Nulle part cependant les CE ne se penchent véritablement sur ce cycle considéré isolément ou en tant que contexte permettant de comprendre d'autres facteurs économiques.

11. Enfin, la Corée réaffirme que les CE n'ont pas expliqué d'une manière appropriée pourquoi seulement trois des 13 facteurs énumérés devraient rendre convaincante leur conclusion selon laquelle la branche de production nationale subissait un dommage important. Alors que cela ferait partie d'un examen objectif des faits et d'une explication motivée de l'analyse, nous ne trouvons rien à cette fin dans la détermination des CE. Cela n'est pas conforme à l'article 15.4.

D. LES CE N'EXPLIQUENT PAS COMMENT LEUR DÉTERMINATION SATISFAIT À LA PRESCRIPTION JURIDIQUE VOULANT QUE SOIT ÉTABLIE L'EXISTENCE D'UN LIEN DE CAUSALITÉ ET QUE LES AUTRES FACTEURS SOIENT DISSOCIÉS ET DISTINGUÉS

1. Les CE ne démontrent pas l'existence d'un lien de causalité

12. Les CE fondent en grande partie leur analyse de l'existence d'un dommage sur une constatation erronée et inappropriée de l'existence d'une augmentation en quantité absolue des importations en question, que celles-ci comprennent LGS ou pas. Même si elle satisfait aux dispositions de l'article 15.2, cette approche n'est pas conforme à l'article 15.5 lu à la lumière de l'article 15.1. Et même si l'article 15.5 était lu d'une manière si étroite que cela permettrait de constater l'existence d'un lien de causalité dans la situation présente, il n'en demeurerait pas moins que l'analyse n'est pas objective et qu'au minimum, elle ajouterait à la détermination des CE un aspect incompatible avec l'article 15.1.

13. Les éléments de preuve portés à la connaissance des CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre l'évolution de la part de marché d'Hynix et celle de la part de marché ou des résultats financiers de la branche de production nationale. Les CE n'ont donc pas démontré l'existence du lien de causalité requis par l'article 15.5.

2. Les CE n'ont pas correctement dissocié et distingué les causes

14. Le *Règlement définitif* des CE était incompatible avec les prescriptions de l'article 15.5 parce que les CE n'ont pas dissocié et distingué les effets dommageables des autres facteurs. Les CE ont considéré à tort comme sans importance le rôle joué par la chute de la demande en 2001, ne tenant pas compte des éléments de preuve convaincants avancés par chaque observateur de la branche de production et indiquant que la chute de la demande et la "liquidation des stocks" qui l'avait accompagnée étaient des facteurs essentiels pour comprendre la chute mondiale des prix en 2001. Les CE n'ont pas tenu compte des éléments de preuve concernant l'évolution de la capacité relative, qui confirmaient le rôle dominant des autres fournisseurs qui augmentaient leur capacité beaucoup plus qu'Hynix. Bien qu'elles aient tenté de prendre en considération le rôle des importations non subventionnées, les CE n'ont pas tenu compte des principaux éléments de preuve ou les ont faussés.

15. La norme imposée par l'article 15.5 n'autorise pas les CE à affirmer simplement leurs conclusions. Les CE étaient tenues d'expliquer comment elles faisaient en sorte que les effets dommageables du ralentissement spectaculaire de la demande ne soient pas inclus dans l'évaluation du dommage imputé aux importations subventionnées. Faute d'apporter cette explication, la détermination des CE est incompatible avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC*.

II. QUESTIONS CONCERNANT LA SUBVENTION

A. L'INTERPRÉTATION ET L'UTILISATION DES "DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES" PAR LES CE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 12.7

1. **La partie défenderesse n'assume pas la charge ni les conséquences potentielles de l'ambiguïté du Membre procédant à l'enquête**

16. Les CE estiment que les données de fait disponibles sont justifiées lorsque le Membre défendeur n'a pas prévu quels seraient les renseignements que le Membre procédant à l'enquête considérerait comme des "renseignements nécessaires". Cette approche est irrecevable. Le Membre procédant à l'enquête doit définir les "renseignements nécessaires" et faire dûment connaître ses attentes au Membre défendeur. Une constatation différente forcerait le Membre défendeur à assumer la charge et les conséquences potentielles de l'ambiguïté du Membre procédant à l'enquête ou du fait que celui-ci n'a pas demandé ce qu'il considère comme des "renseignements nécessaires".

2. **L'article 12.7 permet de combler une lacune et n'est pas une mesure punitive, ni un moyen de remplacer les faits versés au dossier**

17. Les CE ne présentent aucun texte à l'appui de leur conclusion selon laquelle l'objet de l'article 12.7 ne peut être que de tirer des déductions défavorables. En réalité, le texte de l'Accord va dans le sens d'une conclusion diamétralement opposée. À cet égard, le contexte de l'Annexe V de l'Accord SMC est important pour l'interprétation de l'article 12.7, en conformité avec l'article 3:2 du Mémoire d'accord. En particulier, le paragraphe 7 de l'Annexe V prévoit explicitement l'utilisation de déductions défavorables, alors que l'article 12.7 est muet. De plus, le paragraphe 6 de l'Annexe V distingue "les éléments de preuve dont ... disposera" un Membre de l'utilisation de déductions défavorables, qui reste du domaine de compétence du Groupe spécial. Il s'ensuivrait donc que les "données de fait disponibles" sont également distinctes des déductions défavorables, puisque l'article 12 de l'Accord SMC ne prévoit pas par ailleurs l'utilisation de déductions défavorables.

3. **Les CE ne justifient ni l'application ni l'ampleur de l'application des "données de fait disponibles"**

18. Les CE ont appliqué à tort les données de fait disponibles dans un certain nombre de cas. S'agissant des documents des ministres de l'économie, la présomption des CE selon laquelle ces documents prouvent l'existence d'une action de charger ou ordonner transparaît dans leur point de vue sur la question de savoir si les pouvoirs publics coréens ont retenu ces documents. Or une décision d'appliquer les données de fait disponibles ne devrait pas être influencée par l'interprétation intéressée de l'expression "chargent ou ordonnent" que donnent les CE. Ces dernières doivent examiner si la demande de renseignements pourrait être interprétée différemment. Même en supposant que les CE soient habilitées à appliquer les données de fait disponibles et les déductions défavorables, les documents ne devraient pas devenir un prétexte pour mettre en cause tout le financement accordé à Hynix. C'est pourtant précisément ce qui s'est produit en l'espèce.

19. De même, s'agissant de la présence d'un fonctionnaire du FSS, le 10 mars, à une réunion du conseil des créanciers d'Hynix, les CE ont choisi de pénaliser les pouvoirs publics coréens en s'appuyant sur leur propre point de vue intéressé quant à l'importance à accorder à cette présence sur le plan de l'action de charger ou ordonner, plutôt que d'examiner objectivement les circonstances de leur demande de renseignements et/ou de mettre en balance les intérêts de la Corée. Les CE ne devraient pas fonder leur application des données de fait disponibles sur une telle base ni, en particulier, se placer dans une optique punitive. Là encore, les autorités des CE ont tiré des déductions excessives, prenant prétexte de cette présence pour attaquer un financement n'ayant aucun rapport avec la réunion.

20. Les CE déforment en outre les faits entourant le rapport Arthur Andersen. Elles n'ont jamais signalé qu'Hynix n'avait pas coopéré au sujet de ce rapport, n'ont jamais demandé qu'un extrait plus important leur soit communiqué et n'ont jamais cherché à se donner la possibilité d'examiner le contenu du rapport pendant la vérification. Ce n'est que dans leurs conclusions finales que les CE ont soulevé la question. Les actions entreprises par les CE ont été déraisonnables, punitives et incompatibles avec l'obligation, énoncée à l'article 12.7, de s'appuyer sur des "données de fait" et non pas sur des déductions défavorables arbitraires.

21. Enfin, les CE exposent de façon inexacte les faits concernant la Citibank. Ce sont les CE, et non pas la Citibank ou Hynix, qui n'ont pas agi de bonne foi. Étant donné tous les efforts qu'elle a faits pour fournir les renseignements demandés sans enfreindre ses propres règlements internes, la Citibank ne peut raisonnablement pas être considérée comme peu coopérative. Encore une fois, la seule justification que donnent les CE en l'occurrence pour appliquer les données de fait disponibles est que les affirmations de la Citibank ne pouvaient pas être vérifiées. Cette description intéressée des faits ne rend absolument pas compte de ce qui s'est réellement passé. La conduite des CE n'a été ni objective ni raisonnable.

B. L'ARTICLE 1.1 A) 1) IV) IMPOSE DES LIMITES POSITIVES AU CHAMP SÉMANTIQUE DE L'EXPRESSION "CHARGENT OU ORDONNENT"

1. Le sens de l'expression "chargent ou ordonnent" impose des limites juridiques

22. Le texte de l'Accord est le fondement des obligations de chaque Membre; il ne s'agit pas de lui donner effet uniquement lorsque cela arrange un Membre. Or, les CE choisissent de ne pas tenir compte du sens fondamental des termes "chargent" et "ordonnent" tels qu'ils figurent à l'article 1.1 a) 1) iv). Le sens fondamental du terme "chargent" exige qu'il y ait quelque chose qu'on soit chargé de faire. Lorsqu'une banque accorde un prêt ou remet une dette qui ne relèvent pas d'un programme de l'État, personne n'est chargé de faire quoi que ce soit. De même, le sens fondamental du terme "ordonnent" est la notion d'exiger quelque chose ou de donner un ordre. Tous les doutes que les CE tentent de susciter à l'aide d'autres définitions de ces termes en anglais peuvent être levés par une référence aux textes espagnol et français de la même disposition, qui emploient l'un et l'autre un mot qui se traduit en anglais par "ordre".

23. Les CE tentent de minimiser la pertinence de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, qui a donné lieu à une analyse approfondie du critère "chargent ou ordonnent", en faisant valoir que dans cette affaire, le Groupe spécial a examiné un contexte factuel différent. Mais cet effort pour établir que l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* est de nature différente échoue à deux niveaux. Premièrement, dans cette affaire, le Groupe spécial présentait clairement sa propre lecture du texte spécifique en question ici. Le contexte factuel pouvant avoir été différent, l'application du critère à ces faits peut aussi différer. Mais le Groupe spécial a d'abord exposé son interprétation textuelle du sens de l'expression "chargent ou ordonnent". Deuxièmement, ce Groupe spécial a par ailleurs expliqué judicieusement les problèmes qui vont de pair avec une lecture trop large de l'expression "chargent ou ordonnent". Il a fait observer que "les pouvoirs publics interv[enaient] sur les marchés de différentes façons" et a soigneusement distingué entre ces interventions et les actions qui, par leur nature, s'élèvent au niveau de la notion de "chargent ou ordonnent".

2. Le prêt syndiqué de décembre 2000

24. Les CE allèguent que les pouvoirs publics coréens ont ordonné à la KEB, à la KFB et à la KDB de participer au prêt syndiqué de décembre 2000. En même temps, les CE écartent le fait qu'un certain nombre d'autres organismes privés qui n'avaient pas besoin d'une dérogation concernant le montant maximal des prêts y participaient aussi. Leur participation est révélatrice d'un choix de prêter de l'argent à Hynix. Le choix est en fait l'antithèse de l'action de charger ou ordonner. En outre, rien

dans le dossier des CE n'est révélateur d'un ordre ou même d'une suggestion de la part des pouvoirs publics afin que la KEB, la KDB et la KFB *prêtent* de l'argent à Hynix. Il s'agissait plutôt de donner à ces banques les moyens *de prêter* à Hynix, comme le prévoit la loi coréenne.

25. Les CE cherchent à pallier les faiblesses de son argument en faisant valoir que la FSC conférerait un droit précieux à la KEB et à la KFB en leur accordant des dérogations, qui n'est pas très différent des droits de coupe examinés par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*. Mais les faits sont très différents. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a constaté qu'en accordant un droit de récolter du bois sur pied (propriété des pouvoirs publics), les pouvoirs publics fournissaient ce bois sur pied aux exploitants forestiers. Cependant, ce n'est tout simplement pas la même chose de dire qu'en levant une restriction de crédit pour une banque, les pouvoirs publics accordent un prêt. Les pouvoirs publics n'accordent pas le prêt. En fait, ils n'ont même jamais possédé les fonds qui constituent le prêt. La banque accorde le prêt. Le prêt ne serait une contribution financière que si les pouvoirs publics commandaient à la banque de l'accorder.

3. L'assurance octroyée par la KEIC

26. Si les CE entendent traiter l'assurance octroyée par la KEIC comme un don inclus dans la valeur totale de la ligne de crédit au titre des documents contre acceptation, contrairement à la méthodologie prescrite à l'Annexe I j) de l'*Accord SMC*, les CE doivent démontrer que les créanciers d'Hynix ont été chargés ou ont reçu l'ordre de financer les documents contre acceptation. Or elles déclarent simplement que les banques ont fourni le financement à cause de l'assurance octroyée par la KEIC. L'existence de cette assurance n'équivaut pas à une action de charger ou ordonner à l'égard des banques. Il n'importe pas non plus que la KEIC soit un organisme public. La KEIC a fourni une assurance, elle n'a pas financé les documents contre acceptation. Ce sont les banques qui ont fourni ce financement. Au mieux, les CE ont mis en évidence un effet, et non pas un élément de preuve d'une action de charger ou ordonner. Le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a rejeté un "critère des effets" applicable à l'action de charger ou ordonner et le présent Groupe spécial devrait faire de même.

4. Le programme de la KDB

27. Les CE soutiennent qu'elles peuvent compenser le montant intégral des obligations refinancées par la KDB, ce qu'elles considèrent comme un don octroyé par un organisme public. Ce point de vue est illogique compte tenu de la nature du programme, y compris le partage des charges que celui-ci prévoit explicitement. Selon les modalités pratiques du programme, la KDB devait être le souscripteur initial des obligations refinancées, mais de nombreux autres créanciers participaient immédiatement par l'intermédiaire de leurs engagements financiers et il était entendu qu'ils participeraient immédiatement, avec d'autres investisseurs, au programme de CBO/CLO. Ainsi, quelle que soit leur position en ce qui concerne la KDB, les CE devaient, compte tenu des données de fait du programme, montrer que ces autres créanciers et investisseurs avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens. Elles ne se sont pas acquittées de la charge de la preuve qui leur incombait. Pour ces raisons, la détermination des CE en ce qui concerne le programme de la KDB était incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 1.1 a) 1) iv).

5. L'ensemble de mesures de restructuration de mai 2001

28. Les constatations des CE en ce qui concerne la restructuration de mai reposent largement sur la non-coopération alléguée des pouvoirs publics coréens, d'Hynix et des créanciers d'Hynix. Les CE écartent des éléments de preuve assez déterminants indiquant que les créanciers d'Hynix ont pris des décisions rationnelles, protégées au moyen du financement qu'ils ont élaboré. En particulier, elles ne mentionnent nulle part les certificats représentatifs de titres (GDR) lorsqu'elles examinent la contribution financière et l'ensemble de mesures de restructuration de mai 2001. Au lieu de cela, les CE font valoir qu'il n'y avait pas de financement, alors que les GDR remplissaient cette fonction.

29. Le seul véritable "élément de preuve" de l'existence d'une action de charger ou ordonner présenté par les CE se limite à la présence d'un fonctionnaire de la FSS à une réunion de créanciers en mars 2001 et au fait que les pouvoirs publics coréens détiennent une participation dans certaines des banques en cause. Mais la Corée ne considère pas que le fait qu'un fonctionnaire de la FSS a assisté à une réunion de créanciers, à la demande de ceux-ci et pour témoigner d'engagements antérieurs pris par ceux-ci, constitue un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. De même, une participation des pouvoirs publics au capital n'équivaut pas à une action de charger ou ordonner. Le simple fait que les pouvoirs publics coréens puissent détenir une partie ou la totalité du capital d'une banque donnée ne démontre pas, en soi, que les pouvoirs publics coréens l'ont chargée d'accorder un financement à Hynix ou lui ont ordonné de le faire. Pour ces raisons, les CE n'ont pas montré qu'il y avait action de charger ou ordonner pour l'ensemble de mesures de restructuration de mai, ce qui est incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 1.1 a) 1) iv).

6. L'ensemble de mesures de restructuration d'octobre 2001

30. S'agissant de la restructuration d'octobre 2001, les CE soulignent le degré de participation des pouvoirs publics au capital des banques. Là encore, de tels éléments de preuve ne peuvent tout simplement pas établir l'existence d'une action de charger ou ordonner. Les CE se tournent en outre vers d'autres éléments de preuve insuffisants pour établir qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Premièrement, elles mentionnent que les banques prennent en compte des considérations de politique publique. Cette approche reflète une interprétation erronée de la règle de droit. Il n'y a rien d'inhabituel dans le fait que les banques tiennent compte d'un large éventail de facteurs lorsqu'elles accordent un prêt. Deuxièmement, les CE allèguent en outre un "schéma de participation continue" mais, ce faisant, énoncent les faits de façon inexacte. Étant donné que l'action de charger ou ordonner suppose une action positive de la part des pouvoirs publics, l'analyse doit se concentrer sur des transactions spécifiques, et non pas sur une "participation" généralisée. Troisièmement, les CE font grand cas de la déclaration du Vice-Premier Ministre coréen, mais à nouveau elles interprètent cet élément de preuve de façon erronée. Au plus, cette déclaration représente un effort pour exercer une influence; elle ne constitue pas un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Enfin, les CE entreprennent ensuite d'analyser des éléments de preuve concernant plusieurs banques précises. Cependant, cet examen des "éléments de preuve" n'offre jamais de base crédible pour constater qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Pour ces raisons, les constatations des CE en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 sont incompatibles avec l'article 1.1 a) 1) iv).

C. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN AVANTAGE FAITE PAR LES CE EST INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 1.1 ET 14

1. L'analyse de l'existence d'un avantage effectuée par les CE doit être jugée sans fondement si elle ne montre pas qu'il y a une contribution financière

31. En droit, s'il est constaté que les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont incompatibles avec l'*Accord SMC*, alors leurs constatations sur l'existence d'un avantage sont aussi nécessairement sans fondement. Pour qu'une subvention puisse donner lieu à une mesure compensatoire, il faut qu'il y ait une contribution financière, qu'un avantage soit conféré et que cet avantage soit spécifique. Bien qu'il soit éventuellement possible de faire état d'une contribution financière en l'absence d'un avantage ou sans qu'il y ait spécificité, l'*Accord* est conçu de telle sorte qu'il n'est pas possible, lorsque aucune contribution financière n'est constatée, de constater l'existence d'un avantage ou de constater qu'il y a spécificité.

2. Les CE avancent une interprétation incorrecte de la relation entre les articles 1.1 et 14

32. La Corée a dûment contesté à la fois la constatation de l'existence d'un avantage et la mesure de l'avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Les CE allèguent qu'il n'existe aucune définition de l'"avantage" dans l'*Accord SMC* et que l'article 14 se limite au calcul du montant d'une

subvention. Elles oublient le fait que le terme "avantage" est lui-même un terme ayant une fonction de définition dans l'article 1.1 et que l'avantage est un élément essentiel de la constatation de l'existence d'une subvention. Ainsi, lu à la lumière de l'article 1.1, l'article 14 donne des indications très claires sur ce qu'une subvention n'est pas. Aux termes de l'article 1.1, il n'existe aucune subvention n'existe si un avantage n'est pas conféré. Chacun des paragraphes a) à d) de l'article 14 décrit un cas précis dans lequel une conduite donnée "ne sera pas considérée comme conférant un avantage". Autrement dit, l'article 14 n'a pas seulement pour objet de calculer le montant de l'avantage, mais il joue un rôle important dans la détermination de l'existence même d'une subvention, d'une manière compatible avec la prescription énoncée à l'article 1.1.

3. La méthodologie employée par un Membre pour calculer l'avantage doit être compatible avec les principes énoncés à l'article 14

33. L'article 14 utilise des termes très concrets axés sur la conduite "habituelle" ou "existante" sur le marché faisant l'objet de l'enquête, ou sur une conduite "comparable". S'agissant du montant de l'avantage, l'article 14 b) et c), en particulier, dispose que le montant de l'avantage conféré "correspondra à la différence" entre les coûts des instruments comparés. S'agissant de la fourniture de biens, l'article 14 d) prescrit de procéder à une comparaison entre les biens ou les services fournis et la rémunération adéquate à laquelle ceux-ci donneront lieu, qui "sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes".

34. Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*, l'Organe d'appel a constaté que "la possibilité ménagée à l'article 14 d) aux autorités chargées de l'enquête de considérer un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture est *très limitée*". L'autorité ne peut procéder ainsi que "lorsqu'il a été établi que ces prix pratiqués dans le secteur privé sont faussés, en raison du rôle prédominant des pouvoirs publics sur le marché en tant que fournisseur des biens identiques ou semblables". En outre, après avoir établi que le marché est faussé, l'autorité doit encore valider un autre point de repère.

35. Les CE allèguent que l'avis de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux* se distingue par le fait qu'il ne portait que sur la formulation de l'article 14 d) et devait, de ce fait, être limité à cet article. Mais une telle lecture ne tient absolument pas compte de la préférence manifeste pour les points de repère primaires (c'est-à-dire ceux qui sont présents sur le marché faisant l'objet de l'enquête) qui figurent dans les autres paragraphes de l'article 14. Les CE ne peuvent pas exclure du texte de l'Accord des mots tels que "comparable" et "pratique habituelle" concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire".

4. Les CE n'ont toujours pas justifié leurs constatations de l'existence d'un avantage en ce qui concerne les différentes transactions en cause en l'espèce

a) Le prêt syndiqué

36. S'agissant du prêt syndiqué, les CE n'ont pas défini de point de repère concernant les prêts de la KFB, de la KEB et de la KDB par rapport aux prêts des sept autres banques en cause. En outre, il ressort clairement de la comparaison du Règlement provisoire et du Règlement définitif des CE que celles-ci ont tout simplement brouillé la distinction entre contribution financière et avantage. Lorsqu'une évaluation provisoire présente une analyse de l'avantage qui démontre qu'il n'y a pas d'avantage et que l'autorité modifie cette détermination sur la seule base d'allégations relatives à l'action de charger ou ordonner, il y a un problème évident. Même en supposant que la KEB, la KDB et la KFB aient effectivement reçu l'ordre de participer au prêt syndiqué, ce fait ne permet pas de savoir si la participation des sept autres banques peut servir de point de repère. Ainsi, les CE n'ont pas mesuré ce qu'Hynix avait reçu et ce qu'elle pouvait obtenir sur le marché, ce qui est incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1.1 b) et 14 b).

b) L'assurance octroyée par la KEIC

37. Les CE ont constaté que l'assurance octroyée par la KEIC était une subvention à l'exportation. En tant que subvention à l'exportation, cette assurance serait régie par l'Annexe I de l'*Accord SMC*, et en l'occurrence par le paragraphe j). La mesure de l'avantage, telle qu'elle est prescrite au paragraphe j), est la différence entre la prime versée et la prime nécessaire pour couvrir, à longue échéance, les frais et les pertes au titre de la gestion du programme. Les CE n'ont pas mesuré l'avantage sur cette base. Elles n'ont pas non plus tenu compte d'un problème de calcul plus fondamental, lié à la nature du financement des documents contre acceptation. En résumé, il s'agit d'une facilité de crédit permettant un financement à court terme (en général 90 jours) des transactions à l'exportation. Cela n'a jamais constitué un prêt de 600 millions de dollars EU, ce qui était la limite maximale de la facilité de crédit. En tout cas, les CE n'ont pas mesuré d'une manière appropriée ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché.

c) Le programme de la KDB

38. Les CE mettent beaucoup de soin à discréditer les points de repère potentiels et autres éléments de preuve indiquant que la participation des créanciers et des investisseurs d'Hynix au programme de la KDB avait des motifs commerciaux. Mais elles ne cherchent même pas à prendre en compte les certificats représentatifs de titres de juin 2001 d'une valeur de 1,25 milliard de dollars EU, ni le fait que des investisseurs internationaux étaient désireux de placer d'importants capitaux dans Hynix, ce qui n'est pas sans rappeler l'engagement pris par les créanciers et les investisseurs d'Hynix au moyen du programme de la KDB et du programme connexe de CBO/CLO. Au bout du compte, les CE n'auraient pas dû constater que le programme de la KDB constituait un don à hauteur des obligations refinancées au titre du programme. Les capitaux étaient mis à la disposition d'Hynix de telle sorte que des points de repère auraient pu être utilisés, en conformité avec l'obligation, énoncée aux articles 1.1 b) et 14, de mesurer ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché.

d) La restructuration de mai 2001

39. La manière dont les CE traitent la restructuration de mai 2001 souffre du même vice rédhibitoire que celle dont elles traitent le prêt syndiqué, à savoir l'utilisation d'éléments de preuve concernant l'existence d'une contribution financière au lieu d'un avantage. Pour faire une analyse correcte, les CE auraient dû comparer les taux d'intérêt des obligations convertibles aux taux du marché applicables, conformément aux articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* et aux conclusions auxquelles a donné lieu l'affaire *Canada – Aéronefs*. En traitant l'avantage allégué conféré par l'achat des obligations convertibles comme un don et en ne comparant donc pas d'une manière appropriée ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché, les CE n'ont pas satisfait à leurs obligations au titre de l'*Accord*.

e) La restructuration d'octobre 2001

40. S'agissant de la restructuration d'octobre, l'analyse de l'existence d'un avantage faite par les CE se fonde sur des hypothèses concernant une stricte maximalisation des bénéfices, sans aucune considération objective des faits sous-jacents. La situation financière d'Hynix y est examinée en dehors de tout contexte, sans tenir compte du marché des DRAMS, sur lequel intervenait Hynix, ni des circonstances entourant les investisseurs détenant des parts de son capital. En résumé, les CE n'ont établi aucun point de repère approprié concernant la restructuration d'octobre et, au lieu de cela, ont supposé à mauvais escient qu'il s'agissait d'un don. Elles n'ont justifié aucune des actions entreprises, incompatibles avec leurs obligations, au titre des articles 1.1 b) et 14, de mesurer ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché, comme l'a précisé encore l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*.

D. LES CE N'ONT PAS JUSTIFIÉ LE MAINTIEN DE LEURS ERREURS DE CALCUL

41. Les CE ne justifient pas leurs erreurs de calcul. S'agissant du programme de la KDB, elles font valoir qu'Hynix n'a jamais évoqué le fait qu'elles ont effectivement compté deux fois l'avantage tiré des obligations du programme de la KDB en ne déduisant pas les obligations échangées contre des obligations convertibles dans le cadre de la restructuration de mai 2001. Cela est incorrect. Il ressort très clairement du dossier qu'Hynix a spécialement averti les CE de leur erreur dans ses observations du 30 juin 2003 sur la déclaration finale des CE. Le fait que celles-ci n'ont pas corrigé l'erreur clairement indiquée par Hynix est incompatible avec les articles 1.1 b) et 14.

42. Une autre erreur fondamentale dans la manière dont les CE ont abordé le programme de la KDB a été de traiter les instruments productifs d'intérêts comme des dons. Les CE placent maintenant toute la charge sur la Corée, faisant valoir qu'Hynix n'a jamais allégué que les intérêts devaient être déduits du calcul des obligations de la KDB. Mais l'argument d'Hynix était que la méthodologie relative au don n'aurait jamais dû être appliquée en premier lieu. Les CE auraient dû au moins examiner la question et déduire les intérêts versés.

43. Les CE refusent en outre de reconnaître les problèmes inhérents à leur méthodologie relative au don quand à propos du programme de restructuration d'octobre 2002, elles déterminent que des prêts, avec des modalités concernant les intérêts et des intérêts versés, sont des dons. Parce qu'elles n'ont jamais pris en compte les sommes versées au titre des intérêts, les CE n'ont pas établi avec précision l'avantage conféré à Hynix, selon les allégations, d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

44. La position des CE quant au fait qu'elles ont utilisé une valeur erronée en ce qui concerne le montant de la dette reconduit dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001 est peut-être l'argument le plus indéfendable. Hynix a signalé aux CE l'erreur dans le montant total utilisé. Le seul moyen de défense apparent des CE est qu'il n'y avait pas lieu pour Hynix d'être surprise, les CE ayant répondu aux observations d'Hynix et informé celle-ci de la valeur qui était utilisée. Cette assertion ne constitue pas un moyen de défense en ce qui concerne l'erreur commise.

E. LES ARGUMENTS DES CE CONCERNANT LA SPÉCIFICITÉ SONT INADÉQUATS

45. En droit, s'il est constaté que les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont incompatibles avec l'*Accord SMC*, alors leurs constatations concernant la spécificité sont aussi nécessairement sans fondement. Même si l'on présume qu'il y a une contribution financière, les constatations des CE concernant la spécificité sont incompatibles avec les articles 1.2 et 2.

46. S'agissant du programme de la KDB, les CE laissent entendre qu'elles ont examiné tous les facteurs indiqués à l'article 2, ce qui n'apparaît pas clairement dans l'unique paragraphe cité, extrait du *Règlement provisoire* des CE. Pour ces raisons, la Corée réitère son allégation selon laquelle les CE, en constatant que le programme de la KDB était spécifique, ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1.2 et 2.

47. S'agissant des ensembles de mesures de restructuration de mai et d'octobre, les arguments avancés par les CE à l'appui de leurs constatations concernant la spécificité sont si minces qu'ils enlèvent pratiquement tout sens à la prescription relative à la spécificité. De nombreuses sociétés ont obtenu que leur dette soit restructurée selon la même formule de "renégociation" que celle qu'ont employée Hynix et ses créanciers. Les CE ne tiennent pas compte de ces faits. Leurs constatations en ce qui concerne les transactions qui ont fait partie des ensembles de mesures de restructuration de mai et d'octobre sont donc incompatibles avec les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC*.

F. LA DÉTERMINATION DES CE EST INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 19.4, 10 ET 32.1 DE L'ACCORD SMC ET L'ARTICLE VI:3 DU GATT DE 1994

48. En choisissant d'utiliser les ventes non consolidées d'Hynix, les CE confondent l'objet de l'enquête (les DRAMS) avec la question de savoir quel produit et quelle entité ont bénéficié des subventions alléguées. Ce n'est pas parce que les CE ont mené une enquête sur le marché des DRAMS que les subventions accordées à Hynix peuvent automatiquement être considérées comme bénéficiant uniquement à Hynix en tant qu'entité mère et uniquement en ce qui concerne les DRAMS. Du fait de l'adoption de cette approche, les droits compensateurs imposés par les CE dépassent les limites fixées à l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et à l'article VI:3 du GATT de 1994.

49. En outre, chaque violation des dispositions spécifiques de l'*Accord SMC* indiquée ci-dessus entraîne une violation parallèle des articles 10 et 32.1 une fois prise la décision d'imposer des droits.

III. CONCLUSION

50. Pour toutes ces raisons, nous avons l'honneur de demander au Groupe spécial de faire les constatations indiquées au paragraphe 676 de la première communication de la Corée.

ANNEXE C-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

I. DONNÉES DE FAIT, ÉLÉMENTS DE PREUVE, CHARGE DE LA PREUVE

1. Les CE aimeraient mettre à nouveau l'accent sur les points ci-après.
2. Dans la présente procédure de groupe spécial, la charge de la preuve incombe à la Corée.
3. L'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée sur la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles.
4. Les faits sont tels qu'ils ont été énoncés dans les règlements, que les CE ont résumés dans leur argumentation.
5. Presque aucune des données de fait n'est contestée par la Corée. Il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial fasse des constatations en ce qui concerne des données de fait incontestées. Il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial examine les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée pour étayer des données de fait incontestées.
6. Lorsque la Corée conteste véritablement des données de fait, elle le fait en général sur la base de simples assertions. Elle ne fournit aucun élément de preuve à l'appui de ses assertions. Dans ces conditions, les assertions de la Corée doivent être rejetées; il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial fasse des constatations en ce qui concerne de telles données de fait; et il n'y a aucune raison pour que le présent Groupe spécial examine les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée lorsqu'elle a établi ces faits.
7. En résumé, l'examen auquel procède le présent Groupe spécial n'a pas pour point de départ les éléments de preuve sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête, mais ceux sur lesquels s'est appuyée la Corée au cours de la présente procédure, s'il y en a. En l'absence de tels éléments de preuve, la Corée n'a absolument pas établi la validité de son argumentation, ce qui clôt le débat.
8. Si la Corée fournit véritablement des éléments de preuve et que ceux-ci sont simplement équivalents à ceux sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée, le Groupe spécial doit quand même se prononcer en faveur des CE. Pour réussir, la Corée doit fournir des éléments de preuve qui établissent des éléments *prima facie* à l'appui de son argumentation et ne soient pas réfutés par les éléments de preuve versés au dossier sur lesquels s'est appuyée l'autorité des CE chargée de l'enquête.

II. LE TOUT EST SUPÉRIEUR À LA SOMME DES PARTIES

9. Les vues que la Corée continue de propager sont révélatrices d'erreurs de droit fondamentales et alarmantes. Il est probablement temps de prendre du recul par rapport à l'enchevêtrement des faits et de réfléchir sur quelques questions essentielles pour les clarifier.
10. Les articles 1^{er} et 14 de l'*Accord SMC* font référence à une subvention, à une contribution financière, à un avantage. Tous ces termes étant au singulier.

11. L'Accord SMC ne contient pas de règle expresse au sujet de la période couverte par l'enquête et le choix de l'année 2001 dans la présente affaire, motivé par le fait que cette année coïncide avec l'exercice financier le plus récent en Corée avant l'ouverture de l'enquête, n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

12. Ayant décidé quelle sera la période d'enquête, l'autorité chargée de l'enquête réunit les éléments de preuve et les données de fait sur la base desquels elle fera sa détermination. En général, comme en l'espèce, elle réunira des centaines ou même des milliers de données de fait.

13. Ayant réuni ces données, l'autorité chargée de l'enquête décidera comment les structurer et les qualifier. Rien dans l'Accord SMC ne l'empêcherait d'examiner, dans le cadre de la même enquête, plus d'une subvention, plus d'une contribution financière, plus d'un avantage. Et l'autorité chargée de l'enquête peut, si elle le souhaite, *analyser les faits* de cette manière *compartimentée*. Mais rien dans l'Accord SMC ne l'oblige à procéder de cette manière. Les articles 1^{er} et 14 sont rédigés au singulier. Si l'autorité chargée de l'enquête part du principe qu'il y a une subvention, une contribution financière et un avantage, *même s'ils sont décomposés en différents éléments*, ni un plaignant ni un groupe spécial ne peut simplement présumer qu'en procédant ainsi, l'autorité chargée de l'enquête agit d'une manière incompatible avec les articles 1^{er} et 14 de l'Accord SMC. Une telle supposition est tout simplement infondée et affirmer sur cette seule base qu'il y a violation de l'Accord SMC serait sans nul doute juridiquement erroné.

14. Dans le contexte de l'Accord antidumping (qui, la Corée en a convenu, peut être un contexte pertinent), l'Organe d'appel a bien montré, dans l'affaire *CE – Linde de lit* et dans d'autres affaires, que l'autorité chargée de l'enquête fait une (singulier) constatation de dumping relativement à un (singulier) produit concernant une (singulier) branche de production nationale.

15. Qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête en l'espèce? Manifestement, elle a décomposé les centaines de données de fait qu'elle avait réunies pendant l'enquête en un certain nombre d'éléments, afin de faciliter sa tâche. Ce faisant, elle a examiné, en fonction des circonstances propres à l'affaire, les faits relatifs aux différents programmes et aux différentes banques. Cependant, en même temps, l'autorité chargée de l'enquête a déclaré à plusieurs reprises qu'elle fondait sa détermination sur la *totalité des éléments de preuve et des données de fait disponibles*. Elle a fait cette déclaration si souvent que le présent Groupe spécial ne peut tout simplement pas en faire abstraction. Que cela signifie-t-il?

16. Cela signifie qu'en effet, l'autorité chargée de l'enquête a aussi examiné l'ensemble du tableau. Un grand tableau. Au singulier. Cela explique en outre pourquoi les CE ont finalement imposé un droit compensateur – et non pas cinq. C'est pourquoi l'autorité chargée de l'enquête a estimé que tous les faits et éléments de preuve qui concernent, par exemple, la question de la contribution financière étaient également ou presque également pertinents par rapport à tous les éléments de la subvention – depuis le prêt syndiqué jusqu'à l'ensemble de mesures de sauvetage d'octobre 2001. Le Groupe spécial ne doit pas se laisser induire en erreur par les tentatives faites par la Corée, sur la base de certains aspects de pure forme de la mesure en cause, pour décomposer la détermination de l'autorité chargée de l'enquête en ce qu'elle n'est pas (plusieurs déterminations juridiquement *compartimentées*). Le Groupe spécial doit regarder au-delà de la forme de la mesure en cause et juger de ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête – c'est-à-dire, outre un examen des faits relatifs aux différents programmes et aux différentes banques, aussi un examen et une utilisation de la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles.

17. Ainsi, un problème juridique de taille se pose quand la Corée invite le Groupe spécial à faire ses constatations en examinant, par exemple, si une certaine catégorie limitée de données de fait et d'éléments de preuve – limitée par la Corée – étaye la détermination de l'autorité chargée de l'enquête par rapport à un élément de la subvention. **Cela ne tient tout simplement pas compte de tout ce**

qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête. Le Groupe spécial doit examiner ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête.

18. Présentons la question différemment. La Corée voudrait que le Groupe spécial, en dehors de tout examen des questions juridiques pertinentes, impose une sorte de modèle compartimenté aux données de fait réunies par l'autorité chargée de l'enquête; afin d'envisager ces données d'un point de vue différent de celui qu'avait adopté l'autorité chargée de l'enquête; afin d'appliquer une méthodologie différente de celle qu'avait appliquée l'autorité chargée de l'enquête. En résumé, la Corée invite le présent Groupe spécial à refaire l'évaluation, sur la base des propres méthodes et approches de la Corée, différentes de celles qu'ont utilisées les CE, sans aucune autre explication. Le Groupe spécial n'est pas habilité à faire cela, qui constituerait une grave erreur de droit.

19. Une question juridique liminaire se pose dès lors au présent Groupe spécial: l'autorité chargée de l'enquête était-elle habilitée à utiliser la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles? Si la réponse à cette question est affirmative (ce qui ne fait aucun doute pour les CE), alors il est possible de rejeter immédiatement la totalité ou presque des allégations et arguments de la Corée, parce qu'ils se rapportent tout simplement à quelque chose d'entièrement différent de ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête.

20. La première question qui se pose, et la plus évidente, est la suivante: pourquoi pas? Quelle disposition de l'*Accord SMC* oblige l'autorité chargée de l'enquête à procéder autrement? La Corée n'en mentionne aucune parce qu'il n'y en a aucune. À de nombreux égards, cette observation est suffisante pour classer l'affaire.

21. Si, contrairement à ce que l'autorité chargée de l'enquête a réellement fait, un plaignant dans une procédure de règlement des différends ou, en l'occurrence, un groupe spécial commence à décomposer et à atomiser la totalité des données de fait et des éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête, où ce processus s'arrêtera-t-il? En particulier dans une affaire telle que l'affaire en cours, si extraordinairement détaillée et complexe sur le plan factuel.

A. JUSQU'AU DERNIER WON

22. Examinons tout d'abord le problème sous un angle documentaire, matériel ou concret. Prenons, par exemple, la garantie de la KEIC. L'autorité chargée de l'enquête a considéré cette garantie comme un élément de la subvention accordée à Hynix. La Corée invite essentiellement le Groupe spécial à évaluer cet élément comme s'il relevait d'un compartiment juridique distinct et isolé des autres éléments de la subvention. Elle va même plus loin et essaie d'amener le Groupe spécial à évaluer cet élément par rapport à chaque banque (bien que cela témoigne d'une incompréhension fondamentale de l'analyse effectuée par l'autorité chargée de l'enquête). Mais pourquoi s'arrêter là? Pourquoi ne pas pousser encore plus loin la décomposition des faits et ne pas examiner chacune des transactions qui ont bénéficié de la garantie de la KEIC dans un cadre juridique séparé? On peut supposer que la Corée ferait alors valoir que l'autorité chargée de l'enquête était tenue de montrer l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics coréens en ce qui concerne chacune des différentes transactions à l'exportation (il y en a eu sans doute des centaines ou même des milliers). Pourquoi ne pas aller jusqu'au dernier won? De fait, suivre la logique de la Corée reviendrait à placer le seuil de la preuve si haut qu'il deviendrait facile de contourner l'*Accord SMC*. Il n'y a tout simplement rien dans l'*Accord SMC* qui permette à la Corée ou, en l'occurrence, au Groupe spécial d'imposer son point de vue sur l'approche unique à considérer, dans tous les cas, comme l'approche correcte.

B. C'EST LE PRÉSENT QUI COMPTE

23. On peut aussi envisager la question sous un angle temporel. La Corée part du principe qu'un fait plus généralement lié à un stade antérieur de l'enquête doit être considéré comme sans rapport

avec un stade ultérieur de l'enquête. Pourquoi? À quelle disposition de l'*Accord SMC* la Corée se réfère-t-elle? Il est parfaitement possible, par exemple, qu'une subvention soit accordée au début de la période couverte par l'enquête et qu'un dommage important n'apparaisse que vers la fin de ladite période. Rien dans l'*Accord SMC* n'empêche l'autorité chargée de l'enquête de lier ces faits entre eux – ou en réalité de constater l'existence d'un *lien de causalité* entre eux. Pourquoi la situation devrait-elle être différente pour d'autres faits, comme ceux qui ont trait à la contribution financière?

24. Dans le cadre de l'*Accord antidumping* (qui, la Corée en a convenu, peut représenter un contexte pertinent), toutes choses égales par ailleurs, les transactions nationales, sur la base desquelles la valeur normale est établie, pourraient avoir lieu vers le début de la période couverte par l'enquête et les transactions à l'exportation vers la fin – cela ne pose aucun problème. L'article 2.4 de l'*Accord antidumping* prescrit à l'autorité chargée de l'enquête de faire la comparaison "à des dates aussi voisines que possible" – et des dates voisines à cette fin peuvent très bien, en l'absence de problèmes tels qu'un environnement hautement inflationniste ou des considérations de taux de change, correspondre à l'année entière de la période couverte par l'enquête, qui peut à cet effet être considérée comme une *singularité temporelle*. L'*Accord SMC* ne contient pas de disposition équivalente parce qu'aucune comparaison de ce type n'y est prévue – mais la question essentielle reste la même: une fois qu'elle a choisi sa période couverte par l'enquête (qui n'est pas sérieusement contestée par la Corée en l'occurrence), rien dans l'*Accord SMC* n'oblige l'autorité chargée de l'enquête à faire des subdivisions temporelles du type de celles que la Corée préconise en l'espèce.

25. Dans la présente affaire, les divers éléments de la subvention se recouvrent à de nombreux égards, comme l'indiquent d'une manière assez détaillée les règlements et la première communication écrite des CE et comme cela ressort par ailleurs du dossier.

C. LA CONDUITE D'UN TROUPEAU

26. Des observations similaires peuvent être faites au sujet des tentatives faites par la Corée pour persuader le Groupe spécial d'examiner la situation de chaque banque isolément et de façon compartimentée. Ce n'est pas ce qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête et rien dans l'*Accord SMC* n'oblige celle-ci à procéder de cette manière.

27. Un berger et son chien donnent-ils des ordres à un troupeau de moutons? Oui. Un berger charge-t-il son chien de conduire ses moutons? Oui. Dans la présente affaire, il ressort de la totalité des faits et des éléments de preuve que les pouvoirs publics coréens ont fait tout ce qu'ils pouvaient, tant par la législation que par leur comportement, pour maintenir la cohésion des banques, telle une entité unique, le plus longtemps possible. Cela explique assurément le type de menaces adressées à des banques comme la KFB et la Koram, assez téméraires pour vouloir rompre les rangs, en particulier dans les premiers temps. Cela explique aussi sans aucun doute pourquoi les CFIC ont été structurés de manière à maintenir toutes les banques au bercail, et le plus longtemps possible. Dans ces circonstances, l'autorité chargée de l'enquête est parfaitement autorisée à se fonder sur les faits et les éléments de preuve relatifs à l'action de charger ou ordonner visant le troupeau dans son ensemble. Rien dans l'*Accord SMC* n'oblige l'autorité chargée de l'enquête à examiner la situation en ce qui concerne chaque animal du troupeau d'une manière artificiellement isolée et compartimentée.

28. De fait, à cet égard, la situation rappelle énormément la situation classique de cartel dans laquelle, par exemple, on découvre que les directeurs des ventes d'une douzaine de concurrents se sont rencontrés clandestinement dans un hôtel. Ils protestent tous de leur innocence, mais on trouve des éléments de preuve écrits qui indiquent que plus de la moitié d'entre eux participaient à la fixation des prix. En outre, une grande quantité d'éléments de preuve compromettants portent à croire qu'il en était de même pour les autres. Il est parfaitement raisonnable que compte tenu de la totalité des données de faits et éléments de preuve disponibles, les sociétés restantes puissent aussi être considérées comme ayant participé.

D. ET LE RENOUVELLEMENT DES FONDS DICTÉ PAR LES POUVOIRS PUBLICS

29. Dans la présente affaire, comme les CE l'ont expliqué à plusieurs reprises, l'argent qui affluait dans les caisses d'Hynix était essentiellement renouvelé en permanence d'un élément de la subvention à un autre, un peu comme dans un grand jeu de pachinko, ainsi que le résume la pièce n° 38 des CE. À cet égard, l'autorité chargée de l'enquête a principalement considéré que lorsque les dettes d'Hynix du début de la période couverte par l'enquête, dont les intérêts n'ont en fait jamais été servis, ont été reconduites vers la fin de cette même période, cela lui donnait aussi une bonne raison d'examiner l'ensemble du tableau et de fonder sa détermination sur la totalité des données de faits et des éléments de preuve disponibles. Cette façon de procéder était parfaitement raisonnable et il est infondé de constater qu'en procédant ainsi pour son analyse, l'autorité chargée de l'enquête a manqué à l'une quelconque des obligations énoncées dans l'*Accord SMC*.

E. RIEN NE PERMET AU GROUPE SPÉCIAL DE CONCLURE QUE L'AUTORITÉ CHARGÉE DE L'ENQUÊTE N'A PAS AGI OBJECTIVEMENT

30. Compte tenu de ces observations et de la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles et comme l'établissent l'application légale de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* et les déductions qui en résultent, les CE sont fermement convaincues que l'autorité chargée de l'enquête a eu parfaitement raison de procéder comme elle l'a fait. Rien dans la communication de la Corée ne peut étayer la conclusion selon laquelle, en agissant comme elles l'ont fait, s'agissant de la présente question liminaire, les CE n'ont pas agi objectivement ou ont agi d'une manière incompatible avec l'une quelconque des dispositions de l'*Accord SMC*.

III. LA FUSION AVEC LG SEMICON

31. L'article 15.2 de l'*Accord SMC* fait référence à une "augmentation notable des importations subventionnées" (soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur). Pour déterminer s'il y a ou non une "augmentation", il est nécessaire de faire une comparaison – c'est-à-dire de faire au moins deux mesures, une avant et une après, et de les comparer.

32. Manifestement, l'idée fondamentale qui sous-tend l'article 15.2 de l'*Accord SMC* est d'examiner s'il existe ou non des éléments de preuve indiquant que la subvention a eu un effet sur le flux des importations en provenance d'une source particulière. Cela signifie que l'autorité chargée de l'enquête s'attachera essentiellement à prendre une période antérieure à celle durant laquelle la subvention a été accordée et à la comparer à cette dernière. Elle pourra ainsi examiner s'il y a ou non une augmentation des exportations ou des importations qui coïncide avec la subvention.

33. L'*Accord SMC* ne contient pas de règle au sujet de la période de temps globale que l'autorité chargée de l'enquête doit prendre en compte pour examiner cette question. En l'espèce, l'autorité chargée de l'enquête a pris en compte la période de quatre ans allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2001, ce qui était parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

34. L'*Accord SMC* ne contient pas non plus de règle quant à la manière de diviser la période de temps à des fins de comparaison. En l'espèce, l'autorité chargée de l'enquête a essentiellement utilisé des périodes annuelles, ce qui était parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

35. De même, aucune règle ne figure dans l'*Accord SMC* au sujet de la période couverte par l'enquête en ce qui concerne la subvention. L'autorité chargée de l'enquête a choisi l'année 2001, ce qui était raisonnable et parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

36. Ayant établi ce cadre, l'autorité chargée de l'enquête en l'espèce a commencé par examiner le volume des exportations/importations en provenance de la société subventionnée, Hynix, en 2001,

période pendant laquelle il a été déterminé qu'il y avait une subvention. Elle a ensuite fait un retour en arrière en examinant les importations pendant les trois années précédentes en provenance de la même source.

37. On peut dire à ce stade, pour les besoins de la discussion, que l'autorité chargée de l'enquête était, au moins en théorie, placée devant un choix quant à ce qui constituerait "la même source" à ses yeux. Une option consistait à examiner toutes les importations en provenance de la société Hynix pendant la période des trois années précédentes (et c'est ce que l'autorité chargée de l'enquête a fait en réalité). Une deuxième option consistait, selon la Corée, à examiner toutes les importations en provenance des *installations de production* qui étaient sous le contrôle d'Hynix en 2001, même si elles ne l'étaient pas au cours des années précédentes. Ce choix est, en fait, assez représentatif du type de choix que les autorités chargées des enquêtes doivent faire dans le cadre des enquêtes afférentes au droit économique.

38. La Corée se plaint de ce qu'en ayant choisi la première option, l'autorité chargée de l'enquête a agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Pourquoi? Quelle disposition de l'*Accord SMC* impose une obligation à cet égard à l'autorité chargée de l'enquête? Il n'y a tout simplement pas de semblable obligation dans l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Tout ce que cette disposition exige est que l'autorité chargée de l'enquête examine s'il y a eu ou non une augmentation. Si les rédacteurs avaient voulu imposer une méthode particulière, cela leur était facile – mais ils ont choisi de ne pas le faire. La Corée pourrait, dans ce cas particulier, affirmer qu'à la place de l'autorité chargée de l'enquête, elle aurait préféré une méthode plutôt qu'une autre – et le Groupe spécial pourrait être d'accord ou pas – mais cela est totalement étranger à la question. Le Groupe spécial ne peut pas refaire l'enquête. Il ne peut rien ajouter ni retrancher aux droits et obligations des Membres tels qu'ils sont prévus dans l'*Accord SMC*.

39. Les CE sont d'avis que, dans ce contexte spécifique, il faut être très prudent lorsqu'on "lève le voile de la personnalité juridique" – entreprise notoirement difficile et susceptible d'introduire un élément de subjectivité. En l'occurrence, elles ont préféré le critère objectif consistant à examiner la société Hynix et son comportement passé. L'article 15.1 de l'*Accord SMC* prescrit un examen objectif et l'approche choisie par l'autorité chargée de l'enquête était bien adaptée – en fait la mieux adaptée – à la réalisation de cet objectif.

40. Généralement parlant, une subvention, de par sa nature même, est le plus souvent accordée à une société (comme Hynix), et non pas à une installation de production. Une subvention passe habituellement du contrôle des pouvoirs publics à celui de la société (en l'espèce Hynix) et c'est ce moment critique (le changement de contrôle de la ressource) qui compte réellement. Il y a souvent un acte juridique (décision, don ou contrat) entre les pouvoirs publics et la société. En cas de désaccord avec les pouvoirs publics, une procédure judiciaire impliquerait la société (Hynix) et non pas l'installation de production. Il en est ainsi même si l'installation de production a été vendue depuis. De plus, ce que devient l'argent en dernier ressort dépend des décisions prises par les personnes qui ont ensuite le contrôle de cet argent, c'est-à-dire les personnes qui ont le contrôle de la société et non pas l'installation de production. Une subvention est souvent une contrepartie – l'argent n'est versé que moyennant une certaine action de la part du bénéficiaire, à savoir la société, et non pas l'installation de production. Souvent, les subventions sont versées à des entités contrôlées par les pouvoirs publics – précisément parce qu'ainsi les pouvoirs publics estiment généralement avoir plus de chances de contrôler l'utilisation finale de la subvention en contrôlant les mécanismes de gestion de la société.

41. Se focaliser dans cet esprit sur l'entreprise n'a rien d'artificiel ni de légaliste. La constitution en société par actions à responsabilité limitée n'est pas simplement un concept juridique formel. La responsabilité limitée est une pierre angulaire du développement de l'activité économique moderne. La société par actions à responsabilité limitée est un centre de responsabilité sur le plan juridique, mais aussi économique, comptable, commercial et autres (politique et marchés financiers). Une

abondante législation s'est édiflée autour de ce concept et on ne peut la rejeter négligemment comme étant "formaliste".

42. Un autre aspect crucial à prendre en considération est le fait qu'en ce qui concerne les trois années précédentes, nous ne savons tout simplement pas si une importation *quelconque* a été ou non subventionnée. Il n'y a aucune constatation de l'existence d'une subvention. Mais il n'y a pas non plus de constatation d'une absence de subvention. En fait, s'il y avait eu des subventions pendant toute la période précédente, cela pourrait signifier qu'aucune augmentation des volumes d'exportation/importation ne serait constatée (le volume pourrait juste avoir été important et constant pendant toute la période). La période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage n'aurait pas remonté assez loin dans le passé. C'est un risque réel en ce qui concerne les Membres pour lesquels il y a de bonnes raisons de penser que la subvention est un phénomène endémique. En particulier dans le cas des fleurons de l'industrie nationale au sujet desquels le Membre concerné a publiquement fait savoir qu'on ne les laisserait pas faire faillite, même s'ils connaissent périodiquement des moments difficiles.

43. En l'espèce, pour tenter d'écarter ce risque ou de le réduire, la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage a été fixée de façon à remonter quatre ans en arrière. Cela est conforme à la pratique courante des CE. Étant donné que, tout au moins selon la Corée, les sociétés telles qu'Hynix ne sont généralement pas subventionnées en permanence mais seulement périodiquement, on peut être raisonnablement certain, à condition de remonter suffisamment loin en arrière, d'atteindre un stade du cycle de subventionnement de la société où celle-ci n'était pas subventionnée. On obtient ainsi une analyse équitable des tendances. La Corée ne le contesterait probablement pas. Elle ne ferait probablement pas valoir qu'en fait, Hynix était subventionnée durant toute cette période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. L'autorité chargée de l'enquête ne peut jamais être certaine d'avoir atteint son objectif, mais c'était une hypothèse raisonnable en l'espèce.

44. C'est à ce type d'incertitude que l'autorité chargée de l'enquête est confrontée lorsqu'elle doit décider de suivre soit l'évolution passée de la société, soit celle des installations de production. Un problème se pose si l'autorité chargée de l'enquête suit l'évolution des installations de production car cela accroît l'incertitude – cela provoque un dédoublement de l'enquête qui, à un moment donné, englobe deux centres de responsabilité entièrement différents, distincts et indépendants – sans aucun lien entre eux. Cela n'aide pas l'analyse. Rien ne garantit que l'autre entité n'ait pas elle-même reçu des subventions – ce qui pourrait gravement fausser l'analyse des tendances. Il se pourrait fort bien que cela se soit produit à un stade différent de son cycle de subventionnement. En fait, si elle a été récemment achetée, il y a toutes chances pour qu'elle ait été en difficulté et ait donc reçu des subventions.

45. Les choses pourraient devenir encore plus inutilement compliquées si l'arbre se ramifiait plus d'une fois – l'autorité chargée de l'enquête pourrait être appelée à examiner plusieurs installations de production différentes, chacune sous contrôle différent et variable au cours de la période considérée. Puisqu'il est tout simplement impossible d'envisager toutes les circonstances avec certitude, mieux vaut s'en tenir à une approche objective consistant à suivre la société (Hynix).

46. En outre, selon l'approche coréenne, s'il fallait, en remontant dans le temps, suivre les "installations de production", cela signifierait que l'autorité chargée de l'enquête devrait tenir compte non seulement de celles qui ont été achetées, mais aussi de celles qui ont été cédées ou fermées. Par exemple, si Hynix avait possédé en 1999 une très grande installation de production, source de nombreuses importations vers les CE, mais avait vendu ou fermé cette installation en 2000, cette installation de production devrait, selon la logique de la Corée, être exclue du calcul pour les années précédentes. Nous n'entendons pas la Corée défendre cette thèse. De plus, il ne faudrait pas sous-estimer les problèmes pratiques que pose l'obtention de renseignements auprès de sociétés qui n'existent plus et d'installations de production qui ont été vendues ou fermées. Les CE estiment que

l'approche de la Corée est excessivement compliquée, irréalisable et inutile et elles la rejettent, comme elles sont en droit de le faire et puisque rien dans l'*Accord SMC* ne les oblige à faire autrement.

IV. INITIÉ/NON-INITIÉ

47. Les CE ont deux observations à faire au sujet de la théorie de l'investisseur initié.

48. La première observation est que, comme elles l'ont indiqué dans leur première communication écrite, les CE soutiennent, dans le contexte du droit de l'OMC, que la théorie de l'investisseur initié est fausse et que, de toute façon, rien dans l'*Accord SMC* n'imposait à l'autorité des CE chargée de l'enquête une quelconque obligation d'appliquer une telle théorie en l'espèce. De toute façon, la question est largement théorique, parce que quelle que soit la manière d'envisager les actions des banques, celles-ci ne pourraient en aucune circonstance être considérées comme commerciales.

49. La deuxième observation est qu'en affirmant à plusieurs reprises qu'en l'espèce, les banques ont mis en pratique la théorie de l'investisseur initié, la Corée marque en fait un but spectaculaire contre son propre camp. Pourquoi? Parce que ce que disent les sociétés coréennes interrogées, c'est qu'elles et Hynix étaient dans une impasse et qu'elles n'ont rien fait d'autre que ce qui était rationnel du point de vue commercial pour essayer de sortir de cette impasse. Mis à part le fait que les banques, en réalité, ne pouvaient revenir en arrière (d'énormes sommes ont dû être passées par pertes et profits, comme cela avait toujours été entièrement prévisible), cet argument conduit immédiatement à poser la question suivante: comment êtes-vous arrivés dans cette impasse? Il n'est bien sûr pas nécessaire de chercher très loin la réponse: à cause des pouvoirs publics coréens. En 1999, les pouvoirs publics coréens ont forcé Hynix à fusionner avec LG Semicon, fortement endettée. Et les engagements des banques à l'égard d'Hynix au milieu de l'année 2001 étaient entièrement fonction des contributions financières des pouvoirs publics coréens et de leur action de charger et ordonner par l'intermédiaire du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC et du programme obligataire de la KDB. Ce que montre donc l'argument de la Corée c'est qu'il existe de forts liens économiques entre tous les différents éléments de la subvention évalués par l'autorité chargée de l'enquête en ce qui concerne 2001. En présentant cet argument, la Corée tient donc exactement le même discours, en fait, que celui que les CE ont toujours tenu: il faut examiner la totalité des faits et des éléments de preuve – ce qui, en l'espèce, est exactement ce qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête.

V. LE RÈGLEMENT PROVISOIRE

A. LE RÈGLEMENT PROVISOIRE N'EXISTE PLUS

50. La mesure en cause est le Règlement définitif. Le Groupe spécial ne doit se référer au Règlement provisoire que dans la mesure où celui-ci contient des assertions factuelles, juridiques ou analytiques qui sont incorporées par référence, spécifique ou générale, expresse ou implicite, dans la mesure en cause, qui est le Règlement définitif.

51. Le Règlement provisoire n'existe plus. Il n'est plus en vigueur et ne produit plus d'effets. Il est venu à expiration – ou a été abrogé. Et il n'est pas prévu de le remettre en vigueur ni de le reconduire. Il n'existe plus depuis le 11 août 2003, date à laquelle le Règlement définitif a été adopté. Il n'existait donc pas le 23 janvier 2004, date à laquelle le Groupe spécial a été établi. Le Groupe spécial ne peut donc faire aucune constatation ni aucune recommandation concernant le Règlement provisoire. Par conséquent, toutes les allégations et tous les arguments de la Corée concernant le Règlement provisoire doivent être rejetés. Au minimum, le Groupe spécial n'a pas besoin de faire des recommandations concernant le Règlement provisoire et ne devrait pas en faire.

52. Ce point de vue est confirmé par l'article 3:3 du Mémoire d'accord, qui dispose que l'objet essentiel du système de règlement des différends est "le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement

des accords visés *se trouve* compromis par des mesures prises par un autre Membre" (pas d'italique dans l'original). Par conséquent, toute recommandation ou décision émanant de l'ORD "visera à ... régler [la question] de manière satisfaisante" (article 3:4 du Mémorandum d'accord) – ce qui ne peut être le cas s'il n'y a pas de question à régler (en l'occurrence si la mesure n'existe pas et n'est pas appliquée). Dans le même ordre d'idée, l'article 3:7 du Mémorandum d'accord dispose qu'"avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile. Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends".

B. LA CORÉE N'A FORMULÉ AUCUNE ALLÉGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 17 DE L'ACCORD SMC

53. De toute façon, la Corée n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 17 de l'*Accord SMC*. En l'absence d'une telle allégation, le Règlement provisoire doit être considéré comme compatible avec l'article 17 de l'*Accord SMC* et rien ne permet donc au Groupe spécial de constater que le Règlement provisoire est incompatible avec l'*Accord SMC*. Ce point de vue est confirmé par l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* (qui, la Corée l'a reconnu, peut être un contexte pertinent), selon lequel des mesures provisoires ne peuvent faire l'objet d'une procédure de règlement des différends que si elles sont incompatibles avec l'article 7.1 de l'*Accord antidumping* (qui concerne les mesures provisoires). Pour cette raison également, toutes les allégations et tous les arguments de la Corée concernant le Règlement provisoire doivent être rejetés.

ANNEXE D

DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

Table des matières		Page
Annexe D-1	Résumé analytique de la déclaration de la Corée	D-2
Annexe D-2	Résumé analytique de la déclaration des Communautés européennes	D-8

ANNEXE D-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION DE LA CORÉE

(10 janvier 2005)

1. Dans la présente affaire, les CE se sont appuyées à plusieurs reprises sur des méthodes et des arguments ne servant que leurs propres fins. Plutôt que d'examiner les faits avec objectivité, elles ont abordé les faits dans la perspective du résultat qu'elles avaient en vue. C'est pourquoi elles n'ont pas tenu compte des données relatives aux expéditions de LG Semiconductor ("LGS"). C'est aussi pourquoi elles ont faussé la méthode de comparaison des prix. C'est pourquoi, encore, elles ont utilisé des données de fait disponibles incorrectes et trop vastes. Et c'est pourquoi, enfin, elles essaient de masquer les lacunes de leur analyse en invoquant "la totalité" des éléments de preuve.

I. QUESTIONS RELATIVES AU DOMMAGE

2. Les CE font valoir que la *seule* obligation que prévoit l'article 15.1 et 15.2 de l'Accord SMC est que l'autorité nationale "examine" les éléments de preuve. La Corée estime que, pour répondre aux obligations de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité chargée de l'enquête doit démontrer que sa détermination est, en fait, fondée sur des *éléments de preuve positifs* et qu'elle correspond à un *examen objectif*. De plus, l'article 11 du Mémoire d'accord prévoit que le groupe spécial doit avoir la faculté d'examiner si les éléments de preuve servant de base à une détermination sont crédibles. Les CE affirment aussi que la Corée n'a pas présenté d'arguments au titre de l'article 15.1. Cette assertion est fausse. La Corée a formulé une allégation à ce titre dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et dans sa première communication écrite. Dans notre deuxième communication écrite, nous avons développé ces arguments.

Volume, effets sur les prix et situation de la branche de production nationale

3. Sur la question du volume, la Corée estime que le terme "notable" a une dimension quantitative aussi bien que qualitative. En faisant une présentation inexacte des chiffres de LG Semiconductor, les CE ont utilisé à tort des chiffres concernant les importations globales, ce qui est incompatible avec l'article 15.2. En traitant d'une manière non homogène les expéditions de produits de LG Semiconductor et celles de produits de Hyundai Electronics, elles ont aussi commis une violation de l'article 15.1, puisque leur approche ne peut simplement pas être considérée comme un examen objectif.

4. La Corée estime par ailleurs qu'en droit, l'augmentation de 155 pour cent, chiffre indiqué par les CE, ne peut, dans la présente affaire, être considérée comme "notable" en raison de la nature de la branche de production. Surtout, les éléments de preuve dont disposent les CE démontrent sans équivoque que, lorsqu'ils sont analysés correctement en incluant les expéditions de produits de LG, la part de marché détenue par Hynix *n'a pas du tout augmenté*, mais qu'elle a au contraire diminué pendant la période considérée.

5. En ce qui concerne les effets sur les prix, nous sommes obligés d'examiner la production à partir de la "boîte noire" des CE. Les CE évitent le cœur de l'argumentation de la Corée, à savoir que leur méthode était foncièrement inéquitable puisqu'elles comparaient un prix de transaction avec un prix moyen. L'approche adoptée par les CE est foncièrement partielle et donc incompatible avec l'article 15.2, et elle constitue une violation distincte de l'article 15.1.

6. Les CE ont aussi constaté que la concurrence sur le marché des DRAMS portait principalement sur les prix. Or les éléments de preuve ont montré qu'Hynix avait vu sa part de marché diminuer régulièrement sur le marché communautaire de 1999 à 2001. L'hypothèse avancée par les CE pour essayer de concilier leur raisonnement avec les faits ne satisfait pas aux obligations de l'article 15.2. Leur approche ne satisfait pas non plus aux dispositions de l'article 15.1.

7. En ce qui concerne la situation de la branche de production nationale, l'article 15.4 de l'*Accord SMC* prévoit que l'autorité nationale doit examiner tous les facteurs de dommage énumérés. Or, les CE n'ont pas examiné les salaires, facteur spécifique prévu par l'article 15.4, et elles n'ont pas communiqué suffisamment de données pour pouvoir étudier les résultats qu'aurait produits une analyse valable des "salaires". Les CE indiquent par ailleurs effectivement qu'elles n'ont pas à examiner les déclarations de leur propre branche de production nationale qui ont un rapport direct avec les facteurs énumérés à l'article 15.4, montrant ainsi qu'elles ne se sentent nullement obligées de rendre des comptes. Enfin, elles n'ont pas expliqué de manière adéquate comment il se faisait que trois seulement des 13 facteurs énumérés à l'article 15.4 les obligeaient à conclure que la branche de production nationale subissait un dommage important.

Causalité et non-imputation

8. L'analyse de l'existence d'un dommage faite par les CE repose en grande partie sur une constatation erronée et inappropriée de l'existence d'une augmentation des importations visées en quantité absolue, que ce soit en incluant LGS ou non. Même si cette approche est, d'une manière ou d'une autre, conforme à l'article 15.2, elle ne l'est pas à l'article 15.5 lu à la lumière de l'article 15.1. Même en faisant de l'article 15.5 une lecture assez étroite pour pouvoir constater l'existence d'un lien de causalité dans une telle situation, cette analyse n'en est pas objective pour autant, et représente encore un aspect de la détermination des CE qui est incompatible avec l'article 15.1.

9. Concernant la non-imputation, les CE n'ont toujours pas expliqué comment elles avaient dissocié et distingué plusieurs des autres facteurs causals invoqués dans la procédure en cause. Elles ont, par exemple, rejeté à tort le rôle de la chute de la demande en 2001, de même que celui de la "liquidation des stocks" dont elle s'est accompagnée. Elles n'ont pas non plus tenu compte des éléments de preuve concernant les variations de la capacité relative, qui ont confirmé le rôle prépondérant des autres fournisseurs, dont la capacité s'est accrue beaucoup plus que celle d'Hynix. Bien que les CE se soient penchées sur le rôle des importations non subventionnées, soit elles n'ont pas tenu compte des principaux éléments de preuve, soit elles les ont déformés. Leur réponse consiste simplement à affirmer qu'elles ont bien pris en considération ces facteurs causals et qu'elles se sont assurées qu'ils étaient dissociés et distingués des importations visées, mais de simples assertions ne satisfont pas aux dispositions de l'article 15.5.

II. QUESTIONS RELATIVES AU SUBVENTIONNEMENT

10. Les CE font valoir que le Groupe spécial ne devrait pas examiner les éléments de preuve sur lesquels se sont appuyées les autorités. Cette approche est tout simplement erronée. Conformément à l'article 11 du *Mémorandum d'accord*, il incombe au Groupe spécial d'examiner les éléments de preuve fournis par les autorités communautaires pour chaque élément d'une subvention. Les CE font aussi valoir que chaque élément de preuve est pertinent pour chaque agent et chaque transaction. C'est cependant la tâche du Groupe spécial de passer en revue ces éléments de preuve et de décider si une autorité raisonnable et objective aurait pu arriver à la décision qui a été prise.

11. Dans leurs déterminations, les autorités des CE ont examiné individuellement les transactions et les banques. Elles essaient maintenant de se dissimuler derrière "la totalité" des faits, avec la volonté d'obscurcir la réalité, à savoir que les "faits" apportent beaucoup moins de réponses que les autorités ne le voudraient. Les CE essaient d'éviter la question de savoir quelles banques ont été

chargées ou se sont vu ordonner de faire quoi. Le critère juridique de l'action de charger ou ordonner exige que les autorités des CE répondent à ces questions, ce qu'elles n'ont pas fait.

12. Les CE essaient aussi de défendre l'usage qu'elles font des déductions défavorables, mais elles ne font aucune distinction entre les déductions qui peuvent s'avérer défavorables et celles qui le sont intentionnellement. Après avoir identifié un fait donné, elles s'emploient à faire des déductions sans limite. Elles essaient aussi de gommer les distinctions entre parties visées par l'enquête et tierces parties susceptibles d'avoir des renseignements pertinents. En somme, les CE ont intentionnellement fait des déductions défavorables dans une mesure dépassant ce que permet l'article 12.7.

Contribution financière

13. La Corée tient aussi à souligner qu'en ce qui concerne les organismes publics, les déterminations des CE sont arrêtées et ne peuvent maintenant être étendues. En ce qui concerne les organismes privés et le sens de l'expression "chargent ou ordonnent", les CE voudraient ne pas tenir compte du sens fondamental des termes "chargent" et "ordonnent" tels qu'ils figurent à l'article 1.1 a) 1) iv), mais elles ne réussissent pas à distinguer l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* de la présente affaire. Les différences factuelles entre les deux affaires sont peu pertinentes au regard de l'analyse rigoureuse et motivée du critère juridique approprié que fait le Groupe spécial dans la première.

14. À un niveau plus général, la Corée estime qu'il y a des problèmes fondamentaux dans la manière dont les CE ont abordé le contexte de la présente affaire, les problèmes auxquels sont confrontés les créanciers dans une restructuration et le fait que les pouvoirs publics peuvent s'intéresser à des restructurations sans s'engager dans une action de charger ou ordonner. Les CE continuent par ailleurs de gommer la distinction entre contribution financière et avantage. Ce faisant, elles mettent l'accent à tort sur les effets de l'action alléguée de charger ou ordonner, ce qui est incompatible avec ce qui a été dit dans l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*.

15. Le prêt syndiqué. Les CE commencent par faire valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'elles montrent l'existence d'une action de charger ou ordonner parce qu'il y avait des organismes publics. Cependant, le seul fait que la FSC ait accordé des conditions de prêt dérogatoires ne permet en aucune façon d'établir que les prêts ont été accordés par un organisme public. Les CE ont gommé à tort la distinction entre l'octroi d'une dérogation à une obligation réglementaire et le fait d'accorder un prêt. Elles n'ont pas non plus tenu compte de la décision de prêter à Hynix dans le cadre d'un prêt syndiqué prise par sept autres banques. Comme les CE invoquent constamment "la totalité" des éléments de preuve, cette manière d'aborder les choses paraît étrange.

16. L'assurance octroyée par la KEIC. Les CE font valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'elles montrent l'existence d'une action de charger ou ordonner. Cet argument part du principe que l'assurance et les prêts assurés sont une seule et même chose. Or, la KEIC fournit l'assurance, et les banques, non les pouvoirs publics, les financements à court terme. Si les CE ont l'intention de traiter l'assurance octroyée par la KEIC comme un don égal à la valeur totale de la ligne de crédit D/A, contrairement à la méthode prescrite à l'annexe I j) de l'*Accord SMC*, elles doivent démontrer que les créanciers d'Hynix ont été chargés de fournir le financement D/A ou ont reçu l'ordre de le faire.

17. Le programme de la KDB. Les CE font valoir qu'il n'est pas nécessaire qu'elles montrent l'existence d'une action de charger ou ordonner. Or, comme en ce qui concerne l'assurance de la KEIC, elles donnent une image déformée de ce programme. La KDB n'a pas absorbé à elle seule la totalité des obligations, dont elle ne détenait qu'une petite fraction. Or les CE soutiennent qu'elles peuvent soumettre à des droits compensateurs le montant intégral des obligations refinancées dans le cadre du programme de la KDB en tant que don accordé par un organisme public. Cette position est illogique compte tenu de la nature du programme, et notamment du partage des charges explicitement prévu par ce programme.

18. La restructuration de mai 2001. Les CE laissent entendre qu'il n'est pas nécessaire qu'elles montrent l'existence d'une action de charger ou ordonner. Le fait que deux prêteurs aient pu être des organismes publics ne concerne pas les nombreux autres prêteurs qui n'étaient pas des organismes publics. Pour ces organismes privés, les CE doivent montrer qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Au lieu de cela, elles écartent des éléments de preuve très déterminants indiquant que les créanciers d'Hynix ont pris des décisions rationnelles et les ont protégées au moyen du financement qu'ils ont mis au point. En particulier, les CE ne mentionnent nulle part les GDR lorsqu'elles traitent de la contribution financière et de l'ensemble des mesures de restructuration de mai 2001.

19. La restructuration d'octobre 2001. Les CE laissent entendre qu'il n'est pas nécessaire qu'elles montrent l'existence d'une action de charger ou ordonner. Cependant, que deux prêteurs aient pu être des organismes publics ne change rien au fait que les autres banques n'étaient pas des organismes publics. Pour ces organismes privés, les CE doivent montrer qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Elles insistent sur le degré de participation des pouvoirs publics au capital de ces banques. Là encore, de tels éléments de preuve ne permettent tout simplement pas d'établir qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Les CE évoquent le fait que les banques tiennent compte de considérations relevant de la politique des pouvoirs publics. Leur approche témoigne d'une compréhension erronée du critère juridique. Il n'y a rien d'inhabituel à ce qu'une banque tienne compte d'un large éventail de facteurs lorsqu'elle consent un prêt. Les CE allèguent un "schéma de participation continue", mais en déformant les faits. Enfin, elles entreprennent d'analyser les éléments de preuve concernant plusieurs banques spécifiques. Mais cet examen des "éléments de preuve" ne fournit jamais une base crédible pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner. Il ne tient pas compte non plus du fait crucial en ce qui concerne l'ensemble de mesures de restructuration d'octobre, à savoir que les banques pouvaient choisir.

Avantage

20. En ce qui concerne l'avantage, en droit, si les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont jugées incompatibles avec l'*Accord SMC*, leurs constatations sur l'existence d'un avantage doivent également être jugées sans fondement. La Corée a aussi dûment contesté la constatation de l'existence et le calcul de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) et de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

21. Pour en venir aux points de repère, l'article 14 emploie des termes très concrets faisant référence à la conduite "habituelle" ou "existante" sur le marché visé par l'enquête, ou à une conduite "comparable". Pour ce qui est du montant de l'avantage, l'article 14 b) et 14 c), en particulier, indique que le montant de l'avantage conféré "correspondra à la différence" de coût des instruments comparés. Pour ce qui est de la fourniture de marchandises, l'article 14 d) impose de comparer les biens ou services fournis par rapport à la rémunération adéquate du bien ou du service en question, "déterminée par rapport aux conditions du marché existantes". Les CE cherchent à éviter ces conditions, alléguant qu'il ne s'agit que de principes directeurs et qu'aucune disposition de l'article 14 ne précise de méthode spécifique pour mesurer l'avantage conféré. Mais ces principes directeurs n'en restent pas moins impératifs; il doit en être tenu compte et les autorités ne peuvent utiliser de méthodes qui soient incompatibles avec eux.

22. Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*, l'Organe d'appel a constaté que "la possibilité ménagée à l'article 14 d) aux autorités chargées de l'enquête de considérer un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture est *très limitée*". L'autorité ne peut le faire que "lorsqu'il a été établi que ces prix pratiqués dans le secteur privé sont faussés, en raison du rôle prédominant des pouvoirs publics sur le marché en tant que fournisseur des biens identiques ou semblables". De plus, même si elle établit que le marché est faussé, l'autorité doit encore valider l'autre point de repère. Les CE allèguent que l'avis émis par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux* se distingue par le fait qu'il ne traitait que du texte de l'article 14 d), et qu'il doit donc se limiter à l'article 14 d) sur cette base. Cependant, une telle

lecture ne tient aucun compte de la préférence pour les premiers points de repère (c'est-à-dire ceux qui sont présents sur le marché visé par l'enquête) nettement exprimée dans les autres paragraphes de l'article 14.

23. Les CE ont tenté d'expliquer les changements spectaculaires intervenus entre le règlement provisoire et le règlement définitif, mais leur explication ne réussit qu'à mettre en évidence les défauts de leur approche. Elles utilisent "la totalité" des faits pour masquer la distinction importante qui existe entre "contribution financière" et "avantage" dans le texte de l'Accord SMC. Même si l'on suppose qu'il a pu y avoir des raisons de réévaluer la détermination de l'existence d'une contribution financière, les CE n'ont pas expliqué pourquoi elles avaient modifié leur manière d'aborder l'avantage et les repères du marché.

24. Les CE contestent aussi qu'il soit pertinent de prendre en considération la perspective des investisseurs de l'intérieur. Le texte pertinent de l'Accord porte sur "la pratique habituelle concernant les investissements". Lorsque les faits d'une cause donnée montrent que des investisseurs de l'intérieur ont tenu compte de la participation qu'ils détenaient dans une société, l'autorité ne peut pas ignorer cette réalité factuelle. Les CE disent qu'elles rejettent l'analyse relative aux investisseurs de l'intérieur. Si cette approche est la "pratique habituelle concernant les investissements" dans un pays donné, comme elle l'était en Corée pendant ces réaménagements de dettes, les CE commettent une erreur de droit en rejetant cette approche.

25. Les CE semblent penser qu'il existe des marchés commerciaux parfaits "non faussés". En réalité, tous les marchés sont faussés jusqu'à un certain point. Les pouvoirs publics existent et ils entreprennent des actions qui influent sur le marché. Aucune disposition de l'Accord SMC n'impose que le marché commercial soit parfait et "non faussé" pour pouvoir fournir des points de repère. En outre, les CE ne peuvent indiquer aucun lien entre l'engagement allégué des pouvoirs publics envers Hynix et le fait que les marchés des capitaux coréens soient gravement faussés, selon ce qui est affirmé.

26. L'argument des CE concernant l'avantage se réduit à l'affirmation selon laquelle Hynix ne pouvait obtenir de capitaux sans que les pouvoirs publics fassent pression sur les prêteurs. Or cet argument porte sur la situation financière d'Hynix en général et ne tient pas compte des données de fait contradictoires concernant le fait qu'Hynix a réussi à se procurer de nouveaux capitaux. Les CE masquent aussi le contexte factuel de la restructuration d'Hynix. L'apport de nouveaux capitaux à Hynix est une chose. Mais la restructuration d'octobre a aussi comporté l'échange de dettes contre des parts de capital et la remise de dettes. Les CE semblent penser que les créanciers existants pouvaient simplement insister sur un remboursement intégral. Cette approche ne tient pas compte de la réalité de la restructuration de la dette.

27. Enfin, les CE voudraient dissimuler le fait qu'en présence de points de repère légitimes, elles ont choisi de simplifier l'équation en traitant effectivement chaque transaction financière en cause comme un don. Ainsi, elles présentent un long exposé sur le capital à risque et la perspective de n'être pas remboursé. Or, rien dans l'Accord SMC ne permet à un Membre de redonner purement et simplement une autre forme à une transaction.

Erreurs de calcul

28. Les CE n'ont pas tenu compte des observations formulées en temps opportun par Hynix concernant le double comptage évident de l'avantage allégué résultant du programme obligataire de la KDB et de la surévaluation des dettes ayant fait l'objet d'un rééchelonnement dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001. En ne corrigeant pas les erreurs clairement signalées par Hynix, les CE ont agi d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14. Elles ont commis une autre erreur fondamentale dans leur approche du programme de la KDB et du programme de restructuration d'octobre 2001 en traitant comme des dons les instruments porteurs d'intérêts. Si les CE tenaient à

cette approche erronée, elles auraient dû, au moins, déduire les intérêts de leurs calculs de la subvention pour préserver, dans une certaine mesure, la compatibilité avec l'article 1.1 b) et l'article 14.

Spécificité

29. En droit, dans la mesure où il est constaté que les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont incompatibles avec l'Accord SMC, leurs constatations relatives à la spécificité doivent aussi être jugées sans fondement. Même si l'on présume qu'il y a contribution financière, les constatations des CE concernant la spécificité sont incompatibles avec les articles 1.2 et 2. Pour ce qui est du programme de la KDB, les CE laissent entendre qu'elles ont examiné tous les facteurs énumérés à l'article 2, mais cela ne ressort pas clairement du seul paragraphe cité du *Règlement provisoire*. Quant aux restructurations de mai et d'octobre, elles font valoir qu'elles n'estiment pas que ce qui est arrivé à Hynix se soit déroulé conformément à l'application normale des lois généralement applicables en matière de faillite. C'est juste. Ce qui est arrivé à Hynix correspondait à l'application normale d'un cadre de renégociation bancaire généralement applicable en remplacement de la législation classique en matière de faillite. Mais selon l'approche des CE, on constaterait que l'application de la législation classique en matière de faillite n'est pas moins spécifique.

Articles 19.4, 10 et 32.1 de l'Accord SMC et article VI:3 du GATT de 1994.

30. En choisissant d'utiliser les ventes non consolidées d'Hynix, les CE ont confondu le champ de l'enquête (DRAMS) et la question de savoir quel produit et quelle entité ont bénéficié des subventions alléguées. Ce n'est pas parce que les CE ont fait une enquête sur le marché des DRAMS que les subventions accordées à Hynix peuvent automatiquement être considérées comme n'ayant profité qu'à Hynix en tant qu'entité mère, et seulement pour les DRAMS. En suivant cette approche, les CE ont imposé des droits compensateurs dépassant les limites fixées par l'article 19.4 de l'Accord SMC et l'article VI:3 du GATT de 1994. De plus, chaque violation des dispositions spécifiques de l'Accord SMC indiquée plus haut déclenche parallèlement une violation des articles 10 et 32.1, une fois prise la décision d'imposer des droits.

ANNEXE D-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(9 décembre 2004)

Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial,

I. INTRODUCTION

1. À terme, nous sommes tous morts. Très amusant. Très *vrai*. Sauf, semble-t-il, dans le cas d'Hynix. Et en un sens, c'est de cela qu'il retourne dans la présente affaire. À des pouvoirs publics qui "voient assez grand", c'est-à-dire qui pensent "trop gros pour faire faillite", presque rien n'est impossible, avec, bien entendu, un coup de pouce du contribuable et une petite démonstration de force de l'État.

2. En ayant les poches assez grandes, vous pouvez mettre de l'ordre dans les marchés de capitaux comme vous l'entendez pour atteindre les objectifs de votre politique. Un peu comme un milliardaire qui jouerait quitte ou double au casino d'une petite ville – c'est justement pour cela que les mises sont plafonnées, comme Nick Leeson a fini par le découvrir. C'est aussi l'une des raisons pour lesquelles nous avons l'*Accord SMC*, pour régler l'influence des pouvoirs publics sur les marchés. Au moins les parties sont-elles d'accord sur ce point.

3. Retirons donc "les pouvoirs publics" de l'équation. Sachant ce que nul n'ignore ni ne conteste de la situation financière *désastreuse* d'Hynix, de la situation *désastreuse* du marché des DRAMS et de la situation *désastreuse* des marchés financiers coréens, que serait-il arrivé à Hynix, à *votre* avis, si les pouvoirs publics coréens n'avaient rien fait du tout? S'il n'y avait pas eu les "demandes" répétées des Ministres de l'économie coréens, le prêt syndiqué de la KDB, de la KEB et de la KFB? Si la FSC n'avait pas desserré les règles prudentielles? S'il n'y avait pas eu la garantie accordée par la KEIC et si la KEIC n'avait pas eu elle-même une garantie? Sans le Programme obligataire de la KDB? Si l'on n'avait pas donné implicitement l'assurance qu'Hynix était une société trop grosse pour faire faillite? Sans apports de capitaux nouveaux, sans reconduction de crédits ni remise de dettes par les organismes publics? S'il n'y avait pas eu d'apports massifs de capitaux des pouvoirs publics coréens à la Citibank/SSB, qui se sont employés à "vendre" l'émission de GDR à des investisseurs internationaux sans méfiance et, semble-t-il, leurrés? Sans la CRPA, en l'absence de représentants de haut niveau des pouvoirs publics coréens aux réunions des créanciers? S'il n'y avait pas eu les déclarations d'intention menaçantes du Vice-Premier Ministre coréen? Sans injections massives de capitaux dans les banques par les pouvoirs publics coréens? Sans le Décret n° 408 du Premier Ministre, sans mémorandums d'accord, sans intervention dans la désignation des dirigeants des banques, sans menaces exercées sur les banques et les agences de notation? ... Après tout, n'est-ce pas la vision stalinienne de l'histoire que la Corée voudrait nous faire avaler?

4. Admettons ces faits, et mettons que vous soyez à la fin de 2000, au début de 2001: si vous étiez *forcé* de mettre en jeu *dans un sens ou dans l'autre* le seul bien de votre famille, toutes vos économies ou votre réputation professionnelle, sur quoi miseriez-vous? Parieriez-vous qu'Hynix succomberait aux procédures judiciaires normales applicables aux dépôts de bilan? Ou bien est-ce que vous parieriez qu'Hynix, par miracle, se hisserait hors de l'abîme à la force des poignets, sans aucune aide? Avant de choisir, considérez la montagne d'éléments de preuve (les CE en ont cité quelque 867) pointant vers le dépôt de bilan. Personnellement, je sais sur quoi j'aurais parié ma maison (en y étant

forcé). Il n'y a pas vraiment le choix, n'est-ce pas? Nous savons tous qu'Hynix aurait fait faillite, tout comme Daewoo avant elle. En fait, Hynix était déjà "techniquement" en faillite. Nous savons tous que les pouvoirs publics coréens, qui ont eux-mêmes créé cette situation en faisant passer au forceps la fusion de LG Semicon, ont permis à Hynix de sauver sa peau et de s'en tirer pratiquement sans dommage. Les pouvoirs publics coréens ont atteint leurs objectifs.

5. Heureusement, aucun de nous n'est forcé de faire ce choix. L'autorité chargée de l'enquête l'a fait pour nous. La seule chose dont nous ayons à débattre dans la présente procédure est de savoir si ce choix était ou non si extravagant, si déraisonnable, si dénué d'objectivité qu'il ne laisse au Groupe spécial, celui-ci comme *n'importe quel* groupe spécial qui serait chargé d'examiner la question, d'autre solution que d'intervenir et de se prononcer contre l'autorité chargée de l'enquête. Je dois avouer que, considérant la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles, je ne vois vraiment pas comment quiconque pourrait raisonnablement arriver à cette conclusion. Je ne me résous pas à admettre que *l'effet* de tout ce qu'ont fait les pouvoirs publics coréens se réduise à rien, alors que cela a manifestement permis de sauver Hynix de l'oubli. En fait, je ne pense pas, les éléments de preuve étant ce qu'ils sont, qu'une autorité chargée de l'enquête impartiale et objective, *quelle qu'elle soit*, pouvait raisonnablement faire autrement que constater que les pouvoirs publics coréens avaient subventionné Hynix.

II. SUBVENTION

6. En ce qui concerne la subvention, la Corée recourt à nouveau, dans sa réfutation, à des assertions variées et insistantes concernant "l'intention" alléguée de l'autorité chargée de l'enquête. Indépendamment de leur caractère absurde et inapproprié, ces assertions ne feront pas avancer la cause de la Corée. Le Groupe spécial ne devrait pas non plus se laisser duper par les tentatives de la Corée pour masquer la faiblesse de son argumentation par de telles déclarations verbeuses.

7. Dans la présente affaire, les autorités chargées de l'enquête n'ont pas fait preuve de "zèle pour protéger les producteurs des CE".¹ Elles ont simplement mené une enquête objective et impartiale. En revanche, les données de fait et les éléments de preuve versés au dossier viennent massivement à l'appui de l'opinion selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient pour politique de considérer qu'Hynix était trop grosse pour faire faillite, politique qu'ils ont poursuivie avec zèle. Ainsi, la mesure qui fausse le commerce, en l'espèce, est la subvention des pouvoirs publics coréens, instaurée pour l'exécution de leur politique. Le droit compensateur n'est que la mesure corrective, imposée après un examen objectif de la totalité des données de fait et des éléments de preuve effectué par une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale.

A. DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES

8. Le Groupe spécial doit accorder le poids qui convient au fait que les entités coréennes interrogées dans la présente affaire ont systématiquement refusé de coopérer, ne laissant à l'autorité chargée de l'enquête d'autre solution que de faire ses déterminations sur la base de la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles, comme le prévoit l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, le cas échéant en faisant des déductions, lesquelles pouvaient être défavorables.

9. La Corée affirme à maintes reprises, et en s'étendant longuement sur le sujet, que la position des Communautés européennes est de dire que l'article 12.7 de l'*Accord SMC* est "punitif", assertion dont la Corée essaie de faire grand cas.² Or, cette assertion est tout simplement fausse. Les Communautés européennes n'ont jamais tenu de tels propos. La Corée est ainsi conduite à admettre, inévitablement, que l'article 12.7 de l'*Accord SMC* permet à l'autorité chargée de l'enquête de faire des

¹ Réfutation de la Corée, paragraphe 118.

² Voir, par exemple, la réfutation de la Corée, paragraphes 130 et suivants.

déductions³ s'il lui manque des renseignements. Logiquement, cela doit signifier que la déduction est susceptible d'être défavorable (il est impossible d'être sûr, parce que les renseignements pertinents manquent). Ce point est confirmé à l'Annexe II de l'*Accord antidumping*, dont les deux parties sont convenues qu'il constituait un contexte pertinent. Les efforts de la Corée pour établir une distinction avec l'Annexe V de l'*Accord SMC* sont donc sans fondement.⁴ Les dispositions de l'Annexe V de l'*Accord SMC* ne font que confirmer l'approche adoptée par l'autorité chargée de l'enquête dans la présente affaire.

10. Les Communautés européennes sont absolument convaincues qu'après avoir lu les questions posées à plusieurs reprises par les Communautés européennes⁵ et les réponses données par la Corée, et après avoir examiné les documents, le Groupe spécial conviendra que l'autorité chargée de l'enquête était en droit, en l'espèce, de s'appuyer sur les "données de fait disponibles". Les mots ne sont qu'une représentation abstraite de la réalité, aussi subsiste-t-il toujours un certain degré d'"ambiguïté"⁶ dans toute formulation. Cela n'autorise pas les entités interrogées dans le cadre d'une enquête sur l'existence d'une subvention à faire sans arrêt preuve de mauvaise foi. Les questions posées étaient suffisamment précises, allant droit au but, mais les réponses données étaient déplorablement loin de correspondre aux prescriptions concernant la coopération de bonne foi énoncées à l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

11. La Corée affirme que, selon les Communautés européennes, l'application des "données de fait disponibles" est laissée entièrement à la discrétion du Membre chargé de l'enquête, sans aucune considération des "faits sous-jacents".⁷ Ces deux assertions sont tout simplement fausses. Les Communautés européennes n'ont jamais affirmé de telles choses. Elles ont au contraire expliqué en détail quel genre de critères une autorité chargée d'une enquête appliquerait au moment de peser la totalité des données de fait et des éléments de preuve dont elle disposerait.⁸ Elles ont aussi expliqué comment l'autorité avait pris en considération toutes les données de fait et tous les éléments de preuve dont elle disposait dans la présente affaire.⁹ C'est la Corée, et non les Communautés européennes, qui cherche à ne pas tenir compte de la montagne de données de fait et d'éléments de preuve concernant, par exemple, la situation financière désastreuse d'Hynix et la situation désastreuse du marché des DRAMS et des marchés financiers coréens.

12. La Corée affirme que les déductions faites sur la base de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* ne peuvent l'être qu'en ce qui concerne une "transaction" spécifique.¹⁰ Cette assertion est manifestement erronée en droit. Il n'existe aucune obligation de cette nature dans l'article 12.7 de l'*Accord SMC* ou ailleurs. Les déductions que l'on peut faire dépendent seulement dans chaque cas des données de fait et des éléments de preuve en question.¹¹ La notion de "transaction" invoquée par la Corée est arbitraire et utilisée par la Corée à ses propres fins, et il n'y a aucun élément dans l'*Accord SMC* justifiant de l'imposer aux autorités chargées de l'enquête.¹²

13. Contrairement à ce qu'affirme la Corée, les Communautés européennes ont eu une approche très équilibrée et très modérée de la question des données de fait disponibles dans la présente affaire, ménageant aux entités coréennes interrogées des possibilités renouvelées et réelles pour répondre. La conduite de l'autorité chargée de l'enquête a été exemplaire. Les entités interrogées coréennes ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes si leurs propres actions ont eu des conséquences inévitables.

³ Voir, par exemple, la réfutation de la Corée, paragraphe 139.

⁴ Réfutation de la Corée, paragraphes 131 à 133.

⁵ Réponses des CE aux questions n° 58 et 9.

⁶ Réfutation de la Corée, paragraphe 123.

⁷ Réfutation de la Corée, paragraphe 123.

⁸ Réponses des CE aux questions n° 63 et 64.

⁹ Réponses des CE aux questions n° 7 et 9.

¹⁰ Réfutation de la Corée, paragraphe 124.

¹¹ Réponse des CE à la question n° 63.

¹² Réfutation des CE, paragraphes 10 à 31.

14. La Corée maintient que les documents relatifs aux réunions des Ministres de l'économie, qui mentionnent expressément, entre autres choses, des subventions directes en faveur d'Hynix (telles que la garantie de la KEIC), étaient sans rapport avec l'enquête et qu'ils n'ont pas été demandés par l'autorité chargée de l'enquête.¹³ Cette affirmation entièrement contraire aux faits se passe de tout commentaire supplémentaire. C'est un fait que l'autorité chargée de l'enquête a demandé expressément et à maintes reprises tous les renseignements concernant la participation de représentants des pouvoirs publics aux réunions, et c'est un fait que les renseignements concernant la réunion des créanciers du 10 mars 2001 lui ont été refusés. En outre, les éléments de preuve versés au dossier indiquent qu'au moins deux hauts fonctionnaires étaient présents. Aucun compte rendu écrit proprement dit de ce qui a été dit ou fait par ces fonctionnaires n'a jamais été présenté par aucune des entités coréennes interrogées. La version intégrale du rapport Arthur Andersen, demandée à plusieurs reprises, n'a jamais été communiquée, y compris lors de la vérification. L'autorité chargée de l'enquête ne peut être censée vérifier ce qui ne lui a pas été remis ou ce qui ne se trouve pas dans le dossier. La Citibank a refusé de permettre une vérification en bonne et due forme dans ses locaux. Les parties intéressées ne sont pas tenues de faire des "ouvertures"¹⁴ à l'autorité chargée de l'enquête. Elles sont tenues de coopérer. Elles sont tenues de répondre aux questions d'une manière complète et sincère, de communiquer les renseignements nécessaires, de ne pas entraver l'enquête en refusant l'accès aux locaux ou aux documents. Faute de coopération, les autorités chargées de l'enquête n'ont d'autre choix que de s'appuyer sur la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles. Les efforts incessants de la Corée pour avoir gain de cause dans la présente procédure du Groupe spécial en refusant de communiquer des éléments de preuve à l'autorité chargée de l'enquête et, en fin de compte, au Groupe spécial, devraient être rejetés.

B. SUBVENTION

15. On a dit beaucoup de choses sur l'"action de charger ou ordonner". Le Groupe spécial ne doit cependant pas oublier que lorsque l'on est en présence de subventions directes, y compris de garanties des pouvoirs publics, comme dans la présente affaire, il ne lui est pas nécessaire d'examiner le concept d'"action de charger ou ordonner". Lorsque des pouvoirs publics donnent une garantie, explicite ou implicite, *cela* est une contribution financière. L'avantage ou le montant de la subvention est la prime de marché qui aurait dû être payée par Hynix, et ne l'a pas été, pour cette garantie. Lorsque le risque est maximal, y compris lorsque la société, sans cela, déposerait son bilan, la prime est au moins l'équivalent du montant du capital couvert par la garantie. L'autre façon de dire essentiellement la même chose est que les banques, lorsqu'elles fournissent des capitaux à une société en voie de déposer son bilan, ont été chargées ou ont reçu l'ordre de le faire. L'avantage et le montant de la subvention sont les mêmes, de quelque façon que l'on regarde le problème. Nous ne devons pas oublier que le dossier prouve de façon catégorique que tout au long de 2001, les pouvoirs publics coréens ont publiquement fourni une garantie expresse à Hynix parce qu'ils considéraient que cette société était trop grosse pour faire faillite.

16. La Corée continue d'affirmer que la présente affaire ne porte que sur l'"action de charger ou ordonner". Cette assertion est fausse et constitue une erreur de fait et de droit monumentale. Comme les Communautés européennes l'ont exposé de façon détaillée dans les règlements et dans leurs communications au Groupe spécial, la présente affaire ne porte pas seulement sur des questions concernant l'"action de charger ou ordonner", mais comporte aussi une subvention directe. La Corée ayant choisi de ne pas tenir compte de ce fait et n'ayant présenté aucun élément de preuve ou argument sérieux à cet égard, ses communications sur la question de la subvention doivent inévitablement être considérées comme sans fondement.

¹³ Réfutation de la Corée, paragraphes 135 et suivants.

¹⁴ Réfutation de la Corée, paragraphe 151.

17. Les parties conviennent que les notions de subvention et d'avantage sont distinctes sur le plan du droit, mais que les mêmes données de fait et les mêmes éléments de preuve peuvent être pertinents pour ces deux notions. Cependant, bien qu'elle exprime une adhésion de pure forme à cet énoncé général, c'est la Corée, et non les Communautés européennes, qui continue à mêler les deux notions juridiques. Ainsi, la Corée affirme à plusieurs reprises que l'autorité chargée de l'enquête ne peut déterminer qu'un prêt ou une garantie est une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* que s'il confère un avantage.¹⁵ Cette assertion est manifestement fausse en droit. Selon les termes mêmes de l'*Accord SMC*, une fois qu'il a été établi que les pouvoirs publics (y compris les organismes publics) ont accordé un prêt ou une garantie, il y a contribution financière. Le point de savoir si un avantage est conféré ou non est une tout autre question.

18. La Corée affirme que l'action des pouvoirs publics consistant à charger ou ordonner ne relève pas de l'article premier de l'*Accord SMC*.¹⁶ Cette assertion est fausse. L'article 1.1 de l'*Accord SMC* définit les "pouvoirs publics" aux fins de l'Accord tout entier comme étant "les pouvoirs publics ou tout organisme public du ressort territorial d'un Membre". Par conséquent, l'expression "pouvoirs publics" à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* englobe nécessairement les organismes publics.

19. La Corée réaffirme que ce que doit faire le Groupe spécial, c'est refondre l'*Accord SMC* pour confronter la mesure en question au seul sens "fondamental" des termes "chargent ou ordonnent"¹⁷, la Corée entendant ainsi le sens qui sert le mieux ses intérêts dans la présente affaire. Cette assertion est fausse. Le Groupe spécial doit, le cas échéant, évaluer la mesure en question au regard des termes "chargent ou ordonnent" en donnant à ces termes tout leur sens ordinaire. La semaine dernière, un étranger m'a arrêté dans la rue pour me demander comment aller (en anglais: "asked for directions to") à la Grand Place, à Bruxelles. Je le lui ai indiqué ("gave him directions"). Lui ai-je donné un commandement? Certainement pas. A-t-il suivi mes indications ("my directions")? Je l'ignore totalement. Lui ai-je indiqué le chemin ("did I direct him")? Assurément.

20. Si le Groupe spécial estime nécessaire d'examiner la notion d'"action de charger ou ordonner", ce qu'il doit faire, c'est mettre les faits de la cause en regard de cette règle de droit. Il ne doit pas remplacer les termes qui figurent dans l'*Accord SMC* par d'autres termes. Cet accord ne mentionne pas d'"action positive". On n'y emploie pas les termes "délégation" ni "commandement". Donner une lecture de l'*Accord SMC* qui inclut ces termes alors qu'ils ne s'y trouvent manifestement pas reviendrait à justifier *a posteriori* le processus de négociation et serait une erreur de droit. Il n'appartient pas au Groupe spécial de légiférer.

21. Le fait que la Corée s'appuie sur l'expression "un organisme public" pour affirmer qu'une analyse par banque est la seule possibilité admise par l'*Accord SMC*¹⁸ et que l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas utiliser la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles peut être rejeté sans difficulté. Il va de soi que les pouvoirs publics pourraient donner un ordre adressé à deux banques, ou, en fait, à un nombre quelconque de banques dans un même document, en mentionnant chacune nommément. Une telle éventualité pourrait certainement entrer dans le champ de l'article premier de l'*Accord SMC*. Cela ne fait aucune différence si les banques, plutôt que d'être identifiées par leur nom, sont désignées d'une autre manière, par exemple comme l'ensemble des banques créancières de la société en faillite qui cherche des capitaux. Le moyen de défense de la Corée se réduit à affirmer qu'il est impossible qu'une banque (ou un groupe de banques) soit chargée de "sauver" une société ou reçoive l'ordre de le faire. Pour quelle raison, si les pouvoirs publics ont proclamé publiquement à plusieurs reprises que cette société est trop grosse pour faire faillite? Cette affirmation est tout simplement fausse.

¹⁵ Voir, par exemple, la réfutation de la Corée, paragraphes 190 et suivants; et paragraphes 194 et suivants.

¹⁶ Réfutation de la Corée, paragraphe 168.

¹⁷ Réfutation de la Corée, paragraphe 157.

¹⁸ Réfutation de la Corée, paragraphe 167.

22. La Corée affirme avoir "examiné les éléments de preuve des CE pièce par pièce".¹⁹ Cette assertion est fausse, puisque la Corée ne tient pas compte du grand nombre de données de fait et d'éléments de preuve exposés dans les règlements²⁰, choisissant de n'aborder que certains faits et éléments de preuve isolés. Ce qui est vrai, c'est que la Corée procède "pièce par pièce", admettant ainsi que toute son argumentation ne réussit pas à répondre à ce qu'a fait en l'espèce l'autorité chargée de l'enquête, à savoir examiner la totalité des données de fait et des éléments de preuve dont elle disposait.

23. Le Groupe spécial doit examiner la totalité des données de fait et des éléments de preuve sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête. Il doit aussi tenir compte des liens *économiques* profonds, ainsi que des liens juridiques, entre les différents éléments de la subvention. Et plus particulièrement de la manière dont les investisseurs de l'intérieur voient les choses, si souvent invoquée par les entités coréennes interrogées. Les pouvoirs publics coréens ont mis Hynix et les banques sur une pente raide et glissante puis les ont tenues par la main pendant toute la descente.

III. DOMMAGE

24. En ce qui concerne le dommage, ce que laisse entendre la Corée, à savoir que la position des Communautés européennes dans la présente affaire ne correspond pas aux termes de l'*Accord SMC*, est entièrement dérivé d'une citation incomplète, inexacte et sortie de son contexte.²¹ Le Groupe spécial ne devrait pas se laisser duper par des propos aussi outranciers. Les Communautés européennes ont examiné en détail dans leurs communications tous les aspects de toutes les dispositions au titre desquelles la Corée a présenté des allégations en l'espèce.

25. En ce qui concerne LG Semicon, comme en ce qui concerne la plupart de la présente affaire, les simples faits suffisent à trancher en faveur des Communautés européennes. En mars 2001, HEI a tout bonnement été *rebaptisée* Hynix (la personne morale désignée restant la même). HEI a d'abord acquis LGS le 7 juillet 1999. Elle s'est alors appelée HME, puis elle a fusionné avec HEI le 13 octobre 1999.²² C'est ainsi qu'en remontant dans le temps, les CE ont retracé le parcours d'Hynix/HEI (même personne morale, sous un nom différent). Elles n'étaient pas tenues de suivre celui de l'usine de production de LGS avant son acquisition par Hynix/HEI, et il existait de très bonnes raisons de ne pas le faire.²³ Le tableau et le graphique (dont ne dispose même pas le Groupe spécial) figurant dans la plainte à laquelle la Corée fait allusion²⁴ ne mentionnent pas LGS – l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée sur les données fournies par les entités coréennes interrogées, après vérification. Enfin, l'assertion de la Corée²⁵ selon laquelle les données appropriées ont été communiquées en temps opportun est fausse, les faits véritables étant exposés dans la première communication écrite des Communautés européennes.²⁶ En tout état de cause, une augmentation du volume des importations subventionnées de 155 pour cent est notable, quel que soit le point de vue, et l'est assurément dans les circonstances de la présente affaire.

26. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, si, comme le disait Bismark, le gouvernement ou la politique est l'art du *possible*, le droit est peut-être alors l'art du *raisonnable*, et l'*Accord SMC*, en un certain sens, un lieu de rencontre. La politique des pouvoirs publics coréens consistant à considérer qu'Hynix était trop grosse pour faire faillite, quel que soit le coût, a été rendue *possible* par les sommes considérables d'argent des contribuables qui ont été déversées sur le problème et par la situation imposée aux banques, qui ont été chargées ou ont reçu

¹⁹ Réfutation de la Corée, paragraphe 120.

²⁰ Voir, par exemple, les réponses des CE aux questions n° 7 et 9.

²¹ Réfutation de la Corée, paragraphe 14.

²² Première communication écrite des CE, paragraphe 67.

²³ Réfutation des CE, paragraphes 32 à 47.

²⁴ Réfutation de la Corée, paragraphe 31.

²⁵ Réfutation de la Corée, paragraphe 33.

²⁶ Première communication écrite des CE, paragraphes 74 à 85.

l'ordre de faire de même. L'autorité chargée de l'enquête est arrivée à la seule conclusion *raisonnablement* étayée par la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles. Il n'y a aucune raison légitime pour que le Groupe spécial modifie ses constatations.

Je vous remercie de votre attention.

ANNEXE E

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

Table des matières		Page
Annexe E	Demande d'établissement d'un groupe spécial – Document WT/DS299/2	E-2

ANNEXE E

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS299/2
21 novembre 2003

(03-6240)

Original: anglais

COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES – MESURES COMPENSATOIRES VISANT LES SEMI-CONDUCTEURS POUR MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES EN PROVENANCE DE CORÉE

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée

La communication ci-après, datée du 19 novembre 2003, adressée par la délégation de la Corée au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Le 24 avril 2003, les Communautés européennes ("CE") ont imposé des droits compensateurs provisoires sur les importations de semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques ("DRAM") en provenance de Corée, comme il est annoncé dans le Règlement n° 708/2003 de la Commission, publié au *Journal officiel* (J.O. L 102, 24.4.2003). La Commission européenne a présenté au Conseil de l'Union européenne ("Conseil européen") le 24 juillet 2003 sa proposition visant l'imposition de droits compensateurs définitifs, qui a été adoptée par le Conseil européen le 11 août 2003. Le 22 août 2003, les CE ont imposé des droits compensateurs définitifs sur les importations de DRAM en provenance de Corée, comme il est annoncé dans le Règlement (CE) n° 1480/2003 du Conseil instituant un droit compensateur définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains microcircuits électroniques dits "DRAM" (*dynamic random access memories* – mémoires dynamiques à accès aléatoire) originaires de la République de Corée (J.O. L 212, 22.8.2003).

Le gouvernement coréen considère que les droits compensateurs provisoires et définitifs imposés par les CE sur les DRAM en provenance de Corée sont incompatibles avec les obligations des CE au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 ainsi que de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC"). De ce fait, le gouvernement coréen a demandé l'ouverture de consultations avec les CE au sujet de ces mesures conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord"), à l'article 30 de l'Accord SMC et à l'article XXII du GATT de 1994. L'ouverture de consultations a été demandée le 25 juillet 2003 en ce qui concerne les mesures

compensatoires provisoires des CE¹ et le 25 août 2003 en ce qui concerne les mesures compensatoires définitives des CE², respectivement. Les consultations ont eu lieu avec les CE à Genève les 21 août 2003 et 8 octobre 2003. Elles n'ont pas permis de régler le différend entre les parties.

Le différend n'ayant pas été réglé, le gouvernement coréen demande l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994 et à l'article 30 de l'Accord SMC au sujet des mesures compensatoires provisoires et définitives visant les DRAM en provenance de Corée. Le gouvernement coréen demande que le groupe spécial constate que les CE ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1^{er}, 2, 10, 12, 14, 15, 19, 22 et 32 de l'Accord SMC, ainsi que de l'article VI:3 du GATT de 1994. Spécifiquement, le gouvernement coréen formule des allégations au titre des dispositions suivantes:

1. l'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas démontré l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics coréens en ce qui concerne chaque transaction financière distincte en cause dans son enquête sur l'existence d'une subvention;
2. l'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas démontré que chaque institution financière privée impliquée dans son enquête sur l'existence d'une subvention recevait des ordres ou des instructions des pouvoirs publics coréens;
3. les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas démontré qu'un avantage était conféré à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc., compte tenu des points de repère du marché disponibles parmi les créanciers de Hynix;
4. les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les évaluations de crédit, les hypothèses concernant la remise de dette et la défaillance, et les autres analyses financières connexes appliquées par les CE pour déterminer la nature de l'avantage dont il est allégué qu'il est conféré à Hynix Semiconductor Inc., sont incompatibles avec leurs obligations au titre de l'Accord SMC;
5. les articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE ont imposé une charge de la preuve indue aux parties interrogées, à savoir les pouvoirs publics coréens et Hynix Semiconductor Inc., sont parvenues à des conclusions non fondées sur des éléments de preuve adéquats et, de ce fait, n'ont pas fondé leurs décisions sur des éléments de preuve positifs, objectifs et vérifiables;
6. l'article 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas établi que toutes les subventions alléguées étaient spécifiques à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc., sur la base d'éléments de preuve positifs;
7. l'article 12.7 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE ont indûment appliqué les "données de fait disponibles" au lieu d'examiner les renseignements versés au dossier;

¹ WT/DS299/1, G/SCM/D56/1, G/L/641.

² WT/DS299/1/Rev.1/Add.1, G/SCM/D56/1/Rev.1/Add.1, G/L/641/Rev.1/Add.1.

8. les articles 14 et 19.4 de l'Accord SMC et l'article VI:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas calculé correctement le montant des subventions alléguées en termes d'avantage conféré à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc., en traitant de façon inappropriée certaines opérations de financement et de restructuration de la dette comme des dons, en ne mesurant pas l'avantage conféré par l'octroi d'une assurance à l'exportation compte tenu des paramètres indiqués au joint j) de l'Annexe I de l'Accord SMC, et en utilisant un dénominateur des ventes inapproprié pour déterminer le subventionnement par unité. Ces omissions ont entraîné la perception de droits compensateurs dépassant ce qui est autorisé au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994;
9. l'article 15.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les déterminations de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité faites par les CE n'étaient pas fondées sur des éléments de preuve positifs ni sur une évaluation objective des effets des importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées, et n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve les plus récents dont disposaient les CE;
10. l'article 15.2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE ont évalué incorrectement dans leurs déterminations de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité le caractère notable du volume des importations visées et de leurs effets sur les prix, n'ont pas pris dûment en compte les faits pertinents lorsqu'elles examinaient l'existence d'un accroissement notable des importations visées, ni déterminé correctement la marge de sous-cotation des importations visées;
11. l'article 15.4 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE ont évalué incorrectement la situation globale de la branche de production nationale, n'ont pas fondé leur détermination de l'existence d'un dommage sur "tous les facteurs et indices économiques pertinents", et ont construit des marges bénéficiaires artificielles;
12. l'article 15.5 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas démontré l'existence du lien de causalité requis entre les importations visées et le dommage, ont évalué incorrectement le rôle des autres facteurs, et ont attribué incorrectement l'effet des autres facteurs aux importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées;
13. l'article 22.3 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les CE n'ont pas fourni tous les renseignements pertinents sur les points de fait et de droit et les raisons de leurs déterminations; et
14. les articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les droits compensateurs définitifs imposés par les CE à l'encontre des DRAM en provenance de Corée n'étaient pas conformes aux dispositions pertinentes de l'Accord SMC ni aux dispositions pertinentes du GATT de 1994.

Le gouvernement coréen demande l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type énoncé à l'article 7 du Mémoire d'accord.

Le gouvernement coréen demande en outre que la présente demande soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion de l'Organe de règlement des différends qui se tiendra le 1^{er} décembre 2003.

ANNEXE F

CALENDRIER DES ÉVÉNEMENTS; RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS DU GROUPE SPÉCIAL RELATIVES AUX SUBVENTIONS ET AU DOMMAGE

Table des matières		Page
Annexe F-1	Calendrier des programmes financiers et des événements marquants en 2000 et 2001	F-2
Annexe F-2	Conclusions du Groupe spécial quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC des déterminations de l'existence de subventions faites par les CE	F-4
Annexe F-3	Conclusions du Groupe spécial quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC des déterminations de l'existence d'un dommage faites par les CE	F-5

ANNEXE F-1

CALENDRIER DES PROGRAMMES FINANCIERS ET DES ÉVÉNEMENTS MARQUANTS EN 2000 ET 2001

1997		Crise financière coréenne
Juin 1998		Accord sur la restructuration des entreprises (CRA)
7 juillet 1999		Acquisition de LGS par HEI
13 octobre 1999		LGS est rebaptisée HME et fusionne avec HEI
Septembre 2000		Hynix sélectionne la Citybank/SSB comme conseiller financier pour la restructuration
28 novembre 2000		Réunion des ministres de l'économie
		Lettre du Ministre des finances et de l'économie aux Présidents de la KEIC et de la KEB
30 novembre 2000		Lettre du Ministre du commerce, de l'industrie et de l'énergie au Directeur général de la KEIC
Décembre 2000		Réunions de la Citibank/SSB avec les banques pour définir les grandes lignes de plans
		Prêt syndiqué de 800 milliards de won sud-coréens
		La KEB présente une demande de relèvement des plafonds de crédit
		La FSC approuve le relèvement des plafonds de crédit
		Annonce du programme d'obligations de la KDB
Janvier 2001		BBB- (agences de notation coréennes)
		B (catégorie spéculative) (Standard & Poor's)
		Augmentation, de 600 millions de dollars EU, de la garantie de la KEIC pour les crédits à l'exportation
4 janvier 2001		Programme d'obligations de la KDB (admission d'Hynix)
9 janvier 2001		Réunion des ministres de l'économie
10 janvier 2001		Lettre du Ministre des finances et de l'économie aux Présidents de la KEIC et de la KEB
22 janvier 2001		BB+ (catégorie spéculative) (agences de notation coréennes)
Mars 2001		B- (Standard & Poor's)
10 mars 2001		Réunion de représentants des banques créancières, de la FSC, d'Hynix et du gouvernement coréen
29 mars 2001		HEI officiellement rebaptisée "Hynix"
Avril 2001		Création du Conseil des établissements financiers créanciers (CFIC)
10 avril 2001		Réunion des ministres de l'économie
23 avril 2001		Réunion des banques créancières
Mai 2001		Programme de restructuration de mai
7 mai 2001		Le CFIC reconnaît qu'Hynix est dans l'incapacité de rembourser le prêt syndiqué
Juin 2001		Achat d'obligations convertibles par les banques
Juin-Août 2001		Effondrement du prix de l'action Hynix, la chute des prix des DRAMS se poursuit

Août 2001		CCC+ (Standard & Poor's)
		Hynix cesse de participer au programme d'obligations de la KDB
3 août 2001		SSB révisé ses projections antérieures plus optimistes
Septembre 2001		Remplacement du CRA par la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises (CRPA)
9 septembre 2001		CC (Standard & Poor's)
Octobre 2001		"Selective Default" (SD) (Standard & Poor's)
31 octobre 2001		Programme de restructuration d'octobre
25 juillet 2002		Ouverture de l'enquête des CE
23 avril 2003		Détermination préliminaire (708/2003)
11 août 2003		Détermination finale (1480/2003)

ANNEXE F-2

TABLEAU RÉCAPITULATIF CONCERNANT LES ALLÉGATIONS
ET ARGUMENTS DE LA CORÉE AU SUJET DES
DÉTERMINATIONS* DE L'EXISTENCE DE
SUBVENTIONS FAITES PAR LES CE

PROGRAMME	DÉTERMINATION FINALE DES CE CONCERNANT		Existence d'un avantage	Calcul de l'avantage	Spécificité
	Contribution financière de:				
	Organisme public	Action de charger ou ordonner visant un organisme privé			
PRÊT SYNDIQUÉ			Incompatible	Incompatible	Non examiné
KDB	Compatible				
KEB		Compatible			
KFB	N'a pas donné lieu à des droits compensateurs				
GARANTIE DE LA KEIC	Compatible		Compatible	Incompatible	Non examiné
PROGRAMME D'OBLIGATIONS DE LA KDB	Compatible		Compatible	Incompatible	Compatible
PROGRAMME DE RESTRUCTURATION DE MAI 2001	Incompatible		Compatible**	Incompatible	Compatible
PROGRAMME DE RESTRUCTURATION D'OCTOBRE 2001			Compatible	Incompatible	Compatible
Six banques ayant choisi l'option 1:					
Banque Woori		Compatible			
Banque Chohung		Compatible			
KEB		Compatible			
NACF		Compatible			
Citibank		Compatible			
KDB	Compatible				

* Notre détermination de "compatibilité" doit être considérée en tenant compte des allégations et arguments qui nous ont été présentés et qui sont exposés dans nos constatations.

** À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que la détermination de l'existence d'une contribution financière des pouvoirs publics faite par les CE était compatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

ANNEXE F-3

CONCLUSIONS DU GROUPE SPÉCIAL QUANT À LA COMPATIBILITÉ AVEC LES RÈGLES DE L'OMC DE LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN DOMMAGE FAITE PAR LES CE

Article 15.2: effets en termes de volume	
Traitement des importations non subventionnées	<i>Compatible</i>
Traitement des importations de LGS	<i>Compatible</i>
Caractère notable de l'accroissement des importations	<i>Compatible</i>
Article 15.2: effets sur les prix	
Dynamique du marché	<i>Compatible</i>
Hynix n'exerçait pas une domination sur le marché	<i>Compatible</i>
Autres méthodes pour évaluer la sous-cotation du prix	<i>Compatible</i>
Période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage	<i>Compatible</i>
Article 15.4: dommage	
Évaluation des facteurs: • Salaires • Autres facteurs	<i>Incompatible</i> <i>Compatible</i>
Déclarations d'Infineon	<i>Compatible</i>
Évaluation globale de la branche de production nationale	<i>Compatible</i>
Article 15.5: causalité	
Lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale	<i>Compatible</i>
Prescription relative à la non-imputation: • Fléchissement économique • Liquidation des stocks • Capacité excédentaire • Autres importations (non subventionnées)	<i>Incompatible</i> <i>Compatible</i> <i>Incompatible</i> <i>Incompatible</i>