

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS336/AB/R
28 novembre 2007

(07-5231)

Original: anglais

JAPON – DROITS COMPENSATEURS VISANT LES MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES EN PROVENANCE DE CORÉE

AB-2007-3

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction.....	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers	5
A.	<i>Allégations d'erreur du Japon – appelant</i>	5
1.	La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002.....	5
2.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002	10
3.	Calcul du montant de l'avantage	10
4.	Méthodes de calcul de l'avantage.....	14
5.	Imputation de l'avantage	16
B.	<i>Arguments de la Corée – Intimé</i>	18
1.	La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002.....	18
2.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002	21
3.	Calcul du montant de l'avantage	21
4.	Méthodes de calcul de l'avantage.....	25
5.	Imputation de l'avantage	27
C.	<i>Allégations d'erreur formulées par la Corée – autre appelant</i>	28
1.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001.....	28
2.	Parties intéressées	30
3.	Transfert direct de fonds.....	32
4.	Cause du dommage.....	33
D.	<i>Arguments du Japon – Intimé</i>	36
1.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001.....	36
2.	Parties intéressées	37
3.	Transfert direct de fonds.....	39
4.	Cause du dommage.....	40
E.	<i>Arguments des participants tiers</i>	43
1.	Communautés européennes	43
2.	États-Unis	45
III.	Questions soulevées dans le présent appel.....	46
IV.	La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002	48
A.	<i>L'examen par le Groupe spécial de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA</i>	55
B.	<i>La conclusion du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC</i>	59

V.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002	61
A.	<i>L'examen par le Groupe spécial de l'analyse du caractère raisonnable du point de vue commercial faite par la JIA</i>	62
1.	L'indépendance du rapport de la Deutsche Bank.....	63
2.	Le fond du rapport de la Deutsche Bank	65
B.	<i>Conclusion</i>	67
VI.	Calcul du montant de l'avantage	68
VII.	Méthodes de calcul de l'avantage.....	75
VIII.	Imputation de l'avantage	82
1.	Article 19.4 de l'Accord SMC.....	83
2.	Article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends	84
IX.	La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001.....	86
X.	Parties intéressées	91
XI.	Transfert direct de fonds	97
XII.	Cause du dommage	100
XIII.	Renseignements commerciaux confidentiels	107
XIV.	Constatations et conclusions	108
ANNEXE I	Notification d'un appel présentée par le Japon au titre de l'article 16:4 et de l'article 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), et de la règle 20 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel	
ANNEXE II	Notification d'un autre appel présentée par la Corée au titre de l'article 16:4 et de l'article 17 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord), et de la règle 23 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel	

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Canada – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> , WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS299/R, adopté le 3 août 2005
<i>Corée – Navires de commerce</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce</i> , WT/DS273/R, adopté le 11 avril 2005
<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
<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/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004
<i>États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada – Recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS277/AB/RW et Corr.1, adopté le 9 mai 2006
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/R, adopté le 21 mars 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS267/AB/R
<i>États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien</i>	Rapport du Groupe spécial du GATT <i>Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège</i> , SCM/153, adopté le 28 avril 1994, IBDD, S41/662
<i>États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM</i>	Rapport de l'Organe d'appel <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/AB/R, adopté le 20 juillet 2005
<i>États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS212/AB/R, adopté le 8 janvier 2003
<i>États-Unis – Plomb et bismuth II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni</i> , WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000
<i>États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier</i> , 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, adopté le 10 décembre 2003
<i>Japon – Boissons alcooliques II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Taxes sur les boissons alcooliques</i> , WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1 ^{er} novembre 1996
<i>Japon – DRAM (Corée)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS336/R, distribué aux Membres de l'OMC le 13 juillet 2007
<i>Mexique – Mesures antidumping visant le riz</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, plainte concernant le riz</i> , WT/DS295/AB/R, adopté le 20 décembre 2005

TABLEAU DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Définition
<i>Accord antidumping</i>	<i>Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
<i>Accord SMC</i>	<i>Accord sur les subventions et les mesures compensatoires</i>
<i>Accord sur l'OMC</i>	<i>Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce</i>
Autres créanciers	Les créanciers privés (outre les quatre créanciers) qui ont également participé aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002
<i>Code des subventions du Tokyo Round</i>	<i>Accord du Tokyo Round relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce</i>
<i>Convention de Vienne</i>	<i>Convention de Vienne sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331; 8 International Legal Materials 679</i>
Détermination finale	Détermination finale de la JIA dans le cadre de l'enquête, datée du 20 janvier 2006, prévue au paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi douanière du Japon (Loi n° 54 de 1910), concernant les DRAM originaires de la République de Corée (Notification n° 352 du Ministère des finances datée du 4 août 2004) (pièce JPN-1 b))
Détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels)	Faits essentiels qui forment la base de la détermination finale de la JIA au sujet de l'enquête en matière de droits compensateurs concernant les DRAM en provenance de Corée (pièce JPN-2 b); pièce KOR-3) annexés à la détermination finale de la JIA
Détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations)	Réponse de la JIA aux observations et réfutations qui avaient été communiquées (pièce JPN-4 b); pièce KOR-4) annexée à la détermination finale de la JIA
<i>Directives</i>	Directives applicables aux procédures concernant les droits compensateurs et les droits antidumping du Japon
DRAM	Mémoires RAM dynamiques
Elpida	Elpida Memory, Inc.
GATT de 1994	<i>Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994</i>
Hynix	Hynix Semiconductor, Inc.
JIA	Autorité japonaise chargée de l'enquête
KDB	Banque coréenne de développement
KEB	Banque de change coréenne
KEIC	Société coréenne d'assurance à l'exportation
Mémorandum d'accord	<i>Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends</i>
Micron	Micron Japan, Ltd.
NACF	Fédération nationale des coopératives agricoles
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
<i>Procédures de travail</i>	<i>Procédures de travail pour l'examen en appel, WT/AB/WP/5, 4 janvier 2005</i>

Abréviation	Définition
Quatre créanciers	Quatre des créanciers privés d'Hynix – KEB, banque Woori, banque Chohung et NACF
Rapport de la Deutsche Bank	Un plan de restructuration établi par la Deutsche Bank qui avait été mis à la disposition des créanciers d'Hynix à l'époque où ils ont entrepris la restructuration de décembre 2002 (pièce KOR-20 présentée par la Corée au Groupe spécial)
Rapport du Groupe spécial	Rapport du Groupe spécial <i>Japon – DRAM (Corée)</i>
RCC	Renseignements commerciaux confidentiels
Restructurations	Programmes de restructuration de la dette mis en œuvre par Hynix et ses créanciers au cours de 2001 et 2002

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**Japon – Droits compensateurs visant les
mémoires RAM dynamiques en provenance de
Corée**

Japon, *Appellant/Intimé*
Corée, *Autre appellant/Intimé*

Communautés européennes, *Participant tiers*
États-Unis, *Participant tiers*

AB-2007-3

Présents:

Unterhalter, Président de la section
Ganesan, membre
Sacerdoti, membre

I. Introduction

1. Le Japon et la Corée font chacun appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée* (le "rapport du Groupe spécial").¹ Le Groupe spécial a été établi pour examiner une plainte de la Corée concernant l'imposition de droits compensateurs par le Japon sur les importations de mémoires RAM dynamiques ("DRAM") en provenance de Corée.

2. L'enquête en matière de droits compensateurs en l'espèce a été ouverte par le Japon le 4 août 2004, en réponse à une demande présentée par Elpida Memory, Inc. ("Elpida") et Micron Japan, Ltd. ("Micron"). La société coréenne visée par l'enquête était Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix"). L'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") a envoyé des questionnaires à un certain nombre de parties, y compris les pouvoirs publics coréens, Hynix et certains établissements financiers coréens.² La période couverte par l'enquête pour déterminer l'existence de subventions allait du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003, tandis que la période couverte par l'enquête pour déterminer l'existence d'un dommage allait du 1^{er} avril 2001 au 31 mars 2004.

3. Le 21 octobre 2005, la JIA a informé les pouvoirs publics coréens et les parties à la procédure des faits essentiels examinés (les "faits essentiels"), conformément à l'article 12.8 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'"Accord SMC"). Dans les faits essentiels, la JIA a constaté que certains programmes de restructuration de la dette mis en œuvre par Hynix et ses

¹ WT/DS336/R, 13 juillet 2007.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.1.

créanciers (les "restructurations") en octobre 2001 et décembre 2002 constituaient des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires et elle a calculé un taux de droit compensateur de 27,2 pour cent pour les importations de DRAM en provenance de Corée, fabriquées par Hynix.³

4. La JIA a ménagé aux pouvoirs publics coréens et aux parties à la procédure la possibilité de présenter des observations et des réfutations au sujet des faits essentiels. Dans la détermination finale de la JIA datée du 20 janvier 2006 (la "détermination finale")⁴ la JIA a confirmé les constatations énoncées dans les faits essentiels. Ces faits essentiels ont été annexés à la détermination finale ("Détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels)"), ainsi que la réponse de la JIA aux observations et aux réfutations qui avaient été communiquées ("Détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations)").⁵

5. Le Japon a rendu un avis au public de la détermination finale et a annoncé l'imposition de droits compensateurs dans le *Décret interministériel relatif aux droits antidumping imposés sur les mémoires RAM dynamiques, etc.* (Décret interministériel n° 13)⁶ et l'*Avis n° 35 du Ministère des finances*⁷, publiés respectivement dans le n° 4264 et le numéro spécial 17 du Journal officiel, tous deux datés du 27 janvier 2006.

6. Devant le Groupe spécial, la Corée a allégué que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec les obligations découlant pour lui des articles 1^{er}, 2, 10, 11, 12, 14, 15, 19, 21, 22 et 32 de l'*Accord SMC*, ainsi que des articles VI:3 et X:3 de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994").⁸

7. Le 7 mai 2007, une version confidentielle du rapport du Groupe spécial, contenant des renseignements commerciaux confidentiels ("RCC"), a été remise aux parties au différend. Le rapport du Groupe spécial, dans lequel ne figuraient pas les RCC, a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC") le 13 juillet 2007. Le Groupe spécial a conclu que la JIA avait constaté à tort l'existence d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics à l'égard de quatre des créanciers privés d'Hynix – Banque de change coréenne (la "KEB"),

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.2. Voir aussi la détermination finale, paragraphe 19.

⁴ Détermination finale dans le cadre de l'enquête, prévue au paragraphe 6 de l'article 7 de la Loi douanière (Loi n° 54 de 1910) concernant les DRAM originaires de la République de Corée (Notification n° 352 du Ministère des finances datée du 4 août 2004) (pièce JPN-1 b) présentée par le Japon au Groupe spécial).

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.3.

⁶ Pièce KOR-1 présentée par la Corée au Groupe spécial; pièce JPN-7 présentée par le Japon au Groupe spécial. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.4.

⁷ Pièce KOR-2 présentée par la Corée au Groupe spécial; pièce JPN-7 présentée par le Japon au Groupe spécial. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.4.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 3.1

banque Woori, banque Chohung et Fédération nationale des coopératives agricoles (la "NACF") (collectivement les "quatre créanciers") – visant à ce qu'ils participent à la restructuration de décembre 2002, en violation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.⁹ En outre, le Groupe spécial a constaté que la JIA avait indûment déterminé que la restructuration de décembre 2002 avait conféré un "avantage" à Hynix, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.¹⁰ S'agissant des deux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, le Groupe spécial a constaté que la JIA avait mal calculé le montant de l'avantage conféré à Hynix, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.¹¹ Le Groupe spécial a également constaté que la JIA avait utilisé des méthodes pour calculer le montant de l'avantage qui n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon, en violation du texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*.¹² Enfin, le Groupe spécial a constaté que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'*Accord SMC* en percevant des droits compensateurs en 2006 pour neutraliser certaines des subventions octroyées dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, alors même que la JIA avait constaté que les subventions pertinentes ne s'appliquaient que de 2001 à 2005.¹³

8. Le Groupe spécial a rejeté les allégations de la Corée selon lesquelles la JIA avait indûment constaté l'existence d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics à l'égard des quatre créanciers pour qu'ils participent à la restructuration d'octobre 2001, en violation de l'article 1.1 a) 1) iv)¹⁴ de l'*Accord SMC*, et selon lesquelles la JIA avait indûment constaté que la restructuration d'octobre 2001 conférait un "avantage" à Hynix, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.¹⁵ En outre, le Groupe spécial ne partageait pas l'avis de la Corée selon lequel la JIA avait indûment traité les créanciers d'Hynix comme des "parties intéressées", et indûment utilisé les "données de fait disponibles" et tiré des déductions défavorables, en violation de l'article 12.7 et 12.9 de l'*Accord SMC*.¹⁶ Le Groupe spécial a également rejeté l'allégation de la Corée selon laquelle la JIA avait agi d'une manière incompatible avec l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* en constatant indûment que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 comportaient des "transferts directs de fonds".¹⁷ Enfin, le Groupe spécial a rejeté l'allégation de la Corée selon laquelle la JIA

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.254 et 8.2 a).

¹⁰ *Ibid.*, paragraphes 7.282 et 8.2 b).

¹¹ *Ibid.*, paragraphes 7.316 et 8.2 c).

¹² *Ibid.*, paragraphes 7.334 et 8.2 d).

¹³ *Ibid.*, paragraphes 7.361 et 8.2 e).

¹⁴ *Ibid.*, paragraphes 7.252 et 8.1 a).

¹⁵ *Ibid.*, paragraphes 7.298 et 8.1 b).

¹⁶ *Ibid.*, paragraphes 7.398 et 8.1 c).

¹⁷ *Ibid.*, paragraphes 7.446 et 8.1 d). Le Groupe spécial a également rejeté les allégations de la Corée selon lesquelles la JIA n'avait pas correctement déterminé la spécificité des restructurations d'octobre 2001 et de

n'avait pas démontré que les importations subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage, en violation des articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*.¹⁸

9. Compte tenu de ses constatations, le Groupe spécial a recommandé que le Japon "rend[e] sa mesure conforme à ses obligations au titre de l'*Accord SMC*".¹⁹

10. Le Groupe spécial s'est abstenu de se prononcer sur certaines allégations additionnelles formulées par la Corée au titre des articles 1^{er}, 2, 19.4 et 32.1 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du GATT de 1994.²⁰ Le Groupe spécial a également rejeté une demande présentée par la Corée, au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord, visant à ce que le Groupe spécial suggère que les droits compensateurs imposés par le Japon sur les importations de DRAM en provenance d'Hynix soient immédiatement annulés et que les droits compensateurs perçus par le Japon sur ces importations soient remboursés. Le Groupe spécial a estimé que c'était au Japon qu'il appartenait en premier lieu de déterminer les modalités de mise en œuvre de sa recommandation.²¹

11. Le 30 août 2007, le Japon a notifié à l'Organe de règlement des différends (l'"ORD"), conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "*Mémoire d'accord*"), son intention de faire appel de certaines questions de droit visées dans le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci et a déposé une déclaration d'appel²² conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*").²³ Le 10 septembre 2007, le Japon a déposé une communication d'appelant. Le 11 septembre 2007, la Corée a notifié à l'ORD, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémoire d'accord*, son intention de faire appel de certaines questions de droit visées dans le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'un autre appel²⁴ conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail*. Le 14 septembre 2007, la Corée a déposé une communication

décembre 2002, en violation de l'article 2 de l'*Accord SMC*, et selon lesquelles la JIA n'avait pas déterminé si un avantage avait continué d'exister après les modifications de la structure du capital d'Hynix, en violation des articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1 e) et 8.1 f.) Cependant, ces constatations du Groupe spécial ne sont pas visées par le présent appel.

¹⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.425 et 8.1 g).

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.6.

²⁰ *Ibid.*, paragraphe 8.3. Bien que la Corée ait avancé certains arguments au titre de l'article 22 de l'*Accord SMC* et de l'article X:3 du GATT de 1994, le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations concernant ces dispositions.

²¹ *Ibid.*, paragraphes 8.7 et 8.8.

²² WT/DS336/8 (jointe au présent rapport en tant qu'annexe I).

²³ WT/AB/WP/5, 4 janvier 2005.

²⁴ WT/DS336/9 (jointe au présent rapport en tant qu'annexe II).

d'un autre appellant.²⁵ Le 24 septembre 2007, la Corée et le Japon ont chacun déposé une communication d'intimé.²⁶ Le même jour, les Communautés européennes et les États-Unis ont chacun déposé une communication de participant tiers.²⁷

12. Par une lettre datée du 12 septembre 2007, le Japon a demandé l'autorisation de la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel de corriger certaines "erreurs matérielles" dans sa communication d'appellant, conformément à la règle 18 5) des *Procédures de travail*. Le 14 septembre 2007, la section a invité tous les participants et participants tiers à formuler des observations au sujet de la demande du Japon. Aucun des participants ou participants tiers n'a fait objection à la demande du Japon. Le 18 septembre 2007, la section a autorisé le Japon à corriger les "erreurs matérielles" dans sa communication d'appellant.

13. L'audience dans le cadre du présent appel s'est tenue le 11 octobre 2007. Les participants et participants tiers ont présenté des arguments oraux et répondu aux questions posées par les membres de la section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. Allégations d'erreur du Japon – appellant

1. La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

14. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs dans son examen de la constatation de la JIA selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient "chargé" les quatre créanciers de participer à la restructuration de décembre 2002 ou leur avaient "ordonné" de le faire. En particulier, le Japon estime que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en limitant le champ de son analyse uniquement à un plan de restructuration établi par la Deutsche Bank qui avait été mis à la disposition des créanciers d'Hynix à l'époque où ils ont entrepris la restructuration de décembre 2002 (le "rapport de la Deutsche Bank")²⁸ et en considérant que ledit rapport avait joué "un rôle central" dans la détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" faite par la JIA.²⁹ Ce faisant, le Groupe spécial n'a pas tenu

²⁵ Conformément à la règle 23 3) des *Procédures de travail*.

²⁶ Conformément aux règles 22 et 23 4) des *Procédures de travail*.

²⁷ Conformément à la règle 24 1) des *Procédures de travail*.

²⁸ Pièce KOR-20 présentée par la Corée au Groupe spécial. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.158 et 7.159.

²⁹ Communication du Japon en tant qu'appellant, paragraphe 44.

compte du fait que la détermination de la JIA reposait sur la totalité des éléments de preuve versés au dossier, y compris divers autres éléments de preuve circonstanciels et constatations intermédiaires faites par la JIA sur la base de ces éléments de preuve. Selon le Japon, l'évaluation du rapport de la Deutsche Bank par la JIA constituait "une partie seulement des constatations intermédiaires de la JIA relatives au caractère raisonnable du point de vue commercial, qui elles-mêmes ne constituaient qu'une partie de la détermination globale de l'existence d'une action de charger ou ordonner".³⁰ Le Japon fait valoir que les autres constatations intermédiaires sur lesquelles s'est appuyée la JIA et, selon les allégations, acceptées par le Groupe spécial, comprennent les constatations de la JIA selon laquelle les pouvoirs publics coréens: i) avaient l'intention de sauver Hynix de l'effondrement financier; ii) avaient auparavant accordé des subventions à Hynix au moyen de divers programmes de subventions, y compris la restructuration d'octobre 2001; iii) avaient la capacité d'exercer une influence sur les quatre créanciers au moyen, entre autres choses, de leur pouvoir d'actionnaire; et iv) étaient directement impliqués dans la restructuration de décembre 2002.³¹ De l'avis du Japon, le fait que le Groupe spécial n'a pas pris en considération ces autres éléments de preuve et constatations de la JIA est incompatible avec le critère d'examen énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*. En particulier le Japon fait valoir que, "si ... l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur des éléments de preuve pris individuellement circonstanciels considérés ensemble pour étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le groupe spécial ... devrait normalement considérer ces éléments de preuve dans leur totalité, ... pour évaluer leur valeur probante par rapport à la détermination faite par l'administration".³² Le Japon affirme par ailleurs que l'approche du Groupe spécial mettrait l'autorité chargée de l'enquête dans l'impossibilité de s'appuyer sur la totalité des éléments de preuve, parce qu'"un vice dans son évaluation de l'un des nombreux éléments de preuve entraînerait nécessairement la nullité de toute la détermination".³³

15. En outre, le Japon soutient que le Groupe spécial a fait erreur dans son examen de certaines constatations faites par la JIA concernant le rapport de la Deutsche Bank. En particulier, le Groupe spécial n'a pas dûment analysé un certain nombre d'articles de presse utilisés par la JIA comme éléments de preuve "pour mettre en cause la fiabilité du point de vue commercial du rapport de la

³⁰ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 45.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, paragraphe 67 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 150, et faisant référence aux paragraphes 152 et 154).

³³ *Ibid.*, paragraphe 70.

Deutsche Bank".³⁴ Au lieu de cela, le Groupe spécial "a exigé qu'un élément de preuve pris individuellement, en lui-même et à lui seul, établisse le bien-fondé de la constatation factuelle intermédiaire de l'intervention des pouvoirs publics coréens dans l'établissement du rapport de la Deutsche Bank faite par la JIA".³⁵ Le Japon affirme qu'une partie du contexte sur lequel s'est appuyée la JIA "était constitué des enquêtes en matière de droits compensateurs que [les Communautés] européenne[s] et les États-Unis avaient ouvertes à l'époque".³⁶ Pour le Japon, le fait que le Groupe spécial n'a pas pris en considération ce contexte est un autre exemple de la manière dont "le Groupe spécial n'a pas examiné la détermination de la JIA, mais a plutôt fait sa propre détermination *de novo* du poids qu'il accordait à un élément de preuve pris isolément".³⁷

16. Le Japon fait également valoir que le Groupe spécial a examiné chacun des neuf articles de presse utilisés par la JIA isolément et a examiné si chaque article pris séparément "pouvait établir que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans le rapport de la Deutsche Bank".³⁸ Concrètement, le Japon estime que les quatrième et cinquième articles de presse indiquaient que "les pouvoirs publics coréens pressaient les créanciers de vendre Hynix en dépit de l'absence d'acheteurs solides et de la résistance des créanciers".³⁹ Pour le Japon, lorsqu'ils sont lus conjointement avec les articles précédents ainsi qu'avec les huitième et neuvième articles, ces articles démontrent que les pouvoirs publics coréens avaient engagé des discussions avec les créanciers d'Hynix, "puis se sont aventurés à pousser les créanciers à vendre Hynix, puis, lorsqu'il est devenu manifeste qu'une telle vente était peu probable, les pouvoirs publics coréens ont exercé des pressions pour maintenir Hynix en exploitation".⁴⁰ Le Japon fait valoir que, compte tenu de la "manière agressive dont les pouvoirs publics coréens sont intervenus pour déterminer le processus de restructuration d'Hynix, il est manifeste que leurs interventions étaient liées au contenu du rapport de la Deutsche Bank".⁴¹

17. En désaccord avec l'approche parcellaire du Groupe spécial, le Japon affirme que la "question à laquelle le Groupe spécial devait répondre n'était pas de savoir si les éléments de preuve pris individuellement étayaient directement une constatation de l'intervention des pouvoirs publics dans le

³⁴ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.169).

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 80.

³⁶ *Ibid.*, paragraphe 86.

³⁷ *Ibid.*, paragraphe 88. (italique omis)

³⁸ *Ibid.*, paragraphe 91.

³⁹ *Ibid.*, paragraphe 102.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

rapport de la Deutsche Bank".⁴² En fait, "la tâche du Groupe spécial était d'examiner si la JIA était arrivée à une conclusion raisonnable et objective ... sur la base de tous les éléments de preuve dans leur totalité, ce qui était la méthode suivant laquelle la JIA avait examiné ces éléments de preuve".⁴³ De l'avis du Japon, "[m]ême lorsqu'un groupe spécial examine des éléments de preuve pris individuellement, il doit le faire à titre d'examineur de la détermination de l'autorité chargée de l'enquête, et non pas en tant que juge initial des faits".⁴⁴

18. En outre, selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des constatations de la JIA concernant le fond du rapport de la Deutsche Bank. Le Japon fait valoir que la JIA n'a pas cherché à établir une constatation intermédiaire selon laquelle l'une quelconque des contradictions qu'elle avait identifiées dans le rapport de la Deutsche Bank "mettait en cause le caractère commercial" de ce rapport. "La JIA n'a pas non plus nié le caractère commercial du rapport de la Deutsche Bank, comme l'a laissé entendre le Groupe spécial".⁴⁵ Au lieu de cela, la JIA a constaté que chacun des quatre créanciers aurait pu entreprendre un "examen attentif" des motifs des recommandations de la Deutsche Bank parce que le rapport de la Deutsche Bank n'était pas un "document objectif" et ne constituait pas "une base suffisante permettant à des établissements financiers expérimentés de porter un jugement sur un financement commercial" lorsqu'il était considéré à la lumière des autres éléments de preuve versés au dossier.⁴⁶

19. Le Japon reproche également au Groupe spécial d'avoir, selon les allégations, examiné la question de savoir si le rapport de la Deutsche Bank favorisait Hynix par rapport à ses créanciers. Selon le Japon, ce n'est pas une conclusion que la JIA a cherché à tirer. De l'avis du Japon, en énonçant d'une façon inexacte les conclusions de la JIA, le Groupe spécial n'a pas procédé à un examen objectif conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.⁴⁷

20. En outre, le Japon allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant une constatation concernant un contrat qui faisait intervenir la Deutsche Bank bien que la Corée n'ait pas présenté suffisamment d'"éléments de preuve

⁴² Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 117.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, paragraphe 150.

⁴⁶ *Ibid.* (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 350 (concernant la KEB); et aux paragraphes 355, 358 et 363 (concernant la banque Woori, la banque Chohung et la NACF)).

⁴⁷ *Ibid.*, paragraphe 124.

et arguments pour établir des éléments *prima facie* sur" cette question.⁴⁸ Selon le Japon, le Groupe spécial a recueilli les éléments de preuve dudit "contrat d'office en mars 2007 bien après les deux séances du Groupe spécial et la présentation de tous les arguments par les parties"⁴⁹ et n'a pas ménagé au Japon de possibilité réelle de présenter ses vues concernant le contrat, ne tenant ainsi pas compte des droits du Japon en matière de régularité de la procédure. Le Japon affirme par ailleurs que le Groupe spécial a également "méconn[u] les droits du Japon en matière de régularité de la procédure en formulant une constatation sur [cette] question".⁵⁰

21. En outre, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur en qualifiant certains des arguments du Japon – spécifiquement les arguments relatifs à la façon dont le rapport de la Deutsche Bank avait analysé le taux de rendement pour les créanciers d'Hynix en cas de liquidation – de justifications *a posteriori*. À l'appui de son affirmation, le Japon souligne divers passages de la détermination de la JIA, faisant valoir que, contrairement à ce que le Groupe spécial a constaté, la JIA a bien en réalité formulé les constatations pertinentes dans sa détermination. Selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord, en refusant de prendre en compte ces constatations de la JIA.⁵¹

22. Enfin, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il n'était pas nécessaire de corriger une erreur figurant dans le rapport de la Deutsche Bank, qu'Hynix avait paraît-il admise.⁵² Le Japon allègue que "[n]ulle part dans son rapport le Groupe spécial n'a examiné [l']effet de la correction de l'erreur ou de sa signification conformément à ce que la JIA avait analysé.⁵³ Le Japon affirme que le Groupe spécial n'a pas compris l'évaluation des éléments de preuve faite par la JIA et les conclusions qu'elle avait tirées sur la base de ces éléments de preuve et, au lieu de cela, qu'il a procédé à un examen *de novo* des éléments de preuve pour établir ses propres constatations.

23. Pour toutes ces raisons, le Japon estime que le Groupe spécial n'a pas appliqué un critère d'examen approprié et a donc outrepassé les limites du pouvoir que lui conférait l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Japon demande donc à l'Organe d'appel d'infirmier la constatation du

⁴⁸ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 138.

⁴⁹ *Ibid.*, paragraphe 135.

⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 139.

⁵¹ *Ibid.*, paragraphes 154 à 158 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 496; et à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels, paragraphe 343)).

⁵² *Ibid.*, paragraphe 159 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.244).

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 162.

Groupe spécial selon laquelle la JIA "ne disposait pas d'une base appropriée pour constater que les quatre créanciers étaient chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de participer à la restructuration de décembre 2002", ce qui est contraire à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*".⁵⁴

2. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

24. Le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmar la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a indûment déterminé l'existence d'un "avantage" s'agissant de la restructuration de décembre 2002. Selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse de fond de la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA concernant la restructuration de décembre 2002 et a fondé sa constatation relative à cette question uniquement sur sa constatation relative à l'action de charger ou ordonner. Comme cette constatation du Groupe spécial était erronée, sa constatation de l'existence d'un avantage devrait également être rejetée.⁵⁵

3. Calcul du montant de l'avantage

25. Le Japon demande que l'Organe d'appel infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* en faisant un calcul incorrect du montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

a) Calcul du montant de l'avantage par référence au critère de l'investisseur de l'extérieur

26. Le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a calculé l'avantage conféré par les participations au capital social et les prêts au regard d'un point de repère exclusivement fondé sur l'investisseur de l'extérieur. De l'avis du Japon, le Groupe spécial a compris à tort que les perspectives d'investissement des investisseurs de l'intérieur étaient fondamentalement différentes de celles des investisseurs de l'extérieur. Le Japon ne souscrit pas non plus à la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'y avait pas de désaccord entre les parties sur le fait que les perspectives d'investissement des investisseurs de l'intérieur et de l'extérieur différaient.⁵⁶ En fait, le Japon estime que le "critère fondamental" que la JIA a appliqué à la fois aux investisseurs de l'intérieur et aux

⁵⁴ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 32 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.252 à 7.254 et 8.2 a)).

⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 168.

⁵⁶ *Ibid.*, paragraphe 183 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.310).

investisseurs de l'extérieur, s'agissant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, était le même, dans la mesure où "les uns comme les autres cherchent à maximiser les bénéfices ou à réduire les pertes au minimum".⁵⁷ Le Japon estime qu'en faisant abstraction du fait que la JIA a calculé le montant de l'avantage sur la base de cette considération, le Groupe spécial a procédé à un examen *de novo* pour établir sa propre constatation selon laquelle la méthodologie de la JIA reposait exclusivement sur le point de repère fondé sur l'investisseur de l'extérieur.⁵⁸

27. À l'appui de son affirmation, le Japon se réfère aussi à l'interprétation que donne le Groupe spécial de l'expression "point de vue commercial normal" employée par la JIA dans sa détermination.⁵⁹ Bien que le Japon ne conteste pas que cette expression puisse désigner le point de vue des créanciers de l'extérieur dans certains contextes, il fait valoir qu'il avait également fourni une "explication plus complète" dont le Groupe spécial n'a pas tenu compte – à savoir que la JIA a employé l'expression pour désigner également le point de vue de l'investisseur de l'intérieur.⁶⁰

28. Le Japon allègue d'autre part que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que "les évaluations des agences de notation se font en référence "exclusive"" aux investisseurs de l'extérieur.⁶¹ Selon le Japon, les éléments d'information émanant des agences de notation ne déterminent pas la solvabilité d'une société seulement pour les nouveaux investisseurs de l'extérieur. En outre, la JIA a reconnu dans sa détermination que les créanciers existants utilisaient aussi des notations fournies par les agences de notation pour déterminer la question du financement additionnel des emprunteurs existants.

29. Le Japon fait aussi valoir que l'article 14 de l'*Accord SMC*, qui renferme des principes directeurs concernant le calcul du montant de l'avantage, n'établit pas de distinction entre les investisseurs de l'extérieur et les investisseurs de l'intérieur, ni n'énonce de méthodologie spécifique pour examiner le cas des sociétés dans une situation financière spécifique. Le Japon affirme que le Groupe spécial a fait abstraction de la "marge de manœuvre considérable" accordée aux Membres de l'OMC pour adopter une méthodologie raisonnable pour calculer le montant de l'avantage conféré par

⁵⁷ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 187. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 183 à 185.

⁵⁸ *Ibid.*, paragraphe 188.

⁵⁹ *Ibid.*, paragraphe 191 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.307).

⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe 191 (faisant référence à la réponse du Japon à la question n° 31 posée par le Groupe spécial, paragraphes 125 à 131).

⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 198 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 507 relative au paragraphe 7.307).

une subvention.⁶² Pour le Japon, en agissant ainsi, le Groupe spécial a interprété à tort l'article 14 de l'*Accord SMC* "comme imposant l'obligation d'adopter une méthodologie [particulière] fondée sur le critère dit de l'investisseur de l'intérieur".⁶³ Le Japon affirme d'autre part que la JIA a adopté sa méthodologie en considérant les éléments de preuve versés au dossier dont elle disposait tout au long du processus d'enquête, comme l'exige l'article 12.2 de l'*Accord SMC*, et qu'en "constatant que la JIA aurait dû calculer le montant de l'avantage au regard d'un point de repère fondé sur l'investisseur de l'extérieur, le Groupe spécial a implicitement exigé de la JIA qu'elle ait fondé sa détermination finale sur quelque chose d'autre que les éléments de preuve versés au dossier".⁶⁴

b) Calcul du montant de l'avantage du point de vue du bénéficiaire

30. Le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la JIA n'aurait pas dû considérer que la valeur des participations qu'Hynix a offertes en échange du financement était de zéro, car Hynix devait diluer les droits de propriété des actionnaires existants en échange".⁶⁵ Le Japon ne partage pas l'avis du Groupe spécial pour diverses raisons.

31. Premièrement, le Japon estime que la Corée n'a pas affirmé qu'il y avait eu dilution en l'espèce.⁶⁶ Deuxièmement, même s'il y avait eu dilution, elle aurait eu lieu au niveau des actionnaires, et non pas à celui d'Hynix.⁶⁷ Troisièmement, aucune disposition de l'article 14 de l'*Accord SMC* n'établit de "règles rigides qui sont censées prévoir chaque circonstance factuelle concevable"⁶⁸, il n'y a pas non plus de règle selon laquelle les autorités chargées des enquêtes doivent prendre en considération la dilution des droits de propriété dans le cas de participations au capital social. Le Japon fait valoir d'autre part que, comme la JIA a établi qu'Hynix ne pourrait pas offrir une quelconque valeur aux créanciers dans l'échange de créances contre des participations, le fait pour l'autorité chargée de l'enquête d'avoir conclu que la valeur des parts offertes en échange du financement reçu était de zéro en l'espèce était compatible avec l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC*. Le Japon fait aussi valoir que la JIA n'a pas fait abstraction de "la valeur des participations offertes en échange" ni n'a examiné le montant des créances échangées contre les

⁶² Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 205 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213).

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 208.

⁶⁵ *Ibid.*, paragraphe 219 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313).

⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 220.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 221 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 92).

participations".⁶⁹ En fait, la JIA a examiné ces questions et, sur la base des éléments de preuve versés au dossier, a déterminé que la valeur de ces participations était de zéro.⁷⁰

c) Autres arguments

i) *Question de savoir si la Corée a établi des éléments prima facie*

32. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial "n'avait aucune base pour examiner" si la JIA avait calculé le montant de l'avantage du point de vue des investisseurs de l'extérieur, parce que la Corée n'a pas avancé un tel argument.⁷¹ De ce fait, le Groupe spécial n'aurait pas dû formuler la constatation selon laquelle la JIA a employé un critère de l'investisseur de l'extérieur pour établir sa conclusion selon laquelle "la JIA a indûment calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002".⁷² Le Japon laisse entendre que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en prenant en considération une allégation pour laquelle la Corée n'avait pas établi d'éléments *prima facie*.

ii) *Calcul du montant de l'avantage sur la base des "données de fait disponibles"*

33. Le Japon estime que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA avait calculé le montant de l'avantage en utilisant les "données de fait disponibles".⁷³ En fait, le Japon affirme que la JIA "a utilisé les renseignements versés au dossier, qui avaient été obtenus auprès de sources de première main indépendantes, telles que la Banque de Corée, la British Bankers' Association, Standard & Poor[']s, et le Service national coréen des contributions".⁷⁴ Selon le Japon, la JIA n'était pas tenue d'utiliser les renseignements concernant d'autres restructurations de dettes en Corée – renseignements qui n'ont pas été communiqués à la JIA – parce qu'aucune partie n'avait laissé entendre que ces renseignements devraient être utilisés pour établir le point de repère concernant la restructuration de la dette d'Hynix.⁷⁵ Le Japon affirme que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en ne prenant pas en considération ces arguments présentés par le Japon. De l'avis du Japon, l'approche du Groupe spécial s'apparente à un

⁶⁹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 227.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*, paragraphe 234.

⁷² *Ibid.* (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315).

⁷³ *Ibid.*, paragraphe 243.

⁷⁴ *Ibid.* (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Facts essentiels), paragraphes 92 et 99).

⁷⁵ *Ibid.*, paragraphes 243 et 244.

"dénier du droit du Japon de se défendre dans le cadre d'une procédure régulière" parce qu'elle l'a empêché de répondre à un argument qui avait été avancé pour la première fois par la Corée au cours de la procédure du Groupe spécial.⁷⁶

4. Méthodes de calcul de l'avantage

34. Le Japon conteste les constatations du Groupe spécial relatives aux méthodes de calcul de l'avantage utilisées par la JIA, conformément à l'article 14 de l'*Accord SMC*, pour deux motifs: premièrement, le Japon allègue que le Groupe spécial a interprété à tort les dispositions du texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*. Deuxièmement, le Japon allègue que le Groupe spécial n'a pas examiné, d'une manière compatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord, si les "méthode[s] utilisée[s]" par la JIA étaient dûment "prévues"⁷⁷ dans les *Directives applicables aux procédures concernant les droits compensateurs et les droits antidumping* du Japon (les "*Directives*").

35. Le Japon fait valoir que, bien que le Groupe spécial ait adopté un sens large du terme anglais "method" (méthode), à savoir "a mode of procedure; a (defined or systematic) way of doing a thing" (une manière de procéder; une façon (définie ou systématique) de faire quelque chose)⁷⁸, il lui a donné une application inexacte. Le Japon soutient, par exemple, que le Groupe spécial a sous-entendu que le texte introductif "exige[ait]" que ces "méthodes" soient "réduites" à un niveau de détail donné dans la législation ou les réglementations d'application nationales d'un Membre⁷⁹, en l'espèce, aux formules mathématiques spécifiques employées par la JIA pour calculer l'avantage (à savoir, la formule 1 et la formule 2). Pour le Japon, l'interprétation donnée par le Groupe spécial laisse penser que les aspects détaillés des *applications* potentielles des méthodes doivent être formulés d'une façon qui ne laisserait aucune possibilité à l'autorité chargée de l'enquête d'adapter les "méthodes" aux faits particuliers de l'enquête, rendant ainsi l'article 14 "vide de sens".⁸⁰ À l'appui de son opinion, le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, qui, fait valoir le Japon, ont tous deux reconnu que les paragraphes a) à d) de l'article 14 énonçaient des approches assez générales du calcul de l'avantage, et illustraient donc la flexibilité

⁷⁶ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 237.

⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 255.

⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 257 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.328; et citant *The New Shorter Oxford English Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993) Vol. 1, page 1759).

⁷⁹ *Ibid.*, paragraphe 258 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.330).

⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 259.

inhérente au texte introductif de l'article 14 permettant de procéder à des adaptations aux différentes situations factuelles des enquêtes considérées.⁸¹

36. Le Japon fait par ailleurs valoir que le terme "prévue" employé dans le texte introductif de l'article 14 indique une obligation assez générale incombant aux Membres en vertu de cette disposition. La définition que donne le dictionnaire du terme anglais "provided for" (prévu) inclut le sens suivant: "enable or allow (something to be done)" (permettre ou autoriser (que quelque chose soit fait)), ce qui, selon le Japon, autorise une plus grande latitude que le terme "énoncé".⁸² Pour le Japon, cela signifie que la législation ou les réglementations d'application d'un Membre devraient être considérées comme compatibles avec le texte introductif de l'article 14 si elles "permettent" ou "autorisent" l'autorité chargée de l'enquête à adopter une formule comme moyen d'appliquer la méthode de calcul de l'avantage dans une affaire donnée.

37. À l'appui de sa position, le Japon attire l'attention sur les méthodes de calcul définies d'une manière large, à savoir la méthode "gamma" et celle de "la même personne", qui étaient en cause dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*.⁸³ Le Japon note que ces "méthodes" n'étaient que des "énoncés généraux" d'une approche, et n'étaient pas exprimées sous forme de formules mathématiques ou algébriques.⁸⁴ Le Japon soutient, par ailleurs, que l'interprétation du terme "méthodes" donnée par le Groupe spécial rendrait *inutile* le droit des Membres d'imposer des droits compensateurs, parce qu'il faudrait que les Membres prévoient "toutes les formes possibles" de contributions financières pour déterminer et préciser les méthodes de calcul à l'avance.⁸⁵ En outre, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a rattaché à tort l'obligation de transparence énoncée dans la deuxième phrase du texte introductif de l'article 14 (à savoir, la prescription selon laquelle l'application de la méthode doit être "transparente" et "expliquée de manière adéquate") à l'obligation de "prévoir" des "méthodes", au lieu de relier cette obligation de transparence à l'*application* de la méthode de calcul de l'avantage utilisée dans des déterminations spécifiques.⁸⁶ Pour le Japon, la distinction faite dans le texte introductif entre la "méthode" et son

⁸¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 260 à 263 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 92).

⁸² *Ibid.*, paragraphe 265 (citant le *Concise Oxford English Dictionary*, 10th ed., (Oxford, 2002), page 1151).

⁸³ *Ibid.*, paragraphe 266 (faisant référence, entre autres, au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 129).

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*, paragraphe 267.

⁸⁶ *Ibid.*, paragraphes 270 et 271 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.327).

"application" confirme qu'il n'est pas nécessaire que la méthode elle-même soit énoncée précisément.⁸⁷

38. En outre, le Japon soutient que, même dans le cadre de l'interprétation du texte introductif donnée par le Groupe spécial, celui-ci n'a pas dûment examiné si les "méthode[s] utilisée[s]" étaient "prévues" dans les *Directives* du Japon. Spécifiquement, le Japon fait valoir que ses *Directives* "prévoient" bien les "méthode[s] utilisée[s]" par la JIA en l'espèce pour calculer l'avantage conféré par les prêts, les participations au capital et les remises de dettes.⁸⁸ Selon le Japon, le Groupe spécial n'a examiné qu'une partie des dispositions pertinentes des *Directives*, puis a confondu la façon dont les *Directives* "prévoient" les méthodes à utiliser et l'*application* de ces méthodes. Même si les nombres entiers ou les variables utilisés dans la formule 1 et la formule 2 ne figurent pas expressément dans les *Directives* du Japon, le Groupe spécial a fait abstraction de la manière dont les *Directives* "prévoient" effectivement les méthodes, au moins en "termes généraux", dans les éléments correspondant à ces nombres entiers.⁸⁹ Selon le Japon, l'examen par le Groupe spécial des formules mathématiques utilisées par la JIA et le fait qu'il n'a pas tenu compte de l'explication de la JIA qui y figure s'apparentent à un examen *de novo* des éléments de preuve, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁹⁰

5. Imputation de l'avantage

39. Le Japon fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il a "perçu des droits compensateurs "dépassant le montant de la subvention dont l'existence [avait] été constatée", contrairement à l'article 19.4 de l'*Accord SMC*".⁹¹ Le Japon ne partage pas l'avis du Groupe spécial selon lequel "la décision de la JIA d'imputer l'avantage conféré ... par certaines des subventions non récurrentes résultant de la restructuration d'octobre 2001" aux années 2001 à 2005 signifiait que "le Japon a imposé en 2006 des droits compensateurs sur des importations dont la JIA avait elle-même constaté qu'elles n'étaient pas subventionnées au moment de l'imposition".⁹²

⁸⁷ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 272.

⁸⁸ *Ibid.*, paragraphes 278 à 280 (faisant référence à l'article 13 1) iv), 13 1) iii) et 13 1) ii) des *Directives*).

⁸⁹ *Ibid.*, paragraphe 282. Le Japon explique par ailleurs en quoi c'est le cas en ce qui concerne les nombres entiers utilisés dans la formule 2 (pour "le montant de la subvention") s'agissant des remises de dettes et des participations au capital (*ibid.*, paragraphe 286) et dans la formule 1 (pour "le calcul de l'avantage") s'agissant des prêts et des reports de l'échéance des prêts. (*Ibid.*, paragraphe 289.)

⁹⁰ *Ibid.*, paragraphe 290.

⁹¹ *Ibid.*, paragraphe 294 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361).

⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360.

40. Le Japon estime que ""le montant de la subvention dont l'existence a été constatée" [en vertu de l'article 19.4] est le montant constaté dans la détermination finale".⁹³ Le Japon soutient que "l'article 19.1 ne prescrit pas une analyse prospective [de] la situation après la période couverte par l'enquête".⁹⁴ Le Japon ne partage pas l'avis du Groupe spécial selon lequel l'utilisation du temps présent à l'article 19.1 de l'*Accord SMC* donne à penser que "des droits compensateurs peuvent être imposés si des importations subventionnées, c'est-à-dire des importations qui sont actuellement subventionnées, causent actuellement un dommage". Pour le Japon, "[l']utilisation du temps présent à l'article 19.1 renvoie à l'existence *simultanée* du subventionnement, du dommage et du lien de causalité, et non pas au fait que ces événements se déroulent *actuellement* au moment de l'imposition".⁹⁵ Le Japon trouve des éléments à l'appui de sa position dans le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, dans lequel l'Organe d'appel a constaté qu'"[a]fin de déterminer si un dommage causé par un dumping existe lorsque l'enquête a lieu, des "données historiques" peuvent être utilisées".⁹⁶

41. Le Japon trouve d'autres éléments à l'appui de sa position dans "l'absence de termes explicites concernant une détermination prospective [dans l'article 19.1]",⁹⁷ ce que le Japon oppose aux termes "prévu et imminent" employés à l'article 15.7 et "il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront" employés à l'article 21.3. Le Japon affirme que l'absence de termes prospectifs de ce type dans l'article 19.1 démontre qu'aucune analyse prospective de la situation postérieure à la période couverte par l'enquête n'est requise.⁹⁸ Par ailleurs, le Japon estime que le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi "seul le montant des subventions non récurrentes doit être actualisé alors que les autres éléments constatés concernant l'imposition du droit, comme le montant des subventions récurrentes, la quantité de produits visés par ces subventions, le dommage et le lien de causalité, peuvent demeurer tels que durant la période couverte par l'enquête".⁹⁹

42. En outre, le Japon allègue que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il a constaté que l'utilisation d'une période d'imputation de cinq ans par la JIA "[était] une constatation (même si elle n'[était]

⁹³ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 301.

⁹⁴ *Ibid.*, paragraphe 313.

⁹⁵ *Ibid.*, paragraphe 322. (italique dans l'original)

⁹⁶ *Ibid.*, paragraphes 324 et 325 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 166). (notes de bas de page omises)

⁹⁷ *Ibid.*, paragraphe 313.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, paragraphe 327.

qu'implicite) selon laquelle l'avantage cesser[ait] d'exister après une période de cinq ans".¹⁰⁰ Le Japon explique que "le calcul de la JIA avait simplement pour objet de déterminer le montant des subventions conférées en 2003, la période visée par l'enquête en l'espèce."¹⁰¹ Selon le Japon, "le Groupe spécial a fait erreur en assimilant une division par cinq du montant total des subventions non récurrentes à une détermination selon laquelle la subvention cesserait d'exister au bout de cinq ans".¹⁰² Le Japon soutient que "la JIA n'a pas formulé de constatation selon laquelle la subvention viendrait à expiration en 2005 ou de constatation du montant de la subvention qu'Hynix recevrait en 2006".¹⁰³

B. *Arguments de la Corée – Intimé*

1. La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

43. La Corée rejette l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son examen de la détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" à l'égard des quatre créanciers de la part des pouvoirs publics coréens s'agissant de la restructuration de décembre 2002 faite par la JIA. Selon la Corée, le critère d'examen appliqué par le Groupe spécial était entièrement compatible avec le critère défini par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* et dans des affaires ultérieures.¹⁰⁴

44. La Corée estime qu'un examen de la décision du Groupe spécial confirme que le Groupe spécial "a refusé de substituer son jugement à celui de la JIA, du moment qu'il a constaté que l'interprétation des éléments de preuve donnée par la JIA était raisonnable et que, de ce fait, une autorité chargée de l'enquête "aurait pu à bon droit" parvenir à la conclusion à laquelle était arrivée la JIA".¹⁰⁵ En outre, le Groupe spécial a reconnu que la JIA avait fondé sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur un examen de "la totalité des nombreux éléments de preuve

¹⁰⁰ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 333 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360).

¹⁰¹ *Ibid.*, paragraphe 333.

¹⁰² *Ibid.*, paragraphe 335.

¹⁰³ *Ibid.*, paragraphe 333.

¹⁰⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 53 à 55 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 186 à 188; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphes 93 et 99).

¹⁰⁵ *Ibid.*, paragraphe 56.

obtenus¹⁰⁶ et n'entendait pas réévaluer les éléments de preuve. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial n'a pas non plus exigé de la JIA qu'elle démontre que chaque élément de preuve, pris individuellement, étayerait une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. En fait, le Groupe spécial a à juste titre "entrepris uniquement d'analyser si les constatations factuelles de la JIA étaient compatibles avec les éléments de preuve correspondants".¹⁰⁷

45. La Corée fait valoir que lorsqu'une autorité chargée d'une enquête "allègue que sa décision est étayée par l'interaction de divers éléments de preuve répertoriés considérés dans leur "totalité", alors sa décision ne peut être confirmée que s'il est constaté que ses constatations concernant l'ensemble des éléments répertoriés sont judicieuses".¹⁰⁸ Si, "au lieu de cela, il est démontré que la constatation de l'autorité chargée de l'enquête concernant l'un quelconque des éléments est erronée, alors elle doit être tenue de réexaminer si les autres éléments, sans celui qui a été discrédité, seraient suffisants pour étayer la conclusion initiale".¹⁰⁹

46. La Corée fait observer que le Groupe spécial, en l'espèce, "a constaté des erreurs importantes dans l'évaluation de certains éléments de preuve essentiels faite par la JIA".¹¹⁰ En fait, les "éléments de preuve que la JIA a spécifiquement désignés à l'appui de ses conclusions en réalité n'étaient pas du tout ses conclusions".¹¹¹ Dans ces conditions, c'est à juste titre que le Groupe spécial a conclu que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA n'était pas compatible avec les éléments de preuve ou avec les obligations du Japon dans le cadre de l'*Accord SMC*. La Corée ajoute que, "aux fins qui nous préoccupent, le point essentiel est que la détermination de la JIA dont était saisi le Groupe spécial ne contenait pas une analyse correcte qui justifiait les conclusions finales de la JIA".¹¹² De ce fait, "le Groupe spécial n'avait pas d'autre choix que de décider que les constatations de la JIA étaient incompatibles avec les obligations qui découlent pour le Japon des accords pertinents".¹¹³ De l'avis de la Corée, il aurait été inapproprié "que le

¹⁰⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 78 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.51, 7.73, 7.96, 7.102, 7.172, 7.182 et 7.253).

¹⁰⁷ *Ibid.*, paragraphe 78.

¹⁰⁸ *Ibid.*, paragraphe 60.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 63.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, paragraphe 65.

¹¹³ *Ibid.*

Groupe spécial essaie d'élaborer une analyse correcte pour la JIA qui justifierait l'imposition de droits compensateurs".¹¹⁴

47. La Corée ne souscrit pas non plus à l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a commis des erreurs dans son examen des constatations de la JIA en ce qui concerne le rapport de la Deutsche Bank. De l'avis de la Corée, les constatations du Groupe spécial concernant la fiabilité du rapport de la Deutsche Bank, l'importance de ce rapport pour la constatation relative au caractère raisonnable d'un point de vue commercial de la JIA, et l'importance de cette constatation pour sa constatation générale de l'existence d'une action de charger ou ordonner, sont toutes des constatations factuelles qui ne sont pas visées par l'examen en appel au titre de l'article 17:6 du Mémorandum d'accord, parce qu'"une constatation d'un groupe spécial concernant le sens d'une détermination faite par l'autorité chargée de l'enquête est une question factuelle".¹¹⁵

48. En tout état de cause, la Corée rejette l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial n'a pas correctement examiné les neuf articles de presse indiquant que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Telles que la Corée voit les choses, le Groupe spécial a examiné les articles de presse tant individuellement que collectivement et constaté qu'une autorité chargée de l'enquête raisonnable et impartiale n'aurait pas pu parvenir à la conclusion tirée par la JIA sur la base de ces éléments de preuve.¹¹⁶

49. En outre, la Corée estime que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en examinant la pertinence de certains éléments de preuve que le Japon lui-même avait présentés au Groupe spécial à l'appui de ses arguments initiaux. De l'avis de la Corée, l'examen de ces éléments de preuve par le Groupe spécial ne constituait pas un déni des droits du Japon en matière de régularité de la procédure.

50. La Corée conteste aussi l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en rejetant, comme constituant des justifications *a posteriori*, certains arguments avancés par le Japon relatifs à la façon dont le taux de rendement des créanciers d'Hynix en cas de liquidation était analysé dans le rapport de la Deutsche Bank. La Corée fait observer que la JIA n'a pas traité ces questions dans sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Dans ces conditions, c'est à juste titre que le Groupe spécial a rejeté les arguments du Japon comme constituant des justifications *a posteriori*.

¹¹⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 65.

¹¹⁵ *Ibid.*, paragraphe 77.

¹¹⁶ *Ibid.*, paragraphes 87 à 92.

2. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

51. La Corée estime que la contestation par le Japon de la constatation du Groupe spécial relative à la détermination de l'existence d'un avantage dans le cadre de la restructuration de décembre 2002 faite par la JIA repose sur une présentation erronée de l'approche du Groupe spécial. Premièrement, la Corée fait valoir que même si le Japon dit que les constatations du Groupe spécial concernant l'existence d'un avantage "étaient entièrement subordonnées à sa constatation de l'existence d'un *subventionnement*"¹¹⁷, ce que le Japon voulait dire, c'était que la décision du Groupe spécial était entièrement subordonnée à sa constatation selon laquelle il n'y avait pas d'"action de charger ou ordonner", et donc pas de "contribution financière". La Corée affirme que le postulat sur lequel repose l'argument du Japon est incorrect, parce que le Groupe spécial, en fait, était d'avis que la constatation de la JIA selon laquelle les créanciers d'Hynix n'avaient pas procédé à une analyse du caractère "raisonnable d'un point de vue commercial" n'était pas étayée par les éléments de preuve. De l'avis de la Corée, le Japon espère que l'Organe d'appel appliquera ses arguments relatifs à l'action de charger ou ordonner à la question de l'avantage. Cependant, la Corée soutient qu'une telle approche n'est pas compatible avec les *Procédures de travail* de l'Organe d'appel, ou avec le principe de l'équité de la procédure.¹¹⁸ Dans ces conditions, l'Organe d'appel devrait rejeter les arguments du Japon relatifs à la constatation de l'existence d'un avantage faite par le Groupe spécial s'agissant de la restructuration de décembre 2002. À supposer que l'Organe d'appel examine les arguments du Japon, la Corée lui demande de constater que le Groupe spécial a conclu à juste titre que la JIA ne disposait pas d'une base appropriée pour rejeter le rapport de la Deutsche Bank, et que c'est à bon droit qu'il a formulé la constatation corollaire concernant l'avantage.

3. Calcul du montant de l'avantage

52. D'une manière générale, la Corée fait valoir que le Japon conteste un certain nombre de constatations factuelles du Groupe spécial relatives au calcul du montant de l'avantage, qui ne sont pas visées par l'examen en appel au titre de l'article 17:6 du Mémoire d'accord. En dépit de ses objections concernant la nature des allégations du Japon, la Corée traite les arguments du Japon "par souci d'exhaustivité".¹¹⁹

¹¹⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 125 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 167 et 168). (italique dans l'original)

¹¹⁸ *Ibid.*, paragraphes 128 et 129.

¹¹⁹ *Ibid.*, paragraphe 138.

a) Calcul du montant de l'avantage par référence au critère de l'investisseur de l'extérieur

53. La Corée ne conteste pas le fait que les investisseurs rationnels cherchent à maximiser les bénéfices ou à réduire les pertes au minimum. Cependant, elle souligne que cela ne signifie pas qu'on obtienne le même résultat lorsqu'une décision d'investissement est prise du point de vue de l'investisseur de l'intérieur et du point de vue de l'investisseur de l'extérieur, ou bien que tous les investisseurs analyseront le même investissement de la même manière.¹²⁰ La Corée fait valoir que les gains des investisseurs diffèrent en fonction des investissements préexistants, qui peuvent donner lieu à des créances sur le revenu futur de la société insolvable, de sorte qu'un investissement qui serait rejeté par un investisseur de l'extérieur peut être accepté par un investisseur de l'intérieur.¹²¹

54. La Corée soutient que le Groupe spécial a constaté à juste titre que le calcul effectif du montant de l'avantage fait par la JIA reposait uniquement sur la détermination établissant qu'aucun investisseur de l'extérieur n'aurait accordé de nouveaux prêts à Hynix, ou n'aurait investi dans la société, et que la JIA n'a pas correctement établi le point de repère du marché pour mesurer l'avantage. Pour la Corée, les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les termes "marché commercial" et "point de vue commercial normal" désignent le point de vue d'un investisseur de l'extérieur¹²² sont factuelles et ne sont pas visées par l'examen en appel.¹²³ Par ailleurs, la Corée estime que l'argument du Japon repose apparemment sur une "définition fluctuante du "point de vue" de l'investisseur".¹²⁴ Bien que le Japon ait reconnu devant le Groupe spécial que cette référence était censée désigner uniquement un point de vue extérieur, il allègue à présent, en appel, que le Groupe spécial n'a pas reconnu que la JIA avait utilisé ces termes dans certains contextes pour désigner un point de vue intérieur, et que l'expression "point de vue" renvoie à un principe de maximisation des bénéfices.¹²⁵ En tout état de cause, la Corée estime qu'il n'y a aucun élément prouvant que la JIA a effectivement examiné si un créancier rationnel aurait entrepris de restructurer Hynix en l'absence d'interférence alléguée des pouvoirs publics.¹²⁶

¹²⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 140 et 143.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*, paragraphe 148 (faisant référence à la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 190 à 202).

¹²³ *Ibid.*, paragraphe 149.

¹²⁴ *Ibid.*, paragraphe 150.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*, paragraphe 151.

55. La Corée fait valoir que les allégations du Japon au titre de l'article 14 concernant les participations au capital social et les prêts sont fondamentalement viciées pour deux raisons: premièrement, les transactions de restructuration n'étaient pas des participations au capital social ou des prêts, mais des transactions impliquant des créanciers et des dettes existantes; et, deuxièmement, l'article 14 prescrit de prendre en considération "la pratique habituelle concernant les investissements des investisseurs privés" (pour les participations au capital social et les prêts commerciaux comparables). Dans les deux cas, il faut examiner les conditions spécifiques des transactions, et non pas, comme le suggère le Japon, utiliser des règles rigides qui comparent des restructurations de dettes à des transactions qui ne sont pas similaires (c'est-à-dire à de *nouveaux* investissements en capital et à de *nouveaux* prêts octroyés par des investisseurs de l'extérieur).¹²⁷ La Corée estime aussi que le recours du Japon à l'article 12.2 est "hors de propos", parce que cette disposition ne signifie pas que l'autorité chargée de l'enquête est exonérée des prescriptions de l'*Accord SMC* simplement parce qu'elle n'a pas d'éléments de preuve suffisants. Par ailleurs, la Corée considère qu'il n'y a pas d'incompatibilité dans la constatation du Groupe spécial selon laquelle la détermination de l'existence d'un avantage ne nécessitait pas d'éléments de preuve concernant ce que des investisseurs de l'intérieur suivant le jeu du marché (hypothétiques) auraient fait.¹²⁸

56. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a constaté à juste titre que le calcul de l'avantage fait par la JIA était incompatible avec le "postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances" sur lequel elle se fondait.¹²⁹ Pour la Corée, la constatation du Groupe spécial est compatible avec les éléments de preuve concernant le traitement comptable des dettes par les créanciers d'Hynix. La Corée fait aussi valoir que ni Hynix ni ses créanciers n'ont traité les parts du capital social qu'Hynix a octroyées aux créanciers dans les échanges de créances contre des participations comme ayant une valeur égale à zéro.¹³⁰

b) Calcul du montant de l'avantage du point de vue du bénéficiaire

57. De l'avis de la Corée, le Groupe spécial a eu raison de considérer que l'analyse de l'avantage faite par la JIA était axée sur le coût net pour les créanciers, et non pas sur l'avantage net pour Hynix (le bénéficiaire) et que la JIA n'a pas tenu compte du fait que les actions supplémentaires remises aux créanciers dilueraient les parts du capital détenues par les créanciers existants. La Corée rejette

¹²⁷ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 156 à 159.

¹²⁸ *Ibid.*, paragraphes 162 et 163.

¹²⁹ *Ibid.*, paragraphe 164 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92).

¹³⁰ *Ibid.*, paragraphes 166 à 168.

l'affirmation du Japon selon laquelle elle n'a jamais "souligné" qu'une dilution s'était effectivement produite, comme reposant sur une hypothèse erronée, à savoir que le Groupe spécial devait fonder sa détermination sur les arguments et les éléments de preuve de la Corée. En tout état de cause, la Corée a bel et bien souligné ce point à l'intention du Groupe spécial.¹³¹

58. D'autre part, définir la dilution comme un coût pour les actionnaires, mais pas pour Hynix, signifierait que les échanges de créances contre des participations étaient considérés comme deux transactions distinctes impliquant la société, d'une part, et les actionnaires existants, d'autre part. Cela signifierait également qu'il ne pourrait jamais y avoir d'avantage pour le bénéficiaire quelles que soient les conditions réelles de l'échange.¹³² La Corée souligne également que l'idée qu'une société supporte le coût du capital social est tout à fait courante en matière d'analyse financière. Enfin, la Corée affirme qu'au bout du compte, la valeur du capital social n'était égale à zéro ni dans les livres de comptes d'Hynix ou des banques, ni à la Bourse coréenne.¹³³

c) Autres arguments

i) *Question de savoir si la Corée a établi des éléments prima facie*

59. La Corée fait valoir que l'allégation du Japon repose sur une interprétation erronée de ce qui est requis pour établir des éléments *prima facie*. Pour ce faire, il n'est pas nécessaire qu'une partie plaignante anticipe chaque argument qu'un groupe spécial pourrait choisir de prendre en considération. Par ailleurs, un groupe spécial n'est pas tenu de ne prendre en considération que les arguments et éléments de preuve cités par l'une ou l'autre partie; il doit examiner et prendre en considération tous les éléments de preuve dont il est saisi.¹³⁴ Enfin, la Corée allègue qu'elle a bel et bien fait valoir devant le Groupe spécial que la JIA avait indûment utilisé un critère de l'investisseur de l'extérieur pour les deux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.¹³⁵

¹³¹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 171 (faisant référence à la première communication écrite de la Corée adressée au Groupe spécial, paragraphe 258).

¹³² *Ibid.*, paragraphes 172 et 173.

¹³³ *Ibid.*, paragraphe 176.

¹³⁴ *Ibid.*, paragraphe 178.

¹³⁵ *Ibid.*, paragraphe 179 (faisant référence à la première communication écrite de la Corée adressée au Groupe spécial, paragraphe 125, citant pour sa part la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 230, 298 et 376; ainsi que la première communication écrite de la Corée adressée au Groupe spécial, paragraphes 229 et 230).

ii) *Calcul du montant de l'avantage sur la base des "données de fait disponibles"*

60. En ce qui concerne l'utilisation des "données de fait disponibles" pour calculer le montant de l'avantage, la Corée fait valoir qu'il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle les parties intéressées refusaient de coopérer. Il y avait des raisons valables pour lesquelles les renseignements concernant la restructuration des autres sociétés coréennes n'ont pas été communiqués à la JIA, en particulier le fait qu'Hynix n'était pas elle-même en possession de ces renseignements. De plus, la Corée fait valoir que les créanciers d'Hynix qui ont effectivement participé aux autres restructurations ne pouvaient pas communiquer ces renseignements parce qu'ils étaient confidentiels.¹³⁶

61. La Corée fait aussi valoir que la JIA elle-même n'avait jamais explicitement dit qu'elle avait adopté un critère de l'investisseur de l'extérieur sur la base des "données de fait disponibles" parce que certains établissements financiers ne pouvaient pas communiquer de renseignements. C'est donc à juste titre que le Groupe spécial a rejeté l'argument du Japon comme constituant une justification *a posteriori*.¹³⁷ Selon la Corée, même si la JIA avait eu l'intention d'utiliser les "données de fait disponibles", cela serait incompatible avec l'article 12 de l'*Accord SMC*.

4. Méthodes de calcul de l'avantage

62. La Corée fait valoir que les méthodes de calcul employées par la JIA pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix (figurant aux paragraphes 90 à 106 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels)) ne sont pas conformes aux prescriptions du texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*. La Corée relève par ailleurs que la formule 1 et la formule 2, dont le Groupe spécial a constaté qu'elles n'étaient pas "prévues" dans les *Directives* du Japon, faisaient simplement partie de ce qui constituait, selon ce qu'avait fait valoir la Corée, l'ensemble du "système de calcul de l'avantage" utilisé par la JIA.¹³⁸ Outre ces formules mathématiques, la Corée mentionne aussi les "approches méthodologiques" du calcul de l'avantage exposées aux paragraphes 90 à 106 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels).

63. La Corée souscrit à la qualification par le Groupe spécial des formules de calcul et des approches méthodologiques figurant aux paragraphes 90 à 106 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), à savoir les "méthodes utilisées" aux fins du texte introductif de l'article 14, parce que, selon la Corée, elles correspondent à la définition de la "méthode" proposée par

¹³⁶ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 182.

¹³⁷ *Ibid.*, paragraphe 183.

¹³⁸ *Ibid.*, paragraphe 191.

le Japon et adoptée par le Groupe spécial.¹³⁹ Cependant, la Corée relève que certaines parties de ces formules mathématiques et approches méthodologiques n'étaient décrites nulle part dans la législation ou les *Directives* du Japon.¹⁴⁰

64. La Corée juge "hors de propos" l'argument du Japon selon lequel le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* indique que les autorités chargées des enquêtes doivent avoir une certaine flexibilité pour définir les méthodes de calcul de l'avantage. La Corée fait valoir que le Groupe spécial en l'espèce examinait effectivement la compatibilité des méthodes adoptées par l'autorité chargée de l'enquête avec les principes directeurs énoncés dans les paragraphes a) à d) de l'article 14, et non pas les prescriptions procédurales figurant dans la première phrase du texte introductif.¹⁴¹ Par ailleurs, la Corée fait valoir que l'argument du Japon selon lequel les "méthodes" doivent ménager une certaine flexibilité pour s'adapter à telle ou telle affaire est sans fondement parce qu'il n'y a pas eu d'adaptation spécifique aux faits en l'espèce. En fait, les formules employées par la JIA étaient en grande partie copiées mot pour mot des règlements publiés du Département du commerce des États-Unis.¹⁴²

65. La Corée fait valoir que l'assimilation du terme "prévu" au terme "permettre" ou "autoriser" par le Japon ne correspond pas au contexte du texte introductif et viderait de son sens la première phrase de ce texte.¹⁴³ La Corée soutient que la version française comme la version espagnole du terme anglais "provided for" (prévu) se traduisent par "shall be previewed" (sera prévu), et qu'il n'est pas possible de démontrer que cela s'est produit en l'espèce.¹⁴⁴ La Corée soutient d'autre part que, au minimum, le terme "prévu" suppose que le "cadre" général et "l'approche générale" de la méthode de calcul de l'avantage soient exposés dans la législation ou les réglementations du Membre. À cet égard, la Corée allègue que, même si l'on donne une interprétation large de ces termes, on ne peut pas dire que les règles décrites aux paragraphes 90 à 106 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), étaient "prévues" par le Japon; on ne peut pas non plus considérer que ces règles

¹³⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 193 (faisant référence à la première communication écrite du Japon adressée au Groupe spécial, paragraphe 528, citant pour sa part le *New Shorter Oxford Dictionary*, page 1759).

¹⁴⁰ *Ibid.*, paragraphes 194 à 197. À cet égard, la Corée se réfère à des paragraphes spécifiques de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels) relatifs, entre autres choses, au traitement des échanges de créances contre des participations comme étant des "participations au capital social" et des reports des échéances des prêts existants comme étant des "prêts"; à l'octroi de subventions dans le temps; et aux taux d'intérêt pour les sociétés solvables et les sociétés insolvable.

¹⁴¹ *Ibid.*, paragraphes 200 et 204.

¹⁴² *Ibid.*, paragraphe 205.

¹⁴³ *Ibid.*, paragraphe 209.

¹⁴⁴ *Ibid.*, paragraphe 210 (faisant référence aux versions française et espagnole de l'article 14, dans lesquelles sont employés les termes "sera prévue" et "estará previsto").

constituent des applications propres à telle ou telle affaire du cadre prévu dans les *Directives* du Japon, puisque la JIA n'a jamais essayé d'expliquer dans sa détermination pourquoi les faits de la cause exigeaient l'adoption de ces règles. En fait, fait valoir la Corée, plusieurs des règles utilisées par la JIA ne sont même pas mentionnées dans les *Directives*.¹⁴⁵

66. Pour ces raisons, la Corée demande à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la formule 1 et la formule 2 étaient des "méthodes" qui n'étaient pas "prévues" dans la législation ou les réglementations du Japon.

5. Imputation de l'avantage

67. La Corée convient avec le Groupe spécial que le Japon "a perçu des droits compensateurs "dépassant le montant de la subvention dont l'existence [avait] été constatée", contrairement à l'article 19.4 de l'*Accord SMC*".¹⁴⁶ La Corée soutient qu'elle "n'a jamais allégué que la JIA était tenue d'actualiser sa décision sur la base de renseignements plus récents". En fait, la Corée a soutenu que la décision de la JIA, "fondée sur [son] analyse de la situation en 2003 ... indiqu[ait] nécessairement que l'avantage conféré par les subventions reçues en 2001 ne s'étendait pas au-delà de 2005".¹⁴⁷ De l'avis de la Corée, la détermination de la JIA reposait sur "une hypothèse selon laquelle les subventions avaient une durée de vie de cinq ans, et selon laquelle 2003 était la troisième année de l'imputation des avantages allégués issus de la restructuration d'octobre 2001 et la deuxième année de l'imputation des avantages allégués issus de la restructuration de décembre 2002".¹⁴⁸ S'agissant de l'avantage issu de la restructuration d'octobre 2001, la Corée estime que selon la détermination de la JIA, une subvention

¹⁴⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 213 à 215. À cet égard, la Corée se réfère aux cinq règles qui, selon ce qu'elle allègue, ne sont pas "prévues" dans les *Directives*. En particulier, la partie pertinente du paragraphe 214 de la communication de la Corée en tant qu'intimé est libellée comme suit:

Un certain nombre des règles énoncées par la JIA dans sa détermination finale, annexe 1 (Faits essentiels) n'ont tout simplement pas de "cadre" correspondant dans les réglementations du Japon. Par exemple, les Faits [essentiels] établissent les règles suivantes: 1) les reports des échéances des prêts seront "réputés" constituer de nouveaux prêts, 2) les échanges de créances contre des participations seront "réputés" constituer des participations au capital social, 3) les participations au capital social et les remises de dettes seront considérées comme octroyant des avantages sur plusieurs années, et seront donc imputées dans le temps, 4) la période d'imputation concernant ces subventions correspondra à la durée de vie utile des actifs des bénéficiaires, telle que définie par les lois fiscales pertinentes, 5) un taux d'intérêt différent sera utilisé pour actualiser les liquidités futures pour les emprunteurs solvables et les emprunteurs insolubles.

¹⁴⁶ *Ibid.*, paragraphes 224 à 226 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.349 à 7.361).

¹⁴⁷ *Ibid.*, paragraphe 223.

¹⁴⁸ *Ibid.*, paragraphe 220.

reçue en 2001 conférerait des avantages de 2001 à 2005.¹⁴⁹ Elle "ne conférerait pas d'avantages en 2006, car 2006 se situerait en dehors de la durée de vie de cinq ans de la subvention".¹⁵⁰

68. La Corée trouve un appui contextuel à sa position dans l'article 19.1, qui dispose qu'un droit compensateur peut être imposé "à moins que la ou les subventions ne soient retirées". La Corée explique que, "même si l'existence d'une subvention a été constatée au cours de la période visée par l'enquête, aucun droit ne peut être imposé si la subvention est retirée, et cesse donc d'"exister", avant la détermination finale".¹⁵¹ De l'avis de la Corée, cela signifie qu'"un droit compensateur ne peut être imposé que lorsque la subvention – et l'avantage qui en découle – continue d'exister au moment où la décision d'imposer le droit est prise".¹⁵²

69. Enfin, s'agissant de l'allégation du Japon au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, la Corée affirme que "le nombre d'années durant lesquelles le "montant de la subvention est imputé" était égal à "la durée de vie utile des installations précisée dans la législation coréenne" qui était de cinq ans".¹⁵³ La Corée fait valoir que "[l]a conséquence de cette détermination était que les subventions ont cessé d'avoir un "effet permanent", et ne pouvaient être "imputées" une fois cette période expirée".¹⁵⁴ De l'avis de la Corée, il ne s'agissait pas d'une détermination *de novo*; c'était une conséquence nécessaire de la propre détermination de la JIA.¹⁵⁵

C. *Allégations d'erreur formulées par la Corée – autre appelant*

1. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001

70. La Corée conteste la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la JIA a pu constater à juste titre que la restructuration d'octobre 2001 conférerait un "avantage" à Hynix conformément aux articles 1.1 b) et 14 de l'Accord SMC.

71. Premièrement, la Corée allègue que le Groupe spécial n'a pas examiné la question de savoir si l'action alléguée des pouvoirs publics avait permis à Hynix d'être "mieux lotie".¹⁵⁶ La Corée se réfère

¹⁴⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 221.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 227.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*, paragraphe 243 (faisant référence à la détermination de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 99).

¹⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 243.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 29.

aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* et fait valoir que l'approche du Groupe spécial a indûment confondu les deux concepts distincts de "contribution financière" et d'"avantage" employés à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.¹⁵⁷ La Corée soutient que selon l'analyse du Groupe spécial, une constatation établissant qu'il y a eu "action de charger ou ordonner" constituait, en soi, une base suffisante pour constater l'existence d'un avantage. Pour la Corée, l'approche du Groupe spécial conduit à donner une lecture de l'*Accord SMC* qui exclut la prescription distincte relative à l'avantage énoncée à l'article 1.1 b).¹⁵⁸

72. Deuxièmement, la Corée ne partage pas l'avis du Groupe spécial selon lequel les éléments de preuve montrant que les créanciers d'Hynix s'étaient appuyés sur des considérations non commerciales pour décider d'accorder un crédit supplémentaire à Hynix "indique des conditions plus favorables que celles qui auraient pu être obtenues sur le marché (le marché étant censé fonctionner sur la base de considérations commerciales)".¹⁵⁹ La Corée allègue que, pour le Groupe spécial, "le simple fait que les créanciers d'Hynix n'ont pas procédé à une analyse cohérente par rapport au marché avant de participer à la restructuration d'octobre 2001 indiquait que les conditions de la restructuration qu'ils approuvaient *avaient dû* être plus favorables que les conditions d'une restructuration purement fondée sur le marché".¹⁶⁰ La Corée estime que le fait que le Groupe spécial s'est préoccupé principalement de l'analyse réellement effectuée par les créanciers peut prouver l'*intention* subjective de ces derniers lorsqu'ils se sont engagés dans ces transactions et que cette intention peut être pertinente pour l'analyse de l'"action de charger et ordonner". Cependant, de l'avis de la Corée, cela "n'autorise aucune conclusion quant au point de savoir si le "bénéficiaire" a *effectivement* reçu un avantage".¹⁶¹ La Corée indique que la note de bas de page 475 du rapport du Groupe spécial, qui a été insérée au stade du réexamen intérimaire, "était censée traiter" cette question. Or, de l'avis de la Corée, le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi l'analyse imparfaite d'un créancier, fondée sur des renseignements incomplets, ne peut pas conduire au même résultat que celui qui aurait été obtenu sur le marché. Selon la Corée, "[i]l est toujours possible d'avoir raison pour des motifs erronés".¹⁶²

73. Troisièmement, la Corée affirme que la JIA n'a pas tenu compte du contenu des analyses établies par Anjin Accounting et le Monitor Group. Selon la Corée, ces analyses démontraient que l'action alléguée des pouvoirs publics coréens n'avait pas conféré un avantage à Hynix, parce qu'il

¹⁵⁷ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 41.

¹⁵⁸ *Ibid.*, paragraphe 43.

¹⁵⁹ *Ibid.*, paragraphe 39; et rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276.

¹⁶⁰ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 39. (italique dans l'original)

¹⁶¹ *Ibid.*, paragraphe 44. (italique dans l'original)

¹⁶² *Ibid.*, paragraphe 46.

était comparable à ce qu'Hynix aurait pu obtenir des autres créanciers qui n'avaient pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner alléguée des pouvoirs publics.¹⁶³ La Corée admet que ces rapports n'ont été définitivement établis qu'une fois la restructuration d'octobre 2001 achevée, mais ils étaient à la disposition de la JIA au moment où elle a procédé à son examen de l'existence d'un avantage et le Groupe spécial aurait dû en tenir compte. La Corée affirme que, en faisant abstraction du contenu de ces deux rapports, le Groupe spécial a indûment fait passer la charge de la preuve du Membre cherchant à imposer des droits compensateurs au Membre dont les exportations sont assujetties au droit.

2. Parties intéressées

74. La Corée fait valoir que, du fait qu'il n'a pas dûment considéré que les entités désignées comme "parties intéressées" au titre de l'article 12.9 de l'*Accord SMC* devaient "avoir un intérêt dans l'issue d'une enquête", le Groupe spécial a indûment constaté que la JIA avait raison de considérer certains établissements financiers comme des "parties intéressées" et qu'elle n'avait pas fait erreur en recourant aux "données de fait disponibles". De la sorte, la JIA a porté préjudice aux intérêts d'Hynix, agissant ainsi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

75. La Corée estime que, par son sens ordinaire, l'expression "parties intéressées" s'applique à des personnes qui sont "affectées ou impliquées" dans quelque chose.¹⁶⁴ La Corée fait valoir que le Groupe spécial a eu tort de rejeter son argument selon lequel cette "implication" peut être dans l'"issue de l'enquête" plutôt que, plus généralement, dans la "question faisant l'objet de l'enquête".¹⁶⁵ De plus, selon la Corée, le sens ordinaire du terme "intéressées" n'inclut pas les entités qui peuvent avoir participé aux questions donnant lieu au différend, mais qui n'ont plus d'intérêt dans le différend.

76. La Corée fait valoir que, bien que l'article 12.9 n'énonce pas de "définition" des "parties intéressées", la liste des entités figurant aux alinéas i) et ii) fournit néanmoins une "indication nette" du type de caractéristiques que les "parties intéressées" devraient avoir, à savoir qu'elles doivent être "directement affectées" par l'issue de l'enquête et qu'elles doivent donc avoir un "intérêt clair" dans la procédure.¹⁶⁶ La Corée se réfère aussi à l'article 12.3 et 12.8 de l'*Accord SMC* qui dispose que les

¹⁶³ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 56.

¹⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 112 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387).

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ibid.*, paragraphe 114. À l'audience, la Corée a également rejeté les arguments du Japon selon lesquels l'article 23 indique qu'il peut y avoir des "parties intéressées" n'ayant aucun intérêt dans l'issue de la procédure. Selon la Corée, l'article 23 dispose qu'une partie intéressée qui avait un intérêt dans l'issue pourrait ne pas être autorisée à procéder à un examen judiciaire si l'organisme administratif n'a entrepris aucune action contre cette partie (par exemple, si l'organisme a constaté qu'un exportateur n'a pas reçu de subventions et n'a

"parties intéressées" doivent se voir ménager la possibilité de présenter leurs "dossiers" et de "défendre leurs intérêts". Pour la Corée, ces dispositions "n'ont pas de sens si l'expression ... [est] définie de telle sorte qu'elle inclue des entités n'ayant aucun "intérêt" dans la procédure, et donc aucun "dossier" à présenter".¹⁶⁷

77. La Corée soutient également que l'interprétation du Groupe spécial n'a pas donné effet à l'objet et au but des dispositions de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, le Groupe spécial ne s'est pas "attelé à la question fondamentale"¹⁶⁸ en l'espèce, à savoir que lorsqu'une "partie intéressée" est désignée comme telle et ne communique pas les renseignements demandés, l'article 12.7 permet aux autorités chargées de l'enquête de prendre une décision sur la base des "données de fait disponibles". Dans la présente affaire, la JIA a choisi de désigner toutes les banques ayant participé aux restructurations d'Hynix comme "parties intéressées", quel que soit leur intérêt dans l'issue de l'enquête. Lorsque certaines de ces banques n'ont pas répondu, la JIA a "pénalisé" Hynix pour leur défaut de coopération, en ayant recours aux "données de fait disponibles".¹⁶⁹ La Corée fait valoir par ailleurs que, en ne donnant pas une interprétation correcte du but de l'article 12.7, le Groupe spécial a également fait abstraction du risque auquel une "société interrogée innocente peut être confrontée lorsque l'autorité chargée de l'enquête prend une décision fondée sur l'absence de réponse d'une tierce partie quelconque sur laquelle la société interrogée n'a aucun contrôle".¹⁷⁰

78. Enfin, la Corée fait valoir que l'analyse du Groupe spécial était incompatible avec son devoir de procéder à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.¹⁷¹ Concrètement, la Corée estime que les propos du Groupe spécial, selon lesquels l'absence d'une définition de l'expression "partie intéressée" exigeant explicitement un intérêt dans l'issue de l'enquête indique qu'"une telle prescription n'existe pas", étaient incompatibles avec l'analyse interprétative qui est requise en vertu de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (la "*Convention de Vienne*").¹⁷²

donc pas imposé de droits compensateurs). Cependant, soutient la Corée, cela ne signifie pas que l'exportateur n'avait aucun intérêt dans l'issue de la procédure.

¹⁶⁷ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphes 116 et 119.

¹⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 120.

¹⁶⁹ *Ibid.*, paragraphes 120 et 121. La Corée se réfère, entre autres choses, au paragraphe 7.288 du rapport du Groupe spécial pour réfuter les propos du Groupe spécial selon lesquels il ne pouvait pas identifier de cas où la JIA avait pénalisé Hynix en ayant recours aux "données de fait disponibles". (*Ibid.*, note de bas de page 77 relative au paragraphe 121.)

¹⁷⁰ *Ibid.*, paragraphe 125.

¹⁷¹ *Ibid.*, paragraphes 108 à 110 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.386).

¹⁷² *Ibid.*, paragraphe 108 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.386). La Corée soutient que cette erreur a été aggravée par les propos du Groupe spécial, selon lequel l'interprétation de la Corée ne

3. Transfert direct de fonds

79. La Corée fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA pouvait dûment qualifier la modification des conditions de remboursement des prêts (y compris le report de l'échéance des prêts existants, les réductions des taux d'intérêt des prêts existants et la conversion des intérêts à recevoir en principal) et les échanges de créances contre des participations comme des transactions comportant des "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.¹⁷³ Pour la Corée, des transactions qui modifient simplement les conditions de créances existantes ou la nature juridique des obligations du bénéficiaire et ne comportent pas l'octroi d'une somme d'argent au bénéficiaire allégué de la subvention ne sont pas des "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens ordinaire de cette expression.¹⁷⁴ La Corée estime qu'il "se produit un "transfert" de "fonds" uniquement lorsqu'une somme d'argent passe des mains des pouvoirs publics (ou d'un organisme privé agissant sur l'ordre des pouvoirs publics) à celles du bénéficiaire de la subvention".¹⁷⁵ En revanche, la Corée fait valoir que, quand "un prêteur accepte de reporter l'échéance de prêts existants, ou de réduire les taux d'intérêt de prêts existants, ou de convertir des obligations de paiement d'intérêts existantes en principal, ou d'annuler entièrement des dettes", les créances existantes sont modifiées sans versement d'argent à l'emprunteur.¹⁷⁶ Pour la même raison, les échanges de créances contre des participations ne doivent pas être considérés comme des transferts de fonds. La Corée concède toutefois que ces transactions pourraient constituer des "recettes ... abandonnées" au sens de l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) 1).

80. La Corée allègue que le Groupe spécial a indûment "amalgamé" la distinction entre la notion de "transfert direct de fonds" employée à l'alinéa i) et celle de "recettes ... abandonnées" employée à l'alinéa ii) en "élargissant le sens de l'expression "transfert de fond" au point de la rendre méconnaissable".¹⁷⁷ Si le membre de phrase "transfert[s] direct[s] de fond" couvrait les transactions qui réduisaient ou modifiaient le passif du bénéficiaire, il n'y aurait pas besoin d'une disposition distincte visant les situations dans lesquelles "des recettes ... normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues".¹⁷⁸ De l'avis de la Corée, la classification d'une "contribution financière" dans les différents alinéas de l'article 1.1 a) 1) ne dépend pas de la nature de l'obligation incombant au

serait admise que "par implication". (Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 110 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.386))

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.446.

¹⁷⁴ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 133.

¹⁷⁵ *Ibid.*, paragraphe 134.

¹⁷⁶ *Ibid.*, paragraphe 137.

¹⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 153.

¹⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 136 (faisant référence aux alinéas i) et ii) de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*).

bénéficiaire vis-à-vis des pouvoirs publics (ou d'une entité ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics). Au lieu de cela, la contribution financière est définie par la nature de la contribution octroyée par les pouvoirs publics au bénéficiaire.¹⁷⁹ Selon l'interprétation du Groupe spécial, "n'importe quelle transaction dans laquelle les pouvoirs publics acceptent d'abandonner des recettes peut être considérée comme un nouveau "don"". ¹⁸⁰ Pour la Corée, il en résulterait une lecture de l'*Accord SMC* qui exclurait effectivement l'alinéa ii).

4. Cause du dommage

81. La Corée fait valoir qu'en vertu de la première phrase de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, il ne suffit pas de montrer que les importations subventionnées ont causé un dommage à la branche de production nationale, il faut aussi démontrer que le dommage est causé "par les effets des subventions".¹⁸¹ La Corée fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en donnant une lecture de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* qui excluait effectivement le membre de phrase "par les effets des subventions", ce qui permettait d'imposer des droits compensateurs pour neutraliser un dommage qui n'était pas causé par les subventions en question. La Corée affirme que le Groupe spécial a élargi le champ des mesures compensatoires aux situations dans lesquelles il n'y a pas de distorsions des échanges causées par des subventions.¹⁸²

82. Selon la Corée, l'interprétation que donne le Groupe spécial de l'expression "par les effets" n'est pas compatible avec le sens ordinaire, le contexte ou l'historique de la négociation des dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*.¹⁸³ La Corée estime qu'"il est possible que des importations effectivement subventionnées causent un dommage à des producteurs nationaux par des mécanismes qui n'ont rien à voir avec les subventions".¹⁸⁴ Par exemple, il se pourrait que les importations captent des ventes au détriment des producteurs nationaux parce qu'elles sont plus innovantes ou de meilleure qualité ou qu'elles correspondent mieux aux désirs de la clientèle. Pour la Corée, en pareils cas, "il pourrait y avoir des éléments permettant de constater que les "importations" (qui ont été visées par une constatation de l'existence de subventions) avaient causé un dommage aux producteurs nationaux". Cependant, rien ne permettrait de constater que les importations effectivement subventionnées avaient causé un dommage "par les effets des subventions".¹⁸⁵ Par ailleurs, la Corée

¹⁷⁹ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 147.

¹⁸⁰ *Ibid.*, paragraphe 153.

¹⁸¹ *Ibid.*, paragraphe 72.

¹⁸² *Ibid.*, paragraphe 60.

¹⁸³ *Ibid.*, paragraphes 70 à 91.

¹⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 74.

¹⁸⁵ *Ibid.*, paragraphe 75.

soutient que l'interprétation que donne le Groupe spécial de l'expression "par les effets" ne peut pas être conciliée avec le texte de l'article 19.1, qui reprend cette expression et énonce les conditions de fond pour l'imposition d'un droit compensateur.¹⁸⁶

83. De plus, la Corée estime que l'article 15.5 devrait être interprété comme prescrivant le même type d'analyse du lien de causalité "en l'absence" qui a été élaborée dans le cadre de l'article 6.3 de l'*Accord SMC* relativement au "préjudice grave" qui s'est produit par l'"effet de la subvention".¹⁸⁷ Le fait que l'article 6 établit un critère de dommage différent de celui de l'article 15 ne signifie pas que l'article 15 autorise un type de lien de causalité différent entre les subventions et le dommage. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a indûment interprété les termes de l'article 11.2 de l'*Accord SMC* comme indiquant que les seuls éléments de preuve nécessaires pour établir qu'"un dommage est causé à une branche de production nationale par des importations subventionnées "par les effets des subventions"" sont les éléments de preuve concernant l'évolution et les effets des importations.¹⁸⁸ La Corée soutient qu'il n'y a rien dans l'*Accord SMC* qui indique que le critère pour l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 11.2 est le même que le critère pour l'établissement d'une détermination positive de l'existence d'un dommage au titre de l'article 15. Selon la Corée, il ne serait guère surprenant que l'article 11.2 puisse permettre que des enquêtes soient ouvertes sur la base d'éléments de preuve qui ne seraient pas suffisants pour autoriser l'imposition de droits. La Corée estime aussi que le terme "comportera" employé à l'article 11.2 est habituellement interprété comme introduisant une liste d'exemples non exhaustive, de sorte qu'il peut y avoir d'autres renseignements requis en vertu de cet article.

84. La Corée soutient que l'interprétation du Groupe spécial est également incompatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*, qui vise à garantir que des droits compensateurs ne soient imposés que lorsque cela est nécessaire pour neutraliser des subventions qui causent ou menacent de causer un dommage à la branche de production nationale.¹⁸⁹ La Corée fait valoir que l'interprétation du Groupe spécial est également incompatible avec l'historique de la négociation de l'*Accord SMC*, parce que les articles 15.5 et 19.1 ont leur origine dans le *Code des subventions du Tokyo Round*, et en particulier les articles 4.4 et 6.4 de ce code.¹⁹⁰ Enfin, la Corée conteste le recours du Groupe spécial aux constatations du Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon*

¹⁸⁶ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphes 76 à 79.

¹⁸⁷ *Ibid.*, paragraphes 80 à 84 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphes 7.612 à 7.616).

¹⁸⁸ *Ibid.*, paragraphe 88 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.416 et 7.417).

¹⁸⁹ *Ibid.*, paragraphes 95 à 97.

¹⁹⁰ *Ibid.*, paragraphes 92 à 94.

norvégien dans le cadre du *Code des subventions du Tokyo Round*¹⁹¹, parce que "cette décision ne saurait constituer un "précédent" pertinent".¹⁹² La Corée laisse entendre d'autre part que, dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, l'Organe d'appel a rejeté l'"approche générale des questions de causalité" adoptée par le Groupe spécial *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien*.¹⁹³

85. S'agissant des faits en l'espèce, la Corée soutient que la JIA n'a pas démontré que le dommage avait été causé par les importations subventionnées "par les effets des subventions". La Corée allègue, à cet égard, que la JIA n'a pas tenu compte des arguments d'Hynix selon lesquels les subventions alléguées n'avaient pas d'incidence sur les prix ou les volumes des exportations. Au contraire, la JIA a constaté que tout tort causé par les exportations d'Hynix était un effet de la subvention parce qu'Hynix n'aurait pas été en exploitation, ou capable d'exporter, en l'absence de subventions.¹⁹⁴ La Corée soutient que, par là même, la JIA a supposé que des défaillances concernant les dettes en cours d'Hynix entraîneraient la liquidation et la cessation des activités. Selon la Corée, l'hypothèse de la JIA était erronée car la banqueroute d'Hynix aurait simplement entraîné une réorganisation de la société, et non pas la liquidation et la cessation des activités.¹⁹⁵

86. La Corée estime que "contrairement à ce que la JIA semble penser, le terme "banqueroute" n'est pas synonyme de liquidation ponctuelle".¹⁹⁶ En fait, la "banqueroute" est un processus légal, par lequel une protection est accordée au débiteur vis-à-vis de ses créanciers pendant que son avenir est déterminé. Selon la Corée, en règle générale, "la législation coréenne relative à la banqueroute favorise la réorganisation par rapport à la liquidation" et, par conséquent, il n'y a aucune raison d'estimer que, si Hynix s'était déclarée en "banqueroute", elle aurait cessé ses activités.

87. La Corée demande par ailleurs à l'Organe d'appel d'achever l'analyse juridique à cet égard, et constate que la constatation de la JIA concernant "l'effet des subventions" repose sur "des hypothèses

¹⁹¹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 98 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.412).

¹⁹² *Ibid.*, paragraphe 102.

¹⁹³ *Ibid.*, paragraphe 100 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 226).

¹⁹⁴ *Ibid.*, paragraphe 61.

¹⁹⁵ *Ibid.*, paragraphes 61 à 64.

¹⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 63.

non étayées concernant les conséquences de la défaillance d'un débiteur insolvable" et ne tient pas compte "des lois sur la banqueroute qui s'appliqueraient effectivement en cas de défaillance".¹⁹⁷

D. *Arguments du Japon – Intimé*

1. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001

88. Le Japon appuie la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA avait à juste titre déterminé que la restructuration d'octobre 2001 conférait un avantage à Hynix. Le Japon estime que, contrairement à ce qu'affirme la Corée, le Groupe spécial n'a pas dit qu'"une constatation établissant qu'il y a eu "action de charger ou ordonner" constitu[ait], en soi, une base suffisante pour constater l'existence d'un avantage".¹⁹⁸ Le Japon soutient que "la constatation du Groupe spécial repose sur une comparaison des situations factuelles particulières en l'espèce".¹⁹⁹ Le Japon estime que le Groupe spécial a confirmé la constatation de la JIA selon laquelle, au moment de la restructuration d'octobre 2001, Hynix n'aurait pas pu obtenir de ressources financières sur le marché.

89. Le Japon ne partage pas l'avis de la Corée selon lequel le Groupe spécial a confirmé "la constatation de l'existence d'un avantage faite par la JIA uniquement en supposant qu'une restructuration approuvée par des créanciers qui n'entreprennent pas une analyse économique suffisante doit être assortie de conditions plus favorables qu'une restructuration adoptée dans le cadre d'une transaction purement fondée sur le marché".²⁰⁰ Pour le Japon, la constatation du Groupe spécial concernant la "nature non commerciale des décisions des créanciers privés d'Hynix d'octroyer un financement à Hynix dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001 ne reposait pas uniquement sur l'insuffisance de l'analyse économique, mais aussi sur le fait qu'ils ont pris en considération d'autres facteurs qui ne sont pas liés à la situation financière d'Hynix".²⁰¹ À cet égard, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a constaté qu'un certain nombre de faits confirmaient la constatation de la JIA relative à la nature non commerciale des décisions de la banque Woori²⁰² et de la banque Chohung.²⁰³ Le Japon soutient que ces faits démontrent que la nature non commerciale des décisions des

¹⁹⁷ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 64 et note de bas de page 34 y relative.

¹⁹⁸ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 35 (citant la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 43).

¹⁹⁹ *Ibid.*, paragraphe 36.

²⁰⁰ *Ibid.*, paragraphe 42 (citant la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 40).

²⁰¹ *Ibid.*, paragraphes 43, 52 et 53.

²⁰² *Ibid.*, paragraphe 52 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.136).

²⁰³ *Ibid.*, paragraphe 53 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.137 et 7.138).

créanciers privés d'Hynix ne reposait pas uniquement sur leur analyse insuffisante des conditions de la restructuration d'octobre 2001 et sur le fait que les rapports d'Anjin Accounting et du Monitor Group n'étaient pas disponibles.²⁰⁴

90. Enfin, s'agissant de l'argument de la Corée selon lequel le Groupe spécial "[a] fait indûment passer la charge de la preuve du Membre cherchant à imposer des droits compensateurs au Membre qui sera assujéti aux droits"²⁰⁵, le Japon affirme que la Corée, en tant que partie plaignante, aurait dû établir des éléments *prima facie*. De l'avis du Japon, la Corée n'a pas établi devant le Groupe spécial que les conditions de la restructuration d'octobre 2001 étaient compatibles avec les données du marché. C'est pourquoi le Groupe spécial n'a pas formulé de constatation factuelle à cet égard, et l'Organe d'appel n'a donc "pas besoin d'examiner cette question".²⁰⁶

2. Parties intéressées

91. Le Japon fait valoir que l'autre appel de la Corée concernant l'interprétation de l'expression "parties intéressées" donnée par le Groupe spécial devrait être rejeté par l'Organe d'appel.²⁰⁷ Le Japon convient avec le Groupe spécial que les termes exprès de l'article 12.9 de l'*Accord SMC* disposent que la liste des entités répertoriées aux alinéas i) et ii) de cette disposition n'est pas exhaustive; elle est simplement indicative.²⁰⁸ Le Japon fait valoir que la définition de la Corée ne peut pas être conciliée avec l'article 12.9, parce que les entités qui y sont répertoriées n'ont pas nécessairement "un intérêt dans l'issue de l'enquête", comme l'a laissé entendre la Corée.²⁰⁹ Le Japon estime aussi que le Groupe spécial a rejeté à bon droit l'argument de la Corée selon lequel le terme "permettre" employé à l'article 12.9 signifie qu'il doit y avoir une "demande" émanant d'une partie avant qu'elle ne soit désignée comme "partie intéressée".²¹⁰

92. Le Japon soutient que l'historique de la négociation de l'article 12.9, ainsi que des articles 12.3, 12.8 et 23 de l'*Accord SMC*, étaye l'interprétation de l'expression "parties intéressées"

²⁰⁴ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 54.

²⁰⁵ *Ibid.*, paragraphe 62 (citant la communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 54).

²⁰⁶ *Ibid.*, paragraphes 65 et 66.

²⁰⁷ *Ibid.*, paragraphe 116.

²⁰⁸ *Ibid.*, paragraphes 118 à 120.

²⁰⁹ *Ibid.*, paragraphes 129 à 131.

²¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 132. Le Japon se réfère également aux autres dispositions de l'*Accord SMC* dans lesquelles figure explicitement le terme "demande" lorsque les rédacteurs ont eu l'intention d'en faire une condition pour "permettre" quelque chose. De même, le Japon se réfère aux dispositions dans lesquelles le terme "permettre" est employé, comme le laisse entendre le Groupe spécial, pour indiquer qu'un Membre peut "permettre" quelque chose généralement par la voie de sa législation ou de ses réglementations d'application nationales sans qu'il y ait de demande spécifique. (*Ibid.*, note de bas de page 203 relative au paragraphe 132.)

donnée par le Groupe spécial, à savoir qu'elle n'exige pas nécessairement un "intérêt dans l'issue de l'enquête".²¹¹ Contrairement à ce que suggère la Corée, c'est-à-dire que l'article 12.3 et 12.8 serait vide de sens si les entités désignées comme "parties intéressées" n'avaient pas de "dossier" à présenter, et pas d'"intérêts à défendre", il n'y a rien dans ces dispositions qui limite l'intérêt dans l'enquête à un "intérêt pécuniaire" dans l'issue de l'enquête.²¹² Par ailleurs, le Japon fait valoir que les établissements financiers coréens désignés comme "parties intéressées" par la JIA avaient bel et bien des "dossiers" à présenter, et que certains se sont effectivement prévalus de la possibilité de "défendre leurs intérêts".²¹³ Le Japon se réfère aussi à l'article 23, qui dispose que seules les "parties intéressées" qui ont participé à l'enquête, et qui sont "directement et individuellement affectées" par la mesure administrative, ont des droits en matière de révision judiciaire. Pour le Japon, cela signifie qu'il doit y avoir un sous-ensemble de "parties intéressées" qui ne sont pas "directement ou indirectement affectées" par les mesures administratives relatives aux déterminations finales.²¹⁴

93. De l'avis du Japon, l'argument de la Corée concernant le recours aux "données de fait disponibles" au titre de l'article 12.7 repose sur une présentation erronée de l'équilibre entre, d'une part, les droits des "parties intéressées" relatifs à la régularité de la procédure, et, d'autre part, l'obligation qui incombe à l'autorité chargée de l'enquête d'achever son enquête. Le Japon fait valoir que les droits des "parties intéressées" relatifs à la régularité de la procédure au titre de l'article 12 ne sont pas illimités et qu'ils sont subordonnés au pouvoir discrétionnaire de recourir aux "données de fait disponibles" dont disposent les autorités chargées des enquêtes.²¹⁵ L'article 12.7 et 12.9 doit être lu comme ménageant aux autorités chargées des enquêtes la flexibilité de satisfaire à leurs besoins de renseignements lorsqu'elles font une détermination, qui peuvent différer d'une affaire à l'autre. En l'espèce, les besoins spécifiques de l'enquête exigeaient des renseignements relatifs aux organismes privés qui, selon les allégations, faisaient l'objet d'une "action de charger ou ordonner". Le Japon soutient que le recours aux "données de fait disponibles" était approprié en l'espèce, et que la Corée n'a pas identifié de circonstances à l'appui de son allégation selon laquelle ce recours ne se justifiait pas, et qu'Hynix a été "puni" pour les actions d'entités qu'"elle ne pouvait pas contrôler".²¹⁶

94. Pour le Japon, il est erroné de dire qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve montrant que les banques désignées comme "parties intéressées" avaient un intérêt permanent dans Hynix ou dans

²¹¹ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphes 133 à 140.

²¹² *Ibid.*, paragraphe 139.

²¹³ *Ibid.*, paragraphe 140.

²¹⁴ *Ibid.*, paragraphes 136 et 137.

²¹⁵ *Ibid.*, paragraphe 142.

²¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 147 (citant la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 126).

l'issue de l'enquête.²¹⁷ En fait, les éléments de preuve montrent que tous les établissements financiers en question sont des créanciers d'Hynix, dont ils sont devenus actionnaires.²¹⁸

95. S'agissant de l'allégation de la Corée selon laquelle le raisonnement du Groupe spécial était incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, le Japon soutient que la Corée n'a formulé aucune allégation de ce type dans sa déclaration d'autre appel. Même si l'Organe d'appel devait l'examiner, elle devrait être rejetée, puisque le raisonnement du Groupe spécial démontre qu'il n'a pas considéré que l'absence de référence explicite dans l'article 12 de l'*Accord SMC* à un "intérêt dans l'issue d'une enquête" déterminait la question de savoir si une "partie intéressée" peut avoir un tel intérêt.²¹⁹

3. Transfert direct de fonds

96. Le Japon affirme que la Corée avance une définition exagérément étroite du terme "fonds". De l'avis du Japon, le terme "fonds" doit être compris comme désignant des "ressources financières" ayant une "valeur monétaire ou échangeable"²²⁰, ce qui est confirmé par le fait que l'*Accord SMC* contient une liste exemplative de "transfert[s] direct[s] de fonds" à l'article 1.1 a) 1) i). Le Japon fait valoir que cette disposition mentionne les dons, prêts et participations au capital social comme exemples, et non pas comme éléments d'une liste exhaustive. Cela indique que l'*Accord SMC* envisage des transferts directs de fonds autres que les "dons, prêts et participations au capital social".²²¹

97. En outre, le Japon estime que l'interprétation de l'expression "transfert de fonds" donnée par la Corée est incompatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*, qui prévoit de "soumettre à des disciplines" l'utilisation des subventions et des mesures compensatoires, tout en permettant, dans le même temps, aux Membres de l'OMC dont les branches de production nationales sont lésées par des importations subventionnées de recourir à de telles mesures correctives.²²² Cependant, si l'on excluait de la définition des "transferts directs de fonds" la modification substantielle des conditions de prêts existants, ou l'échange de créances existantes contre une participation au capital social de valeur monétaire équivalente, on "ouvrirait la porte aux abus potentiels des subventions et on dégagerait la

²¹⁷ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 148 (faisant référence à la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 121).

²¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 154.

²¹⁹ *Ibid.*, paragraphes 121 à 125.

²²⁰ *Ibid.*, paragraphe 162.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*, paragraphe 169 (faisant référence, entre autres, au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 64 et 95).

voie au contournement des disciplines de l'*Accord SMC*'.²²³ Le Japon trouve des éléments à l'appui de son opinion dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, qui, selon ce qu'il croit comprendre, a rejeté "une interprétation étroite du terme "bien" employé à l'article 1.1 a) 1) iii) de l'*Accord SMC*'²²⁴, afin d'empêcher le contournement des disciplines relatives aux subventions.²²⁵

98. En ce qui concerne les échanges de créances contre des participations, le Japon se réfère à l'article 1.1 a) 1) i), qui mentionne spécifiquement la "participation au capital social" comme exemple de "transfert direct de fonds". Le Japon estime qu'un échange de créances contre des participations est une méthode de participation au capital social et, par conséquent, un type de transfert direct de fonds.²²⁶ Enfin, en réponse à l'allégation de la Corée selon laquelle le Groupe spécial a "amalgamé" la distinction entre la notion de "transfert direct de fonds" employée à l'alinéa i) et celle de "recettes ... abandonnées" employée à l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) 1), le Japon fait valoir que le simple chevauchement des champs d'application de l'alinéa i) et de l'alinéa ii) ne rend pas l'alinéa ii) inutile.²²⁷

4. Cause du dommage

99. Le Japon demande à l'Organe d'appel de rejeter l'appel de la Corée concernant l'interprétation du membre de phrase "par les effets des subventions" figurant aux articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* que donne la Corée pour les raisons avancées par le Groupe spécial.²²⁸ Concrètement, le Japon soutient que, lorsqu'elle conteste l'interprétation du membre de phrase "par les effets" figurant à l'article 15.5 que donne le Groupe spécial, la Corée ne fait pas référence à la note de bas de page 47 relative à ce membre de phrase.²²⁹

100. En outre, le Japon fait valoir que l'interprétation du Groupe spécial est étayée par la disposition relative à la non-imputation figurant dans la troisième phrase de l'article 15.5.²³⁰ Le Japon fait valoir que l'Organe d'appel a précisé en ce qui concerne l'article 3.5 de l'*Accord antidumping* – dont le libellé est presque identique à celui de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* – que, lorsqu'on formule

²²³ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 170.

²²⁴ *Ibid.*, paragraphe 169.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, paragraphe 177.

²²⁷ *Ibid.*, paragraphe 183.

²²⁸ *Ibid.*, paragraphes 77 à 112.

²²⁹ *Ibid.*, paragraphes 80 à 82.

²³⁰ *Ibid.*, paragraphe 83.

une constatation relative au lien de causalité, les effets dommageables des autres facteurs connus doivent être dissociés et distingués des effets dommageables des importations faisant l'objet d'un dumping.²³¹ Comme c'est le cas avec les importations faisant l'objet d'un dumping, il n'y a pas de prescription distincte imposant aux autorités chargées des enquêtes de dissocier et distinguer les effets des subventions des effets des importations subventionnées.²³²

101. Le Japon fait valoir par ailleurs que les paragraphes 2 à 4 et 6 et 7 de l'article 15 de l'*Accord SMC* constituent un contexte supplémentaire. Ils "mentionnent tous les effets des importations subventionnées et non pas les effets des subventions".²³³ S'agissant des arguments de la Corée concernant l'article 11.2, le Japon fait valoir qu'il est bien établi que les éléments que les autorités chargées des enquêtes doivent analyser au moment où elles entreprennent d'établir une détermination relative aux droits compensateurs ne diffèrent pas des éléments pertinents pour les déterminations préliminaires et finales.²³⁴ Le Japon estime, d'autre part, que la référence faite par le Groupe spécial au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien* à l'appui de ses conclusions était appropriée car, en tant que rapport adopté, il fait partie de l'acquis du GATT.²³⁵ En ce qui concerne l'utilisation par la Corée de rapports ultérieurs de l'Organe d'appel, le Japon soutient que l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* que le Groupe spécial du GATT chargé de l'affaire *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien* avait simplement adopté une interprétation de la non-imputation qui ne cadrerait pas avec les prescriptions de l'article 3.5 de l'*Accord antidumping*.²³⁶

102. En ce qui concerne l'article 6.3 de l'*Accord SMC*, le Japon estime que la Corée fait abstraction de la différence fondamentale entre la partie II et la partie III de l'*Accord SMC*, d'une part, et la partie V de l'*Accord SMC*, d'autre part, reconnue par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*.²³⁷ Le Japon rappelle que le Groupe spécial chargé de cette affaire a expressément dit

²³¹ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 84 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 223).

²³² *Ibid.*, paragraphe 86.

²³³ *Ibid.*, paragraphe 88.

²³⁴ *Ibid.*, paragraphe 90.

²³⁵ *Ibid.*, paragraphe 93 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 15).

²³⁶ *Ibid.*, paragraphe 94.

²³⁷ *Ibid.*, paragraphes 97 à 99 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1177).

que les références à l'effet de la subvention" figurant dans les articles 5 c) et 6.3 c) dans la partie III sont différentes des termes utilisés dans la partie V de l'*Accord SMC* où figure l'article 15.5.²³⁸

103. Le Japon estime, d'autre part, que le devoir incombant à celui qui interprète un traité de donner un sens à chaque terme de l'accord ne signifie pas nécessairement que chaque terme impose une obligation additionnelle.²³⁹ En fait, en l'espèce, l'expression "par les effets" sert à préciser et à confirmer que l'article VI du GATT de 1994 et l'article 15.5 de l'*Accord SMC* prévoient effectivement la même obligation.²⁴⁰ Sans cette précision, on aurait pu faire valoir, par exemple, que l'article VI prescrit l'existence d'un lien entre les effets du subventionnement et le dommage, et que l'article 15.5 prescrit l'existence d'un lien additionnel entre les importations subventionnées et le dommage.²⁴¹ Le Japon considère aussi que l'expression "par les effets" employée à l'article 19.1 précise simplement les éléments que l'autorité chargée de l'enquête doit établir avant d'imposer des droits compensateurs.²⁴²

104. Enfin, le Japon fait valoir que les arguments de la Corée concernant la "banqueroute" d'Hynix font une présentation erronée de la détermination de la JIA qui est, en tout état de cause, non pas une constatation juridique, mais plutôt une détermination factuelle qui échappe au champ de l'examen en appel. Le Japon soutient que des déclarations spécifiques faites par la JIA – à savoir "Hynix était dans une situation financière telle qu'elle ne pouvait pas lever de fonds sur le marché commercial", "les subventions accordées par les pouvoirs publics coréens à Hynix lui ont permis de continuer de produire et d'exporter des produits DRAM", et "[d]e ce fait," Hynix "a provoqué une baisse des prix des produits nationaux" – étaient toutes des constatations factuelles de la JIA fondées sur les éléments de preuve versés au dossier.²⁴³ D'autre part, le Japon fait valoir que les arguments de la Corée relatifs à la "banqueroute" procèdent d'une interprétation erronée du terme "*hatan*" employé dans la détermination de la JIA, qui désigne la banqueroute au sens général (plutôt qu'au sens juridique), soit l'effondrement de la situation financière d'une société ou l'incapacité de poursuivre ses activités.²⁴⁴ Le terme qui désigne en japonais la banqueroute juridique est "*hasan*".²⁴⁵ Le Japon fait valoir que,

²³⁸ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 99 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1227).

²³⁹ *Ibid.*, paragraphe 102.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*, paragraphe 103.

²⁴³ *Ibid.*, paragraphe 109 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 550).

²⁴⁴ *Ibid.*, paragraphe 110.

²⁴⁵ *Ibid.* (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 110, 159, 189, 231, 267, 281, 299, 326 et 376). En fait, soutient le Japon, la Corée reconnaît la

comme le montre la différence entre la signification du terme "*hasan*" et celle du terme "*hatan*", la JIA n'a pas déterminé qu'Hynix engagerait une procédure légale de banqueroute puis serait liquidée; en fait, la JIA a constaté qu'"Hynix a échappé à la faillite, ou, autrement dit, a pu continuer ses activités, en raison des subventions octroyées par les pouvoirs publics coréens".²⁴⁶

E. *Arguments des participants tiers*

1. Communautés européennes

105. Premièrement, s'agissant du critère d'examen, les Communautés européennes font valoir que la tâche d'un groupe spécial, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, est d'examiner objectivement les faits à la lumière du droit. Selon les Communautés européennes, il est bien établi que, dans le cadre de l'Accord SMC, les groupes spéciaux ne peuvent pas procéder à une évaluation *de novo* de la décision de l'autorité chargée de l'enquête. Les Communautés européennes se réfèrent à la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la JIA n'aurait pas pu dûment s'appuyer sur le rapport de la Deutsche Bank pour conclure que la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial".²⁴⁷ Les Communautés européennes ne sont pas en mesure d'exprimer un avis sur la question de savoir si le Groupe spécial a effectivement procédé à une évaluation *de novo* dans sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, commettant ainsi une erreur de droit, parce que des parties substantielles du rapport du Groupe spécial confidentiel remis aux parties ont été omises de la version publique du rapport au motif qu'elles renfermaient des RCC.²⁴⁸

106. Deuxièmement, s'agissant de l'utilisation des références aux RCC dans le rapport du Groupe spécial, les Communautés européennes estiment qu'elles ne peuvent pas suivre le raisonnement du Groupe spécial parce que la version publique de son rapport, telle qu'elle a été communiquée aux tierces parties et aux autres Membres de l'OMC, est "pleine de blancs dus à la nécessité, selon les allégations, de protéger les [RCC]", en particulier en ce qui concerne la question de l'"action de charger ou ordonner". De l'avis des Communautés européennes, il faut trouver un équilibre approprié, tant du point de vue juridique que du point de vue pratique, pour ce qui est de la protection des RCC. Cependant, les Communautés européennes sont préoccupées par le fait qu'en l'espèce, cet équilibre n'a

différence entre ces termes japonais parce qu'elle traduit le terme "*hatan*" par "en faillite", "effondrement", "liquidation", ou "banqueroute" d'une manière interchangeable.

²⁴⁶ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 110.

²⁴⁷ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 5 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.247).

²⁴⁸ *Ibid.*, paragraphe 8.

pas été trouvé et que la présente procédure peut ne pas être compatible avec le Mémoire d'accord et, en particulier, avec les prescriptions procédurales énoncées aux articles 12:7, 16, 17:10 et 18:2 du Mémoire d'accord.²⁴⁹

107. Troisièmement, s'agissant de la constatation de l'existence d'un "avantage" faite par le Groupe spécial, les Communautés européennes font observer que, nulle part dans son rapport, le Groupe spécial n'a expressément dit qu'un avantage avait été conféré à Hynix en raison d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics coréens à l'égard de parties privées, ni qu'un avantage n'avait pas été conféré en raison de l'absence d'une telle action. Selon les Communautés européennes, les conclusions sont plus subtiles et sont liées à la notion de "caractère raisonnable du point de vue commercial" que le Groupe spécial utilise dans ses analyses tant de l'"action de charger ou ordonner" que de l'"avantage".²⁵⁰

108. En outre, s'agissant de l'expression "parties intéressées", les Communautés européennes appuient la constatation du Groupe spécial selon laquelle il était raisonnable pour la JIA de désigner 16 établissements financiers qui avaient octroyé un financement à Hynix en tant que "parties intéressées" dans l'enquête. Les Communautés européennes souscrivent à l'analyse de l'article 12 de l'*Accord SMC* faite par le Groupe spécial et demandent à l'Organe d'appel de confirmer l'interprétation de la notion de "partie intéressée" donnée par le Groupe spécial.²⁵¹

109. Les Communautés européennes font valoir, en ce qui concerne les méthodes de calcul de l'avantage utilisées par la JIA, que le Groupe spécial n'a pas établi que la formule 1 et la formule 2 utilisées par la JIA étaient incompatibles avec les méthodes énoncées dans les *Directives* du Japon de façon à justifier la conclusion selon laquelle les "méthodes utilisées" n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon. Les constatations du Groupe spécial exigent, au moins en fait si ce n'est en droit, que toute formule détaillée que l'autorité chargée de l'enquête entend utiliser soit énoncée dans la législation ou les réglementations d'application nationales. De l'avis des Communautés européennes, cette constatation du Groupe spécial est incompatible avec le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC* et l'Organe d'appel devrait donc l'infirmier.²⁵²

110. De plus, les Communautés européennes appuient l'appel de la constatation du Groupe spécial relative à l'imputation de l'avantage interjeté par le Japon et estiment que, si la période d'imputation

²⁴⁹ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphes 10 à 29.

²⁵⁰ *Ibid.*, paragraphes 30 et 31.

²⁵¹ *Ibid.*, paragraphes 35 à 37.

²⁵² *Ibid.*, paragraphes 38 à 44.

concernant une subvention non récurrente est arrivée à expiration, l'avantage conféré par cette subvention a normalement cessé d'exister et le "retrait" de la subvention ne nécessite normalement pas le remboursement de fonds. Cependant, de l'avis des Communautés européennes, il n'est pas nécessaire que l'Organe d'appel statue sur cette question parce que la simple expiration de la période d'imputation n'équivaut pas à un "retrait", qui, selon les Communautés européennes, nécessite une action positive légale ou administrative de la part du Membre qui a accordé la subvention.²⁵³

111. Enfin, s'agissant du lien de causalité, les Communautés européennes estiment qu'une fois qu'une subvention a été accordée à une société pour un produit donné, il est raisonnablement possible de déterminer que la subvention a eu pour effet d'abaisser le prix de ce produit (à savoir, "en l'absence de" la subvention, le prix serait plus élevé), de sorte que, dans la pratique, l'effet des importations subventionnées revient au même que l'effet de la subvention. Pour les Communautés européennes, la situation dans le cadre de la Partie III de l'*Accord SMC* n'est pas fondamentalement différente, même si, dans la Partie V de l'Accord, l'accent est mis en particulier sur les importations, étant donné la nature de la mesure corrective compensatoire à imposer.²⁵⁴

2. États-Unis

112. Les États-Unis font valoir que le calcul par la JIA de l'avantage conféré par les échanges de créances contre des participations était incompatible avec l'article 14 a) de l'*Accord SMC*.²⁵⁵

113. Les États-Unis ne souscrivent pas à la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a indûment établi une mesure compensatoire pour l'intégralité du montant des échanges de créances contre des participations pour deux raisons. Premièrement, ils estiment que la constatation du Groupe spécial "passe à côté du point essentiel, à savoir que le marché commercial *n'aurait pas accordé de participation au capital social d'Hynix*".²⁵⁶ Comme le marché commercial n'aurait pas accordé de participation au capital social (qu'il n'est pas nécessaire de rembourser, à la différence d'un prêt), il est raisonnable de considérer que l'intégralité de la participation au capital social confère un avantage.

114. Deuxièmement, les États-Unis estiment que l'"amalgame" d'Hynix et de ses actionnaires fait par le Groupe spécial révèle le type d'"incohérence interne" pour laquelle le Groupe spécial lui-même a "châtié" la JIA.²⁵⁷ La justification donnée par le Groupe spécial était qu'Hynix devait diluer les parts

²⁵³ Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphes 45 à 47.

²⁵⁴ *Ibid.*, paragraphes 32 à 34.

²⁵⁵ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphes 4 et 5.

²⁵⁶ *Ibid.*, paragraphe 3. (italique dans l'original)

²⁵⁷ *Ibid.*, paragraphe 4.

des actionnaires existants au moment de la participation au capital social et, par conséquent, qu'Hynix n'a pas reçu un avantage correspondant au montant total de cette participation. Selon les États-Unis, "la nécessité de diluer les parts des actionnaires existants, même si elle est vraie au plan factuel, est dénuée de pertinence" car "Hynix était le bénéficiaire de la contribution financière, et non pas les actionnaires", et toute dilution affecterait uniquement les actionnaires existants, et non pas Hynix.²⁵⁸ De l'avis des États-Unis, il faut faire une distinction entre une société et ses actionnaires. Autrement, une situation dans laquelle une entité publique détenant des parts dans une société prend une participation supplémentaire au capital social de la société pourrait ne pas conférer d'avantage, sous prétexte que l'actionnaire s'est seulement avantage lui-même.²⁵⁹ Les États-Unis font d'autre part observer que le Groupe spécial chargé de l'affaire *Corée – Navires de commerce* a rejeté cette approche, dans le contexte d'une analyse de la "contribution financière".²⁶⁰

III. Questions soulevées dans le présent appel

115. Les questions soulevées dans le présent appel introduit par le Japon sont les suivantes, à savoir:

- a) si, dans son examen de la détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" visant les quatre créanciers faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en n'examinant pas les éléments de preuve de la JIA dans leur totalité; et, par conséquent, si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la détermination de la JIA est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;
- b) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA a agi d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* en déterminant que la restructuration de décembre 2002 avait conféré un avantage à Hynix;
- c) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA avait indûment calculé le montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*; et en ne

²⁵⁸ Communication des États-Unis en tant que participant tiers, paragraphe 4 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphes 7.419 à 7.423).

²⁵⁹ *Ibid.*, paragraphe 4.

²⁶⁰ *Ibid.*

procédant pas à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord;

- d) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les méthodes utilisées par la JIA pour calculer l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationale du Japon, comme l'exige le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*; et en ne procédant pas à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord; et
- e) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le Japon a agi d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'*Accord SMC* en percevant des droits compensateurs sur des importations dont la JIA elle-même avait constaté qu'elles n'étaient pas subventionnées au moment de l'imposition du droit; et en ne procédant pas à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord.

116. Les questions soulevées dans l'autre appel introduit par la Corée sont les suivantes, à savoir:

- a) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la détermination de la JIA selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 avait conféré un avantage à Hynix n'est pas incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*;
- b) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA n'avait pas agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 et 12.9 de l'*Accord SMC* en considérant certains établissements financiers comme des "parties intéressées" et en recourant aux "données de fait disponibles" pour les établissements financiers qui n'avaient pas communiqué de renseignements;
- c) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA pouvait dûment qualifier les transactions en cause dans le cadre des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 de transactions comportant des "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*; et
- d) si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA n'a pas agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*, parce qu'elle n'avait pas démontré séparément que les importations subventionnées, selon les allégations, causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*.

IV. La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

117. Nous commençons notre examen des questions soulevées dans le présent appel par l'examen de l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a adopté une approche erronée de son examen de la détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" rendue par l'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") s'agissant d'un programme de restructuration des dettes mis en œuvre par Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix") et ses créanciers en décembre 2002.

118. Dans sa détermination, la JIA a conclu que quatre des créanciers privés d'Hynix – la Banque de change coréenne (la "KEB"), la banque Woori, la banque Chohung et la Fédération nationale des coopératives agricoles (la "NACF") (les "quatre créanciers") – avaient été chargés par les pouvoirs publics coréens de participer aux programmes de restructuration des dettes mis en œuvre par Hynix et ses créanciers (les "restructurations") en octobre 2001 et décembre 2002²⁶¹, ou s'étaient vu ordonner de le faire, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, et que leur participation aux restructurations s'apparentait à des "contributions financières" au sens de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1). La JIA n'a pas formulé de constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard des créanciers restants qui avaient aussi participé aux restructurations (les "autres créanciers").²⁶² Le Groupe spécial a résumé le raisonnement qui sous-tend la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA comme suit:

Pour dire les choses brièvement, la JIA a constaté que les décisions des quatre créanciers de participer aux restructurations n'étaient pas raisonnables d'un point de vue commercial, et qu'elles ne pouvaient donc s'expliquer que par un facteur externe, non commercial, à savoir l'implication des pouvoirs publics coréens dans les restructurations. À l'appui de cette explication, diverses déclarations de ministres du gouvernement, représentants officiels et autres, ainsi que des déclarations sans indications de source, et diverses circonstances en rapport avec les restructurations étaient mentionnées dans la détermination faite par la JIA en tant qu'éléments de preuve circonstanciels indiquant une action de charger ou ordonner. C'était la totalité de ces éléments de preuve qui constituait le fondement de la constatation de la JIA.²⁶³

119. Selon le Groupe spécial, la Corée a allégué que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* parce que la JIA ne disposait pas d'une base appropriée pour constater que les pouvoirs publics coréens avaient chargé les quatre créanciers

²⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.50.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*, paragraphe 7.51.

de participer aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, ou leur avaient ordonné de le faire.²⁶⁴ En particulier, la Corée a fait valoir que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA reposait sur un soi-disant "syllogisme" consistant en trois postulats²⁶⁵: i) l'intention des pouvoirs publics coréens de "maintenir Hynix en vie"; ii) aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix; et iii) l'absence d'éléments de preuve établissant que les quatre créanciers avaient procédé à une analyse suffisante du caractère raisonnable du point de vue commercial des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 avant de les conclure.²⁶⁶ Pour la Corée, "tous les postulats du syllogisme de la JIA étaient viciés, parce qu'ils reposaient sur des présomptions plutôt que sur des éléments de preuve".²⁶⁷ Le Groupe spécial a noté que la Corée n'avait pas contesté l'approche méthodologique fondamentale adoptée par la JIA. Elle a plutôt contesté la validité de plusieurs conclusions intermédiaires établies par la JIA pour faire sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner.²⁶⁸

120. Au début, le Groupe spécial a identifié le critère d'examen qu'il entendait appliquer dans son examen de la détermination de l'existence d'une subvention faite par la JIA. Sur la base de l'article 11 du Mémoire d'accord et des indications fournies par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* et *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Nous sommes donc conscients du fait que ce n'est pas notre rôle de procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve dont disposait la JIA au moment où elle a fait sa détermination. Nous examinerons 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 la JIA. Notre tâche consiste, en premier lieu, à comprendre ce que la JIA a décidé et comment elle est arrivée à ces décisions. Notre examen de ces décisions sera éclairé par le point de savoir si la JIA a fourni une explication motivée et adéquate: i) de la façon dont les éléments de preuve étayaient ses constatations factuelles; et ii) de la façon dont ces constatations factuelles étayaient la détermination globale de l'existence d'une subvention. En même temps, nous pensons que notre examen des conclusions de la JIA doit être critique et approfondi, et que nous ne remplissons pas

²⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.52.

²⁶⁵ À l'audience, la Corée a indiqué que, bien que son argument ne soit pas un "syllogisme" au sens strict, elle soutenait néanmoins que la JIA s'était appuyée sur trois postulats pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner.

²⁶⁶ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.57.

²⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 7.59.

²⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.61.

notre fonction si nous nous en remettions simplement aux conclusions de la JIA.²⁶⁹

121. Le Groupe spécial a commencé son analyse en examinant certaines questions "de droit, d'interprétation et de preuve" soulevées dans les allégations et arguments des parties.²⁷⁰ Premièrement, s'agissant de la notion d'"action de charger ou ordonner" figurant à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, le Groupe spécial a noté la clarification donnée par l'Organe d'appel selon laquelle, pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, "il faut ... que les pouvoirs publics octroient une responsabilité à un organisme privé – ou exercent leur pouvoir sur un organisme privé – pour faire une contribution financière".²⁷¹ Deuxièmement, s'agissant du critère en matière de preuve, l'Organe d'appel a dit que "ni l'*Accord SMC* ni le Mémorandum d'accord ne formul[ait] explicitement un critère en ce qui concerne les éléments de preuve requis pour justifier une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner", et que ni l'*Accord SMC*, ni le Mémorandum d'accord n'impos[ait] à l'autorité chargée de l'enquête "un critère particulier en ce qui concerne les éléments de preuve étayant sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner".²⁷² Le Groupe spécial a donc estimé qu'en traitant les arguments de fond avancés par les parties, il "examiner[ait] simplement si les éléments de preuve dont disposait la JIA pouvaient ou non étayer sa conclusion de l'existence d'une action de charger ou ordonner".²⁷³

122. Ayant ainsi défini le critère d'examen, le Groupe spécial a entrepris d'examiner la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner s'agissant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 faite par la JIA. Sur la base de son examen des éléments de preuve utilisés par la JIA pour ce qui est de la restructuration d'octobre 2001, le Groupe spécial a estimé que ces éléments de preuve "pouvaient dûment être interprétés comme indiquant que les pouvoirs publics coréens avaient une préférence pour le maintien d'Hynix, et que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix".²⁷⁴ Le Groupe spécial a constaté que certaines informations concernant des annonces faites par les Ministres de l'économie en juillet 2001, sur lesquelles s'était appuyée la JIA, pourraient être dûment interprétées

²⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.43 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 186 à 188; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 93). (note de bas de page omise)

²⁷⁰ *Ibid.*, paragraphe 7.61.

²⁷¹ *Ibid.*, paragraphe 7.62 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138).

²⁷² *Ibid.*, paragraphe 7.77 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138).

²⁷³ *Ibid.*, paragraphe 7.81.

²⁷⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.105.

par une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale "comme des éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de poursuivre la restructuration d'Hynix au-delà de la restructuration de mai 2001".²⁷⁵ Le Groupe spécial a conclu, en se référant à certaines déclarations d'un créancier d'Hynix et à une déclaration concernant la Banque coréenne de développement (la "KDB") sur lesquelles s'était appuyée la JIA, que:

... une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale pourrait dûment conclure de ces déclarations, lues à la lumière des éléments de preuve pertinents concernant la restructuration d'octobre 2001, que les pouvoirs publics coréens étaient directement impliqués dans la restructuration de décembre 2002, et que cela tenait au fait que l'intention des pouvoirs publics coréens était de sauver Hynix.²⁷⁶

123. Après un examen de certains autres éléments de preuve dont était saisie la JIA, le Groupe spécial a constaté par ailleurs que "la JIA aurait pu dûment conclure que, en définitive, les éléments de preuve indiquaient effectivement que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix"²⁷⁷ et que:

[c]ompte tenu des éléments de preuve indiquant des pressions exercées par les pouvoirs publics sur les créanciers d'Hynix dans un passé récent, et des éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement afin de préserver Hynix en tant qu'entreprise en exploitation au moment des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, ... la JIA aurait pu dûment conclure que les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de sauver Hynix au moment de ces restructurations – au moyen d'une intervention directe si nécessaire – même si les éléments de preuve versés au dossier n'allaient pas tous dans ce sens.²⁷⁸

124. Résumant son examen des éléments de preuve dont il était saisi, le Groupe spécial a constaté, s'agissant du premier postulat du syllogisme de la Corée, que "la JIA aurait pu dûment conclure que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix au moment des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002".²⁷⁹

125. Le Groupe spécial a ensuite entrepris d'évaluer l'argument de la Corée selon lequel les éléments de preuve versés au dossier n'étaient pas la conclusion de la JIA selon laquelle les

²⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.107.

²⁷⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.109.

²⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 7.113. (note de bas de page omise)

²⁷⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.113.

²⁷⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.114.

décisions des quatre créanciers de participer aux restructurations reposaient sur des considérations non commerciales. Le Groupe spécial a rejeté l'argument de la Corée s'agissant de la restructuration d'octobre 2001.²⁸⁰ Cependant, en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, le Groupe spécial a constaté que la JIA avait fait erreur en concluant que la participation des quatre créanciers à cette restructuration reposait sur des considérations non commerciales. L'examen de cette question par le Groupe spécial visait plus particulièrement le traitement par la JIA d'un plan de restructuration établi par la Deutsche Bank qui avait été mis à la disposition des créanciers d'Hynix à l'époque où ils ont entrepris la restructuration de décembre 2002 (le "rapport de la Deutsche Bank").²⁸¹ Après avoir analysé divers aspects du rapport de la Deutsche Bank, le Groupe spécial a conclu que "la détermination de la JIA selon laquelle le rapport de la Deutsche Bank n'offrait pas aux créanciers existants une base commerciale appropriée pour participer à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable et objective".²⁸²

126. Le Groupe spécial a résumé les résultats de son analyse relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner comme suit:

Nous notons que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA était fondée sur "la totalité des nombreux éléments de preuve obtenus". Nous notons également que la JIA a commencé son résumé de sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner concernant la restructuration de décembre 2002 en faisant référence à sa constatation selon laquelle les décisions prises par les quatre créanciers de participer à cette restructuration "n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales". Le caractère raisonnable du point de vue commercial a donc joué un rôle important dans la constatation par la JIA de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Ainsi qu'il est noté plus haut, la constatation de la JIA selon laquelle la participation des quatre créanciers à la restructuration n'était pas raisonnable du point de vue commercial était en grande partie fondée sur son rejet du rapport de la Deutsche Bank. Notre constatation selon laquelle la JIA a fait erreur dans son analyse tant de la forme que du fond du rapport de la Deutsche Bank invalide donc la constatation de la JIA selon laquelle la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial, faisant apparaître un vice rédhibitoire dans la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA. Bien que la JIA ait également fondé sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur des éléments de preuve indiquant

²⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.252. La Corée ne fait pas appel de cette constatation du Groupe spécial.

²⁸¹ Pièce KOR-20 présentée par la Corée au Groupe spécial. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.155 à 7.247.

²⁸² *Ibid.*, paragraphe 7.245.

que les pouvoirs publics coréens "étaient dans une position qui leur permettait d'exercer une influence suffisante sur" les quatre créanciers, et que les pouvoirs publics coréens "avaient la volonté politique de faire survivre Hynix" et "avaient suivi en permanence le déroulement du débat sur le programme de décembre 2002", la JIA s'est abstenue de constater que de tels éléments de preuve en eux-mêmes et à eux seuls (à savoir sans considérer le fait que la restructuration n'était pas raisonnable du point de vue commercial) démontraient que les pouvoirs publics coréens avaient confié aux quatre créanciers la responsabilité de procéder à la restructuration de décembre 2002 ou avaient de fait exercé un quelconque pouvoir sur les quatre créanciers pour qu'ils procèdent à cette restructuration. Puisque la JIA n'a pas formulé une telle constatation, rien ne nous permet de conclure si la JIA aurait pu ou non dûment s'appuyer sur de tels éléments de preuve (sans considérer le fait que la restructuration n'était pas raisonnable du point de vue commercial) pour faire une détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Ce n'est pas notre rôle de procéder à un examen *de novo* de cette question en demandant si une telle constatation aurait pu être formulée par la JIA.²⁸³

127. Le Groupe spécial a conclu que, comme la JIA ne pouvait pas avoir dûment constaté que la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial, elle ne disposait pas d'une base appropriée pour déterminer que les quatre créanciers avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de participer à la restructuration de décembre 2002, en violation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.²⁸⁴

128. En appel, le Japon allègue que le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs dans son examen de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002. Le Japon soutient, premièrement, que le Groupe spécial a fait erreur en limitant le champ de son examen au rapport de la Deutsche Bank, sans examiner, comme l'avait fait la JIA, si les éléments de preuve dans leur totalité étayaient la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA.²⁸⁵ Pour le Japon, avec l'approche du Groupe spécial, l'autorité chargée de l'enquête serait dans l'impossibilité de s'appuyer sur la totalité des éléments de preuve, car en vertu d'une telle approche "un vice dans l'évaluation de l'un des nombreux éléments de preuve [par l'autorité chargée de l'enquête] entraînerait nécessairement la nullité de toute la détermination".²⁸⁶ Outre qu'il conteste l'examen par le Groupe spécial de la constatation globale de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA, le Japon critique aussi l'examen par le

²⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.253.

²⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.254.

²⁸⁵ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 63.

²⁸⁶ *Ibid.*, paragraphe 70.

Groupe spécial de la constatation intermédiaire de la JIA concernant le caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002. En particulier, le Japon soutient que le Groupe spécial a utilisé une approche incorrecte pour examiner les constatations de la JIA concernant le rapport de la Deutsche Bank et n'a pas pris suffisamment en considération les autres éléments de preuve circonstanciels étayant la conclusion de la JIA.²⁸⁷ Compte tenu de ces erreurs alléguées, le Japon allègue que le Groupe spécial ne s'est pas conformé à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord et nous demande d'infirmar la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par le Groupe spécial s'agissant de la restructuration de décembre 2002.²⁸⁸

129. La Corée conteste les communications du Japon et soutient que les constatations du Groupe spécial concernant le caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers au processus de restructuration sont des constatations factuelles qui ne relèvent pas du champ de l'examen en appel. En tout état de cause, la Corée rejette l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord dans son examen de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA. Premièrement, selon la Corée, le critère d'examen appliqué par le Groupe spécial était compatible avec le critère identifié par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* et dans des affaires ultérieures.²⁸⁹ Deuxièmement, la Corée estime qu'un examen de la décision du Groupe spécial confirme que celui-ci "a refusé de substituer son jugement à celui de la JIA" et que, si on la considère dans son ensemble, le Groupe spécial n'a pas procédé à un examen *de novo*.²⁹⁰ La Corée ne souscrit pas non plus à l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a commis des erreurs dans son examen des constatations de la JIA concernant le rapport de la Deutsche Bank.

130. Les participants ne contestent pas la présentation du critère d'examen faite par le Groupe spécial.²⁹¹ Le Japon soutient plutôt que le Groupe spécial a fait erreur dans son *application* du critère d'examen prescrit par l'article 11 du Mémoire d'accord et précisé par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* et *États-Unis – Bois*

²⁸⁷ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 74.

²⁸⁸ *Ibid.*, paragraphe 166.

²⁸⁹ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 53 à 55 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 186 à 188; et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 93).

²⁹⁰ *Ibid.*, paragraphes 56 et 57.

²⁹¹ Réponses du Japon et de la Corée aux questions posées à l'audience.

de construction résineux VI (article 21:5 – Canada). Nous entreprenons donc d'examiner si le Groupe spécial a correctement appliqué le critère d'examen dans son évaluation de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002.²⁹²

A. *L'examen par le Groupe spécial de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA*

131. L'Organe d'appel a déjà constaté que "lorsque l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur la totalité des éléments de preuve circonstanciels, cela impose au Groupe spécial l'obligation d'examiner, dans le contexte de la *totalité* des éléments de preuve, comment l'*interaction* de certains éléments de preuve peut justifier certaines inférences qui n'auraient pas pu être justifiées par un examen des éléments de preuve pris individuellement pris isolément".²⁹³ En outre, si l'autorité chargée de l'enquête explique que la totalité des éléments de preuve étayent la conclusion établie, le groupe spécial doit entreprendre un examen critique du point de savoir si, compte tenu des éléments de preuve versés au dossier, la conclusion de l'autorité chargée de l'enquête était motivée et adéquate.²⁹⁴ L'Organe d'appel a également dit que des erreurs dans l'examen des éléments de preuve pris individuellement par l'autorité chargée de l'enquête "auraient indubitablement une incidence sur un examen de la *totalité* des éléments de preuve, car ces pièces constitueraient des éléments de preuve que le Groupe spécial examinerait dans leur ensemble pour évaluer les éléments de preuve à l'appui de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par [l'autorité chargée de l'enquête]".²⁹⁵ Enfin, nous rappelons la déclaration de l'Organe d'appel aux termes de laquelle, "pour examiner les éléments de preuve à la lumière de la méthode employée par l'autorité chargée de l'enquête, l'analyse d'un groupe spécial devrait toujours tendre à examiner la décision de l'administration en suivant les règles qu'elle a définies, en particulier, en identifiant l'inférence faite

²⁹² Nous notons que la Corée n'a *pas* fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA disposait d'une base appropriée pour constater que les pouvoirs publics coréens avaient chargé les quatre créanciers de participer à la restructuration d'octobre 2001, ou leur avaient ordonné de le faire. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.252.) La constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par le Groupe spécial, telle qu'elle se rapporte à la restructuration d'octobre 2001, demeure donc valable.

²⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 157. (italique dans l'original)

²⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 93.

²⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 154. (italique dans l'original)

par l'*administration* à partir des éléments de preuve, puis en examinant si les éléments de preuve pouvaient soutenir cette inférence".²⁹⁶

132. En l'espèce, le Groupe spécial a reconnu que la JIA avait fondé sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur "la totalité des nombreux éléments de preuve obtenus".²⁹⁷ En particulier, le Groupe spécial a reconnu que la JIA s'était appuyée sur des éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens ""étaient dans une position qui leur permettait d'exercer une influence suffisante sur" les quatre créanciers, et que les pouvoirs publics coréens "avaient la volonté politique de faire survivre Hynix" et "avaient suivi en permanence le déroulement du débat sur le programme [de restructuration] de décembre 2002"". ²⁹⁸ Cependant, le Groupe spécial a constaté qu'il ne disposait d'"aucune base" pour évaluer si la JIA aurait pu maintenir sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en utilisant des éléments de preuve autres que ceux qui concernaient le caractère raisonnable du point de vue commercial. Selon le raisonnement du Groupe spécial, puisque la JIA n'avait pas entrepris un tel exercice, le Groupe spécial ne pouvait pas le faire, car cela s'apparenterait à un examen *de novo*.²⁹⁹

133. Nous ne souscrivons pas à l'approche adoptée par le Groupe spécial. La JIA a établi sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en prenant en considération la totalité des éléments de preuve dont elle était saisie. Il ne nous apparaît pas évident que la JIA ait accordé un tel poids décisif à la question du caractère raisonnable du point de vue commercial au point de faire perdre toute importance aux autres éléments de preuve relatifs à l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix et à leur intervention dans le processus de restructuration. La JIA a fait une évaluation globale des éléments de preuve dont elle était saisie. Le caractère raisonnable du point de vue commercial, en particulier le rapport de la Deutsche Bank, a peut-être été un facteur important dans ses considérations, mais il est déraisonnable d'escompter que la JIA ait entrepris d'examiner si les autres éléments de preuve auraient en eux-mêmes confirmé sa constatation de l'existence d'une action

²⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 151. (italique dans l'original)

²⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.51, 7.73 et 7.253 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 285 et 288; et à la détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 20).

²⁹⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.253 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 370).

²⁹⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.253. Dans sa communication d'appelant, le Japon conteste l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle la JIA "s'est abstenue" de constater que ces autres éléments de preuve étaient suffisants pour étayer la conclusion de la JIA relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner. (Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 71)

de charger ou ordonner.³⁰⁰ En effet, la JIA ne peut pas être censée procéder en partant du principe que certains aspects de son raisonnement seraient ultérieurement jugés défectueux.

134. Le Groupe spécial aurait dû examiner si les éléments de preuve restants dont était saisie la JIA constituaient une base objective pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, nonobstant la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'évaluation du rapport de la Deutsche Bank par la JIA était viciée. Cela n'aurait pu être fait qu'en prenant en considération la totalité des éléments de preuve, y compris, en particulier, les éléments de preuve relatifs à l'intention et à l'implication des pouvoirs publics coréens dans les restructurations. Cela est d'autant plus le cas compte tenu des constatations antérieures du Groupe spécial selon lesquelles "la JIA aurait pu dûment conclure que, en définitive, les éléments de preuve indiquaient effectivement que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix"³⁰¹ et, "[c]ompte tenu des éléments de preuve indiquant des pressions exercées par les pouvoirs publics sur les créanciers d'Hynix dans un passé récent, et des éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement afin de préserver Hynix en tant qu'entreprise en exploitation au moment des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, ... la JIA aurait pu dûment conclure que les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de sauver Hynix au moment de ces restructurations – au moyen d'une intervention directe si nécessaire – même si les éléments de preuve versés au dossier n'allaient pas tous dans ce sens".³⁰² Le Groupe spécial n'a pas entrepris un tel examen et n'a donc pas dûment appliqué le critère d'examen requis.

135. Nous reconnaissons qu'il peut y avoir des cas dans lesquels certaines constatations intermédiaires peuvent être si importantes pour la conclusion finale de l'autorité chargée de l'enquête qu'une erreur à un stade intermédiaire du raisonnement peut vicier la conclusion finale. De fait, une évaluation de l'importance des différents facteurs pris en considération par l'autorité chargée de l'enquête est au cœur de l'évaluation que doit faire un groupe spécial. Ce qu'un groupe spécial ne devrait pas faire, c'est recourir à un "syllogisme" *a priori* qui accorde un certain poids présumé à certaines propositions. Il en va d'autant plus ainsi lorsque ce n'était pas l'approche de l'évaluation des éléments de preuve adoptée par l'autorité chargée de l'enquête.

136. En l'espèce, la constatation du Groupe spécial relative à l'intention et à l'implication des pouvoirs publics coréens dans le processus de restructuration – selon laquelle la JIA aurait pu dûment conclure que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix et qu'ils étaient prêts à

³⁰⁰ Voir la note de bas de page 304 du présent rapport.

³⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.113.

³⁰² *Ibid.* Voir aussi *ibid.*, paragraphes 7.109 et 7.114.

intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix – vise aussi bien la restructuration d'octobre 2001 que celle de décembre 2002.³⁰³ Le Groupe spécial a constaté que la restructuration d'octobre 2001 comportait une action de charger ou ordonner en se fondant sur le fait qu'il avait confirmé la détermination de la JIA selon laquelle la participation des quatre créanciers à cette restructuration n'était pas raisonnable du point de vue commercial. Le Groupe spécial a constaté que la restructuration de décembre 2002 ne comportait pas d'action de charger ou ordonner, parce qu'il a conclu que la JIA n'avait pas dûment établi que la participation des quatre créanciers à cette restructuration n'était pas raisonnable du point de vue commercial. Ainsi, il nous semble que la seule base à partir de laquelle le Groupe spécial a tiré des conclusions différentes concernant l'existence d'une action de charger ou ordonner dans le cadre des deux restructurations était constituée de ses constatations relatives au caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à ces restructurations.

137. Le Groupe spécial n'a pas expliqué d'une manière adéquate pourquoi une constatation du caractère raisonnable du point de vue commercial, en soi, était indispensable pour constater finalement l'existence d'une action de charger ou ordonner. Rien dans la détermination de la JIA ne nous laisse penser qu'elle considérait le caractère raisonnable du point de vue commercial comme indispensable pour constater finalement l'existence d'une action de charger ou ordonner. Même si le Groupe spécial avait eu raison d'estimer que la constatation de la JIA relative au caractère déraisonnable du point de vue commercial n'était pas étayée par des éléments de preuve, cela seul ne rendrait pas nécessairement caduque la détermination d'une action de charger ou ordonner de la JIA. Comme nous l'avons dit plus haut, le Groupe spécial aurait dû examiner si, à la lumière des éléments de preuve restants, la JIA aurait pu néanmoins établir sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner.³⁰⁴

138. Nous reconnaissons que le caractère déraisonnable du point de vue commercial des transactions financières est un facteur pertinent pour déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, en particulier lorsque l'autorité chargée de l'enquête cherche à établir qu'il y a eu intervention des pouvoirs publics en se fondant sur des éléments de preuve circonstanciels. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il ne soit

³⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.113 et 7.114.

³⁰⁴ Nous relevons, à cet égard, que la détermination de la JIA fait référence, entre autres choses, à certains autres éléments de preuve qui donnent à penser que les pouvoirs publics coréens étaient en mesure de contrôler ou d'influencer les décisions des quatre créanciers: le pouvoir d'actionnaire qu'ils détenaient vis-à-vis d'eux; un Mémoire d'accord conclu entre certains des quatre créanciers et un organisme administratif (la Société coréenne d'assurance des dépôts); et des cautions bancaires fournies par les pouvoirs publics coréens. (Voir la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 58, 60 à 63, 79 à 81, 351, 356 et 359.) Le Groupe spécial n'a pas examiné ces éléments de preuve. Voir aussi, *supra*, paragraphe 134.

jamais possible de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner sauf s'il est établi que les transactions financières avaient un caractère non commercial. Une constatation selon laquelle les créanciers ont agi en se fondant sur le caractère raisonnable du point de vue commercial, tout en étant pertinente, n'est pas déterminante de la question de l'action de charger ou ordonner. Les pouvoirs publics pourraient charger un créancier d'octroyer un prêt, ou lui ordonner de le faire, prêt que ce créancier accorderait ensuite à des conditions commerciales. Autrement dit, théoriquement, il pourrait y avoir action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, même lorsque la contribution financière est faite à des conditions raisonnables du point de vue commercial.³⁰⁵

139. Compte tenu de ce qui précède, nous *constatons* que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, parce qu'il n'a pas examiné si les éléments de preuve de la JIA dans leur totalité étayaient la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA.

B. *La conclusion du Groupe spécial au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC*

140. À la suite de son examen des éléments de preuve et des constatations intermédiaires qui sous-tendent la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA, le Groupe spécial a conclu que "la JIA ne disposait pas d'une base appropriée pour constater que les quatre créanciers étaient chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de

³⁰⁵ À l'audience, la Corée a reconnu que les questions de l'action de charger ou ordonner et de l'avantage constituaient deux prescriptions juridiques distinctes et que le caractère commercial des contributions financières était plus pertinent pour déterminer la question de l'avantage. Nous notons également que, en réponse à la question n° 64 posée par le Groupe spécial, la Corée a affirmé ce qui suit:

D'un point de vue conceptuel, l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) ne limite pas une constatation de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" aux situations dans lesquelles des entités privées sont contraintes par les pouvoirs publics d'entreprendre des actions qui ne sont pas dans leur propre intérêt. Les pouvoirs publics pourraient, par exemple, ordonner à une banque d'accorder un prêt à des conditions commerciales à un emprunteur solvable. Dans ces cas-là, il pourrait y avoir action de charger ou ordonner, mais il n'y aurait pas par ailleurs d'avantage pour le bénéficiaire – et, par conséquent, il n'y aurait pas de subvention.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.66)

Le Groupe spécial a cru comprendre que la Corée admettait que:

... sur le plan du droit, ... l'autorité chargée de l'enquête peut constater l'existence d'une contribution financière sur la base d'une action de charger ou ordonner à l'égard d'organismes privés, même si ces organismes privés ne sont pas obligés d'agir contrairement à leur propre intérêt.

(*Ibid.*, paragraphe 7.67)

participer à la restructuration de décembre 2002, ce qui est contraire à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*'.³⁰⁶

141. Nous avons constaté que le Groupe spécial avait appliqué une approche erronée de son analyse de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA et qu'ainsi, il n'avait pas appliqué le critère d'examen approprié conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord. À notre avis, cela infirme le fondement de la conclusion du Groupe spécial, citée plus haut, selon laquelle la JIA n'aurait pas pu dûment constater l'existence d'une action de charger ou ordonner.³⁰⁷ Comme cette conclusion est le seul fondement de la constatation d'incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* faite par le Groupe spécial, nous *infirmos* la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.254 et 8.2 a) de son rapport, selon laquelle la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard des quatre créanciers de la part des pouvoirs publics coréens faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002 est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Dans ces conditions, aux fins de l'évaluation de l'examen par le Groupe spécial de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner les arguments du Japon concernant la question du caractère raisonnable du point de vue commercial.³⁰⁸

142. Nous notons qu'aucun des participants n'a demandé, dans sa communication écrite, que nous achevions l'analyse juridique en entreprenant notre propre examen de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA si nous devons infirmer la constatation d'incompatibilité avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* faite par le Groupe spécial. À l'audience, la Corée a tenté de suggérer que nous achevions l'analyse, mais a reconnu la difficulté de cette tâche. Nous ne considérons pas que les participants aient suffisamment traité, dans leurs communications, les questions qu'il nous faudrait peut-être examiner pour achever l'analyse en l'espèce, y compris la valeur probante de certains éléments de preuve que le Groupe spécial n'a pas pris en considération.

³⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.254.

³⁰⁷ Nous notons que la Corée convient qu'une constatation d'erreur au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, en ce qui concerne le critère d'examen du Groupe spécial, nécessiterait d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la détermination de la JIA est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. (Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience)

³⁰⁸ En réponse aux questions posées à l'audience, le Japon a convenu que nous ne serions pas tenus d'examiner ses arguments concernant le caractère raisonnable du point de vue commercial dans la mesure où nous conviendrions avec lui que le Groupe spécial a fait erreur dans son examen de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* s'agissant de la restructuration de décembre 2002. Cependant, nous traitons ces arguments à la section V du présent rapport dans le contexte de notre examen de la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002.

Dans ces circonstances, nous ne sommes pas en mesure d'achever l'analyse pour établir notre propre conclusion concernant la compatibilité de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la JIA avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, et, par conséquent, nous ne le faisons pas.

V. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002

143. Le Groupe spécial a constaté que "l'analyse erronée (quant à la forme et quant au fond) du rapport de la Deutsche Bank faite par la JIA infirmait la constatation de cette dernière selon laquelle la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial".³⁰⁹ Comme le Groupe spécial a également constaté que "la JIA a déterminé l'existence d'un avantage par référence au marché et au caractère raisonnable du point de vue commercial"³¹⁰, le Groupe spécial a conclu que la détermination de l'existence d'un "avantage" faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002 était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.³¹¹

144. Le Japon demande que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a indûment déterminé l'existence d'un avantage s'agissant de la restructuration de décembre 2002. Selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse de fond ou indépendante de la détermination de l'existence d'un avantage de la JIA et a fondé sa constatation relative à cette question uniquement sur sa constatation antérieure établissant l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Comme la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner du Groupe spécial était, selon le Japon, erronée, sa constatation relative à la question de l'avantage devrait également être rejetée.³¹²

145. La Corée soutient que la communication du Japon en tant qu'appelant ne satisfait pas aux prescriptions de la Règle 21 2) des *Procédures de travail* ni aux prescriptions en matière de régularité de la procédure. La Corée affirme, en particulier, qu'elle n'avait "pas été avisée d'une manière

³⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³¹⁰ *Ibid.* Compte tenu de sa constatation, le Groupe spécial n'a pas jugé nécessaire d'examiner les autres questions soulevées par la Corée relatives à la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002. (*Ibid.*, paragraphe 7.285)

³¹¹ *Ibid.*, paragraphe 8.2 b).

³¹² Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 168.

adéquate de la nature des arguments du Japon ou qu'une possibilité adéquate de les réfuter ne lui avait pas été ménagée".³¹³

146. Le Japon présente de nombreux arguments, dans sa communication d'appelant, à l'appui de son affirmation selon laquelle l'examen par le Groupe spécial de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA est erroné.³¹⁴ Telles que nous voyons les choses, une lecture attentive de la communication du Japon en tant qu'appelant aurait dû indiquer à la Corée que ces arguments sont également pertinents en ce qui concerne l'examen par le Groupe spécial de la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA. Par conséquent, à notre avis, la communication du Japon en tant qu'appelant satisfait aux prescriptions de la Règle 21 2) des *Procédures de travail* et aux prescriptions en matière de régularité de la procédure.

147. Nous entreprenons d'examiner l'examen par le Groupe spécial de l'analyse du caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 faite par la JIA, afin d'évaluer si le Groupe spécial a fait erreur dans sa constatation relative à la détermination de l'existence d'un avantage de la JIA. Ce faisant, nous notons que la constatation du Groupe spécial concernant la détermination de l'existence d'un avantage de la JIA reposait sur la constatation antérieure du Groupe spécial selon laquelle la JIA n'avait pas dûment établi que la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 "était fondée sur des considérations non commerciales".³¹⁵

A. *L'examen par le Groupe spécial de l'analyse du caractère raisonnable du point de vue commercial faite par la JIA*

148. Dans sa détermination, la JIA a rejeté le rapport de la Deutsche Bank comme preuve du caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 "tant pour des raisons de forme que pour des raisons de fond".³¹⁶ S'agissant de la forme, la JIA a contesté l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank, en avançant, entre autres choses, que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration de ce rapport.³¹⁷ S'agissant du fond, la JIA a constaté que le rapport de la Deutsche Bank comportait des anomalies, qui "auraient dû être faciles à identifier pour une personne engagée dans l'activité de

³¹³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 129.

³¹⁴ Communication du Japon en tant qu'appelant, section II.

³¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.159.

³¹⁷ Détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 341.

financement des entreprises"³¹⁸, et a donc conclu que "le rapport de la Deutsche Bank, examiné aussi du point de vue du contenu, ne constituait pas une base suffisante pour le jugement en matière de financement commercial émis par des établissements financiers expérimentés".³¹⁹

149. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs dans son examen du rapport de la Deutsche Bank. Premièrement, bien que le Groupe spécial ait examiné des éléments de preuve relatifs à neuf articles de presse montrant, selon les allégations, que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank, il n'a pas examiné ces articles de presse dans leur totalité et dans le contexte dans lequel la JIA avait formulé sa constatation. Deuxièmement, le Groupe spécial a commis des erreurs dans son examen de l'analyse de la pertinence de certains éléments de preuve faite par la JIA, y compris une présentation erronée de certaines des constatations de la JIA et l'examen d'une question au sujet de laquelle la Corée n'avait même pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments pertinents. Troisièmement, le Groupe spécial a fait erreur en rejetant certains arguments du Japon qualifiés de justifications *a posteriori*. Selon le Japon, l'approche du Groupe spécial était incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

150. La Corée ne souscrit pas à l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a commis des erreurs dans son examen des constatations de la JIA concernant le rapport de la Deutsche Bank.³²⁰ La Corée rejette aussi l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial n'a pas correctement examiné les articles de presse sur lesquels s'était appuyée la JIA pour indiquer que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank.

151. Nous commençons par examiner les arguments du Japon relatifs aux raisons de "forme" qui sous-tendent le rejet du rapport de la Deutsche Bank par la JIA.

1. L'indépendance du rapport de la Deutsche Bank

152. Le Japon fait observer que la JIA s'est appuyée sur certains articles de presse dans leur totalité ou en tant qu'éléments de preuve "pour mettre en cause la fiabilité du point de vue commercial du rapport de la Deutsche Bank et pour constater en conséquence que les décisions prises par les quatre créanciers de s'engager dans la restructuration de décembre 2002 ne reposaient pas sur des

³¹⁸ Détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 345.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 77.

considérations commerciales".³²¹ Selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas suivi la même approche. Au lieu de cela, il a "exigé qu'un élément de preuve pris individuellement, en lui-même et à lui seul, établisse le bien-fondé de la constatation factuelle intermédiaire de l'intervention des pouvoirs publics coréens dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank faite par la JIA".³²²

153. Nous ne souscrivons pas à la qualification du raisonnement du Groupe spécial faite par le Japon. Le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Même si nous commençons forcément par examiner les articles de presse individuellement, nous les examinons aussi collectivement, au cas où des aspects de différents articles pourraient conjointement étayer une constatation de l'existence d'une intervention des pouvoirs publics, même lorsque les articles pris individuellement ne le font pas.³²³ (note de bas de page omise)

154. Ainsi, contrairement à ce que suggère le Japon, le Groupe spécial n'a pas manqué d'examiner les articles de presse collectivement. En fait, il a constaté que "les articles sur lesquels la JIA s'est appuyée – qu'ils soient lus isolément ou dans leur ensemble – offrent très peu d'éléments à l'appui d'une constatation selon laquelle les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans le rapport de la Deutsche Bank".³²⁴

155. Le Japon critique également l'examen par le Groupe spécial de la question de savoir si le rapport de la Deutsche Bank favorisait les intérêts d'Hynix par rapport à ceux des créanciers.³²⁵ Telles que nous voyons les choses, le Japon déforme le raisonnement du Groupe spécial sur cette question;

³²¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.169).

³²² *Ibid.*, paragraphe 80.

³²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.172.

³²⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.182. En particulier, le Groupe spécial a indiqué que, dans le cadre de son analyse des articles de presse dans leur ensemble, il avait constaté ce qui suit:

... sur les neuf articles sur lesquels la JIA s'est appuyée, un seul (le sixième) laisse entendre que les pouvoirs publics sont effectivement intervenus dans le rapport de la Deutsche Bank. ... De plus, rien dans les autres articles ne pourrait ajouter du poids à une constatation de l'existence d'une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank, sur la base du sixième article. Nous considérons qu'en tant que tels, les articles sur lesquels la JIA s'est appuyée – qu'ils soient lus isolément ou dans leur ensemble – offrent très peu d'éléments à l'appui d'une constatation selon laquelle les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans le rapport de la Deutsche Bank.

(*Ibid.*) (notes de bas de page omises)

³²⁵ Voir la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 120 à 124 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.166 et 7.167). Voir aussi *ibid.*, sous-section II.4 b) ii), page 40.

le Groupe spécial a simplement examiné la question de savoir si la JIA pouvait à juste titre avoir remis en question l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank sur la base de certains éléments de preuve versés au dossier.

156. Le Japon estime par ailleurs que le Groupe spécial a fait erreur en formulant une constatation sur la pertinence d'un contrat de consultant, alors que "la Corée n'avait pas présenté les éléments de preuve et les arguments nécessaires pour établir des éléments *prima facie*" à cet égard.³²⁶ En outre, selon le Japon, le Groupe spécial a recueilli les éléments de preuve dudit "contrat d'office en mars 2007 bien après les deux séances du Groupe spécial et la présentation de tous les arguments par les parties"³²⁷ et n'a pas ménagé aux parties la possibilité de présenter leurs vues au sujet de la pertinence du contrat aux fins de son analyse.

157. Contrairement à ce que semble suggérer le Japon, le contrat de consultant considéré n'a pas été présenté au Groupe spécial pour la première fois à la fin de la procédure du Groupe spécial.³²⁸ En fait, le Japon l'avait inclus en tant que pièce jointe à sa première communication écrite adressée au Groupe spécial.³²⁹ Nous convenons avec la Corée à cet égard que "[l']examen par le Groupe spécial d'un contrat que le Japon avait lui-même présenté à l'appui de ses arguments initiaux ne constitue manifestement pas un déni des droits du Japon en matière de régularité de la procédure".³³⁰ Il est donc également malavisé pour le Japon d'affirmer que la Corée n'a pas établi d'éléments *prima facie*. En l'espèce, c'est à juste titre que le Groupe spécial a procédé à sa propre évaluation de la pertinence du contrat de consultant.

2. Le fond du rapport de la Deutsche Bank

- a) Question de savoir si c'est à juste titre que le Groupe spécial a rejeté certains des arguments du Japon en les qualifiant de justifications *a posteriori*

158. Le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur en qualifiant de justifications *a posteriori* certains des arguments du Japon relatifs à la façon dont le rapport de la Deutsche Bank avait analysé le taux de rendement pour les créanciers en cas de liquidation.³³¹ De l'avis du Japon, le Groupe

³²⁶ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 138.

³²⁷ *Ibid.*, paragraphe 135.

³²⁸ Le Japon l'a reconnu en réponse aux questions posées à l'audience.

³²⁹ Pièce JPN-02-368 présentée par le Japon au Groupe spécial.

³³⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 101.

³³¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 155 et 158 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.216 et 7.220, respectivement).

spécial a agi d'une manière incompatible avec les obligations qui lui incombait en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord en refusant de prendre en considération ses arguments.³³² La Corée conteste l'affirmation du Japon et souligne que la JIA n'a pas traité ces questions dans sa détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner". C'est donc à juste titre que le Groupe spécial les a rejetés en les qualifiant de justifications *a posteriori*.

159. À notre avis, il découle de la prescription voulant que l'autorité chargée de l'enquête présente une explication motivée et adéquate dans ses conclusions, que la justification qui sous-tend ces conclusions doit être exposée dans la détermination de l'autorité chargée de l'enquête. C'est sur la base de cette justification ou explication fournie par l'autorité chargée de l'enquête qu'un groupe spécial doit examiner la compatibilité de la détermination avec un accord visé, y compris la question de savoir si l'autorité chargée de l'enquête a correctement expliqué comment les faits étayaient la détermination qu'elle a faite. Tout comme un groupe spécial doit se préoccuper plus particulièrement dans son examen de la justification ou de l'explication fournie par l'autorité chargée de l'enquête dans son rapport, il est également interdit au Membre défendeur durant la procédure du groupe spécial de présenter une nouvelle justification ou explication *a posteriori* pour justifier la détermination de l'autorité chargée de l'enquête.³³³

160. Sur la base de notre examen de l'analyse du Groupe spécial, nous constatons que le Groupe spécial a eu raison de conclure que les arguments du Japon à cet égard constituaient des justifications *a posteriori* et n'entraient donc pas dans le champ de son examen. Nous rejetons donc ce motif de l'appel du Japon.

b) Reconnaissance d'une erreur par Hynix

161. Le Groupe spécial a observé que l'"anomalie" finale alléguée dans le rapport de la Deutsche Bank identifiée par la JIA était une erreur, que, d'après les allégations, Hynix a admise, et qui, une fois corrigée, aurait eu pour effet de réduire d'un certain montant chacun des taux de recouvrement dans les cas du maintien en exploitation.³³⁴

162. Le Japon fait valoir que, "[n]ulle part dans son rapport, le Groupe spécial n'a pris en considération l'effet de la correction de l'erreur ou de sa signification conformément à ce qu'avait

³³² Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 158.

³³³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 159 et note de bas de page 293 y relative.

³³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.239 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 502).

analysé la JIA".³³⁵ De la sorte, selon le Japon, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en effectuant un examen *de novo* des éléments de preuve pour établir ses propres constatations. Nous ne partageons pas l'avis du Japon. Telles que nous voyons les choses, le Groupe spécial a dûment examiné les éléments de preuve dont il était saisi et constaté que l'erreur alléguée n'était "rien de plus qu'une erreur typographique", qu'il n'était pas nécessaire de corriger.³³⁶ Cette constatation semble être raisonnable et relever du pouvoir discrétionnaire du Groupe spécial. Par conséquent, nous ne voyons aucune raison de modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle "Hynix n'avait identifié aucune erreur d'analyse qui exigeait une correction".³³⁷

B. Conclusion

163. Nous ne sommes pas persuadés par l'argument du Japon selon lequel le Groupe spécial ne s'est pas conformé à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord dans son examen de l'analyse du caractère raisonnable du point de vue commercial faite par la JIA. Au contraire, il nous semble que le Groupe spécial a procédé à une évaluation objective de la détermination du caractère raisonnable du point de vue commercial faite par la JIA. Sur la base de son analyse, le Groupe spécial a constaté que "le rejet par la JIA du rapport de la Deutsche Bank a joué un rôle central dans sa conclusion selon laquelle la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial dans la mesure où il a faussé l'évaluation par la JIA des analyses internes de la restructuration faites par les quatre créanciers".³³⁸ Rappelant sa constatation selon laquelle une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas pu rejeter le rapport de la Deutsche Bank pour les motifs retenus par la JIA, le Groupe spécial a déterminé que "la JIA n'aurait pas pu dûment s'appuyer sur le rapport de la Deutsche Bank pour conclure que la participation des quatre créanciers à la restructuration de décembre 2002 n'était pas raisonnable du point de vue commercial".³³⁹ Nous ne voyons aucune raison de modifier cette constatation du Groupe spécial.

164. En conséquence, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.282 et 8.2 b) de son rapport, selon laquelle la JIA a agi d'une manière incompatible

³³⁵ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 162.

³³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.244.

³³⁷ *Ibid.*

³³⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.247.

³³⁹ *Ibid.*

avec l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC* en déterminant indûment que la restructuration de décembre 2002 avait conféré un avantage à Hynix.

VI. Calcul du montant de l'avantage

165. Devant le Groupe spécial, la Corée a allégué que la JIA avait fait erreur en calculant le montant de l'avantage conféré par les transactions financières qui constituaient les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, parce qu'elle n'avait pas attribué de valeur à ce qu'Hynix avait accordé en contrepartie et n'avait pas tenu compte des créances existantes des créanciers. Selon la Corée, "une analyse appropriée de ces transactions exige la prise en compte de tous les éléments des échanges – non seulement la valeur de ce que le bénéficiaire a reçu, mais aussi la valeur de ce que le bénéficiaire a donné en contrepartie".³⁴⁰ Compte tenu de l'argumentation détaillée de la Corée concernant les différences entre les perspectives d'investissement des investisseurs de l'intérieur et des investisseurs de l'extérieur en ce qui concerne des sociétés insolubles³⁴¹, le Groupe spécial a considéré que la Corée "[faisait] valoir essentiellement que la JIA [avait] calculé le montant de l'avantage du point de vue des investisseurs de l'extérieur".³⁴²

166. S'agissant du calcul par la JIA du montant de l'avantage résultant des échanges de créances contre des participations, le Groupe spécial a observé que "le Japon n'a pas démenti, que la formule utilisée par la JIA pour calculer le montant de l'avantage des échanges de créances contre des participations est celle qui est utilisée dans d'autres juridictions pour calculer les avantages en matière de subvention résultant de dons purs et simples".³⁴³ Notant l'argument de la Corée selon lequel "l'analyse faite par l'autorité chargée de l'enquête d'un échange de créances contre des participations ne [peut] pas prendre en considération uniquement l'annulation de la dette et ne pas tenir compte de la valeur des participations fournies en contrepartie"³⁴⁴, le Groupe spécial a souscrit à l'avis du Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* selon lequel, "[p]our 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". Le Groupe spécial a également dit que, "dans l'analyse concernant l'existence d'un avantage, c'[était]

³⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.299.

³⁴¹ *Ibid.*, paragraphe 7.305.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ *Ibid.*, paragraphe 7.311.

³⁴⁴ *Ibid.*

la perspective du bénéficiaire qui import[ait], et non celle du fournisseur de la contribution financière".³⁴⁵

167. Le Groupe spécial a résumé son analyse de l'avantage conféré par les échanges de créances contre des participations comme suit:

Nous notons que la JIA n'a pas explicitement traité les échanges de créances contre des participations comme des dons. Elle a néanmoins effectivement conclu que la valeur des participations était de zéro. Nous rappelons qu'elle l'a fait parce que "ce qui importait le plus dans le programme d'octobre 2001 et le programme de décembre 2002 ce n'était pas de récupérer les participations au capital social, mais de maximiser le recouvrement des créances". Ce faisant, la JIA a traité la question du point de vue des créanciers d'Hynix et non du point de vue d'Hynix elle-même. ... [N]ous considérons qu'une telle approche surévalue à tort le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire, car elle ne tient pas compte du point de vue du bénéficiaire, c'est-à-dire Hynix, qui doit en contrepartie diluer les droits de propriété des actionnaires existants. Nous constatons donc qu'il s'agit là d'un vice de plus dans le calcul du montant de l'avantage fait par la JIA.³⁴⁶ (note de bas de page omise)

168. Sur la base de l'analyse qui précède, le Groupe spécial a conclu que la JIA avait calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.³⁴⁷

169. En appel, le Japon demande que nous infirmions cette constatation du Groupe spécial. Selon le Japon, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a établi cette conclusion. Telles que nous voyons les choses, la contestation du Japon repose sur trois arguments principaux.³⁴⁸ Premièrement, le Japon conteste l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a calculé l'avantage conféré par les transactions financières en cause sur la base d'un point de repère constitué exclusivement par un investisseur de l'extérieur.³⁴⁹ Deuxièmement, le Japon conteste la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la JIA n'aurait pas dû considérer que la valeur des actions qu'Hynix avait données en contrepartie dans le cadre des échanges de créances contre des participations au capital social était de zéro.³⁵⁰ Troisièmement, le

³⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.312 (citant le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.212).

³⁴⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.313.

³⁴⁷ *Ibid.*, paragraphes 7.316 et 8.2 c).

³⁴⁸ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 172.

³⁴⁹ *Ibid.*, paragraphe 188.

³⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 219.

Japon fait valoir que la dilution est dénuée de pertinence en l'espèce, étant donné qu'elle se serait produite au niveau des actionnaires, et non pas à celui d'Hynix.³⁵¹

170. En revanche, la Corée estime que le Groupe spécial a à juste titre considéré que l'analyse relative au montant de l'avantage faite par la JIA était axée sur le coût net pour les créanciers et non pas sur l'avantage net pour Hynix, le bénéficiaire; et, par ailleurs, qu'il a constaté à juste titre que la JIA n'avait pas tenu compte du fait que les actions supplémentaires remises aux créanciers dilueraient les droits de propriété des actionnaires existants.

171. Nous commençons par examiner l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA avait calculé le montant de l'avantage en se référant à un "point de repère constitué exclusivement par un investisseur de l'extérieur".³⁵² Selon le Japon, le "critère fondamental" que la JIA a appliqué à la fois aux investisseurs de l'intérieur et aux investisseurs de l'extérieur était le même: "les uns comme les autres cherchent à maximiser les bénéfices ou à réduire les pertes au minimum".³⁵³ Le Japon fait observer que la JIA a calculé le montant de l'avantage sur la base de ce critère, et non pas en se référant à un "point de repère constitué exclusivement par un investisseur de l'extérieur".³⁵⁴ À l'audience, le Japon a qualifié ce critère de critère de l'"investisseur rationnel".³⁵⁵ Le Japon conteste aussi avoir admis devant le Groupe spécial que le critère de l'"investisseur de l'intérieur" constituait le point de repère approprié en l'espèce.³⁵⁶

172. Nous ne considérons pas que la distinction entre investisseurs de l'intérieur et investisseurs de l'extérieur soit utile pour déterminer le point de repère approprié pour le calcul du montant de l'avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.³⁵⁷ Les conditions d'une transaction financière doivent être évaluées au regard des conditions qui résulteraient d'un échange libre de contraintes sur le marché pertinent. Le marché pertinent peut être plus ou moins développé; il peut être constitué d'un grand ou d'un petit nombre de participants. À titre d'exemple, il existe aujourd'hui dans de nombreuses économies des marchés bien établis pour les dettes faisant l'objet de difficultés et divers instruments financiers sont échangés sur ces marchés. Dans certains cas, le marché peut être

³⁵¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 220.

³⁵² *Ibid.*, paragraphe 190.

³⁵³ *Ibid.*, paragraphe 187.

³⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 190.

³⁵⁵ Réponses du Japon aux questions posées à l'audience.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Le Japon et la Corée se sont dits d'accord avec ce point de vue à l'audience. Les Communautés européennes ont fait valoir qu'il n'existait pas de distinction entre critère de l'investisseur de l'intérieur et critère de l'investisseur de l'extérieur et qu'il n'y avait pas deux critères distincts. (Réponse des Communautés européennes aux questions posées à l'audience)

plus rudimentaire. Dans d'autres cas, il peut être difficile de déterminer le marché pertinent et ses résultats. Mais ces contraintes en termes d'information ne modifient pas le cadre fondamental à partir duquel l'analyse devrait être effectuée. Nous ne considérons pas non plus qu'il y ait des critères différents applicables aux investisseurs de l'intérieur et aux investisseurs de l'extérieur. Il n'y a qu'un seul critère – le critère du marché – en fonction duquel les investisseurs rationnels agissent.

173. L'article 14 de l'*Accord SMC*, intitulé "Calcul du montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire", offre des indications quant à la manière de déterminer le marché pertinent. Concrètement, en ce qui concerne la "prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise", l'article 14 a) précise que ces participations au capital social "ne ser[ont] pas considérées comme conférant un avantage, à moins que la décision en matière d'investissement ne puisse être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre". S'agissant des prêts, l'article 14 b) dispose qu'"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 dernier cas, "l'avantage correspondra à la différence entre ces deux montants". Ainsi, dans le cadre de l'article 14 a), le point de repère est "la pratique habituelle concernant les investissements des investisseurs privés", et dans le cadre de l'article 14 b), le point de repère est "[le montant que l'entreprise] paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché". Ni l'un ni l'autre de ces points de repère n'établit de distinction entre les investisseurs "de l'extérieur" et les investisseurs "de l'intérieur". En fait, ils suggèrent que l'autorité chargée de l'enquête calcule le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire en comparant les conditions de la contribution financière à celles que le marché pertinent – constitué par les investisseurs rationnels, qu'il s'agisse d'investisseurs de l'intérieur ou de l'extérieur, ou des deux – aurait offertes. Comme l'Organe d'appel l'a déjà dit:

L'article 14, [qui] constitue un contexte pertinent pour interpréter l'article 1.1 b), étaye notre thèse selon laquelle le marché constitue une bonne base de comparaison. Les principes directeurs énoncés à l'article 14 se rapportent aux prises de participation, aux prêts, aux garanties de prêt, à la fourniture de biens ou de services par les pouvoirs publics et à l'achat de biens par les pouvoirs publics. Il y a "avantage" au titre de chacun de ces principes directeurs si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché.³⁵⁸

³⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 158.

174. Nous ne souscrivons donc pas à l'approche du Groupe spécial en l'espèce, qui a consisté uniquement à examiner "si la JIA [avait] ou non appliqué [l]e critère [de l'investisseur de l'intérieur] de manière appropriée".³⁵⁹ Telles que nous voyons les choses, le Groupe spécial aurait dû identifier le point de repère approprié à appliquer pour évaluer si la JIA avait calculé le montant de l'avantage, s'agissant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, d'une manière compatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Au lieu de cela, le Groupe spécial a estimé que, puisque les parties étaient convenues que le critère de l'investisseur de l'intérieur constituait un point de repère valable, "[le Groupe spécial] n'[avait] ... pas à formuler de quelconques constatations sur la question de savoir si le point de vue de l'investisseur de l'intérieur constitu[ait] [le] point de repère du marché valable"³⁶⁰ aux fins de son analyse.

175. Nous entreprenons ensuite d'examiner l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en concluant que la JIA n'aurait pas dû considérer que la valeur des actions qu'Hynix avait offertes en contrepartie dans le cadre des échanges de créances contre des participations au capital était de zéro.³⁶¹ Le Japon affirme que la JIA n'a pas fait abstraction de la valeur des actions offertes en contrepartie.³⁶² En fait, selon le Japon, la JIA a examiné la question sur le fond et déterminé, sur la base de "faits incontestés consignés dans le dossier, que la valeur de ces actions était de zéro".³⁶³

176. En réponse, la Corée allègue que ni Hynix, ni ses créanciers n'ont considéré que les actions offertes aux créanciers dans le cadre des échanges de créances contre des participations au capital avaient une valeur de zéro, et que même lorsque les banques ont reconnu que la valeur comptable était inférieure à la valeur nominale, elles ont attribué une "valeur substantielle aux actions".³⁶⁴ En outre, la Corée estime que le "traitement comptable" sur lequel s'est appuyé le Japon n'étaye pas les calculs de la JIA, qui a évalué les dettes que les créanciers avaient annulées à leur valeur nominale, mais a considéré que les actions qu'Hynix avait offertes aux créanciers en contrepartie n'avaient aucune valeur.³⁶⁵

³⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 512 relative au paragraphe 7.310.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 219.

³⁶² *Ibid.*, paragraphe 227.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 168.

³⁶⁵ *Ibid.*

177. Comme nous l'avons relevé plus haut³⁶⁶, s'agissant de cette question, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Nous notons que la JIA n'a pas explicitement traité les échanges de créances contre des participations comme des dons. Elle a néanmoins effectivement conclu que la valeur des participations était de zéro. Nous rappelons qu'elle l'a fait parce que "ce qui importait le plus dans le programme d'octobre 2001 et le programme de décembre 2002 ce n'était pas de récupérer les participations au capital social, mais de maximiser le recouvrement des créances". Ce faisant, la JIA a traité la question du point de vue des créanciers d'Hynix et non du point de vue d'Hynix elle-même. ... nous considérons qu'une telle approche surévalue à tort le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire, car elle ne tient pas compte du point de vue du bénéficiaire, c'est-à-dire Hynix, qui doit en contrepartie diluer les droits de propriété des actionnaires existants.³⁶⁷ (note de bas de page omise)

178. Nous ne voyons aucune erreur dans ce raisonnement du Groupe spécial. La JIA n'a pas suffisamment expliqué, dans sa détermination, comment elle était arrivée à la conclusion que la valeur des actions était de zéro du point de vue d'Hynix, le bénéficiaire.³⁶⁸

179. Nous passons ensuite à ce qu'a dit le Groupe spécial au sujet de la *dilution* des droits de propriété des actionnaires existants. Le Japon estime que "la dilution est dénuée de pertinence en l'espèce", étant donné que le Groupe spécial n'a pas indiqué d'éléments de preuve montrant qu'il y avait eu effectivement dilution et que, même s'il y avait eu dilution, elle aurait eu lieu au niveau des actionnaires, et non pas à celui d'Hynix.³⁶⁹

180. En revanche, la Corée estime que le Groupe spécial a constaté à bon escient que la JIA n'avait pas tenu compte du fait que les actions supplémentaires remises aux créanciers dilueraient les droits de propriété des actionnaires existants. Par ailleurs, la Corée estime que le fait de qualifier la dilution de coût pour les actionnaires mais pas pour Hynix signifierait que les échanges de créances contre des

³⁶⁶ *Supra*, paragraphe 167.

³⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313. (note de bas de page omise)

³⁶⁸ Le Japon ne conteste pas l'observation du Groupe spécial selon laquelle "la JIA elle-même a reconnu, et le Japon a confirmé qu'un investissement d'une valeur de zéro pour les investisseurs *de l'extérieur* n'aurait pas nécessairement une valeur de zéro pour les investisseurs *de l'intérieur*". (*Ibid.*, note de bas de page 513 relative au paragraphe 7.310.) (italique dans l'original)

³⁶⁹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 220. Au paragraphe 7.312 de son rapport, le Groupe spécial a rappelé qu'un autre groupe spécial dont le rapport n'avait pas fait l'objet d'un appel avait analysé cette question.

participations seraient considérés comme deux transactions distinctes: l'une impliquant la société, et l'autre impliquant les actionnaires existants.³⁷⁰

181. D'après la lecture que nous faisons du rapport du Groupe spécial, nous croyons comprendre que le Groupe spécial a mentionné la question de la dilution simplement pour étayer sa constatation selon laquelle la JIA n'avait pas calculé le montant de l'avantage du point de vue du bénéficiaire. La constatation du Groupe spécial ne reposait pas sur la question de savoir s'il y avait eu ou non dilution dans les circonstances de l'espèce. Au lieu de cela, le Groupe spécial a constaté que la JIA n'avait pas calculé le montant de l'avantage du point de vue d'Hynix ou de ses actionnaires, et qu'elle avait donc traité la question uniquement du point de vue des créanciers d'Hynix. Telles que nous voyons les choses, la dilution des droits des actionnaires existants ne semble pas être une question pertinente pour les faits en l'espèce. Cela étant dit, nous ne souhaitons pas exclure la possibilité qu'il y ait des circonstances dans d'autres affaires dans lesquelles la relation entre une société et ses actionnaires pourrait être pertinente pour calculer le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire.³⁷¹

182. Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons aucune erreur dans la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'approche de la JIA "surévalue à tort le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire"³⁷² s'agissant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

183. Nous relevons que le Japon avance certains arguments additionnels à l'appui de sa position selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA avait calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.³⁷³ Nous observons que ces arguments reposent sur la distinction entre le critère de l'investisseur de l'intérieur et le critère de l'investisseur de l'extérieur, distinction dont nous avons constaté qu'elle n'était pas viable au regard de l'article 14. Le Japon a reconnu à l'audience que la distinction entre le point de vue de l'investisseur de l'intérieur et le point de vue de l'investisseur de l'extérieur n'était pas pertinente pour déterminer le montant de l'avantage dans le cadre de l'*Accord SMC*.³⁷⁴ Dans ces conditions, nous nous abstenons d'examiner les

³⁷⁰ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 172 et 173.

³⁷¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphes 116 et 118.

³⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313.

³⁷³ Le Japon allègue que le Groupe spécial a examiné à tort une allégation pour laquelle la Corée n'avait pas établi d'éléments *prima facie*. Le Japon allègue d'autre part que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la JIA avait calculé le montant de l'avantage en recourant aux "données de fait disponibles". (Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 234 et 237)

³⁷⁴ Réponse du Japon aux questions posées à l'audience. À l'audience, le Japon a dit que le montant de l'avantage doit plutôt être déterminé en comparant les conditions de la contribution financière en cause et celles qui auraient été offertes sur un marché constitué par des créanciers rationnels.

arguments du Japon concernant, entre autres choses, la question de savoir si la Corée avait établi des éléments *prima facie* au sujet du critère de l'investisseur de l'extérieur.

184. Nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur dans son interprétation et son application des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* parce qu'il n'avait pas identifié correctement le point de repère du marché approprié à appliquer dans le cadre de ces dispositions. En même temps, nous avons constaté que le Groupe spécial n'avait pas fait erreur en constatant que la détermination de la JIA "[avait] surévalu[é] à tort le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire".³⁷⁵ En outre, sur la base de notre examen du raisonnement du Groupe spécial et du dossier dont il était saisi, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en concluant que le Japon avait incorrectement calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. Comme l'Organe d'appel l'a constaté auparavant: "les erreurs de droit et les interprétations incorrectes du droit imputées à un groupe spécial ne constituent pas toutes un manquement de la part du groupe spécial à l'obligation de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi".³⁷⁶

185. Par conséquent, nous *confirmons*, bien que pour des raisons différentes, la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.316 et 8.2 c) de son rapport, selon laquelle la JIA a calculé le montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

VII. Méthodes de calcul de l'avantage

186. Le Groupe spécial a constaté que la JIA avait agi d'une manière contraire au texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC* en utilisant des méthodes qui n'étaient prévues ni dans la législation ni dans les réglementations d'application nationales du Japon pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.³⁷⁷

187. En appel, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les deux formules mathématiques utilisées par la JIA dans son calcul de l'avantage, désignées par les termes "la formule 1" et "la formule 2", étaient des "méthode[s] utilisée[s]" visées dans le texte introductif de l'article 14. Selon le Japon, les deux formules mathématiques n'étaient qu'une *application* des méthodes prévues dans les réglementations nationales du Japon. Le Japon a fait d'autre part valoir que, même si c'était à juste titre que le Groupe spécial qualifiait ces formules mathématiques de

³⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.313.

³⁷⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*, paragraphe 497.

³⁷⁷ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.334 et 8.2 d).

"méthode[s] utilisée[s]" par la JIA, il n'avait pas dûment examiné, d'une manière compatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord, si elles étaient "prévues" dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon.

188. En ce qui concerne le sens de l'expression "méthode utilisée", le Japon fait valoir que l'interprétation que donne le Groupe spécial du texte introductif de l'article 14 impliquerait que les applications des méthodes soient formulées dans la législation ou les réglementations d'application nationales d'une manière si détaillée que l'autorité chargée de l'enquête n'aurait plus aucune latitude pour les adapter aux faits particuliers de l'enquête. Le Japon soutient d'autre part que l'interprétation du terme "méthode" donnée par le Groupe spécial obligerait les Membres à prévoir "toutes les formes possibles" de contribution financière et à préciser en détail les méthodes de calcul appropriées dans leur législation ou leurs réglementations d'application nationales.

189. La Corée soutient que, si la formule 1 et la formule 2 en elles-mêmes et à elles seules constituaient certes des "méthodes", elles représentaient aussi les autres "méthodologies" utilisées par la JIA lorsqu'elle a calculé le montant de l'avantage en l'espèce, qui relevaient aussi de la notion de "méthode" aux fins du texte introductif de l'article 14.³⁷⁸

190. Le texte introductif de l'article 14 énonce trois prescriptions. La première est que "toute méthode utilisée" par l'autorité chargée de l'enquête pour calculer le montant d'une subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire doit être prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Membre concerné. La deuxième prescription est que l'"application" de cette méthode dans chaque cas particulier doit être transparente et expliquée de manière adéquate. La troisième prescription est que "toute méthode de ce genre" doit être compatible avec les principes directeurs figurant aux paragraphes a) à d) de l'article 14.

191. Le texte introductif de l'article 14 ménage une certaine marge de manœuvre à un Membre de l'OMC quant à la méthode qu'il choisit pour calculer le montant de l'avantage. Les paragraphes a) à d) de l'article 14 contiennent des principes directeurs généraux pour le calcul de l'avantage qui permettent d'adapter la méthode prévue dans la législation ou les réglementations nationales aux différentes situations factuelles. Comme l'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*:

Le texte de l'article 14 exige que "toute" méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au

³⁷⁸ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphes 198 et 199. La Corée se réfère aux paragraphes 90 à 106 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Facts essentiels), où figurent, selon ce qu'elle allègue, ces autres "méthodes".

bénéficiaire soit prévue dans la législation ou les réglementations d'un Membre de l'OMC ... *La référence à "toute" méthode dans le texte introductif signifie à l'évidence que les autorités chargées de l'enquête disposent de plus d'une méthode compatible avec l'article 14 aux fins de calculer l'avantage conféré au bénéficiaire.*

... Nous pensons comme le Groupe spécial que le terme "sera" figurant dans la dernière phrase du texte introductif de l'article 14 indique qu'il est impératif de calculer l'avantage d'une manière compatible avec les principes directeurs. Nous pensons aussi que *l'expression "principes directeurs" indique que l'article 14 constitue le "cadre dans lequel ce calcul doit être effectué", même si la "méthode précise de calcul n'est pas exposée dans le détail".* Pris ensemble, ces termes établissent des paramètres impératifs dans lesquels l'avantage doit être calculé, mais ils n'imposent pas d'utiliser une seule méthode pour déterminer l'adéquation de la rémunération pour la fourniture de biens par les pouvoirs publics.³⁷⁹ (pas d'italique dans l'original)

192. Nous observons que la première prescription du texte introductif de l'article 14 est que la méthode utilisée soit prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales d'un Membre de l'OMC. Bien que le texte introductif de l'article 14 indique que le calcul de l'avantage doit être compatible avec les principes directeurs figurant aux paragraphes a) à d) de cette disposition, il n'envisage pas, à notre avis, que la méthode soit exposée en détail. La prescription du texte introductif serait respectée s'il était possible de déduire, ou de discerner, la méthode utilisée dans une affaire donnée à partir de la législation ou des réglementations d'application nationales. Nous pensons que cette façon de voir établit un équilibre approprié entre la flexibilité nécessaire pour adapter le calcul de l'avantage (mais en conformité avec les principes directeurs énoncés aux paragraphes a) à d) de l'article 14) à la situation factuelle particulière d'une enquête, et la nécessité de faire en sorte que les autres Membres et les parties intéressées soient informés de la méthode qui sera utilisée par le Membre concerné, au titre de l'article 14 de l'Accord SMC.

193. Le Groupe spécial a noté, dans la présente affaire, que les dispositions de la législation japonaise relatives au calcul de l'avantage figurent dans les *Directives applicables aux procédures*

³⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Bois de construction résineux IV, paragraphes 91 et 92. En outre, le Groupe spécial chargé de l'affaire CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM a expliqué ce qui suit:

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.

(Rapport du Groupe spécial CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM, paragraphe 7.213)

concernant les droits compensateurs et les droits antidumping du Japon (les "Directives").³⁸⁰ Le Groupe spécial a observé que la JIA avait fait des calculs concernant trois principaux types de transactions conclues par Hynix avec ses créanciers, à savoir l'annulation de dettes, les participations au capital social et les prêts. Le Groupe spécial a jugé que la JIA était en droit de considérer que les échanges de créances contre des participations comprenaient les nouvelles participations au capital social et que les reports de l'échéance de prêts comprenaient les nouveaux prêts.³⁸¹ Le Groupe spécial a ensuite constaté que, lorsqu'elle avait calculé le montant de l'avantage s'agissant de ces transactions financières, la JIA avait utilisé deux formules mathématiques: la "formule 2" pour le calcul du montant de l'avantage à imputer à l'année dans laquelle la subvention avait été reçue, selon les allégations, pour les transactions comportant une annulation de dettes et des participations au capital social³⁸²; et la "formule 1" pour le calcul du taux d'intérêt de référence pour les sociétés non solvables en ce qui concerne les transactions comportant des prêts.³⁸³

194. Pour commencer, nous souhaitons souligner que ni devant le Groupe spécial, ni devant nous, les parties n'ont remis en cause le contenu de la formule 1 et de la formule 2 et leur compatibilité avec les principes directeurs de l'article 14 de l'Accord SMC. En fait, la question soulevée par la Corée était seulement de savoir si les "méthode[s] utilisée[s]" par la JIA étaient conformes aux prescriptions

³⁸⁰ Ces procédures ont été notifiées à l'OMC conformément à l'article 32.6 de l'Accord SMC, dans le document G/ADP/M/1/JPN/2/Suppl.4.

³⁸¹ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 524 relative au paragraphe 7.329.

³⁸² La formule 2 est libellée comme suit:

$$A_k = \frac{y/n + [y-(y/n)(k-1)]d}{1+d}$$

[où]

A_k : le montant de la subvention imputé sur l'année k

y: le montant de la subvention

n: la durée de vie utile (années)

d: le taux d'actualisation

k: année sur laquelle la subvention est imputée. L'année d'obtention = 1, et $1 < k < n$

(Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.329.)

³⁸³ La formule 1 est libellée comme suit:

$$i_b = (1+i_f)[(1-q_n)/(1-p_n)]^{1/n} - 1$$

[où]

n: la période de remboursement du prêt

i_b : le taux d'intérêt pour les sociétés insolvables (le taux d'intérêt de référence)

i_f : le taux d'intérêt pour les sociétés solvables

p_n : le taux de défaillance des sociétés insolvables sur n années

q_n : le taux de défaillance des sociétés solvables sur n années

(Voir *ibid.*, paragraphe 7.332.)

procédurales du texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*. Le Groupe spécial a tout d'abord examiné si la formule 1 et la formule 2 étaient des "méthodes" au sens du texte introductif. En interprétant le sens ordinaire du terme "méthode", le Groupe spécial a accepté la définition proposée par le Japon, et que la Corée n'avait pas contestée, à savoir que le terme anglais "method" (méthode) signifie "a mode of procedure; a (defined or systematic) way of doing a thing" (une manière de procéder; une façon (définie ou systématique) de faire quelque chose).³⁸⁴ Le Groupe spécial a constaté que la formule 1 et la formule 2 étaient des "méthodes" au sens du texte introductif. Puis il a examiné si la formule 1 et la formule 2 étaient "prévues" dans les *Directives* du Japon.³⁸⁵

195. Nous ne pouvons pas souscrire à l'opinion du Groupe spécial selon laquelle la formule 1 et la formule 2, en elles-mêmes à elles seules, constituent les "méthode[s] utilisée[s]" par la JIA *pour calculer le montant de la subvention en termes d'avantage conféré au bénéficiaire* au sens de l'article 14. La formule 1 a été utilisée pour calculer un *taux d'intérêt de référence*; et la formule 2 a été utilisée pour *imputer l'avantage dans le temps*. À notre avis, la formule 1 et la formule 2 constituent des *composantes ou éléments des méthodes utilisées* par la JIA pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix. Aucune des deux, prise isolément, ne constituait la "méthode utilisée" complète pour calculer le montant de la subvention dans la transaction considérée.

196. Lorsqu'elle a identifié la méthode applicable pour calculer l'avantage s'agissant des participations au capital social, la JIA a énoncé les trois étapes consécutives qu'elle suivrait. Premièrement, elle déterminerait le point de repère du marché approprié au regard duquel elle comparerait et dont elle soustrairait le montant de la participation au capital effectivement reçue par Hynix. Cela lui permettrait de déterminer le montant réel de l'avantage reçu. À cette fin, la JIA utiliserait comme point de repère approprié le montant de la participation au capital accordée par des investisseurs privés dans des conditions équivalentes; ou, en l'absence de tels investisseurs privés, elle déterminerait le "montant adéquat de la subvention ... après avoir examiné les conditions dans lesquelles les pouvoirs publics peuvent réaliser un gain raisonnable sur l'investissement".³⁸⁶

³⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.328 (citant la première communication écrite du Japon adressée au Groupe spécial, paragraphe 528, citant elle-même *The New Shorter Oxford Dictionary*, L. Brown (ed.) (Clarendon Press, 1993), volume 1, page 1759).

³⁸⁵ S'agissant de la formule 2, le Groupe spécial a constaté que les *Directives* ne "prévoyaient" pas la méthode utilisée, parce que les dispositions des *Directives* relatives à l'annulation de dettes et aux participations au capital social ne mentionnaient pas les éléments entrant effectivement dans cette formule, que ce soit en termes spécifiques ou en termes généraux. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.330 et 7.331) Le Groupe spécial a pareillement conclu que la formule 1 était "bien *différente* de l'explication simpliste donnée dans les *Directives*" relative aux prêts. (*Ibid.*, paragraphe 7.333) (pas d'italique dans l'original)

³⁸⁶ Comme le Groupe spécial lui-même l'a relevé, la JIA a calculé le montant de l'avantage résultant des échanges de créances contre des participations d'octobre 2001 et de décembre 2002 (considérées par la JIA comme des "participations au capital social") comme suit:

Deuxièmement, la JIA déterminerait le moment où la subvention a été reçue. Troisièmement, elle imputerait la subvention sur une période pertinente.³⁸⁷

197. À notre avis, la formule 2 s'applique à la troisième étape du processus exposé ci-dessus. Elle concerne l'*imputation* de l'avantage dans le temps une fois que le montant de l'avantage a été effectivement déterminé dans le cadre de la première étape de la méthode de calcul de la JIA. La formule 2, considérée séparément, ne constitue pas la "méthode utilisée" par la JIA pour calculer le *montant* de l'avantage. En fait, prises ensemble, les trois étapes identifiées par la JIA pour traiter les participations au capital social constituent la "méthode utilisée" par la JIA pour calculer le montant de l'avantage s'agissant des participations au capital social. Cela s'applique également à l'utilisation de la formule 2 par la JIA pour les transactions comportant une annulation de dettes.³⁸⁸

198. S'agissant des prêts également, la JIA a décrit un processus en trois étapes. Premièrement, elle identifierait le point de repère du marché approprié pour calculer le montant de la subvention. Deuxièmement, elle déterminerait le moment où la subvention a été reçue. Troisièmement, elle déterminerait la manière dont la subvention serait imputée.³⁸⁹ La formule 1 est une règle mathématique qui se rapportait uniquement à la première étape de ce processus: elle a été utilisée par la JIA pour calculer le taux d'intérêt de référence pour les sociétés insolvables, lorsqu'il n'y avait pas de prêts commerciaux comparables sur le marché commercial. Cependant, comme pour la formule 2, ce n'était qu'une partie, importante certes, de la "méthode utilisée" par la JIA pour calculer le montant de l'avantage s'agissant des prêts et des reports de l'échéance des prêts, parce qu'après avoir identifié le

Comme on l'a déjà vu, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'au moment du programme d'octobre 2001, il n'y avait pas d'investisseurs qui investiraient davantage dans Hynix ou lui consentiraient des prêts d'un point de vue commercial normal, et qu'il n'y avait donc pas d'investissements normaux effectués par des investisseurs privés qui pourraient être raisonnablement comparés aux participations au capital social accordées par les banques créancières. Un investissement dans une telle situation n'est pas compatible avec ce qu'était à l'époque la pratique habituelle en matière d'investissement des investisseurs privés en Corée. Du fait que la situation à l'époque était telle qu'on ne pouvait pas attendre un rendement d'un tel investissement dans un délai raisonnable, le montant de la subvention correspond au montant total de l'investissement.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.308 (citant la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 310)) Le Groupe spécial s'est également référé aux paragraphes 379 et 381 de l'annexe 1, dans lesquels la JIA avait utilisé la même approche s'agissant de l'échange de créances contre des participations de décembre 2002. (Voir *ibid.*, note de bas de page 509 relative au paragraphe 7.308)

³⁸⁷ Détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 96 à 100.

³⁸⁸ Lorsqu'elle a calculé le montant de l'avantage s'agissant de l'annulation de dettes, la JIA a tout d'abord déterminé le montant de la subvention, qu'elle a considéré comme le montant total de l'annulation de dettes accordée, puis elle l'a imputé sur une période de cinq ans en utilisant la formule 2. (Voir la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 313 et 314.)

³⁸⁹ *Ibid.*, paragraphes 91 à 95.

taux d'intérêt de référence conformément à la formule 1, la JIA a dû ensuite déterminer la différence entre le montant ainsi calculé et le montant des intérêts effectivement versés par Hynix pour le nouveau prêt.³⁹⁰

199. Nous convenons avec le Groupe spécial que, conformément à la définition du terme "méthode" admise par le Groupe spécial, il est possible de considérer la formule 1 et la formule 2 comme des "méthodes" au sens d'une "manière de procéder". Mais il ne s'ensuit pas qu'il s'agit des "méthode[s] utilisée[s]" *pour calculer le montant de l'avantage* en l'espèce. Il s'agit plutôt de méthodes pour *imputer l'avantage* une fois que le montant en a été déterminé et pour *calculer les taux d'intérêt* pour les prêts accordés à des sociétés insolvables lorsqu'il n'existe pas de prêts comparables sur le marché commercial. Le Groupe spécial aurait dû aller plus loin pour déterminer l'ensemble de la méthodologie utilisée par la JIA lorsqu'elle a calculé le montant de l'avantage pour chaque type de transaction. S'il avait agi ainsi, le Groupe spécial aurait pu alors entreprendre à juste titre d'examiner si ces méthodologies, dans leur intégralité, étaient "prévues" dans les *Directives* du Japon. Cependant, le Groupe spécial a traité la formule 1 et la formule 2 comme si elles étaient, en elles-mêmes, les "méthode[s] utilisée[s]" pour calculer le montant de l'avantage, ce qu'elles n'étaient pas.

200. Nous constatons donc que le Groupe spécial a fait erreur en constatant, aux paragraphes 7.330, 7.331 et 7.333 de son rapport, que la formule 1 et la formule 2 étaient les "méthode[s] utilisée[s]" pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix, au sens du texte introductif de l'article 14.

201. Le Japon allègue que, même si les formules mathématiques pouvaient être considérées comme les "méthode[s] utilisée[s]" en l'espèce, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la formule 1 et la formule 2 n'étaient pas "prévues" dans les *Directives* du Japon, et a donc violé l'article 11 du Mémoire d'accord. Cette allégation conditionnelle ne serait soulevée que si nous

³⁹⁰ Comme le Groupe spécial lui-même l'a relevé, la JIA "a calculé le montant de l'avantage résultant de la restructuration d'octobre 2001 dans la section 2.8.5 de la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels). La JIA a adopté la même approche en ce qui concerne à la fois les nouveaux prêts et le report de l'échéance des prêts, en constatant ce qui suit:

au moment du programme d'octobre 2001, il n'y avait pas de prêts commerciaux normaux comparables aux prêts accordés par les banques créancières. De plus, comme on l'a vu plus haut, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'il n'y avait pas d'investisseurs qui investiraient davantage dans Hynix ou lui consentiraient des prêts d'un point de vue commercial normal. Elles calculent donc le taux d'intérêt de référence selon la formule 1 contenue à la section 2.3.2.2.1 du présent document, et obtiennent la différence entre ce montant et le montant des intérêts réels versés au titre du nouveau prêt.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.306 (citant la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 302, et faisant référence aux paragraphes 103 et 306)

confirmions la constatation du Groupe spécial relative aux "méthode[s] utilisée[s]". Comme nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur en considérant la formule 1 et la formule 2 comme les "méthode[s] utilisée[s]", nous n'entreprenons pas d'examiner si le Groupe spécial a constaté à juste titre que la formule 1 et la formule 2 n'étaient pas "prévues" dans les *Directives* du Japon. Nous ne voyons pas non plus la nécessité de déterminer si les constatations du Groupe spécial reposaient sur une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémorandum d'accord.

202. Nous *infirmos* donc la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.334 et 8.2 d) de son rapport, selon laquelle les méthodes utilisées par le Japon pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon, comme l'exige le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

VIII. Imputation de l'avantage

203. Le Groupe spécial a constaté que "le Japon a[vait] imposé en 2006 des droits compensateurs sur des importations dont la JIA avait elle-même constaté qu'elles n'étaient pas subventionnées au moment de l'imposition".³⁹¹ En conséquence, s'agissant de ces subventions, le Groupe spécial a conclu que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'*Accord SMC* en percevant des droits compensateurs "dépassant le montant de la subvention dont l'existence [avait] été constatée".³⁹²

204. Le Japon fait appel de la constatation du Groupe spécial pour deux motifs. Premièrement, le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de l'article 19.4 de l'*Accord SMC*. Deuxièmement, le Japon allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends en concluant que "l'utilisation [par la JIA] d'une période d'imputation de cinq ans" pour une subvention non récurrente résultant de la restructuration d'octobre 2001 "[était] une constatation (même si elle n'[était] qu'implicite) selon laquelle l'avantage [conféré par cette subvention] cesser[ait] d'exister après une période de cinq ans"³⁹³, en d'autres termes, pour la fin de 2005. Nous examinons successivement ci-après les arguments du Japon.

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*, paragraphe 7.360. Nous notons que les subventions non récurrentes sont généralement imputées sur une certaine période. Cette pratique n'est pas contestée par les parties à la présente affaire.

1. Article 19.4 de l'Accord SMC

205. Le Japon affirme que l'interprétation de l'article 19.4 donnée par le Groupe spécial exige effectivement que l'autorité chargée de l'enquête actualise sa constatation de l'existence d'un subventionnement au moment de l'imposition du droit. Pour le Japon, une constatation de l'existence d'un subventionnement pour une période couverte par l'enquête se situant dans le passé suffit pour imposer des droits compensateurs.³⁹⁴

206. La Corée insiste sur le fait qu'elle "n'a jamais allégué que la JIA était tenue d'actualiser sa décision sur la base de renseignements plus récents".³⁹⁵ En fait, la Corée fait valoir que, en imputant l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 sur les années 2001 à 2005, la JIA elle-même avait constaté qu'aucun avantage ne serait conféré en 2006, parce que cette année "se situerait en dehors de la durée de vie de cinq ans de la subvention".³⁹⁶ La Corée laisse entendre que des droits ne pouvaient pas être imposés après cette période puisque, selon la propre logique de la JIA, il ne resterait plus aucune subvention à compenser.

207. Selon nous, cette question concerne le point de savoir si des droits compensateurs peuvent être imposés, dans le cas de subventions non récurrentes, lorsque la détermination faite par l'autorité chargée de l'enquête indique que la subvention n'existera plus au moment de l'imposition.³⁹⁷

208. Nous commençons notre analyse par l'examen du texte de l'article 19.4 de l'*Accord SMC*:

Il ne sera perçu*, sur un produit importé, aucun droit compensateur dépassant le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée, calculé en termes de subventionnement par unité du produit subventionné et exporté.

*[Note de bas de page 51 de l'original] Le terme "percevoir", tel qu'il est utilisé dans le présent accord, s'entend de l'imposition ou du recouvrement légaux d'un droit ou d'une taxe à titre définitif ou final.

209. À notre avis, le Japon a mal lu le rapport du Groupe spécial lorsqu'il allègue que le Groupe spécial a interprété l'article 19.4 comme exigeant qu'une autorité chargée de l'enquête actualise sa

³⁹⁴ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 327 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, note de bas de page 551 relative au paragraphe 7.357).

³⁹⁵ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 223.

³⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 221.

³⁹⁷ Comme le Groupe spécial l'a fait observer, la présente affaire porte sur des subventions non récurrentes accordées dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001. Nous convenons avec le Groupe spécial que des subventions récurrentes se prêteraient à un type d'analyse différent. (Voir le rapport du Groupe spécial, note de bas de page 551 relative au paragraphe 7.357)

constatation de l'existence d'un subventionnement et montre que le subventionnement existe au moment de l'imposition du droit compensateur. Au contraire, le Groupe spécial a explicitement dit qu'il ne voulait "pas donner à entendre que l'autorité chargée de l'enquête [était] tenue d'une façon ou d'une autre de procéder à une nouvelle enquête au moment de l'imposition, afin de confirmer le maintien du subventionnement dont l'existence [avait] été constatée durant la période couverte par l'enquête. D'ailleurs, cela irait à l'encontre de l'objet même de l'utilisation des périodes couvertes par l'enquête."³⁹⁸

210. Dans son libellé, l'article 19.4 fait mention d'une subvention "dont l'existence aura été constatée". Nous ne voyons aucune prescription dans l'article 19.4 imposant à l'autorité chargée de l'enquête de procéder à une nouvelle enquête ou d'"actualiser" la détermination au moment de l'imposition d'un droit compensateur afin de confirmer le maintien de la subvention. Toutefois, dans le cas d'une subvention non récurrente, un droit compensateur ne peut pas être imposé si l'autorité chargée de l'enquête a formulé une constatation au cours de son enquête au sujet de la durée de la subvention et si, selon cette constatation, la subvention n'existe plus au moment où le Membre fait une détermination finale visant à imposer un droit compensateur. Cela est dû au fait que, dans une telle situation, le droit compensateur, s'il était imposé, dépasserait le montant de la subvention dont l'existence aurait été constatée, en violation des dispositions de l'article 19.4.

211. À la lumière de ce qui précède, nous ne trouvons rien à redire à l'interprétation que le Groupe spécial a donnée de l'article 19.4 de l'*Accord SMC*.

2. Article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends

212. Le Japon allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends lorsqu'il a constaté que l'utilisation d'une période d'imputation de cinq ans par la JIA "[était] une constatation (même si elle n'[était] qu'implicite) selon laquelle l'avantage cess[ait] d'exister après une période de cinq ans".³⁹⁹ Pour le Japon, "le calcul de la JIA avait simplement pour objet de déterminer le montant des subventions conférées en 2003, la période visée par l'enquête en l'espèce" pour déterminer l'existence d'une subvention.⁴⁰⁰ Selon le Japon, "le Groupe spécial a fait erreur en assimilant une division par cinq du montant total des subventions non récurrentes à une détermination selon laquelle la subvention

³⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.356.

³⁹⁹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 333 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360).

⁴⁰⁰ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 333.

cesserait d'exister au bout de cinq ans".⁴⁰¹ Le Japon soutient que "la JIA n'a pas formulé de constatation selon laquelle la subvention viendrait à expiration en 2005 ou de constatation du montant de la subvention qu'Hynix recevrait en 2006".⁴⁰²

213. La Corée rejette l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. La Corée fait observer que "le nombre d'années durant lesquelles le "montant de la subvention est imputé" était égal à "la durée de vie utile des installations précisée dans la législation coréenne" qui était de cinq ans".⁴⁰³ La Corée fait valoir que "[l]a conséquence de cette détermination était que les subventions ont cessé d'avoir un "effet permanent", et ne pouvaient être "imputées" une fois cette période expirée."⁴⁰⁴ Pour la Corée, il ne s'agissait pas d'un examen *de novo* du Groupe spécial; c'était une conséquence nécessaire de la propre détermination de la JIA.⁴⁰⁵

214. Le Groupe spécial a été d'avis que la détermination établie par la JIA contenait une constatation implicite selon laquelle le subventionnement en question expirerait en 2005 à la fin de la période de cinq ans. Nous ne sommes pas convaincus par l'argument du Japon selon lequel, "[e]n indiquant "même si elle n'est qu'implicite", le Groupe spécial [a] adm[is] que la JIA n'a[vait] formulé aucune constatation sur le montant des subventions en 2006" et, en réalité, "a anticipé la constatation de la JIA".⁴⁰⁶ Autrement dit, nous ne sommes pas persuadés que le Groupe spécial a outrepassé les limites de son examen discrétionnaire lorsqu'il a conclu que l'utilisation par la JIA d'une période d'imputation de cinq ans était une détermination de la JIA indiquant que les subventions non récurrentes accordées dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001 expireraient à la fin de 2005.

215. Nous rejetons donc l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial ne s'est pas acquitté du devoir qu'il avait en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi.

⁴⁰¹ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 335.

⁴⁰² *Ibid.*, paragraphe 333.

⁴⁰³ Communication de la Corée en tant qu'intimé, paragraphe 243 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 99).

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 335 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.360).

IX. La détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001

216. La Corée fait appel de la constatation du Groupe spécial concernant la détermination établie par la JIA selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 conférait un avantage à Hynix au sens des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.⁴⁰⁷

217. Le Groupe spécial a noté qu'un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) existait lorsqu'une contribution financière "[était] offerte à des conditions plus favorables que celles que le bénéficiaire aurait pu obtenir sur le marché".⁴⁰⁸ Quant à la nature des éléments de preuve requis pour étayer une constatation relative à l'existence d'un avantage, le Groupe spécial a exprimé l'opinion suivante:

[d]ans certaines circonstances, l'autorité chargée de l'enquête pourrait examiner l'existence d'un avantage en rassemblant les éléments de preuve disponibles indiquant les conditions que le marché aurait offertes et en comparant ces conditions avec celles de la contribution financière en cause. C'est l'approche préconisée par la Corée en l'espèce. Dans d'autres circonstances, l'autorité chargée de l'enquête pourrait s'appuyer sur des éléments de preuve indiquant si la contribution financière a été ou non fournie sur la base de considérations commerciales. C'est l'approche adoptée par la JIA en l'espèce. À notre avis, les deux types d'éléments de preuve sont pertinents pour déterminer l'existence d'un avantage. Le premier, parce que de tels éléments de preuve fournissent un point de repère du marché qui permet de déterminer si les conditions offertes étaient ou non plus favorables que celles qui auraient pu être obtenues sur le marché. Le second parce que des éléments de preuve selon lesquels des considérations non commerciales ont été prises en compte indiquent des conditions plus favorables que celles qui auraient pu être obtenues sur le marché (le marché étant censé fonctionner sur la base de considérations commerciales). En fonction des circonstances de l'affaire, l'autorité chargée de l'enquête pourrait aussi s'appuyer sur d'autres types d'éléments de preuve qui pourraient être tout aussi pertinents.⁴⁰⁹ (note de bas de page omise)

218. Après avoir analysé les éléments de preuve sur lesquels la JIA s'était appuyée, le Groupe spécial a confirmé la détermination de la JIA selon laquelle:

... les quatre créanciers s'étaient abstenus de participer à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations

⁴⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.316.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.275.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.276.

commerciales. Nous avons rejeté les arguments de la Corée contestant cette conclusion.⁴¹⁰

219. Le Groupe spécial a sans aucun doute procédé à cette analyse lorsqu'il a traité la question de "charger ou ordonner". Lorsqu'il a examiné la question de l'"avantage", le Groupe spécial a rappelé la constatation qu'il avait déjà formulée au sujet de l'action de charger ou ordonner et a fait observer ce qui suit:

Puisque nous confirmons la constatation de la JIA selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 n'était pas raisonnable du point de vue commercial, il s'ensuit que nous confirmons aussi la détermination de la JIA selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 a conféré un avantage à Hynix.⁴¹¹ (note de bas de page omise)

220. Enfin, après avoir examiné les éléments de preuve concernant la participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001, le Groupe spécial a conclu ce qui suit: "la JIA a dûment déterminé, sur la base des éléments de preuve disponibles, que la simple participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001 ne devrait pas avoir plus de poids que les éléments de preuve concernant directement les quatre créanciers qui indiquaient qu'ils avaient participé à la restructuration sur la base de considérations non commerciales".⁴¹² Le Groupe spécial a donc rejeté l'allégation de la Corée selon laquelle la constatation par la JIA de l'existence d'un avantage en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

221. En appel, la Corée conteste la constatation du Groupe spécial. L'appel formé par la Corée repose sur trois arguments principaux. Premièrement, la Corée estime que le Groupe spécial a indûment confondu les deux concepts distincts de "contribution financière" et d'"avantage" employés à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*.⁴¹³ La Corée estime que, selon l'analyse du Groupe spécial, une constatation établissant qu'il y a eu "action de charger ou ordonner" constitue, en soi, une base suffisante pour constater l'existence d'un avantage.

222. Deuxièmement, au sujet de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA était fondée sur des éléments de preuve économiques pertinents⁴¹⁴, la Corée allègue que, pour le Groupe spécial, "le simple fait que les créanciers d'Hynix

⁴¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*, paragraphe 7.298.

⁴¹³ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 41.

⁴¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.277.

n'ont pas procédé à une analyse cohérente par rapport au marché avant de participer à la restructuration d'octobre 2001 indiquait que les conditions de la restructuration qu'ils approuvaient *avaient dû* être plus favorables que les conditions d'une restructuration purement fondée sur le marché".⁴¹⁵ La Corée convient que l'analyse réellement effectuée par les créanciers peut prouver l'intention subjective qui était la leur en s'engageant dans les transactions visées et que cette *intention* peut être pertinente pour l'analyse de l'"action de charger et ordonner". Cependant, de l'avis de la Corée, le fait que les créanciers n'ont pas procédé à une analyse "n'autorise aucune conclusion quant au point de savoir si le "bénéficiaire" a *effectivement* reçu un avantage".⁴¹⁶ En outre, la Corée fait référence à la note de bas de page 475 du rapport du Groupe spécial et critique le Groupe spécial pour n'avoir pas expliqué pourquoi l'analyse imparfaite d'un créancier fondée sur des renseignements incomplets ne peut pas conduire au même résultat que celui qui aurait été obtenu sur le marché.⁴¹⁷ Selon la Corée, il est "toujours possible d'avoir raison pour des motifs erronés".⁴¹⁸

223. Troisièmement, la Corée fait référence aux analyses effectuées par Anjin Accounting et le Monitor Group, qu'elle avait communiquées au Groupe spécial, pour démontrer que l'action alléguée des pouvoirs publics n'avait pas conféré un avantage à Hynix, parce que les conditions obtenues des quatre créanciers étaient comparables à ce qu'Hynix aurait pu obtenir des autres créanciers qui n'avaient pas fait l'objet de l'"action de charger ou ordonner" alléguée des pouvoirs publics. La Corée soutient que ces rapports étaient à la disposition de la JIA au moment où elle a procédé à son examen de l'existence d'un avantage et qu'elle aurait donc dû en tenir compte.

224. Le Japon estime que, contrairement à ce qu'affirme la Corée, le Groupe spécial n'a pas dit qu'"une constatation établissant qu'il y a eu "action de charger ou ordonner" constitu[ait], en soi, une base suffisante pour constater l'existence d'un avantage".⁴¹⁹ Le Japon soutient que "la constatation du Groupe spécial repose sur une comparaison des situations factuelles particulières en l'espèce".⁴²⁰ Le Japon fait valoir que la nature non commerciale des décisions des créanciers privés d'Hynix ne reposait pas uniquement sur leur analyse insuffisante des conditions de la restructuration

⁴¹⁵ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 39 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276). (italique dans l'original)

⁴¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 44. (italique dans l'original)

⁴¹⁷ *Ibid.*, paragraphe 51.

⁴¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 46.

⁴¹⁹ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 35 (citant la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 43).

⁴²⁰ *Ibid.*, paragraphe 36.

d'octobre 2001 et sur le fait que les rapports d'Anjin Accounting et du Monitor Group n'étaient pas disponibles.⁴²¹

225. Dans le cadre de notre analyse du calcul du montant de l'avantage qui est exposée dans la section VI du présent rapport, nous nous sommes référés à l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée dans l'affaire *Canada – Aéronefs* de la prescription relative à l'avantage énoncée à l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC*.⁴²² L'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "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".⁴²³ Nous suivons cette approche dans notre évaluation de l'examen par le Groupe spécial de la détermination de la question de savoir si la restructuration d'octobre 2001 a conféré un avantage à Hynix faite par la JIA.

226. La Corée laisse entendre que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 a conféré un avantage à Hynix était un simple corollaire de son rejet de l'allégation de la Corée selon laquelle la JIA fait erreur en concluant que les quatre créanciers avaient fait l'objet d'une "action de charger ou ordonner" des pouvoirs publics coréens.⁴²⁴ Nous ne partageons pas ce point de vue. À la lumière de notre examen du raisonnement du Groupe spécial, nous ne sommes pas persuadés que la constatation de l'existence d'un avantage n'ait pas demandé une analyse additionnelle du Groupe spécial.⁴²⁵ De fait, le Groupe spécial s'est appuyé sur des éléments de preuve relatifs à des "considérations non commerciales" qu'il a pris pour critère dans son analyse de l'examen par la JIA du point de savoir si des banques privées avaient été chargées ou s'étaient vu ordonner par

⁴²¹ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 54.

⁴²² Voir *supra*, paragraphe 173.

⁴²³ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157.

⁴²⁴ Voir la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 45 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.281).

⁴²⁵ Le Groupe spécial a expliqué que l'"autorité chargée de l'enquête pourrait s'appuyer sur des éléments de preuve indiquant si la contribution financière a été ou non fournie sur la base de considérations commerciales ... parce que des éléments de preuve selon lesquels des considérations non commerciales ont été prises en compte indiquent des conditions plus favorables que celles qui auraient pu être obtenues sur le marché (le marché étant censé fonctionner sur la base de considérations commerciales)". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276) Le Groupe spécial a aussi reconnu que, dans certains cas, "il pourrait y avoir des éléments de preuve indiquant que, même si la contribution financière n'a pas été accordée sur la base de considérations commerciales, elle aurait en fait été accordée par des "créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent"". Le Groupe spécial a dit qu'"[e]n pareils cas, l'autorité chargée de l'enquête devrait mettre en balance la valeur probante d'un type d'éléments de preuve avec la valeur probante de l'autre". (*Ibid.*, note de bas de page 475 relative au paragraphe 7.276)

les pouvoirs publics coréens de faire une contribution financière à Hynix.⁴²⁶ Le Groupe spécial s'est aussi appuyé sur des éléments de preuve relatifs à des "considérations non commerciales" dans son examen de l'analyse du point de savoir si la contribution financière avait conféré un avantage faite par la JIA. Le fait de s'appuyer sur les mêmes éléments de preuve ou sur des éléments de preuve semblables pour examiner des prescriptions juridiques distinctes ne revient pas, à notre avis, à confondre la prescription relative à l'avantage et la prescription relative à la contribution financière. Nous sommes convaincus qu'en l'espèce, le Groupe spécial a utilisé des éléments de preuve relatifs à des considérations non commerciales d'abord pour évaluer l'examen par la JIA du point de savoir s'il y avait eu action de charger ou ordonner au titre de l'article 1.1 a) 1) iv), puis pour trancher la question juridique distincte de savoir si la JIA avait à juste titre établi que la restructuration d'octobre 2001 avait conféré un avantage au titre de l'article 1.1 b).

227. Le Groupe spécial a aussi reconnu que l'autorité chargée de l'enquête pourrait être confrontée à différents types d'éléments de preuve et qu'un type d'éléments de preuve pourrait ne pas étayer la conclusion suggérée par un autre. Dans les circonstances spécifiques de la présente affaire, la JIA avait enquêté sur le point de savoir si ""des créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent" auraient restructuré Hynix aux mêmes conditions que les quatre créanciers".⁴²⁷ Cette enquête n'a toutefois pas fourni de tels éléments de preuve à la JIA. Celle-ci n'a donc pas été confrontée à des éléments de preuve indiquant que des créanciers n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner auraient restructuré Hynix à des conditions semblables à celles auxquelles les quatre créanciers l'ont fait.

228. Nous ne voyons aucune erreur dans l'examen que le Groupe spécial a fait de l'analyse effectuée par la JIA sur le rôle des autres créanciers dans la restructuration d'octobre 2001.⁴²⁸ Le Groupe spécial a noté que "la constatation de la JIA concernant le caractère raisonnable du point de vue commercial de la décision des autres créanciers d'Hynix de participer à la restructuration d'octobre 2001 était fondée sur les données de fait disponibles, puisque ces autres créanciers contactés par la JIA (en dehors de la Banque Kookmin) n'avaient pas répondu à son questionnaire".⁴²⁹ Le Groupe spécial a par ailleurs dit que la "JIA était tenue d'appliquer les données de fait disponibles en ce qui concerne les autres créanciers puisque aucun des autres créanciers qu'elle avait contactés (hormis la Banque Kookmin) n'avait répondu à son questionnaire. En d'autres termes, le dossier de la

⁴²⁶ Voir les sections IV et V du présent rapport.

⁴²⁷ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 475 relative au paragraphe 7.276 (citant la détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 136).

⁴²⁸ À notre avis, la référence insérée par le Groupe spécial dans la note de bas de page 475 ("pour les raisons indiquées plus haut") renvoie aux paragraphes 7.283 à 7.298 de son rapport.

⁴²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.288.

JIA ne contenait pas d'éléments de preuve directs concernant les raisons pour lesquelles les autres créanciers (autres que la Banque Kookmin) avaient participé à la restructuration d'octobre 2001."⁴³⁰ Dans ces circonstances, le Groupe spécial a constaté, à juste titre, que "la simple participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001 (en l'absence d'élément de preuve établissant que leur participation était fondée sur des considérations commerciales) n'aurait pas dû empêcher la JIA de constater que la participation des quatre créanciers à cette restructuration avait conféré un avantage à Hynix".⁴³¹

229. Pour ces raisons, nous *constatons* que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que la détermination de l'existence d'un avantage de la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001 n'était pas incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

X. Parties intéressées

230. Le Groupe spécial a rejeté l'allégation de la Corée selon laquelle la JIA avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 et 12.9 de l'*Accord SMC* en considérant certains établissements financiers comme des "parties intéressées" et en utilisant les "données de fait disponibles" pour les établissements financiers qui n'avaient pas communiqué de renseignements.

231. En appel, la Corée allègue que le Groupe spécial a indûment rejeté son argument selon lequel les entités considérées comme des "parties intéressées" au titre de l'article 12.9 de l'*Accord SMC* devaient "avoir un intérêt dans l'issue de la procédure".⁴³² La Corée estime que le fait que la JIA a désigné certains créanciers d'Hynix comme parties intéressées, alors qu'ils n'avaient pas "un intérêt dans l'issue de la procédure", a conduit la JIA à recourir aux "données de fait disponibles", au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, d'une manière qui a porté préjudice à Hynix.

232. Le Japon fait valoir que l'appel de la Corée concernant l'interprétation de l'expression "parties intéressées" donnée par le Groupe spécial devrait être rejeté par l'Organe d'appel. Selon le Japon, la définition de la Corée ne peut pas être conciliée avec l'article 12.9, car les entités qui y sont répertoriées n'ont pas nécessairement "un intérêt dans l'issue de la procédure".⁴³³ De l'avis du Japon, l'interprétation de la Corée des "données de fait disponibles" au titre de l'article 12.7 fausserait l'équilibre entre, d'une part, les droits des parties intéressées relatifs à la régularité de la procédure, et, d'autre part, l'obligation de procéder à une enquête objective qui incombe à l'autorité chargée de

⁴³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289. (note de bas de page omise)

⁴³¹ *Ibid.*, paragraphe 7.291.

⁴³² Voir la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphes 106 et 107.

⁴³³ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphes 129 à 131.

l'enquête. Le Japon soutient aussi que les droits des parties intéressées relatifs à la régularité de la procédure au titre de l'article 12 ne sont pas illimités et qu'ils sont subordonnés au pouvoir discrétionnaire de recourir aux "données de fait disponibles" dont disposent les autorités chargées de l'enquête.⁴³⁴

233. Le 7 septembre 2004, la JIA a envoyé des questionnaires concernant les subventions aux pouvoirs publics coréens, à Hynix et à 16 établissements financiers qui avaient accordé un financement à Hynix.⁴³⁵ Selon la JIA, il était raisonnable de considérer ces 16 établissements financiers comme des parties intéressées dans l'enquête.⁴³⁶ Les pouvoirs publics coréens, Hynix et dix des 16 établissements financiers ont envoyé des réponses.⁴³⁷ Les quatre créanciers au sujet desquels la JIA a ultérieurement établi une détermination finale de l'existence d'une action de charger ou ordonner figuraient parmi ces dix établissements financiers. Pour les établissements qui n'ont pas répondu aux questionnaires de la JIA ou n'ont pas communiqué les renseignements demandés, la JIA a formulé certaines constatations dans sa détermination sur la base des "données de fait disponibles", conformément à l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.⁴³⁸

234. L'article 12.7 de l'*Accord SMC* régit le recours aux "données de fait disponibles" dans les procédures en matière de droits compensateurs. Il est libellé comme suit:

Dans 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.

235. Ainsi, les circonstances dans lesquelles l'autorité chargée de l'enquête peut établir sa détermination sur la base des "données de fait disponibles" sont limitées, conformément à l'article 12.7, aux 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".

⁴³⁴ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 142.

⁴³⁵ Détermination finale de la JIA, paragraphe 8.

⁴³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.381 (faisant référence à la détermination finale de la JIA, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphes 29 et 39).

⁴³⁷ Détermination finale de la JIA, paragraphe 10.

⁴³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.381.

236. L'article 12.9 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

Aux fins du présent accord, les "parties intéressées" seront:

- i) un exportateur ou producteur étranger ou l'importateur d'un produit faisant l'objet d'une enquête ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des membres produisent, exportent ou importent ce produit; et
- ii) un producteur du produit similaire dans le Membre importateur ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des membres produisent le produit similaire sur le territoire du Membre importateur.

Cette liste n'empêchera pas les Membres de permettre aux parties nationales ou étrangères autres que celles qui sont mentionnées ci-dessus d'être considérées comme des parties intéressées.

237. Comme il est indiqué plus haut, ce que la Corée affirme, c'est que la JIA a fait erreur en désignant certains établissements financiers comme parties intéressées alors qu'ils n'avaient aucun "intérêt dans l'issue de la procédure". Nous observons que l'article 12.9 de l'*Accord SMC* n'exige pas explicitement que l'autorité chargée de l'enquête établisse qu'une partie a "un intérêt dans l'issue [d'une] procédure". Nous ne voyons pas non plus dans l'*Accord SMC* de disposition qui définisse la nature de l'intérêt nécessaire pour qu'une entité soit considérée comme une partie intéressée.

238. La Corée fait valoir que les parties énumérées dans les alinéas i) et ii) de l'article 12.9, qui doivent être considérées par l'autorité chargée de l'enquête comme des parties intéressées – à savoir, les exportateurs, les importateurs, les producteurs étrangers, les producteurs nationaux et leurs groupements – ont tous un intérêt clair et direct dans l'issue d'une enquête en matière de droits compensateurs. Pour la Corée, les types d'entités répertoriés dans la liste donnent une "indication nette" du fait qu'une entité ne peut pas être une partie intéressée si elle n'a pas un tel intérêt.⁴³⁹ Nous convenons que les entités énumérées dans les alinéas i) et ii) – qui sont toutes impliquées dans la production, l'exportation ou l'importation du produit visé par l'enquête, ou dans la production du produit similaire dans le pays importateur – sont susceptibles d'"avoir un intérêt dans l'issue de la procédure", mais nous ne voyons rien dans l'article 12.9 qui donne à entendre que les parties intéressées sont limitées aux entités de ce type en vertu de la dernière clause de l'article 12.9.⁴⁴⁰ Bien

⁴³⁹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 114.

⁴⁴⁰ La dernière clause de l'article 12.9 dispose ce qui suit: "Cette liste n'empêchera pas les Membres de permettre aux parties nationales ou étrangères autres que celles qui sont mentionnées ci-dessus d'être considérées comme des parties intéressées." Nous notons que, même si l'issue de l'enquête ne présente plus d'intérêt pour l'une ou l'autre des entités devant être considérées comme des parties intéressées au titre des alinéas i) et ii), ces parties ne perdent pas pour autant leur statut de parties intéressées. Cela étaye le point de

que l'expression "partie intéressée", par définition, laisse entendre que la partie doit avoir un intérêt lié à l'enquête, le simple fait que les listes figurant aux alinéas i) et ii) comprennent des entités qui peuvent être directement intéressées dans l'issue de l'enquête ne signifie pas que des parties qui peuvent avoir d'autres formes d'intérêt pertinentes pour l'enquête sont exclues.

239. La dernière phrase de l'article 12.9 dispose que les Membres ne sont pas empêchés de *permettre* aux parties nationales ou étrangères autres que celles qui sont énumérées aux alinéas i) et ii) d'être considérées comme des parties intéressées. La Corée conteste l'interprétation que le Groupe spécial donne du terme "permettre" dans cette phrase. Elle a allégué devant le Groupe spécial que le terme "permettre" avait le sens de "donner la permission".⁴⁴¹ Le Groupe spécial a constaté que, si ce terme pourrait indiquer que l'autorité chargée de l'enquête peut permettre à une entité d'être désignée comme partie intéressée suite à une demande, il pourrait aussi indiquer qu'un Membre peut "permettre, au moyen de sa législation ou de ses réglementations d'application nationales, à certaines parties de participer aux enquêtes en tant que parties intéressées".⁴⁴² Le Groupe spécial a par ailleurs expliqué que, comme il existe un certain nombre de dispositions dans l'*Accord SMC*, par exemple l'article 21.2, qui contiennent spécifiquement l'expression "sur demande" lorsqu'une telle prescription est envisagée, l'absence de cette expression à l'article 12.9 étaye l'interprétation selon laquelle l'inclusion d'une partie en tant que partie intéressée n'est pas tributaire d'une demande.⁴⁴³

240. Nous souscrivons à l'interprétation que le Groupe spécial a donnée du terme "permettre" figurant à l'article 12.9. Si une réponse à une demande est sans aucun doute un des moyens par lequel une autorité chargée de l'enquête peut permettre à une entité d'être reconnue en tant que partie intéressée, nous ne pensons pas que ce soit le seul moyen pour qu'une partie soit incluse. À notre avis, le terme "permettre" figurant dans la dernière clause connote le pouvoir ou la faculté qu'a un Membre de considérer d'autres parties comme des parties intéressées, et non la limitation de ce pouvoir d'inclusion aux parties qui présentent une demande.

241. La Corée fait par ailleurs valoir que l'article 12.3 et 12.8 de l'*Accord SMC* indique que les parties intéressées doivent avoir un dossier à présenter et un intérêt à défendre.⁴⁴⁴ Nous reconnaissons

vue selon lequel les parties intéressées ne sont pas limitées à celles qui ont "un intérêt dans l'issue de la procédure".

⁴⁴¹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, note de bas de page 72 relative au paragraphe 115.

⁴⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.390.

⁴⁴³ *Ibid.* Le Japon a présenté des arguments similaires. (Voir la communication du Japon en tant qu'intimé, note de bas de page 203 relative au paragraphe 132.)

⁴⁴⁴ L'article 12.3 dispose ce qui suit:

que l'article 12.3 et 12.8 a trait aux droits que les parties intéressées ont de présenter leurs dossiers et de défendre leurs intérêts dans les enquêtes. Toutefois, il y a à notre avis des distinctions dans la nature de l'intérêt que les parties peuvent avoir à participer à une enquête. Comme le Groupe spécial l'a à juste titre noté, l'article 12.1.2 et 12.2 présuppose l'existence de deux groupes de parties intéressées, à savoir celles qui peuvent être initialement impliquées parce qu'elles ont reçu des questionnaires mais qui cessent ensuite de participer; et celles qui décident de participer activement et choisissent de présenter leurs dossiers et de défendre leurs intérêts, comme il est prévu à l'article 12.3 et 12.8. Nous ne pouvons donc pas accepter l'argument de la Corée selon lequel l'article 12.3 et 12.8 – qui concerne les parties participant à une enquête – implique que les entités doivent "avoir un intérêt dans l'issue d'une procédure" pour être désignées comme "parties intéressées".

242. Nous ne voulons pas dire que les autorités chargées de l'enquête jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour désigner des entités comme parties intéressées, indépendamment du caractère pertinent de ces entités pour la conduite d'une enquête objective. Comme nous l'avons fait observer, par définition, l'expression "partie intéressée" laisse entendre que la partie doit avoir un certain "intérêt" lié à l'enquête.⁴⁴⁵ Cet intérêt *peut* être dans l'issue de l'enquête, mais il devrait aussi être envisagé du point de vue de l'autorité chargée de l'enquête. L'autorité chargée de l'enquête doit avoir un certain pouvoir discrétionnaire pour considérer comme des parties intéressées les entités qui sont pertinentes pour procéder à une enquête objective et pour obtenir des renseignements ou des éléments de preuve pertinents pour l'enquête en question.⁴⁴⁶ Néanmoins, lorsqu'elle désigne des entités comme parties intéressées, l'autorité chargée de l'enquête doit être consciente de la charge que cela peut représenter pour d'autres parties intéressées.

Chaque fois que cela sera réalisable, les autorités ménageront en temps utile à tous les Membres intéressés et à toutes les parties intéressées la possibilité de prendre connaissance de tous les renseignements pertinents pour la présentation de leurs dossiers, qui ne seraient pas confidentiels aux termes du paragraphe 4 et que les autorités utilisent dans leur enquête en matière de droits compensateurs, ainsi que de préparer leur argumentation sur la base de ces renseignements.

L'article 12.8 dispose ce qui suit:

Avant d'établir une détermination finale, les autorités informeront tous les Membres intéressés et toutes les parties intéressées des faits essentiels examinés qui constitueront le fondement de la décision d'appliquer ou non des mesures définitives. Cette divulgation devrait avoir lieu suffisamment tôt pour que les parties puissent défendre leurs intérêts.

⁴⁴⁵ Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387.

⁴⁴⁶ Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.392 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 293). Nous reconnaissons que, lorsqu'elle mène son enquête, l'autorité chargée de l'enquête peut aussi demander des renseignements à des entités qui ne sont pas désignées comme parties intéressées.

243. Dans la présente affaire, nous ne pensons pas que la JIA a fait erreur en désignant les 16 établissements financiers créanciers d'Hynix comme parties intéressées. Puisque la JIA menait une enquête au sujet d'une allégation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en rapport avec les restructurations, nous estimons qu'il était raisonnable qu'elle demande des renseignements aux créanciers d'Hynix. Le Groupe spécial a noté que "la JIA disposait de renseignements indiquant que les autres créanciers pertinents étaient, ou avaient été, les créanciers d'Hynix, et qu'ils auraient pu éventuellement devenir actionnaires d'Hynix grâce à des échanges de créances contre des participations dans le cadre des deux restructurations en cause".⁴⁴⁷ Dans ces circonstances, nous ne voyons aucune erreur dans la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "la JIA était à tout le moins habilitée à traiter ces autres créanciers comme des parties intéressées pour l'envoi de son questionnaire. Les autres créanciers auraient alors pu, dans leurs réponses, communiquer à la JIA des renseignements indiquant qu'ils n'avaient plus un intérêt dans l'issue de l'enquête".⁴⁴⁸

244. La Corée fait aussi valoir que la JIA a eu recours aux "données de fait disponibles" au titre de l'article 12.7, d'une manière qui a porté préjudice à Hynix.⁴⁴⁹ Or, telles que nous voyons les choses, cette allégation reposait sur notre acceptation de l'argument de la Corée selon lequel une partie intéressée devait "avoir un intérêt dans l'issue [d'une] procédure" et, qu'en conséquence, la JIA avait indûment considéré certains établissements financiers comme des parties intéressées. Comme nous avons rejeté cet argument de la Corée, nous n'avons pas besoin d'examiner l'allégation de la Corée concernant le recours aux "données de fait disponibles" au titre de l'article 12.7. Quoi qu'il en soit, le Groupe spécial a constaté que la Corée n'avait pas étayé son allégation relative à l'utilisation induite par la JIA des "données de fait disponibles", et nous ne voyons aucune raison de modifier la constatation du Groupe spécial.⁴⁵⁰

245. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.398 et 8.1 c) de son rapport, selon laquelle la Corée n'a pas établi que la JIA avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 et 12.9 de l'*Accord SMC* en considérant

⁴⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 582 relative au paragraphe 7.394.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ Toutefois, contrairement à ce que la Corée implique, à savoir que le recours aux "données de fait disponibles" au titre de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* a nécessairement un effet préjudiciable sur les parties qui sont visées par le droit compensateur, nous ne pensons pas que le recours aux "données de fait disponibles" conduit nécessairement l'autorité chargée de l'enquête à tirer une déduction négative. (Voir la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphes 124 et 125.)

⁴⁵⁰ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.397.

certains établissements financiers comme des "parties intéressées" et en utilisant les "données de fait disponibles" pour les établissements financiers qui n'avaient pas communiqué de renseignements.⁴⁵¹

XI. Transfert direct de fonds

246. Nous examinons ensuite la question de savoir si les transactions financières effectuées au cours des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 constituaient des "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.⁴⁵²

247. Devant le Groupe spécial, la Corée a allégué que la JIA avait agi d'une manière incompatible avec l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* en constatant que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 – en particulier, la modification des conditions de prêts préexistants (y compris le report de l'échéance de prêts existants, les réductions des taux d'intérêt sur des prêts existants et la conversion des intérêts à recevoir en principal) ainsi que l'échange de créances contre des participations – comportaient des transferts directs de fonds. La Corée a fait observer que "des transactions qui modifi[aient] simplement les conditions de créances existantes et qui ne comport[aient] pas le versement d'argent au bénéficiaire de la subvention alléguée ne [pouvaient] pas être qualifiées de transactions comportant un "transfert direct de fonds", au sens de l'article 1.1 a) 1) i)".⁴⁵³ Le Groupe spécial a rejeté l'allégation de la Corée et a constaté au contraire que la JIA:

... pouvait à bon droit qualifier la modification des conditions de remboursement des prêts (y compris le report de l'échéance de prêts existants, les réductions des taux d'intérêt sur des prêts existants et la conversion des intérêts à recevoir en principal) ainsi que l'échange de créances contre des participations, de transactions comportant un "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i).⁴⁵⁴ (note de bas de page omise)

248. En appel, la Corée laisse entendre qu'il y a transfert direct de fonds uniquement lorsqu'il y a un apport supplémentaire de fonds au bénéficiaire qui accroît la richesse nette de ce bénéficiaire. Selon la Corée, l'allocation initiale d'un instrument financier peut constituer un transfert direct de fonds, mais pas les modifications ultérieures de ses conditions. Lorsqu'un créancier accepte de

⁴⁵¹ Nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner l'allégation de la Corée au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, étant donné que la Corée a expliqué à l'audience qu'elle ne demandait pas l'établissement d'une constatation de fond distincte au titre de cette disposition.

⁴⁵² L'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit: "[U]ne 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 passifs (par exemple des garanties de prêt)".

⁴⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.426.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.446.

modifier les conditions de prêts existants, ou d'annuler entièrement des dettes, les créances existantes sont modifiées sans versement d'argent à l'emprunteur et il n'y a pas transfert direct de fonds. Pour la Corée, il "se produit un "transfert" de "fonds" uniquement lorsqu'une somme d'argent passe des mains des pouvoirs publics (ou d'un organisme privé agissant sur l'ordre des pouvoirs publics) à celles du bénéficiaire de la subvention".⁴⁵⁵ La Corée affirme que, pour la même raison, les échanges de créances contre des participations ne doivent pas être considérés comme des transferts de fonds. De l'avis de la Corée, les modifications des conditions de prêts existants pourraient toutefois constituer des "recettes ... abandonnées" au sens de l'article 1.1 a) 1) ii).⁴⁵⁶

249. Le Japon affirme que la Corée avance une définition exagérément étroite du terme "fonds". Il fait valoir que l'article 1.1 a) 1) i) mentionne les "dons, prêts et participation au capital social" comme exemples, et non pas comme éléments d'une liste exhaustive. Selon le Japon, cela indique que l'*Accord SMC* envisage des transferts directs de fonds autres que les dons, prêts et participation au capital social.⁴⁵⁷ Si l'on excluait de la définition de l'expression "transfert direct de fonds" la modification des conditions de prêts existants, ou l'échange de créances existantes contre une participation au capital social de valeur monétaire équivalente, on "ouvrirait la porte aux abus potentiels des subventions et dégagerait la voie au contournement des disciplines de l'*Accord SMC*".⁴⁵⁸

250. À notre avis, le terme "fonds" recouvre non seulement l'"argent" mais aussi les ressources financières et les autres créances financières de manière plus générale. La notion de "transfert de fonds" adoptée par la Corée est trop littérale et mécanique parce qu'elle n'englobe pas la manière dont les transactions financières donnent lieu à une modification des obligations qui aboutit à un accroissement des ressources financières. Nous ne pouvons convenir que les transferts directs de fonds, tels qu'ils sont envisagés à l'article 1.1 a) 1) i), sont limités aux situations dans lesquelles il y a un apport supplémentaire de fonds au bénéficiaire qui accroît la richesse nette de ce bénéficiaire. En conséquence, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que la JIA avait à bon droit qualifié la modification des conditions des prêts préexistants dans la présente affaire de transfert direct de fonds.

251. Nous observons que les mots "dons, prêts et participation au capital social" sont précédés de "par exemple", ce qui indique que les dons, les prêts et la participation au capital social sont des exemples de transactions relevant du champ d'application de l'article 1.1 a) 1) i). Cela montre que des

⁴⁵⁵ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 134.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, paragraphe 139.

⁴⁵⁷ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 162.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, paragraphe 170.

transactions semblables à celles qui sont expressément énumérées sont aussi couvertes par cette disposition. L'annulation d'une dette, qui éteint les créances d'un créancier, est une forme de prestation par laquelle l'emprunteur est considéré comme ayant remboursé le prêt au prêteur. Le report de l'échéance d'un prêt permet à l'emprunteur de bénéficier de l'avantage conféré par le prêt sur une plus longue période de temps. Une réduction du taux d'intérêt diminue la charge résultant pour l'emprunteur du service de la dette. Dans tous ces cas, la situation financière de l'emprunteur est améliorée et il y a donc transfert direct de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i).

252. En ce qui concerne l'argument de la Corée selon lequel les échanges de créances contre des participations ne peuvent pas être considérés comme des transferts directs de fonds puisque aucune somme d'argent n'est ainsi transférée au bénéficiaire, le Groupe spécial a dit que "l'abandon et la modification de créances inhérents à ce type de transactions [avaient] aussi pour effet de créer de nouveaux droits ou créances qui [étaient] transférés à l'ancien débiteur".⁴⁵⁹ Là encore, nous ne voyons aucune erreur dans l'analyse du Groupe spécial. L'échange de créances contre des participations remplace la créance par la participation et, dans un tel cas de figure, lorsque l'échange de créances contre des participations vise à enrayer la dégradation de la situation financière de la société bénéficiaire, l'annulation de la dette de l'emprunteur équivaut à un transfert direct de fonds à la société.

253. La Corée allègue par ailleurs que les contributions financières en cause dans la présente affaire peuvent tout au plus être considérées comme des "recettes ... abandonnées" au sens de l'article 1.1 a) 1) ii).

254. À cet égard, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

[N]ous n'excluons pas que certaines des transactions pertinentes puissent être visées simultanément par différents alinéas de l'article 1.1 a) 1). Toutefois, la question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir si la modification des conditions de remboursement d'un prêt et l'échange de créances contre des participations pourraient également être considérés, par exemple, comme des recettes publiques abandonnées. La question est de savoir si la JIA a fait erreur en traitant ces transactions comme des "transferts directs de fonds".⁴⁶⁰ (note de bas de page omise)

255. Nous souscrivons au point de vue du Groupe spécial selon lequel la question dont il était saisi était de savoir si la JIA avait fait erreur en traitant les restructurations d'octobre 2001 et de

⁴⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.442.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, paragraphe 7.439.

décembre 2002 comme des transferts directs de fonds. La question juridique n'était pas de savoir si une ou plusieurs transactions en cause pouvaient en plus être traitées comme des recettes abandonnées au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.

256. Pour les raisons qui précèdent, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.446 et 8.1 d) de son rapport, selon laquelle la JIA pouvait à bon droit qualifier la modification des conditions de remboursement des prêts (y compris le report de l'échéance de prêts existants, les réductions des taux d'intérêt sur des prêts existants et la conversion des intérêts à recevoir en principal) ainsi que l'échange de créances contre des participations, de transactions comportant des "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.

XII. Cause du dommage

257. Nous passons maintenant à la question du lien de causalité. La Corée a fait valoir que les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* exigeaient davantage qu'une démonstration établissant que "les importations subventionnées caus[aient] un dommage": ils exigeaient une démonstration additionnelle établissant que le dommage était causé "par les effets des subventions".⁴⁶¹

258. Le Groupe spécial a constaté que les articles 15.5 et 19.1 n'imposaient pas à l'autorité chargée de l'enquête l'obligation additionnelle de démontrer que le volume et les effets sur les prix des importations subventionnées et l'incidence de ces importations sur la branche de production nationale, tels qu'ils étaient indiqués à l'article 15.2 et 15.4 de l'*Accord SMC* étaient "les effets des subventions".⁴⁶² À la lumière de cette interprétation des articles 15.5 et 19.1, le Groupe spécial a jugé qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si la JIA avait dûment démontré que le volume et les effets sur les prix des importations subventionnées et l'incidence de ces importations sur la branche de production nationale étaient les "effets des subventions" qui auraient été reçues par Hynix.⁴⁶³ Le Groupe spécial a donc conclu que la Corée n'avait pas démontré que, lors de la détermination de l'existence d'un lien de causalité, la JIA avait agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 72.

⁴⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.424.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.425. En outre, s'agissant des "effets des subventions", le Groupe spécial a noté que la JIA avait constaté ce qui suit:

Comme il est expliqué au chapitre 2, Hynix était dans une situation financière telle qu'elle ne pouvait pas obtenir des fonds sur le marché commercial. Les subventions accordées par les pouvoirs publics coréens à Hynix ont permis à cette société de maintenir et de poursuivre ses activités

259. La Corée nous demande d'infirmier la constatation du Groupe spécial au motif que celui-ci a fait erreur dans son interprétation des articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, le Groupe spécial a donné une lecture de ces articles qui excluait effectivement le membre de phrase "par les effets des subventions". Pour la Corée, l'interprétation que donne le Groupe spécial du membre de phrase "par les effets" n'est pas compatible avec le sens ordinaire, le contexte ou l'historique de la négociation des dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*.⁴⁶⁵ Par ailleurs, la Corée soutient que l'interprétation donnée par le Groupe spécial du membre de phrase "par les effets" ne peut pas être conciliée avec le texte de l'article 19.1, qui reprend cette expression et énonce les conditions de fond pour l'imposition d'un droit compensateur.⁴⁶⁶

260. Le Japon nous demande de confirmer l'interprétation que donne le Groupe spécial des articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* pour les raisons avancées par le Groupe spécial.⁴⁶⁷ Concrètement, le Japon soutient que, lorsqu'elle conteste l'interprétation du membre de phrase "par les effets" figurant à l'article 15.5 que donne le Groupe spécial, la Corée ne fait pas référence à la note de bas de page 47 relative à ce membre de phrase.⁴⁶⁸ De l'avis du Japon, l'interprétation du Groupe spécial est confirmée par les règles relatives à la non-imputation énoncées dans les phrases suivantes de l'article 15.5 et les autres paragraphes de l'article 15.⁴⁶⁹ L'interprétation de ce membre de phrase adoptée par la Corée exige toutefois une démonstration additionnelle de l'existence d'un lien de causalité entre les effets de la subvention et le dommage.⁴⁷⁰

261. Pour examiner cette question, nous commençons par analyser le texte de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, qui dispose ce qui suit:

[i]l devra être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets* des subventions, un dommage au sens du présent

de production et d'exportation de produits DRAM. En conséquence, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'Hynix a augmenté notablement le volume de ses exportations de produits visés à destination du Japon, a vendu de gros volumes de produits à bas prix sur le marché intérieur japonais et a provoqué ainsi la chute du prix des produits nationaux.

(Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.405 (citant la détermination finale de la JIA, annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 550.)

⁴⁶⁵ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphes 70 à 94.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, paragraphes 76 à 79.

⁴⁶⁷ Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphes 77 à 112.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, paragraphes 80 à 82.

⁴⁶⁹ Les Communautés européennes et les États-Unis souscrivent aussi à l'interprétation des articles 15.5 et 19.1 donnée par le Groupe spécial. (Réponse des Communautés européennes et des États-Unis aux questions posées à l'audience.)

⁴⁷⁰ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 72.

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. Les facteurs qui pourront être pertinents à cet égard comprennent, entre autres, les volumes et les prix des importations non subventionnées du produit en question, la contraction de la demande ou les modifications de la configuration de la consommation, les pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs, l'évolution des techniques, ainsi que les résultats à l'exportation et la productivité de la branche de production nationale.

* [Note de bas de page 47 de l'original] Tels qu'ils sont indiqués aux paragraphes 2 et 4.

262. L'article 15.5 dans son ensemble traite du lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale. La première phrase de l'article 15.5 exige que l'autorité chargée de l'enquête démontre que "les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage" à la branche de production nationale. La deuxième phrase souligne que la démonstration d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage doit être fondée sur tous les éléments de preuve pertinents dont dispose l'autorité chargée de l'enquête. Dans les deux phrases, le sujet auquel se rapporte le membre de phrase "causent ... un dommage", ou pour lequel "un lien de causalité" doit être établi, est "les importations subventionnées".

263. En vertu de la note de bas de page 47 relative à l'article 15.5, qui fait partie intégrante de la première phrase, la démonstration d'un lien de causalité envisagée dans les deux premières phrases de l'article 15.5 doit être effectuée suivant l'analyse indiquée à l'article 15.2 et 15.4 aux fins de l'examen des "effets" des importations subventionnées. Conformément à ces paragraphes, un tel examen doit porter sur: i) la question de savoir s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées; ii) l'effet des importations subventionnées sur les prix; et iii) l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale.

264. Il ressort clairement de l'architecture de l'article 15.2, 15.4 et 15.5 que, pour déterminer si les "importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage" à la branche de production nationale, il faut procéder à l'examen des effets des importations subventionnées tels qu'ils sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4. Ces paragraphes n'envisagent pas et ne prescrivent pas les deux

types distincts d'examens mentionnés par la Corée, à savoir un examen des effets des importations subventionnées conformément à l'article 15.2 et 15.4; et un deuxième examen des effets des subventions distingués des effets des importations subventionnées au cas par cas.

265. L'argument de la Corée selon lequel les effets des subventions doivent être distingués des effets des importations subventionnées repose sur l'hypothèse que l'augmentation du volume des importations subventionnées ou le prix auquel elles sont vendues sur le marché du Membre importateur peuvent ne pas être dus aux subventions reçues par la société exportatrice. Pour illustrer ce point, la Corée a indiqué que l'augmentation des volumes des ventes du produit pouvait résulter d'un niveau de qualité supérieur, de la conception, de l'innovation ou de la préférence des consommateurs, et non de la subvention.⁴⁷¹

266. Nous ne sommes pas convaincus par les arguments de la Corée. À notre avis, cela signifierait que l'autorité chargée de l'enquête doit procéder à l'examen additionnel de deux questions: premièrement, l'utilisation que la société exportatrice a faite des subventions⁴⁷²; et, deuxièmement, le point de savoir si, sans ces subventions, le produit aurait été exporté dans les mêmes quantités ou aux mêmes prix. Ces examens additionnels ne sont prévus ni par l'article 15.2 ni par l'article 15.4.

267. En outre, les dispositions relatives à la "non-imputation" figurant dans la troisième phrase de l'article 15.5 répondent déjà de manière appropriée au souci de faire en sorte que les effets dommageables de tous les facteurs connus *autres que les importations subventionnées* ne soient pas imputés aux importations subventionnées.⁴⁷³ Il est ainsi garanti que les dommages qui peuvent avoir été causés par d'autres facteurs connus ne soient pas imputés aux importations subventionnées. La troisième phrase de l'article 15.5 n'envisage pas le type d'examen additionnel suggéré dans les arguments de la Corée.

⁴⁷¹ La Corée reconnaît toutefois qu'il peut y avoir des cas dans lesquels la nature de la subvention en soi serait suffisante pour montrer que les effets dommageables sont dus à la subvention, comme lorsqu'une subvention est accordée spécifiquement à des fins d'exportation. Dans le cas de telles subventions, la Corée reconnaît qu'il n'est pas nécessaire de procéder à un autre examen que celui des effets des importations subventionnées, tels qu'ils sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4. (Voir la communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 91.)

⁴⁷² En ce qui concerne la qualité d'un produit importé, la Corée a déclaré ce qui suit: "à moins que la subvention n'ait été de fait l'élément déterminant dans le niveau de qualité supérieur observé", le dommage causé à la branche de production nationale ne peut pas être imputé à la subvention. (*Ibid.*, paragraphe 74.) À notre avis, cela impliquerait un examen de l'objectif auquel la subvention a été affectée.

⁴⁷³ Les facteurs pertinents pour cet examen "comprennent, entre autres, les volumes et les prix des importations non subventionnées du produit en question, la contraction de la demande ou les modifications de la configuration de la consommation, les pratiques commerciales restrictives des producteurs étrangers et nationaux et la concurrence entre ces mêmes producteurs, l'évolution des techniques, ainsi que les résultats à l'exportation et la productivité de la branche de production nationale". (Article 15.5 de l'*Accord SMC*)

268. Nous sommes donc d'avis que, si l'autorité chargée de l'enquête procède à l'examen requis au titre de l'article 15.2, 15.4 et 15.5, cet examen est suffisant pour démontrer que "les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage" au sens de l'*Accord SMC*.

269. L'article 11.2 de l'*Accord SMC* fournit des éléments contextuels à l'appui de notre interprétation de la première phrase de l'article 15.5. Il donne des indications sur ce qui peut constituer des "éléments de preuve suffisants" aux fins d'une demande d'ouverture d'une enquête en matière de droits compensateurs⁴⁷⁴ et décrit en outre le type d'éléments de preuve qui devrait être inclus dans la demande. La partie pertinente de l'article 11.2 dispose ce qui suit:

... les éléments de preuve selon lesquels le dommage dont il est allégué qu'il est causé à une branche de production nationale est causé par les *importations subventionnées, par les effets des subventions*; ces éléments de preuve comprennent des renseignements sur l'évolution du volume des importations dont il est allégué qu'elles font l'objet d'une subvention, l'*effet de ces importations sur les prix* du produit similaire sur le marché intérieur et l'*incidence de ces importations* sur la branche de production nationale, démontrés par des facteurs et indices pertinents qui influent sur la situation de cette branche, tels que ceux qui sont énumérés aux paragraphes 2 et 4 de l'article 15. (pas d'italique dans l'original)

270. Nous pensons comme le Groupe spécial que l'article 11.2 indique donc que les renseignements relatifs aux effets sur le volume, aux effets sur les prix et à l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale servent d'éléments de preuve pour démontrer que le dommage est causé par les "importations subventionnées par les effets des subventions".⁴⁷⁵ Tel qu'il est libellé, l'article 11.2 n'exige pas d'un requérant qu'il fournisse des éléments de preuve spécifiques concernant les effets que les subventions peuvent avoir sur les volumes et les prix des importations de manière à causer un dommage.

271. La Corée fait valoir qu'il n'y a rien dans l'*Accord SMC* "qui indique que le critère pour l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 11.2 est le même que le critère pour l'établissement d'une détermination positive de l'existence d'un dommage au titre de l'article 15".⁴⁷⁶ Elle fait par ailleurs valoir que l'article 11.2 n'interdit pas aux autorités chargées de l'enquête de demander des

⁴⁷⁴ Une demande "comportera des éléments de preuve suffisants de l'existence a) d'une subvention et, si possible, de son montant, b) d'un dommage au sens où l'entend l'article VI du GATT de 1994 tel qu'il est interprété par le présent accord et c) d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage allégué". (Article 11.2 de l'*Accord SMC*)

⁴⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.417.

⁴⁷⁶ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 89.

renseignements additionnels "pour satisfaire à la prescription "par les effets des subventions"" dans le cadre de l'établissement d'une détermination positive de l'existence d'un dommage.⁴⁷⁷ Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. Si la démonstration d'un lien de causalité additionnel entre l'effet de la subvention et le dommage doit être considérée comme une condition préalable à la détermination de l'existence d'un dommage, comme la Corée l'affirme, on ne voit pas pourquoi l'article 11.2 n'aurait pas prescrit la communication d'éléments de preuve à cette fin.

272. La Corée fait par ailleurs valoir que le membre de phrase "par les effets des subventions" figurant à l'article 15.5 devrait être interprété comme exigeant le même type d'analyse du lien de causalité que celui qui a été établi par la pratique en matière de règlement des différends en ce qui concerne les membres de phrase "la subvention a pour effet" et "la subvention se traduit par" figurant à l'article 6.3 de l'*Accord SMC*.⁴⁷⁸ Toutefois, à notre avis, le Groupe spécial a eu raison de rejeter l'argument de la Corée à cet égard. Comme le Groupe spécial l'a dit, nous ne voyons pas de quelle manière les termes de l'article 6.3 ou les rapports de groupes spéciaux antérieurs interprétant cette disposition, qui concerne les différentes notions de "dommage grave" et d'"effets défavorables" développées dans la Partie III de l'*Accord SMC*, étayaient l'interprétation donnée par la Corée de l'article 15.5 qui figure dans la Partie V consacrée aux mesures compensatoires. Compte tenu de la différence qui existe entre le texte, le contexte, la raison d'être et l'objet des dispositions de la Partie III et de la Partie V de l'*Accord SMC*, nous ne voyons aucune raison d'importer les obligations

⁴⁷⁷ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 90.

⁴⁷⁸ L'article 6.3 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

Un préjudice grave au sens du paragraphe c) de l'article 5 peut apparaître dès lors qu'il existe l'une ou plusieurs des situations ci-après:

- a) *la subvention a pour effet* de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre Membre du marché du Membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces importations;
- b) *la subvention a pour effet* de détourner du marché d'un pays tiers les exportations d'un produit similaire d'un autre Membre ou d'entraver ces exportations;
- c) *la subvention se traduit par* une sous-cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché, ou a pour effet d'empêcher des hausses de prix ou de déprimer les prix ou de faire perdre des ventes sur le même marché dans une mesure notable;
- d) *la subvention se traduit par* un accroissement de la part du marché mondial détenue par le Membre qui accorde la subvention pour un produit primaire ou un produit de base subventionné particulier par rapport à la part moyenne qu'il détenait pendant la période de trois ans précédente et cet accroissement suit une tendance constante pendant une période durant laquelle des subventions ont été accordées. (pas d'italique dans l'original)

spécifiques de la Partie III dans les dispositions de la Partie V de l'*Accord SMC*.⁴⁷⁹ Même si les articles 6.3 et 15.5 font tous deux référence aux "effets" des subventions, ces mots doivent être interprétés à la lumière des obligations de fond dans le contexte desquelles ils sont placés. Les articles 6.3 et 15.5 concernent des questions différentes et il n'est donc pas correct de donner le même sens au libellé commun à ces articles.

273. Nous examinons ensuite l'argument de la Corée selon lequel la façon dont le Groupe spécial appréhende le contexte fourni par l'article VI:6 a) du GATT de 1994 abroge de fait les obligations énoncées dans cet article.⁴⁸⁰ Selon la Corée, cet article ne permet à un Membre de percevoir un droit compensateur que s'il détermine que l'effet des importations subventionnées est qu'il cause un dommage à la branche de production nationale. Comme nous l'avons relevé plus haut, si l'autorité chargée de l'enquête procède à un examen, comme il est prescrit à l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC*, cela suffit pour démontrer que les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage. Nous ne voyons aucune incompatibilité entre notre interprétation de la première phrase de l'article 15.5 et les dispositions de l'article VI:6. Par conséquent, nous ne considérons pas que la lecture que fait le Groupe spécial fait de la première phrase de l'article 15.5 abroge les obligations énoncées à l'article VI:6 du GATT de 1994.⁴⁸¹

274. En outre, la Corée fait valoir que le fait que l'article 19.1 de l'*Accord SMC* mentionne "les effets de [la subvention]" "confirme que ce libellé visait à imposer une prescription de fond qui devait être respectée pour que des droits compensateurs puissent être imposés". Selon la Corée, "la déclaration du Groupe spécial selon laquelle ce libellé visait plutôt à indiquer qu'il n'y avait aucune prescription de ce type ne peut pas être conciliée avec les dispositions de l'article 19.1".⁴⁸²

275. En appel, la Corée ne prétend pas alléguer qu'il faudrait attribuer au membre de phrase "par les effets de [la subvention]" figurant à l'article 19.1 un sens différent de celui du même membre de phrase figurant à l'article 15.5.⁴⁸³ La Corée ne présente pas non plus d'arguments supplémentaires pour étayer son interprétation en dehors de ceux que nous avons rejetés plus haut.

276. La Corée estime, "d'une manière plus générale", que l'interprétation donnée par le Groupe spécial du membre de phrase "par les effets [des subventions]" figurant aux articles 15.5 et 19.1 est aussi incompatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, "l'objet et le but de cet

⁴⁷⁹ Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1177.

⁴⁸⁰ Communication de la Corée en tant qu'autre appellant, paragraphe 73.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² *Ibid.*, paragraphe 79.

⁴⁸³ *Ibid.*, paragraphe 76.

accord sont "de neutraliser les subventions des pouvoirs publics qui faussent les échanges, causant ainsi un dommage à des industries concurrentes dans d'autres pays"". ⁴⁸⁴ En conséquence, pour la Corée, l'article 15.5 ne "permet pas d'imposer des droits compensateurs à moins que les subventions aient pour *effet* de fausser les échanges, en modifiant le volume ou les prix des importations d'une manière qui cause un dommage". ⁴⁸⁵ Nous considérons que notre interprétation de la première phrase de l'article 15.5 est en accord avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*.

277. Comme nous l'avons constaté plus haut, si l'autorité chargée de l'enquête procède à l'examen requis au titre de l'article 15.2, 15.4 et 15.5 de l'*Accord SMC*, cet examen est suffisant pour démontrer que "les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage" au sens de cet accord. Nous avons aussi constaté qu'il n'existe pas de prescriptions additionnelles imposant d'examiner les effets des subventions distingués des effets des importations subventionnées au cas par cas. À la lumière de notre analyse, nous *confirmons* la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.425 et 8.1 g) de son rapport, selon laquelle la JIA n'a pas agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* en ne démontrant pas séparément que les importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*.

278. À la lumière de notre constatation, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner la question de savoir si la JIA a dûment démontré que les volumes et les effets sur les prix des importations subventionnées et l'incidence de ces importations sur la branche de production nationale étaient les "effets des subventions" qui auraient été reçues par Hynix. ⁴⁸⁶

XIII. Renseignements commerciaux confidentiels

279. Nous notons que plusieurs passages ont été omis dans la version rendue publique du rapport du Groupe spécial au motif que le Japon et la Corée ont indiqué que ces passages contenaient des renseignements commerciaux confidentiels ("RCC"). Les Communautés européennes se sont plaintes, disant que, même si les RCC devaient être respectés, le Groupe spécial avait opté en la matière pour une démarche tellement radicale que son rapport était devenu incompréhensible pour les tierces parties et, en conséquence, leurs droits en tant que tierce partie avaient été affectés. ⁴⁸⁷ Même si

⁴⁸⁴ Communication de la Corée en tant qu'autre appelant, paragraphe 95 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 17 (qui récapitule l'argument des États-Unis); et rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 157).

⁴⁸⁵ *Ibid.*, paragraphe 96. (italique dans l'original)

⁴⁸⁶ *Ibid.*, paragraphe 64 et note de bas de page 34 y relative.

⁴⁸⁷ Voir la communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 10 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.205 et 7.206).

un groupe spécial ne doit pas divulguer de renseignements qui sont de nature confidentielle⁴⁸⁸, lorsqu'il décide de supprimer de tels renseignements de son rapport à la demande de l'une des parties ou des deux, il devrait garder à l'esprit les droits des tierces parties et des autres Membres de l'OMC au titre des diverses dispositions du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, comme les articles 12.7 et 16. Ainsi, un groupe spécial doit s'attacher à faire en sorte que la version publique de son rapport qui est distribuée à tous les Membres de l'OMC soit compréhensible. En appel, le Japon et la Corée ont désigné certains renseignements figurant dans leurs communications écrites comme étant des RCC. Il nous a été possible de présenter notre rapport sans divulguer les RCC, qui avaient été désignés comme tels.

XIV. Constatations et conclusions

280. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) en ce qui concerne l'examen par le Groupe spécial de la constatation de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" à l'égard des quatre créanciers établie par la JIA s'agissant de la restructuration de décembre 2002:
 - i) constate que le Groupe spécial a fait erreur, aux paragraphes 7.250 à 7.254 de son rapport, en n'examinant pas les éléments de preuve de la JIA dans leur totalité, et que le Groupe spécial n'a donc pas appliqué le critère d'examen approprié d'une manière compatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends; et, par conséquent,
 - ii) infirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.254 et 8.2 a) de son rapport, selon laquelle la détermination de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" à l'égard des quatre créanciers établie par la JIA est incompatible avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.
- b) confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.282 et 8.2 b) de son rapport, selon lesquelles la JIA a agi d'une manière incompatible avec l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC* en déterminant que la restructuration de décembre 2002 avait conféré un avantage à Hynix;

⁴⁸⁸ Voir, par exemple, l'article 12.4 de l'*Accord SMC*.

- c) confirme, quoique pour des raisons différentes, les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.316 et 8.2 c) de son rapport, selon lesquelles la JIA a calculé le montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 d'Hynix d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*; et constate que le Groupe spécial n'a pas manqué de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends;
- d) infirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.334 et 8.2 d) de son rapport, selon laquelle les méthodes utilisées par le Japon pour calculer le montant de l'avantage conféré à Hynix n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon comme l'exige le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*;
- e) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.361 et 8.2 e) de son rapport, selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec l'article 19.4 de l'*Accord SMC* en percevant des droits compensateurs sur des importations dont la JIA avait elle-même constaté qu'elles n'étaient pas subventionnées au moment de l'imposition du droit; et constate que le Groupe spécial n'a pas manqué de procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends;
- f) confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.316 et 8.1 b) de son rapport, selon lesquelles la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA s'agissant de la restructuration d'octobre 2001 n'était pas incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*;
- g) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.398 et 8.1 c) de son rapport, selon laquelle la JIA n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 12.7 et 12.9 de l'*Accord SMC* en considérant certains établissements financiers comme des "parties intéressées" et en utilisant les "données de fait disponibles" pour les établissements financiers qui n'avaient pas communiqué de renseignements;
- h) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.446 et 8.1 d) de son rapport, selon laquelle la JIA pouvait à bon droit qualifier les

transactions en cause dans les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 de "transfert[s] direct[s] de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*; et

- i) confirme la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.425 et 8.1 g) de son rapport, selon laquelle la JIA n'a pas agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* en ne démontrant pas séparément que les importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*.

281. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande au Japon de rendre sa mesure, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, modifié par le présent rapport, qu'elle était incompatible avec l'*Accord SMC*, conforme à ses obligations au titre de cet accord.

Texte original signé à Genève le 9 novembre 2007 par:

David Unterhalter
Président de la section

A.V. Ganesan
Membre

Giorgio Sacerdoti
Membre

ANNEXE I

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS336/8
5 septembre 2007

(07-3741)

Original: anglais

JAPON – DROITS COMPENSATEURS VISANT LES MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES EN PROVENANCE DE CORÉE

Notification d'un appel présentée par le Japon au titre de l'article 16:4 et de l'article 17
du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement
des différends (Mémorandum d'accord), et de la règle 20 1)
des Procédures de travail pour l'examen en appel

La notification ci-après, datée du 30 août 2007 et adressée par la délégation du Japon, est distribuée aux Membres.

Conformément aux articles 16:4 et 17 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémorandum d'accord") et à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel*, le Japon notifie sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée* (WT/DS336/R) ("rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial dans le présent différend. Le Japon demande que l'Organe d'appel examine les conclusions et les constatations et interprétations du droit y relatives du Groupe spécial selon lesquelles:

1. Le Japon a indûment constaté qu'il y avait eu "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics à l'égard de quatre des créanciers privés d'Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix") pour ce qui est de participer à la restructuration de décembre 2002 d'Hynix, d'une manière contraire à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC").¹ Cette conclusion était fondée sur une interprétation et une application erronées de cette disposition. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en droit:

- i) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a limité au rapport de la Deutsche Bank la portée de son analyse des constatations formulées par l'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") au sujet de la restructuration de décembre 2002, sans aucune évaluation des autres éléments de preuve versés au dossier ni des constatations formulées par la JIA à cet égard, rejetant la "méthode de la totalité des éléments de preuve" effectivement

¹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.245 à 7.247, 7.253 et 7.254 et 8.2 a.

adoptée par la JIA, et effectuant ainsi un examen *de novo* des éléments de preuve et des constatations et de la détermination de la JIA²; et

- ii) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'intervention des pouvoirs publics coréens dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank, le fait que le rapport de la Deutsche Bank n'avait pas les caractéristiques d'un rapport de tierce partie indépendante et la teneur du rapport de la Deutsche Bank, lorsqu'il a effectué un examen *de novo* des éléments de preuve et des constatations et de la détermination de la JIA, formulé des constatations sur les caractéristiques du rapport de la Deutsche Bank au sujet desquelles la Corée n'avait pas présenté d'éléments de preuve ou d'arguments pertinents ni n'avait demandé de constatation de la part du Groupe spécial, n'a pas accordé au Japon le droit à une procédure régulière en tant que défendeur, et a rejeté indûment les arguments du Japon comme étant des justifications *a posteriori*.³

2. Le Japon a indûment constaté que la restructuration de décembre 2002 conférait un avantage à Hynix, d'une manière contraire aux articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.⁴ Cette conclusion est erronée parce qu'elle n'est fondée sur aucune analyse de ces dispositions et repose entièrement sur les conclusions du Japon concernant "l'action de charger ou ordonner" dans le contexte de la restructuration de décembre 2002 au regard de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.⁵ Elle est uniquement fondée sur la conclusion erronée du Groupe spécial, décrite au paragraphe 1 ci-dessus, qui a été établie de façon incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

3. Le Japon a indûment calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 d'Hynix, d'une manière contraire aux articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.⁶ Cette conclusion est fondée sur une interprétation et une application erronées de ces dispositions. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en droit:

- i) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que la JIA appliquait exclusivement un point de repère constitué par un investisseur de l'extérieur et donnant lieu à une incohérence interne dans le calcul de l'avantage effectué par la JIA, sur la base d'une interprétation inexacte des constatations effectives de la JIA et d'un examen *de novo* des éléments de preuve et des constatations et de la détermination de la JIA⁷;
- ii) en constatant que la JIA n'avait pas adopté un point de repère constitué par un investisseur de l'intérieur, alors que ni l'article 1.1 b), ni l'article 14 de l'*Accord SMC* n'exigeaient l'application d'une méthode particulière, le point de repère allégué par le

² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.157, conjointement avec les paragraphes 7.155 et 7.156; le paragraphe 7.162, conjointement avec les paragraphes 7.158 à 7.160, 7.246 et 7.247, 7.253 et 7.254.

³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.168, conjointement avec les paragraphes 7.163 à 7.167; le paragraphe 7.188, conjointement avec les paragraphes 7.169 à 7.187, le paragraphe 7.189, et le paragraphe 7.190; les paragraphes 7.199, 7.206, 7.217, 7.221, 7.225, 7.231, 7.238 et 7.244, conjointement avec les paragraphes 7.191 à 7.243; et le paragraphe 7.245.

⁴ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.282 et 8.2 b.

⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.315, 7.316 et 8.2 c.

⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315, conjointement avec les paragraphes 7.304 à 7.314.

Groupe spécial n'étant pas dûment étayé par les éléments de preuve versés au dossier comme le prescrit l'article 12.2 de l'*Accord SMC*⁸;

- iii) en interprétant de façon erronée les dispositions des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* et en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que la JIA avait calculé le montant de l'avantage du point de vue du créancier⁹;
- iv) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a formulé les conclusions concernant la formule de calcul de l'avantage de la JIA, dont la Corée n'avait pas établi *prima facie* l'incompatibilité avec l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'*Accord SMC*¹⁰; et
- v) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il n'a pas accordé au Japon le droit à une procédure régulière en tant que défendeur et a interprété de façon erronée les prescriptions de l'article 22.5 de l'*Accord SMC* telles qu'elle étaient éclairées par l'article 12.2 et 12.8 dudit Accord et le sens de données de fait disponibles visées à l'article 12.7 de l'Accord en rejetant les arguments présentés par le Japon à titre de réfutation.¹¹

4. Le Japon a indûment utilisé, pour calculer le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire, des méthodes qui n'étaient prévues ni dans la législation ni dans les réglementations d'application nationales du Japon, d'une manière contraire au *texte introductif* de l'article 14 de l'*Accord SMC*.¹² Cette conclusion est fondée sur une interprétation et une application erronées de cette disposition. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en droit:

- i) en interprétant de façon erronée la prescription imposant de prévoir dans la législation ou les réglementations d'application nationales les méthodes pour calculer le montant de l'avantage conformément au *texte introductif* de l'article 14 de l'*Accord SMC*¹³; et
- ii) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a examiné le point de savoir si les méthodes prévues dans les réglementations d'application du Japon étaient utilisées et effectivement appliquées dans le cadre de l'enquête pour calculer le montant de l'avantage.¹⁴

5. Le Japon a indûment perçu des droits compensateurs en 2006 pour neutraliser certaines des subventions octroyées dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001, d'une manière contraire à l'article 19.4 de l'*Accord SMC*.¹⁵ Cette conclusion est fondée sur une interprétation et une application

⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315, conjointement avec les paragraphes 7.304 à 7.314.

⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315, conjointement avec le paragraphe 7.313.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315, conjointement avec les paragraphes 7.305 à 7.314.

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.315, conjointement avec les paragraphes 7.304 et 7.314.

¹² Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.334 et 8.2 d.

¹³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.327, 7.330, 7.331, 7.333 et 7.334, conjointement avec les paragraphes 7.326 à 7.333.

¹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.330, 7.331, 7.333 et 7.334, conjointement avec les paragraphes 7.326 à 7.333.

¹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.361 et 8.2 e.

erronées de cette disposition ainsi que d'autres dispositions pertinentes de l'*Accord SMC*. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en droit:

- i) en interprétant de façon erronée les dispositions de l'article 19.1 et 19.4 de l'*Accord SMC*¹⁶;
- ii) en ne procédant pas à l'évaluation objective de la question prescrite par l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que la JIA percevait le droit compensateur en dépit de sa détermination selon laquelle les subventions non récurrentes dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001 arriveraient à expiration en 2005, sur la base d'une interprétation inexacte de la détermination effective de la JIA et d'un examen *de novo* des éléments de preuve figurant au dossier et des constatations et de la détermination de la JIA.¹⁷

En résumé, le Japon estime que le Groupe spécial a fait erreur en droit dans l'interprétation et l'application des articles 1.1 a) 1) iv), 1.1 b), 12.2, 12.7, 12.8, 14, 19.1, 19.4 et 22.5 de l'*Accord SMC* et n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 11 du Mémoire d'accord. Le Japon demande que l'Organe d'appel infirme les constatations et les conclusions erronées du Groupe spécial indiquées ci-dessus.

¹⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.361 conjointement avec les paragraphes 7.351 à 7.357.

¹⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.360 et 7.361, conjointement avec les paragraphes 7.358 et 7.359.

ANNEXE II

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS336/9
18 septembre 2007

(07-3883)

Original: anglais

JAPON – DROITS COMPENSATEURS VISANT LES MÉMOIRES RAM DYNAMIQUES EN PROVENANCE DE CORÉE

Notification d'un autre appel présentée par la Corée au titre de l'article 16:4 et de l'article 17
du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement
des différends (Mémoire d'accord), et de la règle 23 1)
des Procédures de travail pour l'examen en appel

La notification ci-après, datée du 11 septembre 2007 et adressée par la délégation de la Corée, est distribuée aux Membres.

Conformément à l'article 16 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("Mémoire d'accord") et à la règle 23 des Procédures de travail pour l'examen en appel, la République de Corée ("la Corée") notifie sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial *Japon – Droits compensateurs visant les importations de certaines mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée* (WT/DS336) (le "rapport du Groupe spécial") et de certaines interprétations du droit données dans celui-ci. La Corée demande que l'Organe d'appel examine les conclusions juridiques et les constatations et interprétations du droit y relatives contenues dans le rapport du Groupe spécial ci-après:

- a) La constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière compatible avec ses obligations au regard de l'article 1.1 b) et de l'article 14 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC"), lorsque l'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") a déterminé que l'Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix") avait reçu un "avantage" résultant d'une transaction restructurant ses dettes en octobre 2001.¹ Le Groupe spécial a interprété de façon incorrecte l'article 1.1 b) et l'article 14 de l'Accord SMC comme permettant à l'autorité chargée de l'enquête de supposer qu'il existait un "avantage" uniquement sur la base d'une constatation selon laquelle des créanciers privés qui, d'après les allégations, avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner, n'avaient pas entrepris une analyse satisfaisante de la transaction avant de l'approuver, en l'absence d'éléments de preuve ou d'une constatation de la part de l'autorité chargée de l'enquête

¹ Ces constatations concernent les paragraphes 7.271 à 7.277, 7.280 à 7.281, et 7.316 à 7.317 du rapport du Groupe spécial.

selon laquelle l'action de charger ou ordonner alléguée permettait effectivement au bénéficiaire d'être "mieux loti". L'analyse du Groupe spécial est incompatible avec les dispositions de l'article 1.1 de l'Accord SMC, qui prescrit une analyse séparée de i) la question de savoir si l'action des pouvoirs publics constituait une "contribution financière" résultant, entre autres choses, d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard d'entités non gouvernementales; et de ii) la question de savoir si l'action des pouvoirs publics a conféré un "avantage" au bénéficiaire. En outre, l'analyse du Groupe spécial est incompatible avec la prescription de l'article 1.1 b) et de l'article 14 de l'Accord SMC selon laquelle il existe un "avantage" lorsque la contribution financière des pouvoirs publics a permis au bénéficiaire d'être "mieux loti", parce que les termes de la transaction offerts au moyen de la contribution financière des pouvoirs publics sont plus favorables que les termes qui auraient été disponibles en l'absence d'action des pouvoirs publics.

- b) La constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière compatible avec ses obligations au titre de l'article 15.5 et de l'article 19.1 de l'Accord SMC, lorsque la JIA a fait une détermination de l'existence d'un dommage et imposé des droits compensateurs, sans faire de détermination raisonnable selon laquelle les importations dont il est allégué qu'elles sont subventionnées causaient un dommage à une branche de production nationale concurrente par les effets des subventions.² L'article 15.5 prescrit de démontrer "que les importations subventionnées causent, *par les effets des subventions*, un dommage au sens du présent accord".³ L'article 19.1 permet l'imposition de droits compensateurs uniquement si "un Membre, dans une détermination finale, ... conclut que, *par les effets de la subvention*, les importations subventionnées causent un dommage ...".⁴ Le Groupe spécial a adopté une interprétation de ces dispositions qui rendait inutiles les termes des dispositions faisant référence aux "effets de la subvention". Par conséquent, le Groupe spécial a autorisé à tort qu'une détermination positive de l'existence d'un dommage soit faite, et que des droits compensateurs soient imposés, alors que les éléments de preuve n'étayaient pas la conclusion selon laquelle le volume ou le prix des importations, ou le dommage causé à la branche de production nationale, auraient été d'une quelconque manière différents en l'absence de subventions.
- c) La constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière compatible avec ses obligations au titre de l'article 12.7 et 12.9 de l'Accord SMC, lorsque la JIA a désigné comme "parties intéressées" des entités dont il n'était pas démontré qu'elles avaient un quelconque intérêt dans la procédure, puis appliqué les "données de fait disponibles" lorsque certaines de ces entités n'ont pas fourni les renseignements demandés par la JIA dans les délais qu'elle avait fixés. L'interprétation de l'expression "partie intéressée" donnée par le Groupe spécial n'était pas compatible avec son sens ordinaire ni avec le contexte et le but des dispositions pertinentes de l'Accord SMC. Par conséquent, le Groupe spécial a approuvé une détermination qui n'était pas compatible avec les obligations en matière de régularité de la procédure que l'Accord SMC impose aux autorités chargées de l'enquête, et a autorisé le Japon à assujettir un exportateur à des droits punitifs fondés sur l'absence de réaction d'entités sur lesquelles l'exportateur n'avait aucune influence ni aucun contrôle.⁵

² Ces constatations concernent les paragraphes 7.405 à 7.425 du rapport du Groupe spécial.

³ (Pas d'italique dans l'original, note de bas page supprimée).

⁴ (Pas d'italique dans l'original).

⁵ Ces constatations concernent les paragraphes 7.381 à 7.398 du rapport du Groupe spécial.

- d) La constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière compatible avec ses obligations au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC lorsque i) la JIA a assimilé les transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds des pouvoirs publics (ou d'entités faisant l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics) à Hynix à des "transferts directs de fonds" au sens de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1); et ii) la JIA n'a pas démontré que les transactions satisfaisaient aux prescriptions permettant de les assimiler à des recettes abandonnées au sens de l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) 1). L'analyse du Groupe spécial est incompatible avec le sens ordinaire des termes pertinents de l'Accord SMC et avec le contexte des dispositions pertinentes de cet accord. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du système de classement des contributions financières de l'Accord SMC, ni des différentes analyses auxquelles les autorités chargées de l'enquête sont tenues de procéder lorsqu'elles formulent des constatations au titre des alinéas i) et ii) de l'article 1.1 a) 1).⁶
-

⁶ Ces constatations concernent les paragraphes 7.439 à 7.446 du rapport du Groupe spécial.