

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS336/R
13 juillet 2007

(07-2924)

Original: anglais

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

Rapport du Groupe spécial

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ASPECTS FACTUELS	2
III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES	2
A. CORÉE	2
B. JAPON	4
IV. ARGUMENTS DES PARTIES	4
A. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CORÉE	5
1. L'imposition de droits compensateurs par le Japon reposait sur une hypothèse fondamentalement viciée	5
2. L'enquête du Japon était viciée sur le plan de la procédure et juridiquement non valide	6
a) Défaut de promulgation des méthodes de calcul de l'avantage.....	6
b) Charge de la preuve incorrecte	6
c) Identification incorrecte des "parties intéressées"	7
3. Les constatations du Japon relatives à l'octroi de subventions à Hynix étaient incompatibles avec les prescriptions de l'Accord SMC	8
a) Constatation incorrecte selon laquelle Hynix a reçu des contributions financières	8
i) <i>Assimilation incorrecte des transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds à des "transferts directs de fonds".....</i>	<i>8</i>
ii) <i>Absence de constatations de fait permettant de déterminer que des recettes normalement exigibles avaient été abandonnées.....</i>	<i>8</i>
iii) <i>Constatation incorrecte de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" à l'égard des créanciers privés d'Hynix.....</i>	<i>9</i>
b) Constatation incorrecte établissant qu'Hynix a reçu un avantage résultant des contributions financières alléguées	11
c) Constatation incorrecte selon laquelle les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix	12
4. Le Japon a indûment imposé des droits compensateurs sur des importations qui n'étaient pas subventionnées.....	13
a) Non-prise en compte de l'impact des modifications de la structure du capital d'Hynix	13
b) Imposition incorrecte de droits sur les importations après que l'avantage conféré par les subventions alléguées avait cessé d'exister.....	13
5. La constatation du Japon selon laquelle les importations subventionnées causaient un dommage était incompatible avec les prescriptions de l'Accord SMC	14
6. Demande de recommandation et décision	14
B. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU JAPON.....	14
1. Le mandat du Groupe spécial.....	15
2. Questions de preuve et de procédure	15
a) La Corée n'a pas assumé la charge de la preuve qui lui incombait dans le présent différend.....	15
b) Le critère d'examen du Groupe spécial	15
3. Les constatations factuelles de la JIA au sujet du subventionnement d'Hynix.....	16

4.	Allégations d'erreur de la Corée.....	17
a)	La JIA a fondé à juste titre sa détermination finale sur une évaluation objective des éléments de preuve versés au dossier et a fourni une explication motivée et adéquate fondée sur des éléments de preuve probants et déterminants.	17
b)	La Corée fait une interprétation erronée du critère en matière de preuve aux fins d'une enquête	18
c)	La JIA a constaté à bon droit l'existence de contributions financières accordées à Hynix	18
i)	<i>La constatation relative à l'existence d'un transfert de fonds faite par la JIA était compatible avec l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC.....</i>	<i>18</i>
ii)	<i>La JIA a constaté à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers privés</i>	<i>19</i>
d)	La JIA a constaté à bon droit l'existence d'un avantage.....	20
e)	La JIA a constaté à bon droit qu'il y avait spécificité	21
f)	L'argument de la Corée relatif à la modification de la structure du capital est dénué de pertinence pour la détermination relative à l'existence de subventions établie par la JIA.....	22
g)	La JIA a imposé à juste titre un droit compensateur sur les importations dont elle avait constaté qu'elles avaient été subventionnées pendant la période couverte par l'enquête	22
h)	Les directives du Japon précisent suffisamment les méthodes de calcul de l'avantage	23
i)	La désignation par la JIA de certains établissements financiers en tant que "parties intéressées" est compatible avec l'Accord SMC.....	24
j)	La JIA a pris en compte à juste titre les effets des subventions pour constater l'existence d'un dommage	24
k)	L'allégation de la Corée au titre de l'article 32.1 de l'Accord SMC est dénuée de fondement	25
l)	La suggestion de la Corée invitant le Groupe spécial à indiquer une manière particulière de mettre en œuvre une recommandation (éventuelle) est inutile	25
5.	Les éléments de preuve et les arguments présentés par la Corée qui ne figuraient pas au dossier ne sont pas soumis à juste titre au Groupe spécial.....	25
a)	La présentation par la Corée d'éléments de preuve qui ne figuraient pas au dossier devrait être rejetée.....	25
b)	Les allégations de la Corée fondées sur des éléments de preuve et des arguments que les pouvoirs publics coréens et d'autres parties intéressées ont décidé de ne pas présenter dans le cadre de l'enquête devraient être rejetées	25
C.	PREMIÈRES DÉCLARATIONS ORALES DE LA CORÉE	26
1.	Déclaration liminaire de la Corée à la première réunion du Groupe spécial	26
a)	Vices de procédure de la détermination de la JIA	26
i)	<i>Recours à des méthodes inappropriées pour le calcul de l'avantage</i>	<i>26</i>
ii)	<i>Attribution incorrecte de la charge de la preuve.....</i>	<i>27</i>
b)	Détermination de l'existence d'une contribution financière	27
i)	<i>Transfert direct de fonds et recettes abandonnées.....</i>	<i>27</i>
ii)	<i>Action de charger ou ordonner.....</i>	<i>28</i>
c)	Avantage	29
d)	Période d'imputation et période d'imposition.....	30
e)	Lien de causalité avec le dommage	30

2.	Déclaration de clôture de la Corée à la première réunion du Groupe spécial	31
D.	PREMIÈRES DÉCLARATIONS ORALES DU JAPON	32
1.	Déclaration orale du Japon à la première réunion du Groupe spécial	32
a)	Critère d'examen et critère en matière de preuve	32
i)	<i>Les prescriptions énoncées dans les Accords de l'OMC.....</i>	<i>32</i>
ii)	<i>L'enquête effective de la JIA et sa détermination</i>	<i>32</i>
-	Situation financière d'Hynix: Au bord de l'effondrement	32
-	La politique et les actions menées par les pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à partir du "Big Deal"	33
iii)	<i>Les faits constatés au cours de l'enquête et le critère en matière de preuve concernant l'action de charger ou ordonner</i>	<i>34</i>
iv)	<i>Éléments de preuve et arguments ne figurant pas au dossier.....</i>	<i>36</i>
v)	<i>Conclusion</i>	<i>36</i>
b)	Autres erreurs dans les allégations de la Corée.....	36
i)	<i>Avantage</i>	<i>36</i>
ii)	<i>Détermination du montant de la subvention.....</i>	<i>37</i>
2.	Déclaration de clôture du Japon à la première réunion du Groupe spécial.....	38
E.	DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CORÉE	40
1.	L'imposition de droits compensateurs par le Japon reposait sur une hypothèse fondamentalement viciée	40
2.	L'enquête du Japon était viciée sur le plan de la procédure et juridiquement non valide	41
a)	Défaut de promulgation des méthodes de calcul de l'avantage.....	41
b)	Recours indu à des hypothèses et renversement de la charge de la preuve	42
c)	Identification incorrecte des "parties intéressées".....	43
3.	Constatation incorrecte selon laquelle Hynix a reçu des contributions financières	44
a)	Assimilation incorrecte des transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds à des "transferts directs de fonds"	44
b)	Constatation incorrecte de l'existence d'une action "de charger ou ordonner" à l'égard des créanciers privés d'Hynix.....	45
4.	Constatation incorrecte établissant qu'Hynix a reçu un avantage résultant des contributions financières alléguées.....	45
5.	Constatation incorrecte selon laquelle les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix	46
6.	Non-prise en compte de l'impact des modifications de la structure du capital d'Hynix.....	46
7.	Imposition incorrecte de droits sur les importations après que l'avantage conféré par les subventions alléguées avait cessé d'exister	47
8.	La constatation du Japon selon laquelle les importations subventionnées causaient un dommage était incompatible avec les prescriptions de l'Accord SMC.....	49
9.	Non-respect des obligations de fond et de procédure prévues par l'Accord SMC.....	50
F.	DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU JAPON.....	50
1.	Critère d'examen et charge de la preuve	50
a)	Critère d'examen	50
b)	Charge de la preuve	51

2.	Allégations d'erreur de la Corée.....	51
a)	Les directives du Japon.....	51
i)	<i>Portée limitée de l'allégation de la Corée</i>	<i>51</i>
ii)	<i>La méthodologie appliquée par la JIA dans le calcul de l'avantage était prévue dans la législation du Japon.....</i>	<i>51</i>
b)	Éléments de preuve versés au dossier.....	52
c)	Désignation de certains établissements financiers comme "parties intéressées"	53
d)	Contribution financière	53
i)	<i>La JIA a constaté à juste titre un transfert de "fonds"</i>	<i>53</i>
ii)	<i>La JIA a déterminé à juste titre que les créanciers privés avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner</i>	<i>53</i>
-	L'intention des pouvoirs publics coréens	54
-	Absence d'investisseurs et absence d'analyse suffisante de la part des banques participantes.....	54
-	Arguments spécifiques de la Corée concernant l'évaluation par la JIA du fait qu'il n'y avait pas d'investisseurs disposés à participer aux programmes de sauvetage.....	55
-	Arguments spécifiques de la Corée concernant le fait que les banques participantes n'avaient pas procédé à une analyse.....	56
e)	Détermination de l'avantage.....	56
i)	<i>Introduction et aperçu de l'argument du Japon.....</i>	<i>56</i>
ii)	<i>Réfutation des arguments de la Corée</i>	<i>56</i>
f)	Imposition d'un droit compensateur sur des importations dont il a été constaté qu'elles ont fait l'objet d'un subventionnement pendant la période couverte par l'enquête.....	58
i)	<i>Nature limitée de l'allégation de la Corée</i>	<i>58</i>
ii)	<i>La détermination était parfaitement compatible avec l'article 19.4</i>	<i>58</i>
iii)	<i>La détermination était parfaitement compatible avec l'article 21.1</i>	<i>58</i>
iv)	<i>L'article VI du GATT de 1994 et les dispositions de l'Accord SMC fournissent un soutien textuel irréfutable à la position du Japon.....</i>	<i>59</i>
v)	<i>La Corée suppose à tort que l'autorité chargée de l'enquête a "imputé la totalité" des subventions à la période 2001-2005</i>	<i>59</i>
vi)	<i>L'allégation de la Corée ne tient pas compte des constatations pertinentes de l'Organe d'appel.....</i>	<i>60</i>
g)	Effets des subventions dans la détermination de l'existence d'un dommage	60
i)	<i>Lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage.....</i>	<i>60</i>
ii)	<i>La JIA a constaté à juste titre que les exportations d'Hynix, par les effets des subventions, causaient un dommage à la branche de production nationale</i>	<i>60</i>
G.	DEUXIÈMES DÉCLARATIONS ORALES DE LA CORÉE	61
1.	Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial	61
a)	Introduction.....	61
b)	La tâche du Groupe spécial dans la présente procédure	61
i)	<i>L'interprétation des accords pertinents</i>	<i>61</i>
ii)	<i>Prescription relative à la fourniture d'éléments prima facie.....</i>	<i>62</i>
iii)	<i>Prescriptions en matière de preuve au titre de l'Accord SMC.....</i>	<i>62</i>
c)	Détermination de l'existence d'un avantage	63
i)	<i>Le critère approprié.....</i>	<i>63</i>
ii)	<i>Éléments de preuve relatifs aux valeurs d'exploitation et de liquidation d'Hynix</i>	<i>63</i>

iii)	<i>Participation de créanciers n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.....</i>	64
d)	<i>Imposition de droits au-delà de la période d'amortissement.....</i>	65
e)	<i>Lien de causalité avec le dommage "par les effets des subventions".....</i>	65
f)	<i>Conclusion.....</i>	66
2.	Déclaration finale de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial.....	66
H.	DEUXIÈMES DÉCLARATIONS ORALES DU JAPON.....	68
1.	Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial.....	68
a)	<i>Les arguments de la Corée fondés sur des théories économiques ne sont pas pertinents.....</i>	68
b)	<i>Les méthodes du Japon sont prévues conformément à l'article 14.....</i>	68
c)	<i>Les "hypothèses" alléguées par la Corée.....</i>	68
i)	<i>La première catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est fondée sur une interprétation erronée de la détermination de la JIA.....</i>	68
ii)	<i>La deuxième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est en réalité une constatation de fait fondée sur les éléments de preuve versés au dossier.....</i>	69
iii)	<i>La troisième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est fondée sur une interprétation erronée des constatations de la JIA et des éléments de preuve.....</i>	69
iv)	<i>La quatrième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est en réalité une constatation de fait fondée sur les éléments de preuve versés au dossier.....</i>	69
d)	<i>Éléments de preuve positifs et critère d'examen.....</i>	69
i)	<i>Application erronée par la Corée d'un critère relatif aux "éléments de preuve positifs".....</i>	69
ii)	<i>Les éléments de preuve non versés au dossier ne devraient pas être examinés.....</i>	69
e)	<i>Parties intéressées.....</i>	70
i)	<i>L'argument de la Corée concernant ce que recouvrent les "parties intéressées" est dénué de fondement.....</i>	70
ii)	<i>L'argument de la Corée concernant les "données de fait disponibles défavorables" est dénué de fondement.....</i>	70
f)	<i>Recettes abandonnées/transfert de fonds.....</i>	70
i)	<i>L'interprétation donnée par la Corée du "transfert de fonds" est erronée.....</i>	70
ii)	<i>Report de l'échéance des prêts et échange de créances contre des participations.....</i>	70
g)	<i>Contribution financière.....</i>	70
i)	<i>Le "syllogisme" dont parle la Corée est une interprétation erronée.....</i>	70
ii)	<i>Décisions de la Woori Bank et de la Chohung Bank.....</i>	70
iii)	<i>La constatation de la JIA concernant l'intention des pouvoirs publics était raisonnable.....</i>	70
iv)	<i>Le Décret n° 408 du Premier Ministre n'interdit pas une intervention des pouvoirs publics.....</i>	70
h)	<i>Avantage.....</i>	71
i)	<i>L'argument de la Corée selon lequel les créances d'Hynix étaient sans valeur est dénué de fondement.....</i>	71
ii)	<i>L'argument de la Corée concernant la valeur d'exploitation est dénué de fondement.....</i>	71
i)	<i>Spécificité.....</i>	73
j)	<i>Modification de la structure du capital.....</i>	73
k)	<i>Imputation des subventions.....</i>	73

l)	Détermination de l'existence d'un dommage.....	73
2.	Déclaration finale du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial.....	73
a)	Introduction.....	73
b)	Interprétation erronée par la Corée de l'obligation qui lui incombe d'établir des éléments <i>prima facie</i>	73
c)	Communication d'un "argument" devant un Groupe spécial	74
d)	L'argument de la Corée concernant l'interprétation du report de l'échéance des prêts et de l'échange de créances contre des participations est dénué de fondement.....	74
e)	L'argument de la Corée concernant l'analyse des différentes banques était fondé sur une partie isolée des éléments de preuve et ne tenait pas compte d'autres éléments de preuve pertinents	75
f)	La Corée admet maintenant que la Deutsche Bank a préparé le rapport en sa capacité de conseiller financier d'Hynix	75
g)	Le rapport de la Deutsche Bank n'est pas au-dessus de tout examen.....	76
h)	La portée de l'action alléguée de charger ou ordonner de la Corée, fondée sur sa propre théorie économique est contraire à la portée prévue par l'Accord SMC	76
i)	L'enquête de la JIA a suffisamment couvert les établissements financiers représentant Hynix	77
j)	L'interprétation des règlements communautaires donnée par la Corée est incorrecte; les règlements communautaires étayaient en réalité le point de vue du Japon	77
k)	L'interprétation donnée par la Corée de l'expression "dont l'existence aura été constatée" est prise hors du contexte de l'Accord SMC	78
l)	Conclusion	78
V.	ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES	78
A.	COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE	78
1.	Introduction.....	78
2.	Effets des subventions antérieures sur le point de repère du marché principal	79
3.	La période d'imposition par rapport à la période d'imputation	80
4.	Conclusion	82
B.	DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE.....	82
1.	Effets des subventions antérieures sur le point de repère du marché principal	82
2.	La période d'imposition par rapport à la période d'imputation	83
C.	COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE	85
1.	Article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends	85
2.	Charge de la preuve et critère d'examen	86
3.	Parties intéressées	86
4.	Contribution financière	87
5.	Avantage	87
6.	Spécificité.....	88
7.	Imposition de droits compensateurs.....	88
8.	Lien de causalité.....	89
D.	DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE	90
1.	Article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends	90

2.	Le point de repère du marché permettant de déterminer l'existence et le montant d'un avantage est le marché du Membre accordant la subvention à condition que ce marché n'ait pas été lui-même faussé par les subventions publiques.....	91
3.	Le point de repère du marché permettant de déterminer l'existence et le montant d'un avantage est celui d'un investisseur externe et non d'un investisseur interne	91
4.	Distinction entre l'existence d'une subvention et l'octroi d'une subvention	92
5.	Point à partir duquel une subvention peut être réputée exister au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC	93
6.	La pertinence de la jurisprudence en matière de modification de la structure du capital des entreprises ne dépend pas d'une privatisation	93
E.	COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE	93
1.	Questions de procédure	94
2.	Charge de la preuve, critère d'examen et éléments de preuve.....	94
3.	Détermination de l'existence d'une subvention	95
4.	Détermination de l'existence d'un dommage.....	98
F.	DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE	98
1.	Demandes de décisions préliminaires.....	98
2.	Charge de la preuve, critère d'examen et critères en matière de preuve.....	99
3.	Rejet des points de repère du secteur privé.....	100
4.	Le texte introductif de l'article 14	101
5.	Détermination de l'existence d'un dommage.....	102
VI.	RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	103
A.	OBSERVATIONS DE LA CORÉE	103
B.	OBSERVATIONS DU JAPON	104
VII.	CONSTATATIONS	107
A.	DEMANDES DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES	107
1.	Demande présentée par le Japon le 5 septembre	109
a)	Point 9.....	109
b)	Point 10.....	110
c)	Point 15.....	110
2.	Demande additionnelle présentée par le Japon.....	111
a)	Points 3, 4 et 9.....	112
b)	Point 5.....	113
c)	Point 6.....	113
d)	Point 7.....	114
e)	Point 12.....	114
f)	Point 13.....	114
3.	Conclusion	115
B.	QUESTIONS GÉNÉRALES	115
1.	Critères d'examen	115
2.	Charge de la preuve	116
3.	Interprétation des traités.....	117
C.	ALLÉGATION RELATIVE À L'INVERSION DE LA CHARGE DE LA PREUVE.....	118

D.	DÉTERMINATION PAR LA JIA DE L'EXISTENCE D'UNE ACTION DE CHARGER OU ORDONNER À L'ÉGARD DE CERTAINS ORGANISMES PRIVÉS	118
1.	Introduction	118
2.	Allégation	119
3.	Dispositions applicables	119
4.	Détermination faite par la JIA	120
5.	Principaux arguments de la Corée	121
6.	Principaux arguments du Japon	122
7.	Évaluation par le Groupe spécial	122
a)	Questions de droit, d'interprétation et de preuve.....	123
i)	<i>Considérations générales</i>	123
ii)	<i>Dans le propre intérêt des créanciers</i>	125
iii)	<i>Éléments de preuve directs/circonstanciels</i>	126
iv)	<i>Éléments de preuve probants et déterminants</i>	128
v)	<i>Éléments de preuve positifs</i>	129
b)	Présomption alléguée selon laquelle aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration, étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix	130
i)	<i>Arguments de la Corée</i>	130
ii)	<i>Arguments du Japon</i>	132
iii)	<i>Évaluation par le Groupe spécial</i>	132
c)	L'intention alléguée des pouvoirs publics coréens de "maintenir Hynix en vie"	134
i)	<i>Constatations de la JIA</i>	134
ii)	<i>Arguments de la Corée</i>	135
iii)	<i>Arguments du Japon</i>	135
iv)	<i>Évaluation par le Groupe spécial</i>	136
d)	Caractère raisonnable du point de vue commercial: analyse par la JIA des examens internes des restructurations effectués par les quatre créanciers.....	141
i)	<i>Principaux arguments de la Corée</i>	141
ii)	<i>Principaux arguments du Japon</i>	142
iii)	<i>Évaluation par le Groupe spécial</i>	143
e)	Participation des autres créanciers aux mêmes transactions et dans les mêmes conditions	173
i)	<i>Principaux arguments de la Corée</i>	173
ii)	<i>Principaux arguments du Japon</i>	173
iii)	<i>Évaluation par le Groupe spécial</i>	174
f)	Conclusion	174
E.	DÉTERMINATION PAR LA JIA DE L'EXISTENCE D'UN AVANTAGE	176
1.	Introduction	176
2.	Dispositions applicables	176
3.	Principaux arguments de la Corée	177
4.	Pertinence des éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée	178
a)	Arguments de la Corée.....	178
b)	Arguments du Japon	179

c)	Évaluation par le Groupe spécial	179
5.	Caractère raisonnable du point de vue commercial: question de savoir si les restructurations avaient permis à Hynix d'être "mieux lotie"	182
a)	Arguments de la Corée	182
b)	Arguments du Japon	182
c)	Évaluation par le Groupe spécial	182
6.	Utilisation des créanciers d'Hynix n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner en tant que points de repère du marché	183
a)	"Caractère non commercial" du comportement des autres créanciers	184
b)	Subventions antérieures	186
c)	Conclusion	188
7.	Calcul du montant de l'avantage	188
a)	Principaux arguments de la Corée	188
b)	Principaux arguments du Japon	189
c)	Évaluation par le Groupe spécial	190
8.	Conclusion	194
F.	TEXTE INTRODUCTIF DE L'ARTICLE 14 – MÉTHODE DE CALCUL DE L'AVANTAGE	195
1.	Principaux arguments des parties	195
2.	S'agit-il d'une allégation "en tant que tel"?	196
3.	Les méthodes utilisées par la JIA étaient-elles prévues dans les Directives du Japon?	196
G.	IMPUTATION/MAINTIEN DE L'AVANTAGE	199
1.	Principaux arguments de la Corée	200
2.	Principaux arguments du Japon.....	200
3.	Évaluation par le Groupe spécial	202
4.	Conclusion	206
H.	SPÉCIFICITÉ	206
1.	Principaux arguments de la Corée	206
2.	Principaux arguments du Japon.....	207
3.	Constatations de la JIA	208
4.	Évaluation par le Groupe spécial	208
I.	PARTIES INTÉRESSÉES	210
1.	Arguments	210
a)	Corée	210
b)	Japon	211
2.	Évaluation par le Groupe spécial	212
J.	CAUSE DU DOMMAGE	217
1.	Arguments	217
a)	Corée	217
b)	Japon	218
2.	Évaluation par le Groupe spécial	219
K.	TRANSFERT DIRECT DE FONDS	226
1.	Arguments	226
a)	Corée	226

b)	Japon	228
2.	Évaluation par le Groupe spécial	229
L.	MODIFICATION DE LA STRUCTURE DU CAPITAL	233
1.	Allégation	233
2.	Arguments	234
a)	Corée	234
b)	Japon	234
3.	Évaluation par le Groupe spécial	235
M.	ARTICLE 32.1	236
1.	Allégation	236
2.	Disposition applicable.....	236
3.	Arguments	236
a)	Corée	236
b)	Arguments du Japon	236
4.	Évaluation par le Groupe spécial	236
VIII.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION	236

AFFAIRES DE L'OMC CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Brésil – Aéronefs</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs</i> , WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999
<i>Brésil – Noix de coco desséchée</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée</i> , WT/DS22/AB/R, adopté le 20 mars 1997
<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>Canada – Automobiles</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures affectant l'industrie automobile</i> , WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/R, adopté le 27 septembre 2004, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS276/AB/R
<i>CE – Accessoires de tuyauterie</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil</i> , WT/DS219/R, adopté le 18 août 2003, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS219/AB/R
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Linge de lit</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde</i> , WT/DS141/AB/R, adopté le 12 mars 2001
<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>Chili – Système de fourchettes de prix</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles</i> , WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
<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>Corée – Produits laitiers</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers</i> , WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
<i>Égypte – Barres d'armature en acier</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Égypte – Mesures antidumping définitives à l'importation de barres d'armature en acier en provenance de Turquie</i> , WT/DS211/R, adopté le 1 ^{er} octobre 2002
<i>États-Unis – Acier au carbone</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<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</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Enquête de la Commission du commerce international dans l'affaire concernant les bois d'œuvre résineux en provenance du Canada</i> , WT/DS277/R, adopté le 26 avril 2004
<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, adopté le 9 mai 2006
<i>États-Unis – Chemises et blouses de laine</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R et Corr.1, adopté le 23 mai 1997
<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 – FSC</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"</i> , WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 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

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Plomb et bismuth II</i>	Rapport du Groupe spécial <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/R et Corr.2, adopté le 7 juin 2000, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS138/AB/R
<i>États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine</i> , WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
<i>États-Unis – Restrictions à l'exportation</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions</i> , WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001
<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>États-Unis – Viande d'agneau</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001
<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
<i>Mexique – Mesures antidumping visant le riz</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, plainte concernant le riz</i> , WT/DS295/R, adopté le 20 décembre 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS295/AB/R
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/R et Corr.1, adopté le 5 avril 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS122/AB/R

RAPPORTS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET DE GROUPE DE TRAVAIL DU GATT CITÉS DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<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

LISTE DES ANNEXES

Table des matières		Page
Annexe A	Demande d'établissement d'un groupe spécial – document WT/DS336/5	A-1

I. INTRODUCTION

1.1 Le 14 mars 2006, le gouvernement coréen ("la Corée") a demandé l'ouverture de consultations avec le gouvernement japonais ("le Japon") conformément à l'article 4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "*Mémoire d'accord*"), à l'article 30 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'"*Accord SMC*"), et à l'article XXII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "*GATT de 1994*") au sujet de l'imposition, par le Japon, de droits compensateurs sur les importations de certaines mémoires RAM dynamiques ("DRAM") en provenance de Corée, et au sujet de certains aspects de l'enquête et de la détermination ayant abouti à l'imposition de ces droits.¹

1.2 Le 27 mars 2006, les États-Unis ont demandé à être admis à participer aux consultations conformément à l'article 4:11 du *Mémoire d'accord*.² Les Communautés européennes ont présenté une demande analogue le 29 mars 2006.³ Le Japon a accepté ces demandes.⁴ Les consultations ont eu lieu le 25 avril 2006, mais n'ont pas permis de régler le différend.

1.3 Le 18 mai 2006, la Corée a demandé à l'Organe de règlement des différends ("l'ORD") d'établir un groupe spécial conformément à l'article 6 du *Mémoire d'accord*, à l'article XXIII du *GATT de 1994* et à l'article 30 de l'*Accord SMC*.⁵

1.4 À sa réunion du 19 juin 2006, l'ORD a établi un Groupe spécial, comme la Corée l'avait demandé dans le document WT/DS336/5, conformément à l'article 6 du *Mémoire d'accord*. À cette réunion, les parties au différend sont également convenues que le Groupe spécial serait doté du mandat type. Ce mandat type est donc le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par la Corée dans le document WT/DS336/5, la question portée devant l'ORD par la Corée dans ce document, faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.5 Le 24 août 2006, les parties sont convenues que le Groupe spécial aurait la composition suivante:

Président: M. Daniel Moulis

Membres: M. Faizullah Khilji
M. José Luis Santiago Pérez Gabilondo

1.6 La Chine, les Communautés européennes et les États-Unis ont réservé leurs droits de tierces parties.

1.7 Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties les 5 et 6 décembre 2006 et les 23 et 24 janvier 2007. Il s'est réuni avec les tierces parties le 6 décembre 2006.

1.8 Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 16 avril 2007.

¹ WT/DS336/1.

² WT/DS336/2.

³ WT/DS336/3.

⁴ WT/DS336/4.

⁵ WT/DS336/5, joint en tant qu'Annexe A-1.

II. ASPECTS FACTUELS

2.1 Le présent différend découle de l'imposition par le Japon de droits compensateurs définitifs sur les importations de DRAM en provenance de Corée fabriquées par la société Hynix Semiconductor, Inc. ("Hynix"). L'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") a ouvert une enquête en matière de droits compensateurs le 4 août 2004, à la suite de la demande présentée par Elpida Memory, Inc. et Micron Japan, Ltd. relative à l'imposition de droits compensateurs sur les DRAM en provenance de Corée. La JIA a envoyé des questionnaires à un certain nombre de parties parmi lesquelles Hynix, le gouvernement coréen et un certain nombre d'établissements financiers coréens. La période couverte par l'enquête sur l'existence d'une subvention allait du 1^{er} janvier au 31 décembre 2003, alors que la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage allait du 1^{er} avril 2001 au 31 mars 2004.

2.2 Le 21 octobre 2005, la JIA a informé le gouvernement coréen et les parties à la procédure des faits essentiels examinés, conformément à l'article 12.8 de l'*Accord SMC*. Dans le document contenant les faits essentiels, la JIA a constaté que certains programmes de restructuration de la dette mis en place par Hynix et ses créanciers en octobre 2001 et décembre 2002 constituaient des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires et elle a fixé un taux de droit compensateur de 27,2 pour cent pour les importations de DRAM en provenance de Corée fabriquées par Hynix. La JIA a ménagé au gouvernement coréen et aux parties à la procédure la possibilité de présenter des observations et des réfutations au sujet des faits essentiels, ainsi que des contre-réfutations eu égard aux réfutations.

2.3 Dans sa détermination finale en date du 20 janvier 2006⁶, la JIA a confirmé les constatations énoncées dans le document contenant les faits essentiels. Les faits essentiels étaient joints en annexe à la détermination finale de la JIA ("Annexe I (Faits essentiels)")⁷, de même que le résumé des observations et des réfutations et contre-réfutations présentées, établi par elle, ainsi que sa réponse ("Annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations)").⁸ Ces annexes font partie intégrante de la détermination finale.

2.4 Le Japon a rendu publique la détermination finale et annoncé l'imposition de droits compensateurs dans le Décret interministériel n° 13⁹ et l'avis n° 35 du Ministère des finances¹⁰, publiés respectivement dans le n° 4264 et le numéro spécial 17 du Journal officiel, datés du 27 janvier 2006.

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

A. CORÉE

3.1 La Corée demande¹¹ que le Groupe spécial formule les constatations suivantes:

- a) Le Japon a indûment calculé l'avantage conféré au bénéficiaire allégué provenant des contributions financières alléguées résultant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, en utilisant des méthodes qui n'étaient pas spécifiées dans la législation ni les réglementations d'application du Japon. Les constatations du Japon relatives à l'existence d'avantages conférés par les subventions pendant la période

⁶ Pièce JPN-01.

⁷ Pièce JPN-02; pièce KOR-03.

⁸ Pièce JPN-04; pièce KOR-04.

⁹ Pièce KOR-01; pièce JPN-07.

¹⁰ Pièce KOR-02; pièce JPN-07.

¹¹ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 283.

couverte par l'enquête correspondant à 2003 résultant de ces restructurations étaient donc incompatibles avec ses obligations au regard de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

- b) Le Japon a indûment présenté des constatations concernant les "contributions financières" et les "avantages" résultant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 non fondées sur des éléments de preuve, et n'a pas présenté d'éléments de preuve positifs à l'appui de ses conclusions. Ses constatations relatives à l'existence de subventions résultant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient donc incompatibles avec ses obligations au regard des articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC*. D'une manière générale, le fait de ne pas avoir procédé à une enquête impartiale, équitable et raisonnable sur ces questions était incompatible avec ses obligations au regard des articles 10, 11, 12 et 22 de l'*Accord SMC* et de l'article X:3 du *GATT de 1994*.
- c) Le Japon a indûment assimilé des entités qui n'avaient aucun intérêt dans l'enquête à des "parties intéressées", a indûment appliqué les "données de fait disponibles" au lieu d'examiner les renseignements versés au dossier et a indûment tiré des déductions défavorables aux intérêts d'Hynix de la coopération, dont il a allégué qu'elle était inappropriée, d'autres parties intéressées ou d'autres entités qui n'étaient pas sous le contrôle d'Hynix et qui n'étaient pas tenues de participer à l'enquête. Ses constatations concluant à l'existence de subventions résultant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient donc incompatibles avec ses obligations au regard de l'article 12 de l'*Accord SMC*. D'une manière générale, le fait de ne pas avoir procédé à une enquête impartiale, équitable et raisonnable, par suite d'une identification erronée des "parties intéressées", était incompatible avec ses obligations au regard des articles 10, 11, 12 et 22 de l'*Accord SMC* et de l'article X:3 du *GATT de 1994*.
- d) Le Japon a indûment constaté que les transactions de restructuration d'octobre 2001 et de décembre 2002 constituaient des "transferts directs de fonds". Il n'a pas procédé à la comparaison des résultats requise pour établir que "des recettes publiques normalement exigibles" avaient été "abandonnées ou n'[avaient] pas [été] perçues" dans le cadre de ces transactions; et il a indûment constaté qu'il y avait eu "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics dans ces transactions, en s'appuyant sur des hypothèses incorrectes concernant le comportement de créanciers rationnels et en l'absence d'éléments de preuve attestant que les pouvoirs publics avaient amené les créanciers à agir d'une manière déraisonnable. Les constatations du Japon selon lesquelles Hynix avait reçu des "contributions financières" par suite des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient donc incompatibles avec ses obligations au regard de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.
- e) Le Japon a indûment omis de déterminer si l'action d'ordonner alléguée de la part des pouvoirs publics relative aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 avait permis à Hynix d'être "mieux lotie"; il a indûment analysé les échanges de créances opérés dans le cadre de ces restructurations ayant une valeur économique égale sans prendre en compte les deux parties intervenant dans l'échange; et il a indûment fait abstraction des points de repère du marché, qui démontraient que les "contributions financières" alléguées entrant dans le cadre de ces restructurations n'avaient pas permis à Hynix d'être "mieux lotie" que les autres solutions fondées sur le jeu du marché. Les constatations du Japon selon lesquelles les "contributions financières" entrant dans le cadre des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 conféraient un "avantage" à Hynix étaient donc incompatibles avec ses obligations au regard de l'article 1.1. b) et de l'article 14 de l'*Accord SMC*. L'imposition de droits compensateurs par le Japon sur la base de cette analyse viciée

était incompatible avec les prescriptions de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du *GATT de 1994*.

- f) Le Japon a indûment omis d'examiner si les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 avaient été opérées selon les mêmes procédures et dans les mêmes conditions que celles qui étaient généralement appliquées à d'autres sociétés se trouvant dans une situation analogue. Ses constatations selon lesquelles les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix étaient donc incompatibles avec les prescriptions de l'article 2 de l'*Accord SMC*.
- g) Le Japon a imposé et maintenu des droits compensateurs sans avoir déterminé si un avantage continuait d'exister à la suite des modifications de la structure du capital d'Hynix découlant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. L'imposition de droits compensateurs par le Japon était donc incompatible avec les prescriptions des articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*.
- h) Le Japon a indûment perçu un droit compensateur sur les importations effectuées par le Japon en 2006 pour neutraliser les subventions dont il était allégué qu'elles avaient été reçues en octobre 2001, bien que, selon ses propres calculs, les subventions alléguées résultant de la restructuration d'octobre 2001 aient cessé d'assurer un avantage après 2005. L'imposition de droits compensateurs par le Japon était donc incompatible avec les prescriptions des articles 19 et 21 de l'*Accord SMC*.
- i) La détermination du Japon omet indûment de démontrer que les importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, par les effets des subventions alléguées, un dommage au sens de l'*Accord SMC*. La détermination de l'existence d'un dommage faite par le Japon et l'imposition de droits compensateurs par ce pays étaient donc incompatibles avec les prescriptions des articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*.
- j) Du fait de ces erreurs, l'imposition par le Japon de droits compensateurs sur les importations de DRAM en provenance de Corée n'était pas compatible avec les prescriptions de l'article 32.1 de l'*Accord SMC*, qui dispose que "[i]l ne pourra être prise aucune mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du *GATT de 1994*, tel qu'il est interprété par le présent accord".

3.2 La Corée demande que le Groupe spécial suggère que les droits compensateurs imposés par le Japon sur les importations de DRAM en provenance de Corée soient immédiatement annulés et que tous droits compensateurs perçus par le Japon sur ces importations soient aussitôt remboursés.

B. JAPON

3.3 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter les allégations de la Corée dans leur totalité.

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

4.1 Les arguments des parties sont exposés dans leurs communications écrites et déclarations orales au Groupe spécial, ainsi que dans leurs réponses aux questions. Les arguments des parties tels qu'ils sont présentés dans leurs communications écrites et leurs déclarations orales sont résumés dans la présente section.

A. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CORÉE

4.2 Les arguments présentés par la Corée dans sa première communication écrite sont résumés ci-après.

1. L'imposition de droits compensateurs par le Japon reposait sur une hypothèse fondamentalement viciée

4.3 L'imposition par l'autorité japonaise chargée de l'enquête (la "JIA") de droits compensateurs sur les DRAM en provenance de Corée fabriquées par Hynix reposait sur la conclusion que les transactions de restructuration conclues par les créanciers d'Hynix en octobre 2001 et en décembre 2002 constituaient des subventions au sens de l'"Accord SMC". Cette détermination reposait quant à elle presque entièrement sur l'hypothèse qu'aucun créancier rationnel n'aurait conclu de transactions de restructuration avec une société se trouvant dans la situation financière d'Hynix.

4.4 L'hypothèse de la JIA témoigne cependant d'une connaissance erronée de la manière dont opèrent en fait les créanciers d'une entreprise en "crise financière".¹² Pour les créanciers d'une entreprise insolvable, la question fondamentale est de savoir si la valeur d'"exploitation" de l'entreprise est supérieure à sa "valeur de liquidation". Si la valeur d'exploitation est plus élevée, un créancier rationnel prendra les mesures nécessaires pour saisir cette valeur plus élevée. Si la réalisation de la valeur d'exploitation plus élevée exige de nouveaux investissements, les créanciers *existants* d'une entreprise insolvable pourront maximiser leurs gains en injectant de l'argent frais dans la société insolvable, en dépit de sa situation financière apparemment mauvaise.

4.5 En revanche, l'arithmétique de l'analyse des bénéfices par rapport aux coûts découragera les *nouveaux* investisseurs d'accorder de nouveaux prêts à une entreprise insolvable ou d'effectuer de nouveaux investissements dans cette entreprise, parce qu'il leur faudra partager les gains éventuels issus des nouveaux investissements avec les créanciers existants pour permettre à ces derniers de recouvrer les créances préexistantes non remboursées, même s'ils ne participent pas aux nouveaux investissements. Toutefois, l'avantage que possèdent les titulaires de créances existantes au moment d'analyser les nouveaux investissements n'est pas immuable car l'arithmétique de l'analyse des bénéfices par rapport aux coûts des nouveaux investissements peut être différente si le statut des créances préexistantes est modifié (par exemple en "subordonnant" les créances préexistantes). Dans la pratique, cette subordination des créances existantes se fait souvent en convertissant la dette préexistante en participations. Les créanciers préexistants peuvent tirer avantage de la conversion des dettes préexistantes en actions si cette opération permet à la société d'attirer des investissements et de générer des gains qui n'auraient pas été possibles sans cela.

4.6 En dépit de ces réalités économiques, il se peut que les créanciers aient des difficultés dans la pratique à arriver à un accord sur la restructuration de la dette pour des problèmes de coopération. Les procédures concernant les faillites ont évolué: le respect des droits des créanciers inscrits dans la loi est mieux assuré et il existe un mécanisme permettant de négocier les intérêts contradictoires des créanciers, des gestionnaires et des actionnaires de l'entreprise. Dans la pratique, des approches

¹² La Corée fait observer que l'emploi de l'expression "crise financière" dans ses communications signifie simplement qu'Hynix ne possédait pas les fonds nécessaires pour s'acquitter de ses obligations de paiements courants, et non pas qu'Hynix s'était livrée à des pratiques financières hasardeuses ou n'était pas un bon investissement à long terme.

Il est à noter que la détermination établie par le Japon à l'issue de l'enquête reposait sur l'hypothèse qu'Hynix avait été "en faillite" pendant une bonne partie, sinon la totalité, de la période considérée. La communication de la Corée tente de dégager les erreurs logiques dues au fait que le Japon n'a pas pris en compte les incidences de cette hypothèse. Aucun des arguments présentés dans les communications de la Corée ne doit être interprété comme la reconnaissance du fait qu'Hynix était réellement "en faillite" ou que la Corée est d'accord avec l'évaluation de la situation financière d'Hynix faite par le Japon.

diverses ont été adoptées. Toutefois, en fin de compte ces diverses approches aboutissent en gros au même résultat. Comme l'a dit un expert de la Banque mondiale: "[L]es différences existant entre les diverses législations sur la faillite portent essentiellement sur les tactiques de négociation, pas sur les résultats".¹³

4.7 Les restructurations de la dette d'Hynix d'octobre 2001 et de décembre 2002 ont été opérées conformément à une loi coréenne largement disponible, conçue sur le modèle de l'"approche de Londres" de la restructuration de la dette. Elles étaient conformes aux principes économiques et aux pratiques financières normales en usage en Corée et sur d'autres marchés. Et elles ont été extrêmement profitables pour les créanciers. Ceux qui ont converti leurs créances en participations en octobre 2001 ont obtenu un rendement de 150 pour cent, et ceux qui l'ont fait en décembre 2002 ont obtenu un rendement de plus de 290 pour cent.

4.8 Dans ces conditions, l'hypothèse de la JIA selon laquelle aucun créancier rationnel ne se serait engagé dans les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 est fondamentalement viciée. Comme on le verra plus en détail ci-après, les constatations rendues par la JIA sur la base de cette hypothèse ne sont pas compatibles avec les prescriptions de l'*Accord SMC*.

2. L'enquête du Japon était viciée sur le plan de la procédure et juridiquement non valide

a) Défaut de promulgation des méthodes de calcul de l'avantage

4.9 L'article 14 de l'*Accord SMC* prévoit que "toute méthode" utilisée pour calculer l'avantage conféré par une subvention doit être prévue dans la législation ou les règlements d'application pertinents. La législation et les règlements d'application japonais ne répondent pas à cette prescription. La loi qui régit l'imposition de droits compensateurs ne contient même pas le terme "avantage". Les "Directives", qui portent application de la Loi sur les droits compensateurs du Japon, n'apportent guère plus de précisions que l'article 14 de l'*Accord SMC*. Aucune des formules et méthodes de calcul détaillées décrites dans la détermination faite par le Japon en l'espèce n'apparaît dans les "Directives". En fait, alors que la détermination faite par le Japon en l'espèce énonce des règles spécifiques pour le calcul de l'"avantage" résultant du report de l'échéance des prêts et de la conversion des créances en participations, les Directives ne mentionnent même pas ces transactions.

4.10 Si "toute méthode" utilisée pour calculer l'avantage conféré par des subventions doit être énoncée dans la législation ou les réglementations d'application d'un Membre, cela signifie que les méthodes qui ne sont pas énoncées dans la législation ou les réglementations d'application *ne peuvent pas être utilisées*. En conséquence, la détermination de la JIA concluant que les subventions alléguées avaient conféré un avantage à Hynix pendant la période couverte par l'enquête n'est pas défendable. En fait, sauf à respecter les prescriptions minimales en matière de procédure contenues dans l'article 14 et tant qu'il ne le fera pas, le Japon n'est pas autorisé à imposer des droits compensateurs sur les importations en provenance de quelque Membre de l'OMC que ce soit.

b) Charge de la preuve incorrecte

4.11 Dès les débuts du GATT, il a été reconnu que les autorités chargées des enquêtes ne pouvaient pas poser l'*hypothèse* qu'un dumping ou des subventions existent, puis demander ensuite aux requérants étrangers de réfuter cette hypothèse. Au contraire, les autorités chargées des enquêtes

¹³ Voir Ramachandran, *Bankruptcy's Role in Enterprise Restructuring: A Hammer to Turn a Screw?*, PUBLIC POLICY FOR THE PRIVATE SECTOR, The World Bank FPD Note No. 38 (mars 1995).

doivent obtenir des éléments de preuve positifs démontrant l'existence de chacun des éléments requis aux fins de l'imposition de droits antidumping ou compensateurs.¹⁴

4.12 L'analyse de la JIA en l'espèce n'est pas conforme à ces principes. La détermination qu'elle a faite était fondée sur l'hypothèse qu'aucun créancier rationnel mû par des considérations commerciales n'aurait conclu les transactions de restructuration. Elle a fait valoir (à tort selon la Corée) que les éléments de preuve contraires (parmi lesquels des témoignages directs) présentés par le gouvernement coréen, Hynix et ses créanciers ne devaient pas être pris en considération. Or, le rejet des éléments de preuve contredisant ses hypothèses n'est pas la preuve qu'elles étaient correctes. La JIA n'ayant pas présenté d'éléments de preuve *positifs* démontrant l'existence d'une subvention, sa détermination n'était pas compatible avec les dispositions des articles 2.4 et 15.1 de l'*Accord SMC*, qui exigent des éléments de preuve positifs de l'existence de subventions et d'un dommage, ni avec la prescription générale, contenue dans les articles 10, 11, 12 et 22 de l'*Accord SMC* et l'article X:3 du *GATT de 1994*), qui veut que l'autorité chargée de l'enquête mène une enquête impartiale, raisonnable et équitable.

c) Identification incorrecte des "parties intéressées"

4.13 La JIA a adressé des questionnaires rédigés en japonais à 16 établissements financiers qui étaient créanciers d'Hynix pendant la période pertinente. Pour les établissements qui n'ont pas fourni de renseignements, la JIA a utilisé les "données de fait disponibles". D'après elle, cette manière d'utiliser les "données de fait disponibles" était autorisée par l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.

4.14 L'article 12.7 s'applique uniquement, selon son libellé même, quand les renseignements nécessaires n'ont pas été communiqués par les "parties intéressées". Et pour avoir la qualité "partie intéressée", une entité doit avoir un "intérêt" dans le résultat de la procédure.¹⁵ Si une entité n'a pas d'intérêt dans le résultat, l'article 12.7 ne permet pas d'utiliser les "données de fait disponibles" en lieu et place des renseignements que l'entité n'est pas en mesure ou pas désireuse de fournir.

4.15 La JIA a affirmé qu'il était "évident" et "normal" de considérer que les établissements financiers étaient des "parties intéressées". En revanche, elle n'a jamais expliqué pourquoi elle estimait que ces entités étaient "intéressées" à la procédure. Elle n'a donc pas établi de fondement factuel permettant de conclure que tel ou tel établissement financier auxquels elle avait adressé un questionnaire était en fait une "partie intéressée".

4.16 Comme l'Organe d'appel l'a reconnu, il ne convient pas de pénaliser des exportateurs qui coopèrent pleinement à une enquête à cause de l'absence de réaction d'autres exportateurs sur lesquels

¹⁴ Voir par exemple *Droits antidumping en Suède* L328, 23 février 1955, textes, 3/90, paragraphe 15.

¹⁵ Ainsi, les entités qui sont expressément qualifiées de "parties intéressées" dans l'*Accord SMC* – c'est-à-dire les exportateurs, les importateurs, les producteurs étrangers et les producteurs nationaux et leurs associations – sont directement visées par les résultats des enquêtes, et ont donc un "intérêt" manifeste dans le déroulement de la procédure. Par ailleurs, l'article 12.4 de l'*Accord SMC* présuppose l'obligation pour les "parties intéressées" d'avoir un "dossier" à présenter aux autorités chargées de l'enquête. L'article 12.8 prescrit aux autorités chargées de l'enquête d'offrir aux "parties intéressées" des possibilités adéquates de "défendre leurs intérêts". Ces dispositions n'auraient aucun sens si l'expression "parties intéressées" recouvrait des entités qui n'avaient pas d'"intérêts" dans la procédure et n'avaient donc pas de "dossier" à présenter.

Les dispositions de l'*Accord SMC* relatives au recueil de renseignements et l'utilisation des "données de fait disponibles" commandent une interprétation analogue. Les articles 12.1 et 12.7 de l'*Accord SMC* permettent aux autorités chargées de l'enquête de demander des renseignements aux parties intéressées et prévoient quelles seront les conséquences si les "parties intéressées" ne répondent pas. Ces dispositions seraient totalement inéquitable – et violeraient toute notion de procédure équitable – si les parties qui *ont* un intérêt dans le résultat de l'affaire pouvaient voir leurs intérêts lésés parce que des entités qui n'ont aucun intérêt dans le résultat n'auraient pas répondu.

ils n'ont aucun contrôle.¹⁶ Or c'est exactement ce qu'a fait la JIA dans cette affaire: elle a imposé des droits compensateurs sur les exportations d'Hynix parce que d'autres entités, qui n'étaient pas sous le contrôle d'Hynix, n'avaient pas communiqué les renseignements demandés, alors qu'Hynix quant à elle avait donné suite sans réserve à toutes les demandes de ladite autorité. Ce résultat n'est pas compatible avec la définition de l'expression "partie intéressée" figurant dans l'article 12 de l'*Accord SMC*, ni avec l'obligation générale qui incombe au Japon de mener une enquête impartiale, équitable et raisonnable en vertu des articles 10, 11, 12 et 22 de l'*Accord SMC* et de l'article X:3 du *GATT de 1994*.

3. Les constatations du Japon relatives à l'octroi de subventions à Hynix étaient incompatibles avec les prescriptions de l'Accord SMC

- a) Constatation incorrecte selon laquelle Hynix a reçu des contributions financières
- i) *Assimilation incorrecte des transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds à des "transferts directs de fonds"*

4.17 Pour qu'il y ait "transfert direct de fonds" au sens de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1), la logique élémentaire veut qu'il y ait à tout le moins *transfert de fonds*. À cet égard, le sens ordinaire du terme "transfer" (transfert) suppose "[a] conveyance from one person to another of property" (translation d'un bien d'une personne à une autre).¹⁷ Le terme "funds" (fonds) renvoie au mot "money" (argent).¹⁸ Pour qu'il y ait "transfert" de "fonds", il faut donc que de l'argent change de mains – passant des pouvoirs publics (ou d'un organisme privé auquel les pouvoirs publics ont ordonné de le faire) au bénéficiaire de la subvention.

4.18 Dans sa détermination, la JIA a considéré que l'expression "transferts directs de fonds" au sens de l'alinéa i) recouvrait tous les éléments des restructurations, parmi lesquels: 1) "le report de l'échéance" des prêts existants, 2) "les réductions des taux d'intérêt des prêts existants", 3) la conversion de la dette portant intérêt en prêts à long terme" et 4) "l'échange de créances contre des participations". Or, cette conclusion est tout simplement incorrecte. Il n'y a pas translation d'argent lorsqu'un créancier accepte de reporter l'échéance de prêts existants ou d'abaisser les taux d'intérêt de prêts existants, ou de convertir des obligations de paiement d'intérêt existantes en principal, ou d'annuler entièrement des emprunts, ou de convertir des créances en participations. Dans ce genre de transactions, le créancier convient de modifier la nature des créances existantes à l'égard de l'emprunteur – ou d'échanger une série de créances contre une autre – *sans* verser d'argent à l'emprunteur. Il n'y a donc pas *transfert de fonds*, et l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1) n'est pas d'application. En conséquence, la constatation de la JIA selon laquelle les restructurations ont servi à fournir des "contributions financières" puisque que tous les éléments de ces structurations consistaient en des "transferts directs de fonds" n'est pas défendable.

- ii) *Absence de constatations de fait permettant de déterminer que des recettes normalement exigibles avaient été abandonnées*

4.19 Bien que les modifications des modalités des prêts et les échanges de créances contre des participations ne soient pas des "transferts directs de fonds" au sens de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1), on pourrait, dans des conditions appropriées, les considérer comme des "recettes publiques exigibles" au sens de l'alinéa ii) de cette même disposition. À cet égard, l'Organe d'appel a expliqué que l'analyse visée à l'alinéa ii) nécessitait une "*comparaison* entre les recettes exigibles en vertu de la

¹⁶ Voir *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/AB/R, 24 juillet 2001, paragraphes 102-104.

¹⁷ Voir, par exemple, le *SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY* (5^{ème} édition 2002), page 3325.

¹⁸ *Id.*, page 1049.

mesure contestée et les recettes qui seraient exigibles dans une autre situation".¹⁹ Mais la JIA n'a jamais prétendu effectuer une telle comparaison en l'espèce, et n'a jamais rendu les constatations de fait qui auraient été nécessaires aux fins de cette comparaison. La constatation de la JIA relative à l'existence de contributions financières provenant des divers éléments de la restructuration – comme le report de l'échéance des prêts, les modifications des taux d'intérêt, l'annulation des créances et l'échange de créances contre des participations – n'est pas défendable.

4.20 Même si le Japon était autorisé à présenter des justifications *a posteriori* pour expliquer en quoi les diverses transactions constituaient des "recettes publiques abandonnées", le résultat serait le même. Par exemple, le report de l'échéance des prêts (ou la conversion de l'intérêt en principal) ne constitue pas des recettes abandonnées quand un intérêt est perçu sur les montants à rembourser pour la durée de prorogation du prêt. Par ailleurs, l'échange de créances contre des participations ne constitue pas des recettes abandonnées quand, dans le cadre d'une procédure de faillite, les dettes auraient été honorées et quand la valeur des créances n'était pas supérieure aux participations contre lesquelles elles ont été échangées. Dans ces conditions, les diverses modifications des modalités afférentes à l'encours de la dette d'Hynix ne constituaient pas des recettes "abandonnées" par les créanciers d'Hynix, et ne constituaient donc pas des contributions financières au sens de l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*.

iii) *Constatation incorrecte de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" à l'égard des créanciers privés d'Hynix*

4.21 L'Organe d'appel a fait observer que l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) était une sorte de disposition "anticonournement", destinée à empêcher les pouvoirs publics de s'affranchir des disciplines de l'*Accord SMC* en utilisant des organismes privés pour entreprendre des actions qui constitueraient des subventions si elles étaient entreprises directement par les pouvoirs publics.²⁰ Une constatation de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" n'est donc autorisée que lorsque les pouvoirs publics se servent d'un organisme privé comme "intermédiaire". L'Organe d'appel a également précisé que les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'appuie pour faire cette détermination devaient démontrer l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard de chaque organisme privé dans le cadre d'une contribution financière donnée.²¹

4.22 La constatation de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" faite par la JIA était fondée, en fin de compte, sur les constatations suivantes:

- 1) Les pouvoirs publics coréens avaient exprimé l'intention de "maintenir Hynix en vie".
- 2) Les mesures prises par les créanciers d'Hynix étaient irrationnelles parce que
 - a) aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix; et
 - b) les éléments de preuve présentés par les divers créanciers (ou les "données de fait disponibles" adoptées par la JIA dans le cas de non-réaction des

¹⁹ Voir *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, 24 février 2000, paragraphe 90 (pas d'italique dans l'original).

²⁰ Voir *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, paragraphe 113.

²¹ Voir *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, 27 juin 2005, paragraphe 140.

créanciers) ne permettaient pas d'établir que ceux-ci avaient procédé à une analyse suffisante des transactions avant de les conclure.

Or, en réalité, chacune de ces "constatations" était manifestement erronée. Qu'on les considère individuellement ou globalement, elles ne permettent pas d'établir qu'il y a eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

4.23 *Premièrement*, aucun des éléments d'information cités par la JIA ne faisait état du désir des pouvoirs publics de sauver Hynix aux dépens de ses créanciers. En fait, tous les éléments d'information en rapport avec les restructurations indiquaient simplement que les pouvoirs publics estimaient que les restructurations étaient l'affaire des créanciers. Rien n'indique que les pouvoirs publics aient tenté d'intervenir pour contraindre les créanciers à conclure des transactions qui n'étaient pas dans leur propre intérêt.

4.24 Un certain nombre d'éléments rapportés montraient que les pouvoirs publics coréens avaient suivi l'évolution de la situation d'Hynix pendant toute la durée de toutes les restructurations, et qu'ils avaient parfois exprimé le désir que la situation soit rapidement réglée. Mais cette surveillance et l'expression du désir de voir *les créanciers* arriver à un règlement rapide sont parfaitement compatibles avec le rôle prudentiel des pouvoirs publics qui est d'empêcher que l'ensemble du secteur financier ne soit durement touché. Il s'ensuit que la volonté de voir les créanciers régler rapidement les questions et la volonté de se servir des créanciers comme "intermédiaires" pour sauver Hynix en faisant pression sur eux pour qu'ils concluent des transactions qui n'étaient pas dans leur intérêt, sont deux choses différentes.

4.25 *Deuxièmement*, comme on l'a déjà vu, des créanciers rationnels ayant pour but de maximiser les bénéfices peuvent avoir de bonnes raisons d'accorder de nouveaux prêts, de reporter l'échéance des prêts existants, d'échanger des créances contre des participations, ou de renoncer entièrement au remboursement de prêts, même quand l'emprunteur est insolvable. De plus, il existe de multiples éléments de preuve indiquant que les transactions de ce type se produisent en permanence, dans le cadre soit de procédures de faillite formelles, soit de renégociations informelles. En l'espèce, les éléments de preuve montraient que la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait de loin sa valeur de liquidation à tous les moments pertinents. En conséquence, les transactions de restructuration étaient économiquement rationnelles pour les créanciers d'Hynix.

4.26 *Troisièmement*, la JIA a reconnu elle-même que la constatation d'irrationalité *subjective* eu égard aux processus décisionnels des banques reposait sur sa conclusion que les décisions des banques étaient *objectivement* irrationnelles. Forte de l'hypothèse que les actions des créanciers devaient tout simplement être irrationnelles, la JIA a cherché des justifications pour rejeter les éléments de preuve qui montraient que les créanciers avaient en fait procédé à une analyse rationnelle et étaient arrivés à une décision rationnelle. En suivant cette méthode, il est manifeste qu'elle n'a pas procédé à un examen impartial des éléments de preuve. Cela étant, malgré ce rejet partiel des renseignements présentés par les créanciers, la JIA n'a toujours pas établi le bien-fondé de sa thèse. Alors qu'elle aurait pu rejeter la description donnée par les créanciers des analyses auxquelles ils avaient procédé, elle n'a pas présenté d'éléments de preuve positifs démontrant que les créanciers n'avaient en réalité pas procédé à une analyse rationnelle.

4.27 *Enfin*, la détermination de la JIA selon laquelle les transactions de restructuration étaient irrationnelles sur le plan commercial est incompatible avec le fait qu'il existait un certain nombre de "créanciers privés" au sujet desquels elle n'a pas constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une "action de charger ou ordonner", et qui avaient conclu les transactions de restructuration au même moment et aux mêmes conditions que les banques dont il était allégué qu'elles avaient fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics. En conséquence, l'hypothèse de la JIA selon laquelle les

créanciers ne s'étaient engagés dans les restructurations que parce qu'ils avaient fait l'objet d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics coréens ne tient pas.

- b) Constatation incorrecte établissant qu'Hynix a reçu un avantage résultant des contributions financières alléguées

4.28 L'Organe d'appel a été d'avis que la détermination de l'existence d'un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* exigeait une comparaison: il n'y a avantage que si la "contribution financière" fait que le *bénéficiaire* se trouve "mieux loti" qu'il ne l'aurait été sans cela.²²

4.29 En vertu de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*, la "contribution financière" résultant d'une "action de charger ou ordonner" est constituée par l'*action des pouvoirs publics* et non par les transferts de fonds ou les recettes abandonnées provenant des créanciers privés qui font suite à cette action. Sachant que l'*Accord SMC* fait mention des "avantages" qui découlent de la "contribution financière", il s'ensuit que l'analyse relative à l'existence d'un avantage doit être axée sur les effets de cette action des pouvoirs publics. En conséquence, il s'agit ici non pas de savoir si Hynix était "mieux lotie" par suite des diverses transactions de restructuration, mais si la participation alléguée des pouvoirs publics s'est traduite par des transactions de restructuration plus avantageuses que celles qu'elle aurait pu négocier sans la participation des pouvoirs publics.

4.30 La JIA n'a pas fait de constatations sur cette question. Elle n'a pas fait de constatations sur ce à quoi une restructuration qui n'a pas été ordonnée par les pouvoirs publics aurait pu ressembler. De ce fait, elle n'a pas effectué la comparaison requise par l'Organe d'appel – déterminer si Hynix était "mieux lotie" grâce à l'*action des pouvoirs publics* qui constituait la "contribution financière".

4.31 En outre, même si l'analyse relative à l'existence d'un avantage était axée sur les transactions elles-mêmes, et non sur l'action alléguée des pouvoirs publics, le résultat serait le même.²³ Il ressort clairement de l'article 14 de l'*Accord SMC* que les transactions qui sont conformes au comportement normal sur le marché ne confèrent pas un avantage au bénéficiaire. Comme on l'a déjà dit, il existe de nombreux éléments de preuve montrant que dans le monde réel, les créanciers concluent en permanence des transactions de restructuration avec des sociétés insolvables. La restructuration de la dette d'Hynix était parfaitement conforme aux pratiques commerciales normales – compte tenu en particulier des éléments de preuve qui montrent que la valeur d'exploitation d'Hynix était de loin supérieure à sa valeur de liquidation.

4.32 De surcroît, les éléments de preuve ne se limitaient pas à des théories économiques ou des exemples tirés de manuels d'économie. Ils montraient en fait que les créanciers au sujet desquels la JIA admettait qu'ils n'avaient pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics avaient conclu les mêmes transactions dans les mêmes conditions que les créanciers dont il était allégué qu'ils avaient fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics. Ce simple fait aurait dû conduire à une constatation selon laquelle les restructurations étaient conformes aux points de repère du marché pertinents.

²² Voir par exemple, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, 2 août 1999, paragraphe 157.

²³ On notera à cet égard que les transactions de restructuration en l'espèce comportaient l'échange d'une série de créances contre une autre entre les créanciers, créances que la JIA a évaluées de manière incohérente. En particulier, pour déterminer si la restructuration avait conféré un avantage, la JIA est partie de l'hypothèse qu'Hynix n'était pas en mesure de rembourser l'encours de ses créances et que la société était au bord de la "faillite" – ce qui signifiait nécessairement que les créanciers ne pouvaient pas s'attendre à être intégralement remboursés. En revanche, pour calculer le montant de l'avantage résultant de la restructuration, elle est partie de l'hypothèse que les créances d'Hynix auraient été intégralement remboursées s'il n'y avait pas eu restructuration. Cette analyse dépourvue de cohérence n'est pas défendable.

4.33 La JIA a fait valoir que les actions des créanciers qui n'avaient pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics ne pouvaient pas servir de point de repère du marché en raison des distorsions causées par les subventions accordées, selon les allégations, à Hynix dans le passé. En d'autres termes, la JIA a ignoré les transactions commerciales réelles parce qu'elle a estimé qu'elles étaient incompatibles avec les transactions hypothétiques réalisées sur un marché hypothétique sur lequel il n'y avait pas eu de transactions antérieurement. Cette analyse est incompatible avec les instructions de l'*Accord SMC* qui sont que les transactions commerciales réelles doivent servir de point de repère pour établir des constatations relatives à l'existence d'avantages. De plus, dans cette analyse, les avantages allégués conférés par la subvention sont comptés deux fois puisque l'existence d'un avantage conféré par les subventions antérieures alléguées est constatée à la fois au moment où la subvention alléguée a été reçue, et au moment où elle a, selon les allégations, permis au bénéficiaire d'obtenir un financement équivalant aux conditions du marché, que, sinon, il n'aurait pas pu obtenir.

4.34 Dans ces conditions, le fait que la JIA ne s'est pas fondée sur le comportement réel sur le marché et sur les points de repère du marché existants pour mesurer l'avantage conféré à Hynix n'est pas défendable. Sachant que les restructurations étaient conformes aux pratiques commerciales normales, et que des organismes privés n'ayant pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics ont conclu les mêmes transactions au même moment et dans les mêmes conditions, l'action alléguée de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics n'a conféré aucun avantage.

c) Constatation incorrecte selon laquelle les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix

4.35 La JIA a constaté que les transactions de restructuration étaient toutes spécifiques à Hynix parce que toutes étaient des "mesures de sauvetage spécifiques à une société spécifique". Or, cette conclusion n'est pas étayée par les éléments de preuve. Même si la JIA décrit à juste titre les restructurations comme des "mesures de sauvetage" ordonnées par les pouvoirs publics, il n'existe pas d'éléments de preuve attestant qu'il s'agissait de mesures uniques concernant Hynix.

4.36 Le cadre juridique régissant les restructurations d'Hynix était identique aux règles régissant la restructuration d'autres sociétés coréennes. Les rapports d'experts financiers sur lesquels reposaient les restructurations d'Hynix étaient du même type que ceux utilisés pour la restructuration d'autres sociétés coréennes. Il n'existe pas d'éléments de preuve attestant que les modalités des transactions de restructuration d'Hynix étaient plus favorables pour Hynix que les modalités de restructuration d'autres sociétés coréennes se trouvant dans une situation analogue. En fait, les éléments de preuve présentés à la JIA (dont des déclarations de créanciers d'Hynix) ont confirmé qu'Hynix n'était pas traitée plus favorablement que n'importe quelle autre société coréenne faisant l'objet de restructurations.

4.37 En se focalisant sur Hynix, la JIA n'a pas pu avoir une vision globale de la situation. En l'absence d'éléments de preuve permettant de démontrer que le rôle des pouvoirs publics et des banques ayant fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics dans la restructuration d'Hynix avait été différent de celui qu'ils avaient joué dans les innombrables cas analogues qui se produisaient en Corée au même moment, il n'est pas possible de reconnaître le bien-fondé de la détermination de la JIA concluant que les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix.

4. Le Japon a indûment imposé des droits compensateurs sur des importations qui n'étaient pas subventionnées

a) Non-prise en compte de l'impact des modifications de la structure du capital d'Hynix

4.38 Les échanges de créances contre des participations entrepris dans le cadre des restructurations ont entraîné une modification fondamentale de la structure du capital d'Hynix. Avant ces transactions, aucune des banques ou établissements financiers créanciers ne possédait de parts d'Hynix. Après ces transactions, les banques et établissements financiers créanciers détenaient à eux tous une majorité écrasante des parts d'Hynix. Les restructurations ont également conduit à une modification fondamentale de la gestion d'Hynix, puisqu'un vice-président de la Banque de change coréenne (KEB) (la principale banque créancière) a été nommé Directeur général d'Hynix en juillet 2002.

4.39 L'Organe d'appel a été d'avis que quand il y a modification de la structure du capital d'une société à la juste valeur marchande, les autorités chargées de l'enquête *devaient* examiner si les subventions reçues avant la modification de la structure du capital continuaient de conférer un avantage après cette modification. Il a également été d'avis qu'une telle modification de la structure du capital créait une présomption réfragable selon laquelle les avantages de la subvention avaient cessé d'exister. Il a donc constaté que le fait pour les autorités chargées de l'enquête de ne pas s'acquitter de cette obligation était incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*.²⁴

4.40 Dans la présente affaire, la JIA n'a pas examiné si les subventions octroyées, selon les allégations, à Hynix continuaient de conférer des avantages après la modification de la structure du capital découlant des échanges de créances contre des participations. Ainsi, conformément aux décisions antérieures de l'Organe d'appel, la détermination de la JIA n'était donc pas compatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*.

b) Imposition incorrecte de droits sur les importations après que l'avantage conféré par les subventions alléguées avait cessé d'exister

4.41 D'après l'analyse de la JIA, les installations d'Hynix avaient une durée de vie estimée de cinq ans. Les subventions alléguées ont donc été imputées sur une période de cinq ans, y compris l'année au cours de laquelle elles ont été reçues. Les subventions reçues par Hynix en 2001, selon les allégations, ont donc été *toutes* imputées sur la période de cinq ans allant de 2001 à 2005.

4.42 La détermination finale de la JIA a été publiée en janvier 2006. Au moment où elle a été publiée, la JIA savait, d'après ses calculs, que les avantages résultant de la restructuration d'octobre 2001 avaient déjà été entièrement imputés aux années précédentes et ne pouvaient pas avoir d'impact additionnel sur 2006 ou sur les années futures. La JIA n'en a pas moins imposé un droit compensateur de 18,1 pour cent en 2006 pour neutraliser les subventions reçues, selon les allégations, dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001.

4.43 L'article 19.4 de l'*Accord SMC* prévoit que le droit compensateur imposé ne peut pas dépasser le montant de la subvention dont "l'existence" a été constatée. En d'autres termes, il ne permet pas d'imposer des droits sur la base de subventions antérieures qui ont cessé d'"exister". L'article 21.1 de l'*Accord SMC* développe cette prescription et dispose que: "les droits compensateurs ne resteront en vigueur que *le temps* et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage".

²⁴ Voir, par exemple, *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002, paragraphes 126, 127, 144 et 161.

4.44 En l'espèce, dans ses calculs, la JIA a imputé la totalité des avantages résultant de la restructuration d'octobre 2001 aux cinq années allant de 2001 à 2005. Il n'y avait plus d'avantages résultant de la restructuration d'octobre 2001 à imputer à 2006. En conséquence, l'imposition de droits compensateurs en 2006 par la JIA sur la base de l'avantage allégué de la restructuration d'octobre 2001 était incompatible avec les prescriptions des articles 19 et 21 et n'est pas défendable.

5. La constatation du Japon selon laquelle les importations subventionnées causaient un dommage était incompatible avec les prescriptions de l'Accord SMC

4.45 La prescription relative à la "causalité" énoncée à l'article 15.5 prévoit qu'il doit être démontré "que les importations subventionnées causent, *par les effets des subventions*, un dommage...". Cette prescription est reprise à l'article 19.1, qui autorise l'imposition de droits compensateurs *uniquement* si "un Membre, dans une détermination finale, ... [conclut] que, *par les effets de [cette subvention]*, les importations subventionnées causent un dommage ...". En vertu de ces dispositions, il ne suffit pas que les *importations* qui sont subventionnées causent un dommage. Il faut aussi démontrer que le dommage se produit "par les effets de [la subvention]".

4.46 Dans sa détermination, la JIA a conclu que tout tort causé par les exportations d'Hynix était nécessairement le résultat de la subvention, parce qu'Hynix n'aurait pas été en activité, et n'aurait pas été en mesure d'exporter, en l'absence de subventions. Or, l'argument de la JIA repose sur une erreur de droit fondamentale. Contrairement à ce que la JIA semble croire, le terme "faillite" n'est pas synonyme de liquidation fragmentaire. Une "faillite" est une procédure juridique, qui permet de protéger le débiteur contre ses créanciers pendant qu'on décide de son avenir.

4.47 Les lois coréennes sur la faillite prévoient bien la liquidation des débiteurs insolvables dans certaines circonstances. Mais dans l'ensemble, "les lois coréennes sur la faillite privilégient la réorganisation plutôt que la liquidation".²⁵ En conséquence, rien ne permet de penser que, si Hynix avait demandé à être mise en "faillite", elle aurait cessé ses activités. Selon toute vraisemblance, sa "faillite" aurait simplement entraîné une réorganisation de la société devant les tribunaux coréens. En conséquence, la constatation de la JIA selon laquelle le dommage s'était produit "par les effets de la subvention" – constatation reposant exclusivement sur son hypothèse selon laquelle sans les subventions alléguées, Hynix aurait cessé de fonctionner – est dénuée de fondement. De plus, comme la JIA n'a pas "démonstré que les importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage", les droits compensateurs qu'elle a imposés ne sont pas justifiés.

6. Demande de recommandation et décision

4.48 De l'avis de la Corée, quand la détermination de la JIA aura été mise en conformité avec les obligations du Japon au regard du *GATT de 1994* et de l'*Accord SMC*, rien ne justifiera l'imposition de droits compensateurs sur les importations de DRAM en provenance de Corée. C'est pourquoi la Corée demande que le Groupe spécial suggère que les droits compensateurs imposés par le Japon sur les importations de DRAM en provenance de Corée soient immédiatement annulés et que tous droits compensateurs perçus par le Japon sur ces importations soient immédiatement remboursés.

B. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU JAPON

4.49 Les arguments présentés par le Japon dans sa première communication écrite sont résumés ci-après.

²⁵ Voir, par exemple, Yun, *A Primer on Korean Bankruptcy Law*, 18-5 AM. BANKRUPTCY INST. J. 18 (juin 1999).

1. Le mandat du Groupe spécial

4.50 Dans sa première communication écrite, la Corée formule un certain nombre d'allégations qui soit n'entrent pas dans le mandat du Groupe spécial au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, soit ne présentent pas d'éléments *prima facie*. Sur les dix allégations potentielles formulées en fin de compte par la Corée²⁶, six ne sont pas suffisamment spécifiques pour constituer une allégation valable. Il s'agit de l'allégation n° 2 (qui cite des articles qui ne sont pas cités dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Corée et ne mentionne pas les obligations spécifiques inscrites dans les articles en question), l'allégation n° 3 (qui cite des articles qui ne sont pas cités dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Corée et ne mentionne pas les obligations spécifiques inscrites dans les articles cités), l'allégation n° 5 (qui ne mentionne pas les obligations spécifiques inscrites dans l'article cité), l'allégation n° 6 (qui ne mentionne pas les obligations spécifiques inscrites dans l'article cité), l'allégation n° 7 (qui ne mentionne pas les obligations spécifiques inscrites dans les articles cités) et l'allégation n° 10 (sans arguments à l'appui), qui correspondent aux points 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 13 et 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Corée, qui ne sont pas présentées avec suffisamment de clarté et devraient être rejetées.

4.51 Par ailleurs, comme le Japon l'a indiqué dans sa demande de décision préliminaire, pour commencer, les points 9, 10 et 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Corée n'ont pas été présentés avec suffisamment de clarté au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Le Japon demande au Groupe spécial de rendre une décision préliminaire visant à rejeter ces allégations viciées.

2. Questions de preuve et de procédure

a) La Corée n'a pas assumé la charge de la preuve qui lui incombait dans le présent différend.

4.52 La Corée n'a pas assumé la charge de la preuve qui lui incombe en tant que partie plaignante, à savoir présenter des éléments *prima facie*, et elle se contente d'alléguer des violations sans en donner une analyse ou une explication adéquates.²⁷ Cependant, comme l'Organe d'appel l'a confirmé, la Corée ne peut pas s'en remettre au Groupe spécial pour présenter l'argumentation de la partie plaignante.²⁸

b) Le critère d'examen du Groupe spécial

4.53 L'article 11 du Mémoire d'accord définit le critère d'examen des groupes spéciaux, qui consiste à procéder à une "évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions". L'Organe d'appel a précisé à plusieurs reprises que, dans un différend comportant une détermination faite par les autorités chargées de l'enquête, un groupe spécial ne peut pas procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve évalués dans le cadre de l'enquête, ni substituer son jugement à celui des autorités compétentes et qu'il doit, dans son "évaluation objective", se demander si les éléments de preuve et les explications sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête étayaient raisonnablement ses conclusions.²⁹ C'est ainsi que, quand l'autorité chargée de l'enquête fait une constatation en s'appuyant sur la totalité

²⁶ Allégations numérotées suivant l'ordre dans lequel elles sont présentées au paragraphe 283 de la première communication écrite de la Corée.

²⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104, et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses*, pages 15 et 16.

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 140 et 141. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104.

²⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 182 à 188.

des éléments de preuve, y compris les éléments de preuve circonstanciels, le Groupe spécial doit examiner la conclusion de l'autorité chargée de l'enquête sur la même base.

4.54 La Corée a néanmoins demandé au Groupe spécial d'examiner la détermination de la JIA d'une manière différente de celle dont ladite autorité a procédé à son analyse, et d'examiner des renseignements et arguments qui ne lui avaient pas été présentés au moment de l'enquête. La demande d'examen *de novo* présentée par la Corée est incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord et devrait être rejetée.

3. Les constatations factuelles de la JIA au sujet du subventionnement d'Hynix

4.55 Outre ses constatations relatives à l'existence d'un subventionnement par le biais d'organismes publics, la JIA a établi l'existence d'un subventionnement par le biais d'organismes privés qui avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, en se fondant sur la totalité des éléments de preuve versés au dossier. Le dossier de l'enquête montre que les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de promouvoir l'industrie des semi-conducteurs et qu'ils faisaient de la normalisation d'Hynix, qui avait été aux prises avec de graves difficultés financières, l'une de leurs priorités économiques. Les pouvoirs publics coréens ont déclaré à plusieurs reprises que la Corée prendrait des mesures pour normaliser certaines sociétés, comme Hynix. À ce titre, la Corée était vivement préoccupée par la situation financière d'Hynix. Le Décret n° 408 promulgué en 2000 par le Premier Ministre autorisait les pouvoirs publics coréens à solliciter la coopération ou le soutien d'établissements financiers et à exercer leurs droits en tant qu'actionnaire d'établissements financiers. Certaines banques ont reconnu cet état de choses et admis que les politiques des pouvoirs publics pouvaient influencer sur leurs décisions en matière d'investissement dans des notes d'information présentées à la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières des États-Unis. Les pouvoirs publics coréens ont signé avec diverses banques des mémorandums d'accord qui leur permettaient d'avoir un certain contrôle sur ces banques. Par ailleurs, les pouvoirs publics coréens détenaient une part importante du capital de certaines banques, sur lesquelles ils étaient donc en mesure d'exercer une influence substantielle, voire directe. La JIA a constaté que de la fin de 2000 à la fin de 2002, les pouvoirs publics coréens étaient intervenus à plusieurs reprises dans la prise de décisions financières de ces banques.

4.56 La JIA a constaté que, de la fin de 2000 à la fin de mai 2001, les pouvoirs publics coréens avaient accordé des subventions à Hynix dans le cadre d'un certain nombre de programmes mis en place par des organismes publics ainsi que par l'intermédiaire d'organismes privés qui avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part desdits pouvoirs publics. Malgré ces subventions, la situation financière d'Hynix, qui n'avait pas pu obtenir de fonds sur le marché, avait continué de se détériorer, rendant nécessaire une nouvelle aide financière. Les actions des pouvoirs publics coréens à l'égard des établissements financiers privés prenaient diverses formes, allant notamment de pressions exercées au cours de réunions du Conseil des établissements financiers créanciers pour les pousser à accepter de fournir un soutien financier, à des instructions adressées à la Société coréenne d'assurance à l'exportation (KEIC) pour qu'elle maintienne le financement subventionné antérieur, en passant par des pressions exercées sur les sociétés de placement pour les contraindre à faire des contributions financières contre leur gré. La JIA a constaté que les pouvoirs publics coréens avaient accordé des subventions dans le cadre du programme de mai 2001 par l'intermédiaire d'organismes publics, ainsi que d'organismes privés qui avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Les pouvoirs publics coréens ont officiellement reconnu par la suite que le programme de mai 2001 était un exemple du succès de leurs efforts. La JIA a examiné chacune des décisions de participer au programme prises par les banques et elle a constaté que, pour quatre d'entre elles, la décision reposait sur un facteur autre que commercial. Elle a constaté en conséquence qu'il y avait eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de ces quatre banques.

4.57 La situation financière d'Hynix a continué de se détériorer après le programme de mai 2001 et en octobre 2001, Hynix s'est trouvée en situation de "Selective Default" en ce qui concerne ses prêts. La société n'a pas pu obtenir de fonds sur le marché commercial. Les pouvoirs publics coréens ont continué de manifester de l'intérêt pour la restructuration d'Hynix et d'y participer après mai 2001. Après avoir examiné, notamment, les documents de certaines banques privées portant sur l'évaluation financière d'Hynix établis en interne et les rapports d'organisations extérieures concernant cette société, la JIA a constaté que les décisions de participer au programme d'octobre 2001 prises par certaines banques privées ne reposaient pas sur des considérations commerciales. De plus, les banques disaient s'être appuyées sur le rapport d'Arthur Andersen pour prendre leurs décisions, alors que ce rapport a été publié postérieurement auxdites décisions. La JIA a donc constaté que les décisions de participer au programme d'octobre 2001 prises par quatre banques reposaient sur un facteur autre que commercial. Elle a constaté en conséquence qu'il y avait eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de ces quatre banques.

4.58 Le programme d'octobre 2001 n'a pas résolu les problèmes financiers d'Hynix, qui ont continué tout au long de 2002, au point qu'un nouveau sauvetage s'est avéré nécessaire en décembre 2002. La JIA a constaté, entre autres choses, que les pouvoirs publics coréens avaient maintenu les contacts avec les créanciers, sollicitant leur coopération et exerçant sur eux une surveillance, et qu'ils étaient intervenus dans l'élaboration du rapport faisant le point du programme de décembre 2002 établi à la demande des banques et d'Hynix, à savoir le rapport de la Deutsche Bank, lequel contenait des erreurs de calcul évidentes. Hynix elle-même a reconnu que le rapport de la Deutsche Bank contenait des erreurs de calcul quant à la valeur d'exploitation de la société. La JIA a constaté que les décisions de participer au programme de décembre 2002 prises par quatre banques reposaient sur un facteur autre que commercial. Elle a constaté, en conséquence, qu'il y avait eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard de ces quatre banques.

4. Allégations d'erreur de la Corée

- a) La JIA a fondé à juste titre sa détermination finale sur une évaluation objective des éléments de preuve versés au dossier et a fourni une explication motivée et adéquate fondée sur des éléments de preuve probants et déterminants.

4.59 La JIA a procédé à un examen raisonnable et objectif des nombreux éléments de preuve versés au dossier et elle a rendu sa détermination sur la base de la totalité de ces éléments de preuve. Les éléments de preuve versés au dossier qui permettent de dire qu'il y a eu action de charger ou ordonner comprennent les documents officiels des pouvoirs publics coréens, les réponses au questionnaire des parties intéressées, les déclarations sous serment des établissements financiers à l'intention de la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières des États-Unis reconnaissant que les pouvoirs publics coréens avaient influé sur leurs décisions, les rapports d'enquête de l'Assemblée nationale coréenne et des déclarations publiques détaillées de hauts responsables du gouvernement et de représentants des banques attestant de leur collaboration en faveur d'Hynix, ainsi que divers communiqués de presse. La JIA a aussi examiné la notation attribuée par des tierces parties et des établissements financiers qui avaient participé aux programmes de sauvetage d'Hynix; les rapports sur les programmes de sauvetage d'Hynix établis par plusieurs organisations extérieures parmi lesquelles Salomon Swiss Barney, Arthur Andersen et la Deutsche Bank; ainsi que les études d'évaluation effectuées en interne par diverses banques afin de décider si elles participeraient aux programmes de sauvetage d'Hynix; la JIA a également fourni une explication motivée indiquant en quoi ces éléments de preuve démontraient qu'il y avait eu action de charger ou ordonner à l'égard de certaines banques privées et justifiaient sa détermination générale. Elle a en outre examiné les arguments avancés par les parties intéressées au sujet de sa détermination et a indiqué les raisons qui l'avaient amenée à écarter d'autres explications possibles pour parvenir à ses conclusions. La détermination finale de la JIA était donc conforme aux prescriptions de l'Accord SMC.

4.60 La Corée n'a pas démontré qu'il y avait, comme elle l'alléguait, un seul cas de "renversement de la charge de la preuve" ou de "constatation non étayée par des éléments de preuve positifs" de la part de l'autorité chargée de l'enquête. Les allégations de la Corée relatives à ces questions reposent sur une position erronée voulant que des éléments de preuve incontestables soient nécessaires pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, position qui a déjà été rejetée dans des différends antérieurs, et qui devrait être rejetée.

b) La Corée fait une interprétation erronée du critère en matière de preuve aux fins d'une enquête.

4.61 Comme l'Organe d'appel l'a précisé, l'*Accord SMC* ne formule pas expressément de "critère en ce qui concerne les éléments de preuve requis pour justifier une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv)" et exige seulement que "la totalité des éléments de preuve sur lesquels s'appuie une administration [...] "démontre[]" l'existence d'une action de charger ou ordonner" en ce qui concerne les établissements financiers pertinents. Il n'est pas nécessaire que ces éléments de preuve soient "irréfutables" ni "d'une qualité ou d'une quantité telle qu'ils "forcent" l'[autorité chargée de l'enquête] à arriver à une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner".³⁰ En vertu de l'*Accord SMC*, des éléments de preuve circonstanciels pris individuellement peuvent être évalués "conjointement avec d'autres éléments de preuve" pour établir la véracité d'une proposition. En conséquence, les autorités chargées de l'enquête peuvent procéder à une analyse complète sur la base de "la totalité des éléments de preuve" et, lorsqu'elles prennent en compte les éléments de preuve circonstanciels, examiner "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".³¹

4.62 Le critère en matière de preuve proposé par la Corée n'a pas de fondement dans l'*Accord SMC*. Accepter cet argument équivaldrait à imposer un critère qualitatif plus rigoureux que celui qui est prévu dans l'*Accord SMC*, et il devrait donc être rejeté.

c) La JIA a constaté à bon droit l'existence de contributions financières accordées à Hynix

i) *La constatation relative à l'existence d'un transfert de fonds faite par la JIA était compatible avec l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC*

4.63 La JIA a constaté à juste titre que le report de l'échéance des prêts, les réductions des taux d'intérêt, la conversion des versements d'intérêts en prêts à long terme et l'échange de créances contre des participations étaient des transferts de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. La Corée semble faire valoir que seuls les transferts de fonds expressément répertoriés à l'article 1.1 a) 1) i) peuvent être considérés comme des transferts de fonds au sens de l'*Accord SMC*. La Corée ne tient pas compte du libellé de cette disposition, qui indique que les transferts de fonds répertoriés ne sont qu'un exemple. Cet article a été largement interprété à la lumière de l'utilisation d'une liste exemplative. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *Corée – Navires de commerce* a constaté que les "réductions et reports d'intérêts", "l'annulation des intérêts/de la dette" et les "échanges de créances contre des participations", qui sont les types de transferts de fonds en cause en l'espèce, étaient des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) i).³² La Corée ne tient pas compte non plus de la mise en garde de l'Organe d'appel, qui a considéré qu'une interprétation étroite des dispositions de l'*Accord SMC* relatives aux contributions financières "permettrait le

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 138 et 139.

³¹ *Ibid.*, paragraphe 157.

³² Rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.413.

contournement des disciplines relatives aux subventions" de l'*Accord SMC*.³³ L'allégation de la Corée au sujet du "transfert de fonds" repose donc sur une interprétation incorrecte de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.

ii) *La JIA a constaté à bon droit l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens à l'égard des créanciers privés*

4.64 La JIA a examiné la totalité des éléments de preuve versés au dossier et a constaté que les pouvoirs publics coréens avaient chargé certains organismes privés de fournir des contributions financières à Hynix ou leur avaient ordonné de le faire, au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*. Les constatations de la JIA étaient compatibles avec les prescriptions de l'article 1.1 a) 1) iv) telles que précisées par l'Organe d'appel, qui a expliqué que les termes "charger" et "ordonner" avaient un sens plus large que "délégation" et "commandement".³⁴

4.65 La JIA a fondé sa constatation relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner sur de nombreux éléments de preuve, dont des éléments de preuve attestant le caractère non commercial des décisions en matière d'investissement prises par les banques créancières participantes³⁵, des éléments de preuve démontrant que les pouvoirs publics coréens contrôlaient les banques créancières qui ont finalement participé au programme d'octobre 2001 et au programme de décembre 2002³⁶, des éléments de preuve attestant que les pouvoirs publics coréens avaient clairement l'intention de sauver Hynix, et des éléments de preuve attestant que les pouvoirs publics coréens avaient utilisé de leur pouvoir sur les banques en les chargeant de restructurer et de sauver Hynix.³⁷ Après avoir évalué la totalité de ces éléments de preuve, la JIA a raisonnablement conclu que les pouvoirs publics coréens avaient chargé les établissements financiers de fournir l'assistance financière à Hynix ou leur avaient ordonné de le faire.

4.66 Ces éléments de preuve montraient que les pouvoirs publics coréens avaient entrepris des actions qui allaient bien au-delà d'une manifestation de l'intention de sauver Hynix, puisqu'ils avaient utilisé de leur pouvoir sur les banques pour accorder les mesures financières à Hynix. La JIA a examiné les établissements financiers banque par banque et programme de sauvetage par programme de sauvetage, en faisant porter son attention sur les évaluations d'Hynix et des programmes de sauvetage faites par les banques. Après avoir examiné ces éléments de preuve, la JIA est arrivée à la conclusion

³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 64.

³⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 110 et 111.

³⁵ Parmi les éléments de preuve attestant le caractère non commercial des décisions en matière d'investissement prises par les banques figuraient les suivants: la situation financière désastreuse d'Hynix au moment des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 généralement reconnue, le fait qu'il n'y avait pas de nouveaux investisseurs ou de nouvelles banques prêts à accorder des crédits à Hynix, les évaluations négatives faites par un certain nombre de banques créancières existantes quant à l'investissement de nouveaux fonds dans Hynix, le fait qu'il n'a pas été pris connaissance d'une évaluation externe impartiale effectuée en temps utile, le fait que les banques elles-mêmes n'ont pas procédé à l'analyse de la valeur d'exploitation d'Hynix par rapport à sa valeur de liquidation, les décisions incohérentes des banques qu'attestent les documents établis en interne et les décisions effectivement prises à la réunion du Conseil des créanciers, les déclarations incohérentes des banques et autres éléments de preuve connexes, les déclarations figurant dans les dossiers déposés auprès de la Commission des valeurs mobilières et des opérations boursières et dans les rapports annuels des banques, et les éléments prouvant qu'un certain nombre de créanciers avaient invoqué des raisons autres que commerciales pour participer aux programmes.

³⁶ Parmi les éléments de preuve attestant que les pouvoirs publics coréens contrôlaient les banques créancières on peut citer le fait qu'ils étaient actionnaires des banques créancières, le décret du premier Ministre et les Mémoires d'accord qu'ils ont conclu avec les banques.

³⁷ Parmi les éléments de preuve attestant que les pouvoirs publics coréens exerçaient un contrôle sur les banques figuraient les déclarations des pouvoirs publics coréens, des communiqués de presse et les aveux mêmes des banques.

que la décision des banques de participer aux programmes reposait sur un facteur autre que commercial. Elle n'a pas, contrairement à ce que la Corée allègue aujourd'hui, appliqué une théorie économique particulière dans son analyse du processus décisionnel des banques, ni pris pour hypothèse large qu'"aucun créancier rationnel ne se serait engagé" dans les programmes de sauvetage d'Hynix. En fait, la JIA n'a pas demandé aux banques de préciser qu'elles avaient procédé à une analyse suffisante selon un modèle économique particulier. Elle a examiné le processus effectif d'élaboration de la décision des banques de participer aux sauvetages d'Hynix, en suivant le processus que lesdites banques avaient déclaré avoir suivi. Elle est arrivée à la conclusion que les éléments de preuve montraient que les créanciers privés avaient pris des décisions non commerciales. Elle a, en outre, établi que certaines banques privées avaient participé aux programmes de sauvetage d'Hynix parce que les pouvoirs publics coréens les avaient chargées ou leur avait ordonné de le faire.

4.67 La Corée fait valoir à tort qu'il n'est possible de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner que lorsque la partie visée prend une mesure qui va à l'encontre de son propre intérêt. Or, l'argument de la Corée n'a pas de fondement dans le texte de l'*Accord SMC*. Il ne tient pas compte non plus de l'explication donnée par l'Organe d'appel selon laquelle l'existence d'une action de charger peut être établie simplement quand les pouvoirs publics "donne[nt] à quelqu'un la responsabilité d'une tâche ou d'un objet".³⁸ L'examen d'une action de charger ou ordonner appelle donc une détermination objective de la question de savoir si la responsabilité en question a été donnée, et non si elle allait à l'encontre de l'intérêt de l'organisme privé qui a fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.

4.68 L'argument sur lequel insiste la Corée, à savoir que certains éléments de preuve précis devraient être examinés isolément par rapport à d'autres éléments de preuve et qu'ils devraient conduire directement à une conclusion déterminée est incompatible avec l'*Accord SMC* qui ne fixe pas de limites aux catégories d'éléments de preuve sur lesquelles l'autorité chargée de l'enquête peut s'appuyer. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, les éléments de preuve circonstanciels peuvent être évalués dans leur totalité; l'interaction de certains éléments de preuve peut justifier certaines inférences.³⁹ Ainsi, l'argument sur lequel insiste la Corée voulant que chaque élément de preuve pris individuellement permette d'établir le fait qu'une action de charger ou ordonner existe est dénué de fondement et constitue une tentative de déformer l'approche analytique adoptée par la JIA. La Corée demande que le Groupe spécial procède à un examen *de novo*. Ses arguments devraient donc être rejetés.

4.69 S'appuyant en partie sur une traduction anglaise incorrecte du texte de la détermination de la JIA, et sur des renseignements que ni les pouvoirs publics coréens ni aucune autre partie n'ont décidé de lui communiquer au cours de l'enquête, la Corée présente seulement des arguments de caractère général au sujet des constatations faites pour chaque banque par la JIA concluant à l'existence d'une action de charger ou ordonner, et fait abstraction de l'analyse et des explications effectives de la JIA. L'examen de l'analyse effective pour chaque banque effectuée par la JIA confirmerait que celle-ci a raisonnablement fait des constatations relatives à l'existence d'une action de charger ou ordonner.

d) La JIA a constaté à bon droit l'existence d'un avantage

4.70 Selon les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*, et comme l'Organe d'appel l'a précisé⁴⁰, l'analyse relative à l'existence d'un avantage est faite du point de vue du bénéficiaire, et non du fournisseur, et vise à déterminer si le bénéficiaire était mieux loti qu'il ne l'aurait été sans la

³⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 110.

³⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 144 à 157.

⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphes 154 et 155.

contribution financière. Contrairement à l'argument de la Corée⁴¹, l'*Accord SMC* ne contient pas de prescription exigeant que l'autorité chargée de l'enquête examine ce à quoi "une restructuration de caractère non public *aurait pu ressembler*" pour déterminer le montant de l'avantage, sans se référer aux éléments de preuve versés au dossier. Ces arguments de la Corée reposent sur deux postulats erronés, à savoir que: i) que les autorités chargées de l'enquête doivent comparer les contributions financières effectivement accordées au bénéficiaire et le financement qui aurait pu lui être offert, sans tenir compte du fait qu'Hynix et les programmes de sauvetage n'auraient pas existé s'il n'y avait pas eu au préalable de subventions des pouvoirs publics, ce qui fait que le dossier ne contient aucun élément de preuve pouvant servir de base pour examiner une telle situation, et ii) que l'avantage correspond à la différence par rapport aux gains que les *créanciers* auraient pu recevoir s'il n'y avait pas eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

4.71 La Corée ne tient pas compte de la précision donnée par l'Organe d'appel⁴² selon laquelle une situation faussée par les subventions en question ne peut pas servir de point de repère pour le calcul de l'avantage, car s'appuyer sur une situation ainsi faussée serait contraire à l'objet et au but de l'*Accord SMC*. La JIA n'a donc pas pris pour point de repère les transactions faussées par les subventions parce que la situation financière dans laquelle se trouvait Hynix n'a pu se produire que du fait des subventions accordées préalablement et sur le moment par les pouvoirs publics coréens, au sujet desquelles la JIA a établi l'existence d'un avantage. La Corée ne tient pas non plus compte du fait que les établissements financiers pour lesquels il n'a pas été constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens se sont aussi lancés dans les programmes de sauvetage en se fondant sur des facteurs non commerciaux, et ne prend pas les faits en considération, parmi lesquels la situation financière catastrophique d'Hynix qui se dégradait de plus en plus, les difficultés qu'elle avait connues dans le passé pour assurer le service de la dette, l'effondrement du cours des actions après l'émission de certificats représentatifs de titres (GDR) en juin 2001, et le fait qu'aucun nouvel investisseur n'était prêt à placer des fonds dans Hynix.

4.72 Les autres arguments de la Corée concernant l'avantage soit ne sont pas étayés par les éléments de preuve versés au dossier de l'enquête, soit ne sont pas fondés sur les dispositions de l'*Accord SMC*.

e) La JIA a constaté à bon droit qu'il y avait spécificité

4.73 La JIA a constaté à juste titre qu'il y avait spécificité au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC* puisque les sauvetages en question étaient des subventions sur mesure destinées à une société particulière, Hynix. Le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques* a établi une constatation analogue selon laquelle les sauvetages étaient spécifiques à Hynix, et expliqué que ces subventions étaient "en faveur d'Hynix", "versées à Hynix" et "d'Hynix".⁴³ La Corée n'a pas tenté de faire une distinction entre l'analyse de la spécificité faite par la JIA en l'espèce et celle qui a été examinée par le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, ni indiqué l'obligation spécifique contenue dans l'article 2 de l'*Accord SMC* que, d'après les allégations, la JIA a violée. Le Japon n'a pas à chercher le fondement de l'allégation de la Corée parmi les nombreuses obligations que contient l'article 2. Le fait que la première communication écrite de la Corée n'indique pas expressément les obligations précises en matière de spécificité confirme que la Corée n'a pas présenté d'éléments *prima facie*.

⁴¹ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 229 et 230.

⁴² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 90 à 95.

⁴³ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.231.

4.74 La Corée fait valoir que le fait que le cadre juridique dans lequel se sont inscrits les sauvetages d'Hynix s'appliquait aussi aux autres entreprises coréennes exclut toute constatation de spécificité. Mais elle ne tient pas compte du fait que la JIA n'a pas constaté que le cadre juridique général en lui-même constituait une subvention des pouvoirs publics, ainsi que de l'analyse de la spécificité faite par la JIA, qui était analogue à celle qui a été exposée dans l'explication figurant dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*.⁴⁴

4.75 L'argument de la Corée est aussi fondé sur des éléments de preuve non versés au dossier concernant des sociétés qui ont fait l'objet d'une restructuration au titre de la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises (CRPA) au moment de l'enquête. En conséquence, l'allégation de la Corée relative à la spécificité devrait être rejetée.

f) L'argument de la Corée relatif à la modification de la structure du capital est dénué de pertinence pour la détermination relative à l'existence de subventions établie par la JIA

4.76 L'argument de la Corée relatif à la modification de la structure du capital n'est pas accompagné d'une analyse ou d'une explication de la manière dont les articles 10, 14, 19 et 21 étayent sa conclusion. De surcroît, la Corée fait valoir que les échanges de créances contre des participations effectués dans le cadre des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 ont frappé d'extinction les avantages reçus par Hynix, mais elle ne présente ni arguments ni éléments de preuve au sujet de la modification de la structure du capital survenue après l'établissement des constatations relatives à l'existence d'un avantage au titre de chaque programme. Pourtant, la question que soulève cette modification est de savoir si une subvention continue de conférer un bénéfice postérieurement au transfert de la totalité ou de l'essentiel de la propriété du bénéficiaire de la subvention (au moyen de la privatisation) par une transaction faite dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.⁴⁵ Les échanges de créances contre des participations opérés dans le cadre des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 ne remplissent pas ces conditions. La Corée reprend un argument, déjà rejeté par le Groupe spécial chargé de l'affaire *Corée – Navires de commerce*, selon lequel une nouvelle subvention, qui n'est pas une "transaction à la juste valeur marchande" ne frappe pas d'extinction l'avantage découlant d'une subvention antérieure.⁴⁶ Les dispositions des articles 1.1 a) 1) i) et 14 a) de l'*Accord SMC* sont également en contradiction manifeste avec une interprétation selon laquelle une prise de participation qui équivaut à une subvention frappe d'extinction du même coup l'avantage conféré par une subvention. La Corée ne s'est donc pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait pour présenter des éléments de preuve *prima facie*, et son argument devrait être rejeté.

g) La JIA a imposé à juste titre un droit compensateur sur les importations dont elle avait constaté qu'elles avaient été subventionnées pendant la période couverte par l'enquête

4.77 L'argument de la Corée relatif à la période d'imposition des droits compensateurs ne découle pas de l'*Accord SMC* et devrait être rejeté. La JIA a déterminé l'existence de subventions et calculé le montant des subventions qui existaient pendant la période couverte par l'enquête conformément aux prescriptions de l'article 19.1 et 19.4 de l'*Accord SMC*. L'*Accord SMC* ne contient pas de disposition exigeant que la période d'imposition soit fixée à l'avance ou prévoyant que la "période d'imputation" d'une subvention définit les limites de cette période d'imposition. La disposition contenue à l'article 19.2 – "toutes les conditions requises sont remplies" – indique que l'imposition de droits

⁴⁴ Voir le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.231.

⁴⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphes 117 et 127.

⁴⁶ Voir le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.419.

compensateurs visée à l'article 19 est une phase distincte et séparée qui intervient *après* la détermination de l'existence d'un subventionnement. L'autorité chargée de l'enquête ne peut imposer de droits compensateurs qu'après avoir déterminé que la subvention pouvant donner lieu à des mesures compensatoires "a été accordée"⁴⁷ pendant la période couverte par l'enquête, sur la base des renseignements recueillis concernant ladite période. Contrairement à ce que soutient la Corée, il n'existe pas d'obligation additionnelle imposant de déterminer que la subvention "est accordée" au moment de l'imposition des droits.

4.78 L'article VI:3 du GATT de 1994, qui autorise l'imposition de droits sur une "subvention *que l'on sait avoir été accordée*" indique en outre que l'imposition de droits compensateurs doit être fondée sur une détermination qui précède nécessairement l'imposition du droit. Les articles 10 et 11.1 de l'*Accord SMC* reconnaissent que les autorités chargées de l'enquête doivent procéder à une enquête après avoir pris des dispositions multiples en vue de déterminer l'existence du subventionnement et du dommage; en conséquence du temps qui est nécessaire pour remplir ces prescriptions, l'imposition de droits compensateurs porte sur le montant de la subvention dont l'existence a été constatée pendant la période couverte par l'enquête. Dans l'affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, l'Organe d'appel a également confirmé que la détermination de l'autorité chargée de l'enquête relative aux conditions régissant l'imposition d'une mesure corrective commerciale pouvait se rapporter à une période écoulée, c'est-à-dire la période couverte par l'enquête.⁴⁸ L'argument présenté par la Corée ne tient pas non plus compte de l'orientation donnée dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Accessoires de tuyauterie*, dans lequel il est dit "Nous sommes d'avis que ... une constatation de l'existence d'un dumping pendant une période couverte par l'enquête se situant dans un passé récent est une constatation de l'existence d'un dumping "actuel" aux fins de l'accord."⁴⁹

4.79 La Corée n'a pas présenté d'argument spécifique selon lequel une subvention avait été "retirée" ou "enlevée" pour que l'on puisse parler de retrait au sens de l'article 19.1, ni d'argument pertinent concernant l'article 21, qui porte sur un réexamen effectué après l'imposition de droits compensateurs.

4.80 Compte tenu de ce qui précède, l'allégation de la Corée concernant la période d'imposition du droit compensateur devrait être rejetée.

h) Les directives du Japon précisent suffisamment les méthodes de calcul de l'avantage

4.81 Contrairement à l'argument avancé par la Corée, le Japon a respecté les prescriptions de l'article 14 de l'*Accord SMC* et indiqué les méthodes de calcul des subventions dans ses Directives applicables aux procédures concernant les *droits compensateurs et les droits antidumping*, qu'il a notifiées aux Membres de l'OMC avant l'enquête. La JIA a expliqué les méthodes qui avaient été appliquées dans la présente enquête, et la manière dont elle les a appliquées était conforme aux dispositions de l'article 14.

4.82 L'argument de la Corée ne tient pas compte de "la marge de manœuvre considérable" qui est laissée aux Membres de l'OMC "pour adopter une méthodologie raisonnable"⁵⁰ et du fait que l'Organe d'appel a reconnu 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".⁵¹ L'argument de la Corée

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 6.57.

⁴⁸ Voir rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphes 165 et 166.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.102.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques*, paragraphe 7.213.

⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 91.

témoigne d'une confusion totale entre les *méthodes* exposées dans les directives du Japon conformément au texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC* et l'*application* des méthodologies en l'espèce. La Corée n'a pas démontré que les directives ou l'application des méthodologies ne correspondaient pas aux principes contenus dans l'article 14 a) à d) de l'*Accord SMC*. Elle n'a donc pas présenté d'éléments de preuve *prima facie* démontrant que la JIA avait enfreint l'article 14 de l'*Accord SMC*.

- i) La désignation par la JIA de certains établissements financiers en tant que "parties intéressées" est compatible avec l'*Accord SMC*

4.83 L'argument de la Corée concernant les "parties intéressées" ne tient pas compte de la dernière phrase de l'article 12.9 de l'*Accord SMC*, qui autorise les Membres de l'OMC à inclure parmi les parties intéressées des parties nationales ou étrangères qui ne figurent pas dans la liste des exemples de parties intéressées. Contrairement à l'argument de la Corée, il n'est pas nécessaire qu'une partie intéressée ait un intérêt dans le résultat de la procédure, ce qui est confirmé par l'article 23 qui reconnaît l'existence de "parties intéressées" qui ne sont pas directement ou individuellement affectées par les mesures administratives adoptées dans le cadre de l'enquête en matière de droits compensateurs. En conséquence, l'interprétation de l'expression "parties intéressées" donnée par la Corée rendrait inutile les dispositions de l'article 12.9 et de l'article 23 et est incompatible avec l'*Accord SMC*. L'argument de la Corée ne tient pas compte non plus de l'objet de l'article 1.1 a) 1) iv), qui est une disposition "anticonournement" en vertu de laquelle des subventions peuvent être fournies par l'intermédiaire d'organismes privés, comme l'Organe d'appel l'a confirmé.⁵² L'interprétation de la Corée permettrait aux parties mêmes qui sont au cœur de l'enquête en vertu de l'article 1.1 a) 1) iv) d'échapper à un examen direct en ne tenant pas compte de l'objet fondamental de cette disposition.

4.84 Contrairement à l'allégation de la Corée, la JIA n'a pas "pénalisé" Hynix ni appliqué "les données de fait disponibles défavorables" en incluant certains établissements financiers parmi les parties intéressées. Premièrement, la Corée n'a pas donné de précisions sur ses allégations, ni indiqué les dispositions expresses de l'*Accord SMC* que la JIA n'a pas respectées, selon ses allégations. Elle n'a pas donné d'explication de la pertinence, pour le présent différend, du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, seul précédent qu'elle a invoqué. Sur le plan des faits, la JIA n'a pas constaté l'existence de subventions pour des établissements financiers qui n'avaient pas présenté leurs réponses au questionnaire en temps voulu ou qui avaient refusé d'accepter l'enquête sur place, et elle n'a pas inclus la contribution financière apportée par ces établissements dans les droits compensateurs qu'elle a imposés. Elle n'a pas appliqué les "données de fait défavorables disponibles", contrairement à ce qu'allègue la Corée. Elle a fondé ses déterminations sur les renseignements versés au dossier qu'elle a pu obtenir, y compris la situation des autres parties qui ont, elles, fourni des renseignements, alors que les parties intéressées n'ont pas communiqué les renseignements qu'elle avait demandés. La Corée n'a pas présenté d'éléments *prima facie* au sujet de son allégation concernant ce qu'il fallait entendre par "parties intéressées", et ses arguments devraient être rejetés.

- j) La JIA a pris en compte à juste titre les effets des subventions pour constater l'existence d'un dommage

4.85 La Corée n'a présenté *aucun* argument spécifique pour étayer son affirmation selon laquelle l'analyse du lien de causalité faite par l'autorité japonaise en l'espèce, expliquée dans la détermination finale, n'était pas conforme aux dispositions des articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC*. Au lieu de présenter des éléments *prima facie*, la Corée cherche à obtenir de la part du Groupe spécial un avis consultatif sur une disposition particulière de l'*Accord SMC*. À défaut d'allégation et d'arguments spécifiques, l'allégation de la Corée sur ce point devrait être rejetée.

⁵² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 113.

4.86 L'article 15.5 et la note de bas de page 47 de l'*Accord SMC* assimilent clairement l'analyse des effets de la subvention à l'analyse entreprise au titre des articles 15.2 et 15.4 concernant l'effet et l'impact des importations subventionnées. Contrairement à l'allégation non étayée de la Corée, le libellé de l'article 15.5 de l'*Accord SMC* exige l'établissement d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale et n'impose pas de procéder à une enquête additionnelle et distincte sur le rôle des subventions. La Corée n'a présenté aucun argument faisant valoir que l'analyse de la JIA au titre des articles 15.2 et 15.4 était viciée. En conséquence, son allégation ne tient pas.

4.87 Dans son enquête, la JIA a constaté que les subventions elles-mêmes favorisaient l'importation des produits subventionnés, causant un dommage à la branche de production nationale. Elle a donc constaté à juste titre que le dommage était causé par les effets des subventions. Les allégations de la Corée devraient être rejetées.

k) L'allégation de la Corée au titre de l'article 32.1 de l'*Accord SMC* est dénuée de fondement

4.88 Toute violation de l'article 32.1 de l'*Accord SMC* est nécessairement subordonnée à une violation d'autres dispositions de ce même accord. La Corée n'ayant pas démontré que d'autres éléments étaient incompatibles avec l'*Accord SMC*, il n'y a pas violation de l'article 32.1.

l) La suggestion de la Corée invitant le Groupe spécial à indiquer une manière particulière de mettre en œuvre une recommandation (éventuelle) est inutile

4.89 Le Japon est convaincu que le Groupe spécial n'aura pas à formuler de recommandation dans le présent différend. En tout état de cause, à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'il constate qu'il existe un élément qui n'est pas compatible avec les accords visés, il n'y a pas dans la présente affaire de circonstances "exceptionnelles" justifiant que l'on s'écarte de la "règle générale" qui est d'autoriser toutes les modalités de mise en œuvre possibles.

5. Les éléments de preuve et les arguments présentés par la Corée qui ne figuraient pas au dossier ne sont pas soumis à juste titre au Groupe spécial

a) La présentation par la Corée d'éléments de preuve qui ne figuraient pas au dossier devrait être rejetée

4.90 Dans sa première communication écrite, la Corée a présenté un nouveau corpus d'éléments de preuve (et une analyse fondée sur ces éléments de preuve), dont la JIA n'avait jamais été saisie et qu'elle n'a donc pas pu examiner dans le cadre de l'enquête. Si le Groupe spécial devait examiner ces éléments de preuve controversés, ce serait donc incompatible avec les dispositions de l'article 11 du Mémoire d'accord puisqu'ils ne figuraient pas au dossier de l'enquête au sens de l'article 12.2 de l'*Accord SMC*.

b) Les allégations de la Corée fondées sur des éléments de preuve et des arguments que les pouvoirs publics coréens et d'autres parties intéressées ont décidé de ne pas présenter dans le cadre de l'enquête devraient être rejetées

4.91 Aux termes de l'article 12.2 de l'*Accord SMC*, la décision "des autorités chargées de l'enquête ne pourra être fondée que sur les renseignements et arguments figurant au dossier de ces autorités et qui auront été mis à la disposition des Membres intéressés et des parties intéressées participant à l'enquête". Quand un Membre intéressé ou une partie intéressée choisit de ne pas présenter tel ou tel argument ou renseignement à l'autorité chargée de l'enquête au moment de l'enquête, et que de ce fait, celle-ci n'est pas à même de prendre en compte ledit argument ou renseignement, on ne peut pas reprocher à cette dernière de ne pas avoir examiné l'argument ou le renseignement en question.

4.92 La Corée a présenté des arguments et renseignements concernant, entre autres choses, un "créancier rationnel" ou une personne ou une action "rationnelle ayant pour but de maximiser les bénéfices", qui ne tiendrait pas compte des investissements précédents ou d'autres dépenses à fonds perdus. Pourtant, pendant l'enquête, les pouvoirs publics coréens ont fait valoir que les créanciers existants agiraient différemment des nouveaux investisseurs. La Corée fait également valoir que la JIA aurait dû examiner les éléments de preuve présentés par d'autres sociétés au bord de la cessation de paiements, que les pouvoirs publics coréens et les autres parties intéressées ont choisi de ne pas présenter. Dans les deux cas, on ne peut pas reprocher à la JIA de ne pas avoir examiné ces éléments de preuve ou ces arguments qui n'avaient pas été présentés au cours de l'enquête. Les arguments avancés par la Corée sur la base des arguments ou éléments de preuve "qui ne figuraient pas au dossier" concernant la charge de la preuve, les contributions financières, l'avantage et la spécificité, devraient aussi être rejetés.

C. PREMIÈRES DÉCLARATIONS ORALES DE LA CORÉE

4.93 Les arguments présentés par la Corée dans ses premières déclarations orales sont résumés ci-après.

1. Déclaration liminaire de la Corée à la première réunion du Groupe spécial

• **Introduction**

4.94 Il est incontesté que les pouvoirs publics coréens ont pris des mesures énergiques pour faire face aux répercussions de la crise financière qui avait ébranlé l'Asie. Mais le but premier de ces efforts était d'atténuer la crise financière, d'assainir la situation des banques. Il fallait nécessairement pour cela procéder à la restructuration de sociétés – par le biais de l'annulation des dettes et de restructurations opérationnelles – de façon à éliminer l'excédent de prêts non productifs qui risquaient de paralyser le redressement de l'économie.

4.95 Dans son enquête, la JIA s'est focalisée sur la portion infime de ce processus qui concernait Hynix. Elle a réuni des quantités d'articles de presse, de communiqués de presse et autres déclarations au sujet de la restructuration, dont tous donnaient l'image d'un gouvernement assumant le rôle qui lui revenait en encourageant la restructuration des sociétés pour atténuer la crise bancaire. Malheureusement, faute d'avoir compris le contexte global, la JIA a conclu à tort que les pouvoirs publics coréens prenaient des mesures exceptionnelles pour forcer les créanciers d'Hynix à sauver la société.

• **Erreurs contenues dans la détermination de la JIA**

a) Vices de procédure de la détermination de la JIA

i) *Recours à des méthodes inappropriées pour le calcul de l'avantage*

4.96 Aux paragraphes 90 à 106 de son Avis concernant des faits importants, la JIA a répertorié les formules et méthodes qu'elle avait l'intention d'utiliser pour calculer les avantages conférés par la subvention en l'espèce. Ces formules et méthodes n'étaient pas énoncées dans la législation et les réglementations d'application du Japon. En conséquence, la détermination de la JIA n'est pas compatible avec la première phrase de l'article 14 de l'*Accord SMC*, qui dispose que "[T]oute méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier sera prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Membre concerné".

4.97 Le Japon a allégué que les arguments avancés par la Corée au titre de cette disposition constituaient une allégation "en tant que tel" qui était inappropriée. Mais ce n'est pas exact. La Corée conteste l'utilisation *dans la présente enquête* par la JIA de méthodes qui ne sont pas prévues dans la législation et les réglementations d'application du Japon. Elle ne fait pas valoir que la JIA n'aurait pas pu, dans d'autres affaires, calculer les avantages conférés par la subvention au moyen des méthodes rudimentaires prévues dans la législation et les réglementations d'application japonaises.

4.98 Le Japon allègue aussi que sa législation et ses réglementations d'application ne pouvaient pas donner une description détaillée des méthodes qui ont été effectivement utilisées dans la présente affaire, parce qu'il lui fallait préserver la flexibilité. Or, les formules et méthodes en question ont été en fait reprises des réglementations publiées du Département du commerce des États-Unis. Il est difficile de prendre au sérieux les allégations du Japon qui affirme qu'il ne pouvait pas préciser ses méthodes dans ses réglementations d'application, alors qu'il les a reprises directement des réglementations d'un autre pays.

ii) *Attribution incorrecte de la charge de la preuve*

4.99 L'Organe d'appel a considéré que les éléments de preuve cités par l'autorité chargée de l'enquête devaient "démontrer" que les critères pertinents ont été remplis. Il a aussi expressément mis en garde contre l'acceptation d'hypothèses non étayées par des preuves par l'autorité chargée de l'enquête.

4.100 Dans la présente affaire, la JIA n'a pas établi l'existence des faits cruciaux qui permettrait de faire une constatation relative à l'existence de subventions. Au lieu de cela, elle est partie de l'hypothèse que ces faits étaient réels et a ensuite entrepris d'expliquer pourquoi les contre-arguments des défendeurs coréens étaient insuffisants. D'où un renversement de la charge de la preuve sur les seuls défendeurs coréens, qualifiés de "coupables" d'avoir accordé des subventions aussi longtemps qu'ils ne prouveraient pas leur innocence.

4.101 Cette approche n'est pas conforme à l'obligation d'application "impartiale" énoncée à l'article X:3 du GATT. Elle ôte tout leur sens aux dispositions de l'article 12, aux termes desquelles les parties intéressées doivent se voir ménager la possibilité de faire valoir leurs moyens, de même que les dispositions de l'article 22, qui exigent que les "raisons" de la détermination soient publiées. Et le point peut-être le plus important, c'est que cette approche est incompatible avec les prescriptions de l'article premier et de l'article 2 de l'*Accord SMC*, qui prévoient que l'existence d'une subvention ne peut être constatée que lorsque certains critères définis *existent* – et non pas chaque fois que la partie défenderesse n'est pas en mesure de prouver que ces critères n'existent pas.

b) Détermination de l'existence d'une contribution financière

i) *Transfert direct de fonds et recettes abandonnées*

4.102 La JIA a considéré que le report de l'échéance des prêts et l'échange de créances contre des participations qui faisaient partie des transactions de restructuration opérées par les entités privées constituaient des transactions qui, si elles avaient été effectuées par les pouvoirs publics, seraient entrées dans la catégorie des "transferts directs de fonds". Cette classification n'est pas conforme aux dispositions de l'*Accord SMC*. L'expression "transfert de fonds" s'applique à des situations dans lesquelles des ressources financières, généralement de l'argent, sont transférées d'une personne à une autre, et non à des cas où une personne renonce à une créance qu'elle a sur une autre.

4.103 Cela ne signifie pas que l'annulation de la dette, le report des échéances, ou les échanges de créances contre des participations ne puissent jamais être considérés comme des "contributions financières" au sens de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*. Ces transactions peuvent correspondre à la

notion d'"action des pouvoirs publics qui fait que des recettes sont abandonnées ou ne sont pas perçues" contenue au sous-alinéa ii) de l'article 1.1 a) – du moins s'il est établi qu'en les concluant, les pouvoirs publics ont effectivement abandonné des recettes ou ne les ont pas perçues. En conséquence, pour assimiler ces transactions à des "contributions financières", la JIA aurait dû les analyser au regard des prescriptions du sous-alinéa ii). Mais comme elle ne l'a pas fait, l'imposition de droits compensateurs n'est pas conforme aux prescriptions de l'*Accord SMC*.

ii) *Action de charger ou ordonner*

4.104 Le Japon allègue que l'argument de la Corée concernant l'action de charger ou ordonner repose sur une traduction erronée du paragraphe 81 de la réponse de la JIA aux observations. Mais il n'y a, entre la traduction proposée par le Japon et la traduction faite par la Corée, que de légères différences, qui sont sans incidences sur le fond du problème.

4.105 À propos de la question de l'intention alléguée des pouvoirs publics coréens, le Japon affirme que la Corée n'a pas examiné la totalité des éléments de preuve. Mais le Japon n'a pas indiqué de rapports que la Corée n'aurait pas pris en compte et n'a pas présenté d'éléments de preuve donnant à penser que les pouvoirs publics coréens voulaient que les banques adoptent des mesures qui étaient incompatibles avec leurs propres intérêts. Un examen objectif et impartial de la totalité des éléments de preuve permettrait de constater que le rôle des pouvoirs publics coréens se ramenait à exercer la surveillance prudentielle que l'on était normalement en droit d'attendre d'eux en raison de la situation difficile dans laquelle se trouvait le secteur financier coréen et de l'ampleur de la dette d'Hynix.

4.106 Le Japon soutient aussi que la JIA n'a jamais constaté effectivement qu'aucun investisseur rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration dans les conditions que les créanciers d'Hynix ont acceptées. La détermination de la JIA contredit cette affirmation. La JIA a expressément déclaré qu'au moment de chacune des transactions de restructuration,

Hynix ne pouvait pas obtenir de financement sur le marché commercial et que, d'un point de vue commercial normal, aucun investisseur n'était prêt à investir des capitaux dans Hynix ou à lui accorder des prêts sur le marché commercial normal.

Cette conclusion ne découlait absolument pas des éléments de preuve. Il s'agissait d'une inférence, fondée uniquement sur la constatation de la JIA selon laquelle Hynix était en crise financière au moment des restructurations.

4.107 En bonne logique, le simple fait qu'il existait des éléments de preuve démontrant qu'Hynix était en crise financière ne permet pas de conclure automatiquement qu'*aucun* investisseur agissant "d'un point de vue commercial normal" n'aurait investi des capitaux dans Hynix ou ne lui aurait accordé de prêts. Il y a deux autres hypothèses à envisager. Il y a lieu *premièrement* de faire des suppositions quant aux motivations d'investisseurs opérant "sur le marché commercial normal" prenant des décisions "d'un point de vue commercial normal"; *deuxièmement*, de faire des suppositions quant à la question de savoir si les investissements particuliers dans Hynix auraient cadré ou non avec la réalisation des objectifs de l'investisseur.

4.108 Dans sa première communication, la Corée a contesté l'hypothèse de la JIA selon laquelle les transactions de restructuration n'étaient pas compatibles avec les objectifs d'investisseurs opérant "sur le marché commercial normal" prenant des décisions "d'un point de vue commercial normal". La Corée a donné, en particulier, une explication détaillée de l'analyse économique, juridique et empirique, sur laquelle reposait la conclusion qu'un investisseur rationnel se trouvant dans la même situation que les créanciers d'Hynix désireux de maximiser les bénéfices escomptés aurait conclu les transactions de restructuration en cause afin de tirer parti de la valeur "d'exploitation" de la société et d'éviter une liquidation qui aurait généré des gains inférieurs. Ce point est indiscutable. En

conséquence, la conclusion de la JIA selon laquelle "d'un point de vue commercial normal", aucun investisseur n'était prêt à investir des capitaux dans Hynix ou à lui accorder des prêts "sur le marché commercial normal" reposait sur une hypothèse erronée et est, donc, parfaitement illogique.

4.109 Dans sa première communication, la Corée évoquait à titre d'exemple l'analyse des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 effectuée en interne par la Banque Woori d'où il ressortait que ladite banque éviterait des pertes de milliards de won en participant à ces transactions. Cet exemple montre que l'évaluation de la JIA, selon laquelle les analyses des transactions de restructuration effectuées en interne par la Banque étaient inadéquates et n'étaient pas conformes aux procédures commerciales normales, n'était pas objective.

4.110 Aucune des hypothèses de la JIA n'était fondée sur des éléments de preuve, et aucune n'était correcte. En conséquence, la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'autorité japonaise chargée de l'enquête n'était pas conforme aux prescriptions de l'*Accord SMC*.

c) Avantage

4.111 Les principes directeurs énoncés à l'article 14 de l'*Accord SMC* ne visent pas directement les restructurations de la dette, mais ils illustrent bel et bien le principe fondamental selon lequel les avantages doivent être calculés en comparant la transaction dont il est allégué qu'elle constitue une subvention et les pratiques normales en usage dans des transactions du même type opérées sur le même marché. À supposer que les créanciers d'Hynix aient conclu les mêmes transactions de restructuration s'il n'y avait pas eu action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, il n'existe aucun avantage – que l'on considère que la contribution financière consiste dans l'action alléguée de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, ou la participation aux restructurations des créanciers dont il est allégué qu'ils ont fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.

4.112 Dans sa détermination, la JIA n'a pas cherché à déterminer quelles auraient été les conditions qui auraient été offertes à Hynix en dehors de toute action alléguée de charger ou ordonner des pouvoirs publics. Elle n'a pas précisé ce que sont les pratiques normales de ceux qui participent à des transactions du même type sur le même marché. Elle n'a donc pas procédé à l'analyse de l'avantage requise en vertu des articles 1^{er} et 14 de l'*Accord SMC*. Sa détermination ne peut donc pas être confirmée.

4.113 L'analyse de l'avantage par la JIA est également incompatible avec le fait que plus d'une *centaine* d'établissements différents au sujet desquels il n'a pas été constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner ont aussi participé aux transactions de restructuration. Le fait que ces entités privées ont participé aux transactions dans les mêmes conditions que les organismes gouvernementaux et les banques dont il est allégué qu'elles ont fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics montre que les transactions n'ont pas conféré un avantage à Hynix.

4.114 La JIA a soutenu que l'existence de subventions antérieures influait nécessairement sur les transactions commerciales ultérieures des créanciers qui n'avaient pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner. Mais cette interprétation est carrément incompatible avec les prescriptions de l'*Accord SMC*. Entre autres choses, cette interprétation n'est tout simplement pas conciliable avec les dispositions de l'article 14 qui prescrivent aux autorités chargées de l'enquête de prendre pour point de repère les opérations commerciales *effectives* et les pratiques commerciales normales pour déterminer si un avantage a été conféré. D'une manière générale, l'interprétation de l'article 14 proposée par la JIA aboutirait à des résultats absurdes et incohérents. Elle conduirait à une constatation de l'existence d'un avantage fondée uniquement sur l'identité de l'organisme qui concéderait le prêt, et non sur une constatation selon laquelle, grâce aux conditions afférentes au prêt des pouvoirs publics, le bénéficiaire était "mieux loti" qu'avec les autres possibilités offertes sur le marché.

d) Période d'imputation et période d'imposition

4.115 La JIA a décidé en l'espèce que les subventions alléguées reçues par Hynix devaient être imputées sur une période de cinq ans comprenant l'année au cours de laquelle elles avaient été reçues. Les subventions reçues par Hynix en 2001, selon les allégations, ont donc *toutes* été imputées à la période de cinq ans allant de 2001 à 2005. Il ne subsistait plus d'avantage résultant de ces subventions en 2006, année où la JIA a rendu sa détermination. La décision de la JIA de continuer d'imposer des droits compensateurs sur la base de la restructuration d'octobre 2001 au-delà de la période quinquennale d'"amortissement" de l'avantage est donc incompatible avec les articles 19.4 et 21.1 de l'*Accord SMC*.

4.116 Dans sa première communication écrite, le Japon a affirmé que l'imposition de droits par la JIA était compatible avec des décisions prises précédemment au titre de dispositions analogues de l'*Accord antidumping*. Or, l'*Accord antidumping* n'autorise pas les autorités chargées de l'enquête à calculer des marges de dumping à appliquer au cours d'années ultérieures sur la base de l'amortissement d'une différence de prix non récurrente enregistrée à un moment donné dans le passé. Dans ces conditions, toute tentative visant à assimiler l'*estimation* de marges de dumping pour des ventes faites sur des périodes futures au *calcul* du montant amorti des avantages conférés par une subvention résultant d'une transaction donnée dans une année future donnée est nécessairement illogique.

e) Lien de causalité avec le dommage

4.117 Les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* prévoient que l'autorité chargée de l'enquête doit démontrer "que les importations subventionnées causent, *par les effets des subventions*, un dommage". Le sens ordinaire de cette prescription est clair. Il ne suffit pas que les *importations* qui sont subventionnées causent un dommage. Il faut aussi démontrer que le dommage se produit "par les effets de la subvention".

4.118 Le Japon soutient que le présent Groupe spécial devrait suivre l'interprétation adoptée dans l'affaire *Saumon norvégien*, par un groupe spécial du GATT, qui a considéré que le libellé analogue que l'on retrouve dans le Code antidumping et dans le Code des subventions du Tokyo Round exigeait seulement une constatation établissant que les importations faisant l'objet d'un dumping ou subventionnées causaient un dommage, et non une constatation établissant que le dommage se produisait par l'effet du dumping ou des subventions. La position du Japon est toutefois directement incompatible avec la critique virulente qu'il avait faite de la décision concernant l'affaire *Saumon norvégien* au moment où cette décision avait été annoncée. En tout état de cause, la décision prise dans cette affaire n'est pas compatible avec le sens ordinaire et le contexte de la disposition pertinente.

4.119 Dans sa détermination, la JIA a considéré qu'elle *avait* examiné si le dommage s'était produit par "l'effet de la subvention". Elle a allégué en particulier qu'il était approprié de constater que le dommage s'était produit par l'"effet des subventions" puisque sans la subvention, Hynix aurait été acculé à la faillite et aurait cessé de produire et d'exporter.

4.120 Le problème en l'espèce est qu'il n'existe pas d'éléments de preuve indiquant que, sans les subventions, Hynix aurait cessé de produire et d'exporter. La JIA n'a pas cité de dispositions des lois coréennes sur la faillite qui auraient obligé Hynix à cesser de produire et d'exporter s'il avait été contraint de présenter une demande de protection judiciaire en vertu de ces lois. En fait, comme la Corée l'a démontré dans sa première communication, les lois coréennes sur la faillite auraient effectivement permis à Hynix de poursuivre ses activités sous protection judiciaire pendant que ses créanciers élaboraient un programme de restructuration de la dette. Rien ne permet de penser qu'Hynix aurait cessé de produire ou d'exporter.

• **Conclusion**

4.121 La présente affaire concerne dans une large mesure les difficultés rencontrées par la JIA pour traiter sa toute première affaire en matière de droits compensateurs, qui l'ont amenée à improviser au fur et à mesure en l'absence d'une description suffisante des procédures et des méthodologies de fond dans les lois et les réglementations d'application du Japon. Il se peut très bien qu'elle ait fait tous les efforts possibles, mais les efforts engagés ne dispensent pas de respecter les sauvegardes en matière de procédure prévues dans l'*Accord SMC*.

4.122 Plus important encore, la présente affaire concerne des hypothèses. Malgré tous les détails que contient l'Avis concernant les faits importants qu'elle a publié, la décision de la JIA s'articule autour de certaines hypothèses capitales sur le comportement du marché, sur la loi coréenne et même sur le sens de certains termes figurant dans l'*Accord SMC*. Ces hypothèses n'étaient pas étayées par des éléments de preuve et se sont finalement avérées déraisonnables et incorrectes. De l'avis de la Corée, l'incompatibilité d'une détermination fondée sur des hypothèses aussi viciées des dispositions de l'*Accord SMC* est manifeste.

2. Déclaration de clôture de la Corée à la première réunion du Groupe spécial

4.123 De l'avis de la Corée, dès le début de son enquête, la JIA est partie de l'hypothèse que les transactions de restructuration avaient dû faire l'objet d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics coréens et elle s'est employée ensuite à rassembler les éléments de preuve qui lui paraissaient suffisants pour justifier une détermination à cet effet. Mais son hypothèse de départ a inévitablement faussé son appréciation. Elle n'a pas vu que les éléments de preuve qu'elle avait rassemblés ne permettaient pas, en eux-mêmes, d'étayer les conclusions auxquelles elle souhaitait arriver. Au lieu de cela, comme la Corée l'a dit dans sa première communication écrite et dans sa déclaration liminaire à la première réunion du Groupe spécial, certaines hypothèses ont dû être faites pour établir un lien entre les éléments de preuve que la JIA avait rassemblés et les conclusions auxquelles elle était arrivée. Il est révélateur que le Japon continue de nier avoir fait ces hypothèses, alors même qu'il en a réaffirmé un bon nombre dans sa déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial.

4.124 Au cours de l'enquête, Hynix et ses créanciers, ainsi que les pouvoirs publics coréens, ont expliqué à la JIA que les créanciers avaient accepté de leur plein gré de conclure les transactions en cause parce qu'ils considéraient qu'elles étaient justifiées sur le plan économique. La JIA a écarté cette allégation en se basant sur son hypothèse selon laquelle "du point de vue commercial normal, aucun investisseur n'était prêt à investir des capitaux dans Hynix ou à lui accorder des prêts sur le marché commercial normal". D'un coup de plume, elle a balayé la cohorte d'avocats, de banquiers et d'économistes qui, aujourd'hui même, travaillent avec acharnement à la restructuration de la dette de sociétés insolvables, dans le cadre ou non de procédures de faillite formelles, dans pratiquement tous les pays du monde.

4.125 Il est incontestable que, dans le monde entier, il arrive que des entreprises se trouvent dans une situation de "crise financière" et ne possèdent pas les fonds nécessaires pour rembourser leurs créanciers – tout comme Hynix. Il est tout aussi vrai que les créanciers de ces entreprises s'engagent régulièrement dans des restructurations de la dette pour maximiser les bénéfices qu'ils escomptent. Il ne s'agit pas là de théorie économique. Il s'agit d'une réalité de tous les jours. Et quand on admet cette réalité, la détermination de la JIA s'écroule.

4.126 Il n'est pas nécessaire de poser l'hypothèse de l'intervention des pouvoirs publics pour justifier les restructurations, l'intérêt économique personnel suffit. Et même si la Corée supposait, pour les besoins de l'argumentation, que le Japon avait raison d'affirmer que les pouvoirs publics coréens avaient forcé la main aux créanciers, il n'y aurait pas de subventions pour autant, parce que charger

des entités privées de conclure des transactions qui sont dans leur propre intérêt ou leur ordonner de le faire ne peut pas conférer un avantage au sens de l'*Accord SMC*.

4.127 L'*Accord SMC* exige que les autorités chargées de l'enquête fondent leur détermination sur des faits, non sur des présomptions. La JIA n'a pas respecté cette norme, ni dans sa constatation relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner, ni dans sa constatation relative à l'existence d'un avantage, ni dans sa constatation établissant qu'un dommage s'était produit par l'effet des subventions alléguées. En conséquence, sa détermination ne peut pas être retenue et les droits compensateurs qu'elle a imposés devraient être annulés.

D. PREMIÈRES DÉCLARATIONS ORALES DU JAPON

4.128 Les arguments présentés par le Japon dans ses premières déclarations orales sont résumés ci-après.

1. Déclaration orale du Japon à la première réunion du Groupe spécial

a) Critère d'examen et critère en matière de preuve

i) *Les prescriptions énoncées dans les Accords de l'OMC*

4.129 Le Japon a signalé des erreurs dans les allégations de la Corée dans sa première communication écrite et il met l'accent ici sur les questions concernant le critère d'examen et le critère en matière de preuve applicables à une enquête en matière de subvention au titre des Accords de l'OMC. Premièrement, il est indispensable d'examiner les allégations de la Corée à la lumière du critère d'examen applicable, selon lequel "le Groupe spécial ... devrait, en se fondant sur les éléments de preuve du dossier dont il dispose, se demander si les éléments de preuve et les explications sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête étayaient raisonnablement ses conclusions".⁵³

4.130 Deuxièmement, l'Organe d'appel a rejeté tout critère en matière de preuve particulier hormis celui qui est énoncé dans l'*Accord SMC* (à savoir que l'existence d'une subvention "ne pourra être fondée que sur" les éléments de preuve figurant au dossier) et a reconnu que l'autorité chargée de l'enquête avait toute latitude pour mener son enquête dans ces limites ou "en suivant les règles qu'elle [avait] définies".⁵⁴

4.131 Troisièmement, l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* "est, essentiellement, une disposition anticonournement".⁵⁵ Les Membres de l'OMC ne peuvent pas éluder les disciplines de l'*Accord SMC* quand les pouvoirs publics "chargent" des organismes privés d'accorder une contribution financière ou leur "ordonnent" de le faire.

ii) *L'enquête effective de la JIA et sa détermination*

- Situation financière d'Hynix: Au bord de l'effondrement

4.132 Les arguments de la Corée ne sont pas fondés sur l'enquête effective menée par la JIA; ils sont donc incompatibles avec le critère d'examen applicable. La Corée fait valoir que la restructuration d'Hynix était rationnelle d'après un certain modèle économique. La JIA a néanmoins déterminé si les pouvoirs publics coréens avaient chargé des établissements financiers de sauver Hynix ou leur avaient ordonné de le faire, et non si le résultat paraîtrait correspondre à une

⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 188.

⁵⁴ *Ibid.*, paragraphes 140 et 151.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 113.

renégociation volontaire générale. Le principe sur lequel repose la théorie de la renégociation volontaire de la Corée est qu'il s'agit d'une société en manque de liquidités passager. Or la réalité d'Hynix était très différente. Le Japon va montrer ici que: 1) Hynix avait traversé une grave crise financière; et 2) que la politique et les actions des pouvoirs publics coréens visaient systématiquement à sauver Hynix.

4.133 Le problème de liquidités d'Hynix n'était pas passager. Les contributions financières des pouvoirs publics coréens avaient sauvé la société de l'effondrement. Après 1997, sa situation était catastrophique. Comparé à l'ampleur des dettes venant à échéance d'Hynix, qui s'établissaient à environ 9 000 *milliards* de won en 2001, le solde des dépôts à la fin de 2000, avec 10,1 *millions* de won, était dérisoire.⁵⁶ "Hynix ne disposait pas des liquidités nécessaires pour rembourser ces dettes"⁵⁷ et aurait dû se déclarer "en faillite si elle n'avait pas pu se procurer un financement extérieur".⁵⁸ Les indices financiers d'Hynix ont continué de baisser fortement dans les premiers mois de 2001 et le programme de mai 2001 est venu la sauver momentanément.

4.134 En août 2001, Hynix était en défaut de paiement⁵⁹ et en octobre 2001 elle a été rétrogradée à "Selective Default" par Standard & Poor's⁶⁰, mais le programme d'octobre 2001 n'a pas permis de résoudre ses difficultés, qui n'ont fait que s'aggraver tout au long de 2002.⁶¹ Son conseiller extérieur a déclaré "Hynix n'est pas un bon placement" et "Hynix est en faillite technique et ne survit qu'à coup de programmes de restructuration de la dette".⁶² Aucun établissement financier ne voulait accorder de nouveaux prêts à Hynix avant le programme de décembre 2002.⁶³

- La politique et les actions menées par les pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix à partir du "Big Deal"

4.135 En juillet 1998, les pouvoirs publics et les milieux d'affaires coréens ont lancé le programme dit du "Big Deal" visant à refondre des sociétés en cinq grands conglomérats, et c'est ainsi qu'Hynix a été créée.⁶⁴ Les pouvoirs publics coréens ont poursuivi leur objectif, qui était de promouvoir l'industrie des semi-conducteurs, et ont donné la priorité à la normalisation d'Hynix, politique qu'ils s'étaient fixée dès la création de la société.⁶⁵ Cette politique s'est traduite par la mise en place des divers programmes de sauvetage d'Hynix lancés à partir de décembre 2000.

4.136 Les pouvoirs publics coréens ne se sont pas contentés d'exercer à cet effet les pouvoirs réglementaires généraux qui sont les leurs. Ils ont enclenché le processus à la réunion des Ministres de l'économie du 28 novembre 2000, qui a été à la base des trois premières restructurations et au cours de laquelle les "Mesures destinées à atténuer la crise de liquidité d'"Hynix" ont été débattues, puis ils ont adressé une notification à la Compagnie coréenne d'assurance à l'exportation et à la Banque d'exportation coréenne ("KEB") leur donnant instruction de "mettre en œuvre entièrement [les résultats de la discussion]".⁶⁶ Suite à cette notification, la KEB et deux autres banques ont demandé à

⁵⁶ Voir l'Annexe 1 de la Détermination finale ("Annexe 1"), paragraphe 28, 110 (JPN-02) et JPN-02-12 et 02-104.

⁵⁷ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 74.

⁵⁸ Voir Annexe 1, paragraphe 110 (JPN-02) et JPN-02-104.

⁵⁹ Annexe 1, paragraphe 261 (JPN-02), et JPN-02-307 et 308.

⁶⁰ Annexe 1, paragraphe 265 (JPN-02), et JPN-02-313 et 314.

⁶¹ Annexe 1, paragraphe 323 (JPN-02), et JPN-02-377 et 378.

⁶² Annexe 1, paragraphe 324 (JPN-02), et JPN-02-381.

⁶³ Annexe 1, paragraphe 325 (JPN-02).

⁶⁴ *Ibid.*, paragraphe 38.

⁶⁵ Annexe 1, paragraphes 35 à 41 (JPN-02), JPN-02-17 à 28 et 254, et Annexe 3, paragraphe 68 (JPN-04).

⁶⁶ Annexe 1, paragraphe 117 (JPN-02), et JPN-02-110 et 111.

l'entité gouvernementale de réglementation, qui a rapidement donné son accord, de leur accorder une dérogation concernant le plafonnement du crédit, ce qui leur a permis de participer au prêt syndiqué.⁶⁷

4.137 Les pouvoirs publics coréens avaient aussi les moyens légaux d'intervenir dans des opérations spécifiques des banques.⁶⁸ Ils ont *effectivement* exercé ce pouvoir, comme l'ont admis la Banque Woori et la Banque Kookmin.⁶⁹

4.138 En janvier 2001, le Service de surveillance financière a fait savoir aux banques que la dette serait annulée ou réduite quand les prêts deviendraient irrécouvrables dans le cas, entre autres choses, "de l'achat d'une société en difficulté financière rendu nécessaire en vertu de la politique industrielle nationale des pouvoirs publics, et de la fourniture d'une aide au titre des dépenses d'exploitation, etc., à la suite de cet achat".⁷⁰

4.139 À la réunion du Conseil des établissements financiers créanciers de mars 2001, qui est à la base du programme de mai 2001, des hauts fonctionnaires gouvernementaux ont fait pression sur des établissements financiers pour qu'ils accordent un soutien financier à Hynix.⁷¹ Les pouvoirs publics coréens ont prétendu que ce programme était un exemple du succès de *leurs propres efforts*.⁷² La déclaration du Premier Ministre adjoint selon laquelle "au cas où [le problème] ne serait pas résolu, le gouvernement interviendra directement dans ... [i]l aura des critiques, mais qu'importe ..., nous accepterons la responsabilité de résoudre ces problèmes"⁷³ illustre l'intention des pouvoirs publics coréens de soutenir Hynix entre le programme de mai 2001 et le programme d'octobre 2001. La situation financière d'Hynix a continué de se détériorer en 2002 et les pouvoirs publics coréens se sont alliés aux créanciers pour mettre en place le programme de décembre 2002, et sont intervenus dans l'élaboration du plan d'ajustement structurel.⁷⁴

4.140 Ces *faits*, ainsi que d'autres comme le contenu et le processus des examens internes de la KEB et la Banque Woori, la Banque Chohung et la Fédération nationale des coopératives agricoles (NACF) attestent la mise en œuvre des sauvetages à partir d'une action de charger ou ordonner des pouvoirs publics coréens. Les pouvoirs publics coréens exerçaient une influence substantielle sur la NACF, organisme quasi public, et ces trois organismes privés. Même d'autres banques, qui ont aussi participé aux sauvetages, ont fondé leurs décisions sur des facteurs autres que commerciaux. L'une des raisons pour lesquelles la JIA a constaté l'existence d'une action de charger ou ordonner uniquement pour ces quatre banques tenait à ce que le pouvoir de contrôle substantiel exercé sur elles par les pouvoirs publics coréens avait fait pencher la balance en faveur d'une inférence établissant une action de charger ou ordonner.

iii) *Les faits constatés au cours de l'enquête et le critère en matière de preuve concernant l'action de charger ou ordonner*

4.141 La Corée a précisé qu'elle contestait uniquement les constatations factuelles de la JIA concernant les programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002, et n'a pas mis en cause les programmes antérieurs. Parmi les faits qu'elle ne conteste pas figurent les suivants:

⁶⁷ Annexe 1, paragraphe 120 (JPN-02), JPN-02-114, 115.

⁶⁸ Voir, par exemple, les articles 5 et 6 du décret du Premier Ministre n° 408 (JPN-02-80).

⁶⁹ Annexe 1, paragraphes 83 à 87 (JPN-02) et JPN-02-86 à 89.

⁷⁰ Annexe 1, paragraphe 82 (JPN-02), JPN-02-85.

⁷¹ Annexe 1, paragraphes 193 à 196 (JPN-02), JPN-02-218 à 238.

⁷² Annexe 1, paragraphe 202 (JPN-02), JPN-02-253. Voir aussi l'Annexe 1, paragraphe 200 (JPN-02) et JPN-02-246 à 250.

⁷³ Annexe 1, paragraphe 272 (JPN-02), JPN-02-329. Voir aussi l'Annexe 1, paragraphes 273 à 275 (JPN-02), JPN-02-330 à 334.

⁷⁴ Annexe 1, paragraphes 329 à 336 (JPN-02), JPN-02-386 à 426.

- les pouvoirs publics coréens s'emploient activement depuis longtemps à normaliser l'industrie des semi-conducteurs, et Hynix en particulier, et ont eu pour politique de sauver Hynix;
- les pouvoirs publics coréens avaient le pouvoir de contrôler les banques qui ont fait l'objet d'une action de charger ou ordonner;
- les documents internes des banques montrent que contrairement à ce qui se fait habituellement, elles ont décidé de s'engager dans le programme de mai 2001 *avant* d'avoir pris des décisions internes, que certaines ignoraient leur situation interne et que certaines ont participé au programme après qu'il avait été décidé sur le plan interne de ne *pas* participer;
- les pouvoirs publics coréens ont accordé des subventions à Hynix par le biais du système de financement D/A, du programme de la KDB et du programme de mai 2001, qui ont permis de maintenir Hynix en vie mais pas de la tirer d'affaire;
- les banques qui ont participé aux programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 ont reconnu la détérioration de la situation financière d'Hynix;
- les déclarations de hauts fonctionnaires gouvernementaux concernant la crise financière que traversait Hynix, divers articles nouveaux indiquant que les pouvoirs publics coréens interviendraient ou étaient intervenus;
- la reconnaissance par la NACF du fait que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans le cadre du programme de décembre 2002; et
- la prise en compte par les banques de facteurs autres que commerciaux dans leur décision de participer aux programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002.

4.142 Les arguments de la Corée au sujet des constatations factuelles se limitent à cinq aspects bien précis. Premièrement, la Corée fait valoir que les banques ont pris en compte le rapport d'Arthur Andersen pour le programme d'octobre 2001. Or, ce rapport a été achevé bien après la fin du programme, et les banques n'ont pas pu l'examiner avant de décider de participer.⁷⁵

4.143 Deuxièmement, la Corée fait valoir que l'examen interne effectué par la Banque Woori et la Banque Chohung dans le cadre du programme d'octobre 2001 contredit la constatation de la JIA. L'examen interne de ces banques montrait qu'elles avaient fondé leurs décisions sur des facteurs autres que commerciaux; la Corée n'a par ailleurs pas contesté l'examen par la JIA des décisions internes de la KEB ou de la NACF.

4.144 Troisièmement, la seule évaluation concernant les banques dans le cadre du programme de décembre 2002 faite par la JIA qui est contestée par la Corée est l'examen de la Banque Woori. La Corée fait valoir que la Banque Woori a procédé à un examen critique du rapport de la Deutsche Bank et a fait sa propre évaluation. Le seul "document interne" présenté par la Corée dit simplement que la Banque Woori a considéré que le rapport était [RCC] parce qu'il [RCC]⁷⁶, ce qui ne correspond pas à

⁷⁵ Voir la page de couverture du rapport d'Arthur Andersen (KOR-17). Voir aussi les pages 70 et 86 (KOR-17).

⁷⁶ Voir la première communication écrite de la Corée, note de bas de page 198, et le rapport interne de la Banque Woori, section VI.3 (KOR-29).

un examen critique du rapport. En fait, la Banque Woori a accepté le rapport dans sa totalité et a fondé son calcul des pertes potentielles sur l'hypothèse [RCC].⁷⁷

4.145 Quatrièmement, la Corée présente des arguments fondés sur l'évaluation contenue dans le rapport de la Deutsche Bank, qui contient des erreurs importantes qu'Hynix elle-même a reconnues, et n'est donc pas fiable.

4.146 Enfin, la Corée fait valoir que la participation des banques au sujet desquelles la JIA n'a pas formulé de constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner dans des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 témoigne de la rationalité commerciale de toutes les banques. Toutefois, la Corée n'a pas contesté la constatation selon laquelle la participation de ces banques était fondée sur des facteurs autres que commerciaux.

4.147 La Corée fait valoir qu'il n'y a "pas d'élément de preuve indiquant que les [pouvoirs publics coréens] aient dit à l'un ou l'autre des créanciers ce qu'ils devaient faire" sans se référer à une analyse spécifique de la JIA. Mais ce critère en matière de preuve n'existe pas; les affaires anticontournement au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) comportent souvent une analyse de la totalité des faits fondée sur des éléments de preuve circonstanciels⁷⁸, comme a fait celle de la JIA. Une allégation selon laquelle seuls des éléments de preuve irréfutables peuvent démontrer qu'il y a eu action de charger ou ordonner équivaut à demander un examen *de novo*.

iv) *Éléments de preuve et arguments ne figurant pas au dossier*

4.148 Les pièces de la Corée qui ne figuraient pas au dossier, comme la pièce KOR-26, et les arguments fondés sur ces pièces, ne sont pas pertinents selon le critère d'examen du Groupe spécial. Par ailleurs, on ne peut pas reprocher à la JIA de ne pas avoir examiné un argument qui n'avait pas été présenté au cours de l'enquête, et qu'elle n'aurait pas pu raisonnablement prendre en compte, comme les arguments de la Corée relatifs à la théorie économique. L'argument de la Corée selon lequel la JIA aurait dû examiner le financement d'autres sociétés au bord de la cessation de paiement est contredit par le refus des pouvoirs publics coréens et d'autres parties de présenter les éléments de preuve nécessaires à une telle analyse.

v) *Conclusion*

4.149 L'argument de la Corée n'est pas opposable à la détermination de la JIA. En réalité, il n'y avait pas de financement disponible pour Hynix sur le marché commercial général. Les pouvoirs publics coréens avaient dû intervenir et charger les créanciers d'agir ou leur ordonner de le faire.

b) *Autres erreurs dans les allégations de la Corée*

i) *Avantage*

4.150 Sur les deux autres exemples d'erreur figurant dans les allégations de la Corée, le premier concerne ses arguments au sujet de l'avantage. Au sens des articles 1.1 b) et 14, on entend par avantage un avantage pour le *bénéficiaire*.⁷⁹ Or, la Corée fait valoir que les créanciers privés ont agi dans leur propre intérêt en optant pour la restructuration plutôt que pour la liquidation.⁸⁰

⁷⁷ Renseignements commerciaux confidentiels.

⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquêtes en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 150 et note de bas de page 277.

⁷⁹ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 154.

⁸⁰ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 234 à 243.

4.151 La Corée fait aussi valoir que les banques, pour lesquelles la JIA n'a formulé aucune constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, devraient être le point de repère. Or, Hynix était en activité à ce moment-là uniquement du fait des subventions, et les modalités et la mise en œuvre des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 reposaient sur cette situation financière d'Hynix. Un point de repère autre que le marché existant pourrait être utilisé si le marché était faussé de la sorte à cause de l'implication des pouvoirs publics.⁸¹ En l'espèce, les subventions accordées par les pouvoirs publics coréens faussaient considérablement le fondement et les modalités et conditions de ces programmes.

4.152 En outre, les éléments de preuve montrent que les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans la teneur du programme de décembre 2002 lorsque les créanciers d'Hynix ne pouvaient pas en accepter les modalités. Par ailleurs, ces décisions de participer de la part d'"autres" banques reposaient sur des considérations autres que commerciales. Le financement accordé par ces banques ne correspond donc pas à la pratique habituelle en matière d'investissement et ne montre pas non plus que leurs prêts pouvaient être obtenus sur le marché commercial. La JIA a raisonnablement constaté que ces programmes ne venaient pas du marché commercial normal et que le financement accordé par d'"autres" banques ne pouvait pas servir de point de repère.

4.153 L'argument de la Corée selon lequel le rapport d'Arthur Andersen et le rapport de la Deutsche Bank montrent que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation n'est pas recevable. Ces évaluations étaient fondées sur la situation financière d'Hynix qui était considérablement faussée et ne peuvent pas servir de point de repère. De plus, la valeur d'exploitation alléguée d'Hynix en 2001 figurant dans le rapport d'Arthur Andersen est le résultat d'un calcul *a posteriori*, prenant en compte le succès du programme d'octobre 2001.⁸² La valeur d'exploitation n'aurait pas pu être atteinte sans les contributions d'organismes publics et des organismes privés ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner dont la part dans les échanges de créances contre des participations et les nouveaux prêts était supérieure à [RCC] et à [RCC] pour cent respectivement.⁸³ Cette valeur d'exploitation ne montre donc pas ce qui aurait pu être obtenu sans cette contribution financière. La valeur d'exploitation figurant dans le rapport de la Deutsche Bank⁸⁴ intégrait aussi le succès du programme de décembre 2002; les valeurs n'auraient pas pu être atteintes sans la participation des organismes publics et des banques ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.⁸⁵ De surcroît, si l'on corrigeait les erreurs considérables figurant dans ce rapport, les valeurs d'exploitation [RCC].

ii) *Détermination du montant de la subvention*

4.154 Le deuxième exemple est l'allégation de la Corée selon laquelle le programme d'octobre 2001 a cessé d'apporter un avantage à la fin de 2005. L'Accord SMC exige simplement une détermination de l'existence d'une subvention au moment de la période couverte par l'enquête, sur la base des données disponibles, et non une nouvelle détermination à compter du moment où le droit est imposé. La période d'imputation d'une subvention non récurrente ne constitue qu'une partie du calcul du taux de droit à compter de la période couverte par l'enquête; il ne s'agit pas d'une détermination de l'expiration de l'avantage. La JIA a fondé cette période d'imputation sur la durée utile des actifs d'Hynix, qui peut changer par la suite.⁸⁶ Les questions concernant l'existence ou le montant de la

⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Bois résineux IV, paragraphes 90 à 95.

⁸² Voir Arthur Andersen Report, pages 81 et 9 (KOR-17). Voir aussi les pages 70 et 86.

⁸³ Voir Arthur Andersen Report, pages 9, 70 et 86 (KOR-17) et l'Annexe 1, paragraphes 256, 311 (JPN-02), JPN-02-365.

⁸⁴ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 241.

⁸⁵ Annexe 1, paragraphe 318 (JPN-02).

⁸⁶ Comme il est reconnu dans l'*International Accounting Standard 16*, paragraphe 49 (présenté au paragraphe 51 du texte du 7 juin 2004) (JPN-15).

subvention qui peuvent être discernées postérieurement à la période couverte par l'enquête doivent être examinées au titre de l'article 21.2 et 21.3 de l'*Accord SMC*; le Japon est effectivement doté d'un mécanisme d'examen pleinement conforme aux principes énoncés aux articles 19.4 et 21.

2. Déclaration de clôture du Japon à la première réunion du Groupe spécial

4.155 Premièrement, dans sa première communication écrite comme dans la déclaration orale qu'elle a faite à la première réunion du Groupe spécial, la Corée a parlé de ce qu'elle a appelé le "syllogisme". À la première réunion du Groupe spécial, la Corée a résumé sa position en disant que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par le Japon était fondée sur les constatations suivantes:

- les pouvoirs publics coréens avaient exprimé l'intention de "maintenir Hynix en vie";
- aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix;
- les éléments de preuve présentés par les divers créanciers (ou les constatations formulées par la JIA dans les cas de non-réaction des créanciers) ne permettaient pas d'établir que ceux-ci avaient procédé à une analyse suffisante des diverses transactions avant de les conclure.⁸⁷

4.156 Le Groupe spécial devrait soigneusement noter qu'en réponse à une question posée par le Japon à la première réunion avec le Groupe spécial, la Corée a confirmé que son allégation se limitait à ces trois éléments. Cette réponse de la Corée a une extrême importance.

4.157 Comme le Japon l'a expliqué dans sa première communication écrite, la Corée fait erreur quand elle affirme que ces trois points permettent en quelque sorte d'avoir un aperçu complet de la détermination de l'autorité chargée de l'enquête.

4.158 La traduction de cette section de la détermination finale donnée par la Corée était également incorrecte. Toutefois, indépendamment des problèmes de traduction, la Corée a mal interprété les constatations de l'autorité chargée de l'enquête. En ce qui concerne le premier élément du syllogisme supposé, les éléments de preuve versés au dossier, longuement examinés dans la communication du Japon, montraient non seulement que les pouvoirs publics coréens avaient clairement l'intention de sauver Hynix, mais qu'ils avaient usé de leur pouvoir sur les banques pour réaliser le sauvetage d'Hynix au moyen du programme d'octobre 2001 et du programme de décembre 2002. En ce qui concerne les deuxième et troisième éléments du syllogisme allégué, l'autorité chargée de l'enquête ne s'est pas appuyée sur des "hypothèses", mais a plutôt examiné divers facteurs banque par banque et programme par programme. Sur la base de ces éléments de preuve versés au dossier, elle a constaté que des facteurs autres que commerciaux sous-tendaient la décision des banques de participer au programme de sauvetage d'octobre 2001 et de décembre 2002.

4.159 Ce qu'il importe de souligner ici, c'est que l'allégation de la Corée à l'encontre de l'action de charger et ordonner *se limite* aux trois points du "syllogisme" dont elle parle. ***Si le Japon démontre que le "syllogisme" n'indique pas avec exactitude les éléments sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête a fondé sa détermination, l'allégation de la Corée relative à l'"action de charger ou ordonner" doit nécessairement être rejetée.*** Le Japon a déclaré qu'il reviendrait sur cette question dans sa deuxième communication écrite.

⁸⁷ Déclaration liminaire de la Corée à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 41.

4.160 L'autre question à examiner concerne le mandat du Groupe spécial. Le Japon a subi – et continue de subir – un préjudice important en raison du non-respect par la Corée des obligations contraignantes que lui impose l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

4.161 Il importe de rappeler que le fait que la Corée n'énonce pas ses allégations de manière claire ne constitue pas un vice de procédure mineur, mais porte atteinte aux droits fondamentaux en matière de régularité de la procédure qu'a le Japon, en tant que partie défenderesse, dont celui de connaître la nature des allégations formulées à son encontre. L'Organe d'appel a défini cette obligation en des termes sans ambiguïté:

Les prescriptions relatives à la régularité et au bon déroulement de la procédure disposent que les allégations doivent être formulées explicitement dans le cadre d'une procédure de règlement d'un différend à l'OMC. C'est uniquement de cette façon que le groupe spécial, les autres parties et les tierces parties comprennent qu'une allégation spécifique a été présentée, prennent sa dimension et ont une possibilité adéquate de l'examiner et d'y répondre. Les Membres de l'OMC ne doivent pas avoir à se demander quelles allégations spécifiques ont été formulées contre eux dans le cadre d'une procédure de règlement d'un différend.⁸⁸

4.162 Malheureusement, dans la présente affaire, le Japon en a été réduit à "se demander quelles allégations spécifiques avaient été formulées à son encontre" par la Corée. La situation en l'espèce est analogue à la situation dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H*, dans laquelle le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "[l]e préjudice [à la capacité de la Thaïlande de se défendre] est fonction du fait que la nature et la portée précises de ces allégations ... sont demeurées incertaines et ambiguës pour la Thaïlande – et pour nous – même après que la Pologne eut présenté sa première communication écrite".⁸⁹ Comme dans ce différend, la capacité du Japon de se défendre est fonction du fait que la "nature et la portée précises" des allégations de la Corée demeurent incertaines et ambiguës pour le Japon – et sans aucun doute pour le Groupe spécial – même après que la Corée a présenté sa première communication. Ainsi, les allégations générales et sans nuances de la Corée, qui ne cherche aucunement à spécifier la nature de sa plainte, vident en grande partie de leur sens les prescriptions en matière de régularité de la procédure énoncées à l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Deux exemples illustrent le problème.

4.163 Premièrement, comme le Japon l'a déjà fait valoir, l'allégation n° 15 de la Corée est une allégation de violation "fourre-tout" visant "les articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'Accord SMC et les articles VI:3 et X:3 du GATT de 1994". Cette allégation vague et de large portée est loin de répondre à la mise en garde de l'Organe d'appel selon laquelle les parties défenderesses et les tierces parties doivent être informées des allégations "spécifiques", ainsi que de leur "dimension". Énoncer des allégations de cette manière prive le Japon de ses droits en matière de régularité de la procédure dont celui d'avoir une "possibilité adéquate d' ... examiner" les allégations formulées à son encontre "et d'y répondre".

4.164 Deuxièmement, dans sa déclaration liminaire, la Corée a employé des formules comme celles que l'on trouvera ci-après:

- Une détermination fondée sur des hypothèses et non sur des éléments de preuve n'est pas compatible avec **toutes les dispositions sans exception de l'Accord SMC** qui

⁸⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 164.

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 7.29.

exigent des constatations fondées sur des éléments de preuve, et une détermination juste et impartiale.⁹⁰

- Une détermination fondée sur "les données de fait disponibles", et non sur des éléments de preuve, n'est pas compatible avec **toutes les dispositions sans exception de l'Accord SMC** qui exigent des constatations fondées sur des éléments de preuve, et une détermination juste et impartiale.⁹¹

Les allégations selon lesquelles le Japon a violé "toutes les dispositions sans exception" de l'Accord SMC rendent sans objet les dispositions en matière de régularité de la procédure figurant dans le Mémoire d'accord, en particulier à la lumière de l'Organe d'appel selon laquelle il se peut que la "simple énumération des articles du traité" ne satisfasse pas aux critères énoncés à l'article 6:2 du Mémoire d'accord. L'Organe d'appel ayant constaté que l'énumération des articles – plutôt que de leurs divers alinéas – pouvait ne pas satisfaire aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, les allégations de violation de "toutes les dispositions sans exception de l'Accord SMC" ne peuvent que constituer une grave violation des droits du Japon en matière de régularité de la procédure.

4.165 En conséquence, la violation par la Corée de l'article 6:2 du Mémoire d'accord a foncièrement porté atteinte aux droits du Japon en tant que partie défenderesse dans une procédure de règlement des différends à l'OMC. Le Japon demande au présent Groupe spécial de remédier à cette violation en excluant de son mandat les allégations illégales indiquées par le Japon.

E. DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CORÉE

4.166 Les arguments présentés par la Corée dans sa deuxième communication écrite sont résumés ci-après.

1. L'imposition de droits compensateurs par le Japon reposait sur une hypothèse fondamentalement viciée

4.167 Dans la déclaration orale qu'il a faite au cours de la première réunion du Groupe spécial, le Japon a allégué que la constatation de l'autorité japonaise chargée de l'enquête ("JIA") relative à l'existence de subventions était étayée par le fait qu'Hynix traversait "une grave crise financière structurelle" qui l'avait mise dans l'incapacité de rembourser sa dette. Le Japon a affirmé que cette crise financière sérieuse signifiait qu'"Hynix aurait fait faillite" et "n'aurait pas survécu" sans l'aide des pouvoirs publics.⁹² De l'avis du Japon, les "pouvoirs publics coréens *avaient dû* intervenir et charger des créanciers d'agir ou leur ordonner de le faire "afin de sauver Hynix".⁹³

4.168 Cette hypothèse – à savoir qu'une société qui "traversait une grave crise financière structurelle" ne pouvait être sauvée que par une intervention des pouvoirs publics – sous-tend toute l'analyse de la JIA. On peut cependant démontrer que cette hypothèse est fautive. Les dettes des créanciers insolubles – c'est-à-dire de sociétés "traversant une grave crise financière structurelle" – sont restructurées en permanence par leurs créanciers, tant que la valeur d'exploitation de la société dépasse sa valeur de liquidation.

⁹⁰ *Korea's Initial Comments on Japan's Expanded Preliminary Ruling Request*, 1^{er} décembre 2006, paragraphe 24 (pas d'italique ni de caractères gras dans l'original).

⁹¹ *Ibid.*, paragraphe 28. Pas d'italique ni de caractères gras dans l'original.

⁹² Voir la déclaration liminaire du Japon, paragraphe 13.

⁹³ Voir la déclaration liminaire du Japon, paragraphe 46 (pas d'italique dans l'original).

4.169 Le Japon et certaines des tierces parties ont tenté d'embrouiller la question en faisant référence à diverses théories économiques concernant la manière dont les investisseurs prennent leurs décisions en matière d'investissement. Cependant, la restructuration de la dette d'un débiteur insolvable est une simple question d'arithmétique: lorsque la valeur d'exploitation de la société insolvable dépasse sa valeur de liquidation, les créanciers de la société *peuvent obtenir des gains plus élevés* s'ils conviennent de restructurer la dette notamment en offrant de nouveaux prêts, en modifiant les conditions des prêts existants ou en échangeant des créances contre des participations. Cette arithmétique est indiscutable. Elle est aussi étayée par ce qui se passe vraiment dans le monde réel dans lequel les dettes des sociétés insolubles sont restructurées, tant dans le cadre d'une procédure formelle de faillite que de négociations informelles, sur tous les marchés (y compris celui du Japon).

4.170 L'Organe d'appel a prévenu qu'"[u]ne autorité chargée de l'enquête qui utilis[ait] une méthode reposant sur des hypothèses non étayées ne procéd[ait] pas à un examen fondé sur des éléments de preuve positifs". Il a aussi précisé qu'"une hypothèse n'[était] pas correctement étayée lorsque l'autorité chargée de l'enquête n'expliqu[ait] pas pourquoi il serait approprié de l'utiliser dans l'analyse".⁹⁴ Il est difficile d'imaginer une description plus appropriée du vice fondamental qui entache la détermination de la JIA. À moins que le Groupe spécial ne pense que les sociétés insolubles doivent *toujours* être liquidées en l'absence de subventions des pouvoirs publics, la détermination de la JIA ne peut pas être confirmée.

2. L'enquête du Japon était viciée sur le plan de la procédure et juridiquement non valide

a) Défaut de promulgation des méthodes de calcul de l'avantage

4.171 Dans sa première communication, la Corée a démontré que dans sa détermination, la JIA utilisait un calcul de l'avantage qui n'était pas prévu dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon, ce qui enfreignait la prescription explicite de la première phrase de l'article 14 de l'*Accord SMC*. Dans sa réponse, le Japon a affirmé que les formules et méthodologies utilisées dans sa détermination n'étaient pas des "méthodes" au sens ordinaire de ce terme. Selon le Japon, une "méthode" fait référence à un "mode de procédure; une façon (définie ou systématique) de faire quelque chose".⁹⁵

4.172 Les formules et méthodologies utilisées par le Japon répondent cependant clairement à cette définition: les fictions juridiques adoptées par la JIA pour justifier le fait de traiter le report de l'échéance des prêts comme des prêts et l'échange de créances contre des participations comme une participation au capital social, la politique consistant à imputer les avantages découlant d'une participation au capital social et de l'annulation de la dette sur plusieurs années, la formule utilisée pour imputer les avantages conférés par une subvention, l'adoption de la "durée de vie" tirée des lois fiscales de la Corée comme période d'imputation dans cette formule, la formule utilisée pour calculer le taux d'intérêt d'actualisation pour les emprunteurs non solvables – tout cela constitue des "mode[s] de procédure; une façon (définie ou systématique) de faire quelque chose."

4.173 Le Japon a également soutenu que l'argument présenté par la Corée dans sa première communication était une allégation "en tant que tel" erronée qui n'était pas dûment fondée. L'allégation du Japon est cependant viciée. La Corée s'élève contre les méthodes *utilisées* par la JIA *en l'espèce*. Étant donné que ces méthodes n'étaient pas prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon, la constatation de la JIA relative à l'existence d'un avantage n'est pas valable et l'imposition de droits compensateurs doit être annulée.

⁹⁴ Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphe 205.

⁹⁵ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 528.

b) Recours indu à des hypothèses et renversement de la charge de la preuve

4.174 Dans sa première communication, la Corée a fait observer que la détermination de la JIA était fondée sur un certain nombre d'hypothèses. En réponse, dans sa première communication, le Japon a nié que des hypothèses avaient été formulées.⁹⁶ Selon le Japon, toutes les constatations de la JIA étaient des inférences directes à partir d'éléments de preuve. Un examen attentif de la détermination de la JIA confirme que les hypothèses ci-après, entre autres, étaient déterminantes pour son analyse:

- La constatation de la JIA selon laquelle il y a eu un "transfert direct de fonds" reposait sur une fiction juridique qui "présumait" qu'Hynix avait d'abord remboursé l'encours de sa dette et que les créanciers utilisaient les fonds remboursés pour consentir de nouveaux prêts et prendre de nouvelles participations au capital social. Cette "fiction" était bien entendu contraire à la constatation de la JIA elle-même selon laquelle Hynix n'était pas en mesure de rembourser l'encours de sa dette.
- La constatation de la JIA selon laquelle les créanciers étaient motivés par des facteurs "externes", "non commerciaux", était explicitement bâtie sur l'hypothèse que, à la lumière de la "dégradation de la situation financière d'Hynix ... il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général, d'un point de vue commercial normal". Cependant, comme nous l'avons vu ci-dessus, cette hypothèse est incompatible avec l'arithmétique de base et avec le fait incontesté que les créanciers privés agissant uniquement d'un "point de vue commercial normal" s'engagent en permanence dans des transactions de restructuration.
- La constatation de la JIA relative à l'existence d'un avantage conféré par une subvention résultant de la contribution financière alléguée était fondée sur la même hypothèse incorrecte qu'"il n'y avait pas d'investisseur qui continuerait à investir dans Hynix ou à lui consentir des prêts, d'un point de vue commercial normal". Là encore, cette hypothèse est incompatible avec l'arithmétique de base et avec le fait incontesté que les créanciers privés agissant uniquement d'un "point de vue commercial normal" s'engagent en permanence dans des transactions de restructuration.
- La constatation de la JIA selon laquelle les importations subventionnées avaient causé un dommage "par les effets de la subvention" était fondée sur l'hypothèse qu'"Hynix avait été sauvée de la faillite par les subventions" "et donc que les subventions avaient permis à Hynix de poursuivre la production et l'exportation". La faillite est cependant un processus et non un résultat défini. En outre, "les lois coréennes sur la faillite privilégient la réorganisation plutôt que la liquidation".⁹⁷ En conséquence, rien ne permet de penser que, si Hynix avait demandé à être mise en "faillite", elle aurait cessé ses activités.

Dans ces circonstances, il est clair que la détermination de la JIA était fondée, essentiellement, sur des hypothèses et que ces hypothèses ne résistent pas à un examen. Le Japon a cependant laissé entendre que la détermination de la JIA devrait néanmoins être confirmée, parce que celle-ci a énuméré des faits, fourni des explications, répondu à des observations et allégué qu'elle prenait des décisions fondées sur "la totalité des éléments de preuve". De l'avis du Japon, le rôle du Groupe spécial devrait

⁹⁶ Voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphe 238.

⁹⁷ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 280, citant Yun, *A Primer on Korean Bankruptcy Law*, 18-5 Am. Bankruptcy Inst. J. 18 (juin 1999).

se limiter à veiller à ce que la JIA ait respecté la forme d'une procédure équitable, sans chercher à voir si sa détermination était en fait étayée par les éléments de preuve.⁹⁸

4.175 Ce point de vue est cependant manifestement incorrect. L'Organe d'appel a précisé qu'en appliquant le critère d'examen exposé à l'article 11 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux devaient procéder à un examen "critique et approfondi" pour "vérifier si le raisonnement de l'autorité [était] cohérent et logique au plan interne" et pour s'assurer que l'autorité chargée de l'enquête "avait été saisie d'éléments de preuve positifs à l'appui des inférences qu'elle a[vait] faites et des conclusions qu'elle a[vait] tirées".⁹⁹ En outre, "un groupe spécial peut évaluer si l'explication donnée par l'autorité de sa détermination est motivée et adéquate *uniquement* s'il examine cette explication d'une manière critique à la lumière des faits et des autres explications dont était saisie cette autorité"¹⁰⁰ et, ce qui est peut-être encore plus important, l'Organe d'appel a précisé qu'"[u]ne autorité chargée de l'enquête qui utilis[ait] une méthode reposant sur des hypothèses non étayées ne procéd[ait] pas à un examen fondé sur des éléments de preuve positifs".¹⁰¹

4.176 Le Japon a demandé au Groupe spécial de déclarer "irrecevables" les divers travaux universitaires cités dans la première communication écrite de la Corée.¹⁰² Il n'a cependant pas demandé au Groupe spécial de ne pas tenir compte des arguments logiques avancés par la Corée dans sa première communication. Ces arguments sont, en eux-mêmes, suffisants pour montrer que les hypothèses de la JIA n'"étaient pas étayées". Selon le critère d'examen décrit par l'Organe d'appel, la décision de la JIA ne peut pas être confirmée.

c) Identification incorrecte des "parties intéressées"

4.177 Comme l'a expliqué la Corée dans sa première communication, le texte et le contexte de l'Accord SMC indiquent que l'autorité chargée de l'enquête ne peut qualifier de "parties intéressées" que les entités qui ont un intérêt dans le résultat de la procédure. Le Japon et les États-Unis ont fait valoir que les dispositions de l'article 23 – qui porte sur le droit de faire appel des déterminations administratives – pouvaient être lues comme indiquant que l'expression "parties intéressées" pouvait recouvrir des entités "qui n'étaient pas directement et individuellement affectées par la mesure administrative". Toutefois, le fait de reconnaître que des entités peuvent n'être qu'*indirectement* affectées par la mesure administrative – telles que les syndicats représentant les travailleurs nationaux ou des associations professionnelles constituées de producteurs nationaux – ne signifie pas que les entités qui n'ont *aucun* intérêt dans le résultat de la procédure peuvent être assimilées à des "parties intéressées".

⁹⁸ Voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphes 39 à 41.

⁹⁹ Voir *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*, WT/DS277/AB/RW, 13 avril 2006, paragraphe 93.

¹⁰⁰ *Id.*, paragraphe 99.

¹⁰¹ *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz*, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphe 205.

¹⁰² À cet égard, il convient de noter que le souhait du Japon de voir ces publications déclarées "irrecevables" n'a aucune base dans le Mémoire d'accord. Comme le Japon lui-même l'a fait valoir dans d'autres procédures, le Mémoire d'accord n'impose aucune limitation aux documents qui peuvent être soumis à un groupe spécial. Voir *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/R, 28 février 2001, Annexe A-3, paragraphe 6, note 3.

Comme le Japon l'a reconnu, il appartient au Groupe spécial de décider du poids qu'il convient de donner à ces publications. De l'avis de la Corée, puisque ces publications ont été soumises pour contester les hypothèses de la JIA, et non pour contester les éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée, elles devraient se voir accorder un grand poids. Cependant, en fin de compte, que le Groupe spécial s'appuie sur ces publications ou non, le résultat sera le même. Puisque la JIA a fondé sa décision sur des hypothèses non étayées, sa décision ne peut être confirmée.

4.178 Au titre de l'*Accord SMC*, l'autorité chargée de l'enquête est autorisée à fonder sa décision sur les "données de fait disponibles" uniquement lorsqu'une "partie intéressée" ne communique pas les renseignements nécessaires. L'autorité chargée de l'enquête n'est pas autorisée à recourir aux "données de fait disponibles" lorsqu'une entité qui n'est pas une "partie intéressée" ne réagit pas. En revanche, l'autorité chargée de l'enquête doit dans de tels cas fonder sa détermination sur les éléments de preuve portant directement sur la question de fait spécifique.

4.179 Dans la présente affaire, la JIA n'a pas satisfait à cette obligation. Sa décision reposait sur des hypothèses – elle a recouru aux "données de fait disponibles" pour constater que des créanciers au sujet desquels elle n'avait aucun renseignement avaient agi d'une manière non commerciale en se fondant uniquement sur des éléments de preuve concernant d'autres banques. Une telle approche est autorisée au titre de l'*Accord SMC* uniquement si les créanciers au sujet desquels la JIA n'avait aucun renseignement étaient à bon droit qualifiés de "parties intéressées" et *uniquement* si ces créanciers ne fournissaient pas les renseignements nécessaires qui leur avaient été demandés. Puisque la JIA n'a pas établi une base factuelle lui permettant de conclure que l'un quelconque de ces créanciers était une "partie intéressée", son recours aux "données de fait disponibles" les concernant n'est pas défendable.

3. Constatation incorrecte selon laquelle Hynix a reçu des contributions financières

- a) Assimilation incorrecte des transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds à des "transferts directs de fonds"

4.180 Comme la Corée l'a expliqué dans sa première communication, la détermination de la JIA assimilait indûment des transactions qui ne comportaient pas de transfert de fonds à des "transferts directs de fonds" au titre de l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. En réponse, le Japon soutient que l'expression "fonds" couvre plus que simplement l'"argent liquide". La Corée n'a cependant jamais fait valoir que les "fonds" se limitaient aux "pièces et billets ayant cours légal". Au contraire, la Corée a fait valoir qu'un "transfert de fonds" supposait qu'il y ait eu une translation d'*avoirs monétaires* au bénéficiaire de la subvention alléguée. Alors que le prêt initial accordé par un créancier à l'emprunteur impliquerait une translation d'*avoirs monétaires* au bénéficiaire, ce n'est pas le cas de la modification ultérieure des modalités du prêt (soit par des reports de l'échéance du prêt, soit par l'échange de créances contre des participations).

4.181 Le Japon fait également valoir qu'une interprétation large de l'expression "transfert de fonds" est nécessaire pour empêcher le contournement des disciplines de l'*Accord SMC* sur les subventions. Il n'est toutefois pas nécessaire de trop solliciter le texte de l'*Accord SMC*. En réalité, les reports de l'échéance des prêts et les échanges de créances contre des participations qui accordent une "contribution financière" au bénéficiaire peuvent être assimilées à des "recettes abandonnées" au sens de l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) 1).

4.182 Le problème dans la présente affaire est que la JIA n'a pas procédé à l'analyse des faits nécessaire pour montrer que les créanciers ont bien abandonné des recettes à la suite des transactions de restructuration. Elle n'a pas procédé à la "*comparaison* entre les recettes exigibles en vertu de la mesure contestée et les recettes qui seraient exigibles dans une autre situation" demandée par l'Organe d'appel.¹⁰³ En conséquence, la constatation de l'existence d'une contribution financière, faite par la JIA, n'est pas compatible avec les prescriptions de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

¹⁰³ Voir *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, 24 février 2000, paragraphe 90 (pas d'italique dans l'original).

- b) Constatation incorrecte de l'existence d'une action "de charger ou ordonner" à l'égard des créanciers privés d'Hynix

4.183 L'analyse de la JIA relative à l'action de charger ou ordonner était également fondée sur des hypothèses viciées et une analyse biaisée. Afin de parvenir à sa conclusion, la JIA a dû partir du principe que les créanciers de sociétés insolubles ne conviendraient jamais de restructurer la dette de ces sociétés – en dépit du fait évident que de telles restructurations sont réalisées en permanence sur tous les marchés du monde. La JIA a dû partir du principe que les créanciers ne procédaient pas à des analyses raisonnables des restructurations en dépit des éléments de preuve montrant que ces restructurations étaient dans l'intérêt des créanciers et que ceux-ci en étaient conscients. La JIA a dû partir du principe que des créanciers qu'elle n'avait jamais examinés ni même contactés n'agissaient pas en fonction de considérations commerciales normales. En outre, elle a dû partir du principe que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix, bien que les éléments de preuve dans leur ensemble ne révèlent rien de plus que des préoccupations d'ordre prudentiel normales concernant l'effet de l'incertitude sur le système financier coréen et le désir de voir les créanciers d'Hynix résoudre la question d'une manière ou d'une autre aussi rapidement et efficacement que possible.

4.184 Une analyse impartiale et objective aurait bien entendu montré que chacune des hypothèses de la JIA était viciée. Reconnaisant apparemment les vices de l'analyse de la JIA, le Japon soutient maintenant qu'une décision qui n'avait aucun sens dans ses détails pouvait néanmoins être confirmée sur la base de la totalité des éléments de preuve. Mais le critère de la totalité des éléments de preuve ne dispense pas l'autorité chargée de l'enquête de satisfaire à la prescription selon laquelle elle doit tirer des conclusions motivées et adéquates des éléments de preuve sans s'appuyer sur des hypothèses non étayées. La constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, faite par la JIA, ne peut par conséquent pas être confirmée.

4. Constatation incorrecte établissant qu'Hynix a reçu un avantage résultant des contributions financières alléguées

4.185 La constatation de la JIA relative à l'existence d'un avantage résultant des transactions de restructuration était également contraire aux prescriptions de l'*Accord SMC*. Étant donné que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation à tous les moments pertinents, tout agent rationnel dans la position des créanciers d'Hynix qui suivait les pratiques habituelles du marché aurait accepté les restructurations afin de tirer parti de la valeur d'exploitation qui était supérieure. En fait, les éléments de preuve indiquent qu'un certain nombre de banques et d'établissements financiers, dont il n'a pas été constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, s'engageaient dans les mêmes transactions, aux mêmes conditions que les banques dont il était allégué qu'elles faisaient l'objet d'une action de charger ou ordonner. La conclusion évidente est que la participation alléguée des pouvoirs publics aux restructurations ne conférait aucun avantage à Hynix, parce qu'Hynix aurait pu obtenir les mêmes conditions en l'absence de toute action alléguée des pouvoirs publics.

4.186 Afin d'éviter cette conclusion évidente, la JIA a procédé à une analyse orientée sur les résultats destinée à constater l'existence d'un avantage là où il n'y en avait pas. La JIA n'a donc pas comparé les contributions financières alléguées – c'est-à-dire les transactions de restructuration acceptées par les créanciers d'Hynix – avec un point de repère du marché fondé sur les pratiques habituelles concernant des transactions similaires. Elle a en fait comparé les contributions financières alléguées avec un point de repère du marché applicable à des transactions complètement différentes (comportant un remboursement intégral initial de la dette d'Hynix suivi d'un transfert ultérieur de nouveaux fonds effectué par les créanciers et destiné à Hynix) qui n'ont jamais eu lieu et qui, d'après les constatations de la JIA, n'auraient jamais pu avoir lieu.

4.187 En outre, la JIA a dénigré les analyses des valeurs d'exploitation et de liquidation d'Hynix réalisées par des sociétés de services financiers respectées, pour des motifs totalement frivoles. Les critiques de la JIA à l'encontre des analyses entreprises concernant la restructuration d'octobre 2001 montrent qu'elle méconnaît totalement l'analyse financière de base. Ses critiques à l'égard de l'analyse entreprise pour la restructuration de décembre 2002 poussent le pinaillage à son comble. Une évaluation équitable confirme ce qu'un observateur impartial aurait supposé – à savoir que l'erreur avait été commise par les fonctionnaires de la JIA et non par les financiers expérimentés qui avaient élaboré les rapports.

4.188 L'analyse relative à l'existence d'un avantage effectuée par la JIA était par conséquent intrinsèquement et fondamentalement viciée. Elle n'était pas compatible avec les prescriptions de l'article 1.1 b) ni avec les directives énoncées à l'article 14 de l'*Accord SMC*. En outre, elle n'était pas compatible avec l'analyse équitable et impartiale qui est toujours exigée dans les affaires portant sur des droits compensateurs. Dans ces circonstances, la détermination établie par la JIA selon laquelle les contributions financières alléguées conféraient un avantage à Hynix n'est pas défendable.

5. Constatation incorrecte selon laquelle les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix

4.189 Afin de formuler à juste titre une constatation de spécificité au titre de l'article 2 de l'*Accord SMC*, la JIA devait "clairement étayer", par des "éléments de preuve positifs" le fait que les transactions de restructuration étaient spécifiques soit en droit soit en fait. Les déclarations finales faites par la JIA – à savoir que les restructurations étaient spécifiques parce qu'elles étaient "spécifiques à une société spécifique" – ne satisfont pas à cette prescription.

4.190 Le Japon a fait valoir que la détermination établie par la JIA était défendable parce que celle-ci avait estimé que les restructurations, et non la CRPA, étaient le programme pertinent aux fins de l'analyse de la spécificité. Mais ni le Japon ni la JIA n'ont présenté d'"éléments de preuve positifs" démontrant *pourquoi* les restructurations et non la CRPA constituaient le programme pertinent. Si les programmes de restructuration reflétaient uniquement le fonctionnement normal de la CRPA, alors la JIA aurait dû considérer la CRPA, et non les restructurations, comme étant le programme pertinent. En se concentrant sur les restructurations spécifiques pour constater la spécificité, la JIA a supposé ce qu'elle était censée "étayer" par des "éléments de preuve positifs".

6. Non-prise en compte de l'impact des modifications de la structure du capital d'Hynix

4.191 L'Organe d'appel a été d'avis que quand il y avait modification de la structure du capital d'une société à la juste valeur du marché, les autorités chargées de l'enquête *devaient* examiner si les subventions obtenues avant la modification de la structure du capital continuaient de conférer un avantage après cette modification. Il a également été d'avis qu'une telle modification de la structure du capital créait, au minimum, une présomption réfragable selon laquelle les avantages de la subvention avaient cessé d'exister.¹⁰⁴ Il a donc constaté que le fait pour les autorités chargées de l'enquête de ne pas s'acquitter de cette obligation était incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*.

¹⁰⁴ Dans les affaires comportant des transactions entre parties privées, l'Organe d'appel a suggéré que la présomption pouvait être réfragable. Voir *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002, paragraphe 124 ("La règle absolue de l'"absence d'avantage" formulée par le Groupe spécial est peut-être défendable dans le contexte d'opérations entre deux parties privées effectuées sur des marchés raisonnablement concurrentiels ...").

4.192 Le Japon allègue que la Corée n'a pas "présenté d'élément de preuve ni d'argument selon lequel il y a eu une "modification de la structure du capital" telle que définie par l'Organe d'appel".¹⁰⁵ Il apparaît que le Japon lit les décisions antérieures de l'Organe d'appel comme exigeant la vente de 100 pour cent des actions en circulation de la société. Toutefois, la décision pertinente de l'Organe d'appel établit seulement une distinction entre les situations dans lesquelles le *vendeur* conserve une *participation majoritaire* dans la société et les situations dans lesquelles ce n'est pas le cas. D'ailleurs, l'Organe d'appel a spécifiquement précisé que son analyse s'appliquait tant que le vendeur transférait "l'essentiel" de ses parts.¹⁰⁶

4.193 Enfin, le Japon soutient également que l'analyse exposée dans la décision antérieure de l'Organe d'appel est inapplicable parce que les créanciers d'Hynix n'avaient pas payé la juste valeur marchande pour ces parts. Le Japon ne semble pas pouvoir décider ce qu'il fait valoir. Il allègue que les créanciers d'Hynix ont payé à la fois plus et moins que la juste valeur marchande pour ces parts.¹⁰⁷

4.194 Dans la mesure où le Japon affirme que les créanciers d'Hynix ont payé une somme excessive pour les parts de la société, ses arguments concernant l'applicabilité des décisions antérieures de l'Organe d'appel sont manifestement dénués de fondement. Comme l'Organe d'appel l'a fait observer, la raison pour laquelle une modification de la structure du capital "frappe d'extinction" les subventions antérieures est que le prix payé par les nouveaux propriétaires inclut déjà la valeur de toute subvention antérieure.¹⁰⁸ Si les nouveaux propriétaires ont payé une somme trop élevée pour les parts, le prix qu'ils ont payé inclut toujours la valeur de toute subvention antérieure – mais il inclut également un montant additionnel. De toute manière, le résultat devrait être le même – parce que dans les deux cas, le prix tient pleinement compte de la valeur des subventions antérieures.

7. Imposition incorrecte de droits sur les importations après que l'avantage conféré par les subventions alléguées avait cessé d'exister

4.195 La période couverte par l'enquête choisie par la JIA était l'année civile 2003. Il est important de noter qu'aucune des transactions de restructuration et aucun des autres programmes de subventions allégués n'ont été réalisés au cours de cette période. En fait, les transactions de restructuration et les autres programmes allégués analysés par la JIA ont tous été réalisés en 2000, 2001 et 2002. La JIA a constaté l'existence de subventions pendant la période couverte par l'enquête correspondant à 2003 uniquement parce qu'elle a choisi d'"imputer" à cette période l'avantage conféré par les subventions dont il est allégué qu'elles avaient été obtenues pendant les années antérieures.

4.196 L'amortissement calculé par la JIA elle-même – qui lui était nécessaire pour constater l'existence de subventions en 2003 – indiquait clairement que l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 cessait d'exister en 2005. Ainsi, la détermination établie par la JIA selon laquelle une

¹⁰⁵ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 458.

¹⁰⁶ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphes 458 et 459, citant *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, 9 décembre 2002, paragraphe 117.

¹⁰⁷ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 463 (faisant valoir que l'échange de créances contre des participations par les créanciers d'Hynix était une "transaction effectuée à une valeur "supérieure à la juste valeur marchande"" et également que "la vente de parts d'Hynix a été réalisée bien en dessous de la juste valeur marchande" (pas d'italique dans l'original).

¹⁰⁸ Voir *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/AB/R, 10 mai 2000, paragraphe 68 (Étant donné que les nouveaux propriétaires "ont payé une juste valeur marchande pour tous les actifs productifs, les éléments incorporels, etc., ... qu'ils] ont acquis ... et utilisés ultérieurement pour produire", l'Organe d'appel n'a décelé aucune erreur dans la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "les "contributions financières" accordées" au propriétaire précédent "ne pouvaient pas être réputées comme conférant un "avantage à [RCC]".).

subvention existait en 2003 impliquait nécessairement qu'il n'y avait plus de subvention résultant de la transaction de restructuration d'octobre 2001 lorsque la JIA a publié sa détermination finale en 2006.

4.197 L'article 19.4 de l'*Accord SMC* prévoit que le droit compensateur imposé ne peut pas dépasser le montant de la subvention dont "l'existence" aura été constatée – et n'autorise donc pas l'imposition de droits fondés sur des subventions antérieures qui n'"existent" plus. L'article 21.1 rend cette prescription explicite, disposant que "les droits compensateurs ne resteront en vigueur que *le temps* et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage". Le fait que la JIA a maintenu l'imposition des droits en 2006 alors qu'elle savait que l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 cessait d'exister ne peut pas être concilié avec ces dispositions.

4.198 Le Japon a soutenu que les dispositions de l'article 21 ne faisaient rien de plus que d'établir les prescriptions relatives aux réexamens des ordonnances en vigueur en matière de droits compensateurs.¹⁰⁹ Cependant, le titre même de l'article 21 "*Durée et réexamen des droits compensateurs et des engagements*" indique que sa teneur ne se limite pas aux réexamens. En outre, l'article 21.1 (qui énonce une limitation de la durée des droits) ne mentionne pas du tout le mot réexamen.

4.199 Le Japon soutient également que l'imposition de droits compensateurs, même après que l'avantage a cessé d'exister, est compatible avec les termes des décisions de l'Organe d'appel dans deux affaires antidumping (l'affaire *CE – Linde de lit* et l'affaire *Mexique – Riz*). Les questions examinées dans ces affaires étaient cependant totalement différentes – elles concernaient la relation entre la constatation de l'existence d'un dumping pour des exportateurs donnés pendant une période donnée et la détermination selon laquelle les importations faisant l'objet d'un dumping en provenance de tous les exportateurs avaient causé un dommage pendant une période peut-être différente.¹¹⁰

4.200 En outre, les arguments du Japon ne tiennent pas compte des différences fondamentales entre procédures antidumping et procédures en matière de droits compensateurs. Il existe d'importantes différences entre les textes de l'article 9.3 de l'*Accord antidumping* (qui limite les droits antidumping en fonction d'un calcul spécifique réalisé conformément à l'article 2) et l'article 19.4 de l'*Accord SMC* (qui limite les droits compensateurs aux "subventions dont l'existence aura été constatée"). En outre, rien dans l'*Accord antidumping* ne correspond à l'article 19.1 de l'*Accord SMC* (qui interdit l'imposition de droits compensateurs, même après l'achèvement de l'enquête, lorsque les subventions sont "retirées"). Enfin, rien dans l'*Accord antidumping* ne permet l'amortissement du dumping en partant d'une période précédant la période couverte par l'enquête pour constater l'existence d'un dumping pendant la période couverte par l'enquête et les périodes ultérieures.

4.201 Enfin, l'imposition de droits après que l'avantage a cessé d'exister serait contraire au but de l'*Accord SMC* – qui est simplement de "neutraliser" les subventions.¹¹¹ Au moment où elle a établi sa détermination dans la présente affaire, la JIA savait avec certitude que les avantages résultant de la restructuration d'octobre 2001 n'allaient que jusqu'en 2005 et n'existaient pas en 2006. Dans de telles circonstances, l'imposition de droits en 2006 ne pouvait pas "neutraliser" les subventions résultant de la restructuration d'octobre 2001 parce que ces subventions n'existaient plus.

¹⁰⁹ Voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphe 511.

¹¹⁰ Voir *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde*; *Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémoire d'accord*, WT/DS141/AB/RW, 8 avril 2003, paragraphe 123; *Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz*, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphes 165 et 166.

¹¹¹ Voir, par exemple, *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, WT/DS138/R, 23 décembre 1999, paragraphe 6.56.

8. La constatation du Japon selon laquelle les importations subventionnées causaient un dommage était incompatible avec les prescriptions de l'Accord SMC

4.202 Le texte des articles 15.5 et 19.1 exige une détermination selon laquelle le dommage causé par les importations subventionnées est produit "par les effets de la subvention". Au titre de ces dispositions, il ne suffit pas que les *importations* qui se trouvent être subventionnées causent un dommage. Il faut également démontrer que le dommage est produit "par les effets de la subvention".

4.203 Le Japon et les États-Unis affirment qu'une note de bas de page relative à l'article 15.5 (note de bas de page 47) définit l'expression "par les effets de la subvention" comme signifiant les effets sur les prix et les volumes et l'incidence sur la branche de production nationale qui en découle, décrits à l'article 15.2 et 15.4. Cependant, la note de bas de page en question est placée immédiatement après le terme "effets" et ne sert donc qu'à définir ce mot. Il ne définit pas l'ensemble de l'expression "par les effets de la subvention". D'ailleurs, une interprétation contraire rendrait la référence à ces effets "de la subvention" inutile.

4.204 Le Japon et les États-Unis soutiennent également que le Groupe spécial devrait s'aligner sur la décision prise par un groupe spécial du GATT dans l'affaire *Saumon norvégien*.¹¹² Le Japon a cependant lui-même sévèrement critiqué la décision prise dans l'affaire *Saumon norvégien* disant qu'elle "avait dénaturé la règle" énoncée dans le Code des subventions du Tokyo Round et qu'elle "était en contradiction avec le sens véritable" de l'expression "par les effets de la subvention".¹¹³ Le rapport du Groupe spécial du GATT a été adopté uniquement à la lumière de la déclaration du Président du Comité des subventions et mesures compensatoires selon laquelle ce "rapport ne créait pas d'obligations pour les parties qui n'étaient pas parties au différend et ne constituait pas un précédent juridiquement contraignant pour d'autres différends".¹¹⁴ Puisque la décision dans l'affaire *Saumon norvégien* n'est pas compatible avec le sens ordinaire et le contexte de la disposition pertinente, le fait qu'elle a été confirmée ne devrait en aucune manière lier le Groupe spécial dans la présente affaire.

4.205 Enfin, il faut noter que la JIA, dans la présente affaire, convenait apparemment qu'il était nécessaire de démontrer que le dommage était produit "par les effets de la subvention". La JIA a cependant conclu que tout tort causé par les exportations d'Hynix était nécessairement le résultat de la subvention, parce qu'Hynix n'aurait pas été en activité, et n'aurait donc pas été en mesure d'exporter, en l'absence de subventions. Comme la Corée l'a noté dans sa première communication, cette conclusion repose sur une erreur de droit fondamentale. La "faillite" est une procédure juridique, qui permet de protéger le débiteur contre ses créanciers pendant qu'on décide de son avenir.¹¹⁵ Conformément aux lois coréennes sur la faillite, la "faillite" d'Hynix aurait conduit à une restructuration de la dette et non à la liquidation de la société. Ainsi, l'équation de la JIA entre faillite et liquidation est sans fondement.

¹¹² Voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphe 599 et la communication des États-Unis en tant que tierce partie, paragraphe 73, citant *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, SCM/153, 4 décembre 1992, paragraphes 328 à 334.

¹¹³ Voir Comité des subventions et mesures compensatoires, compte rendu de la réunion des 28 et 29 avril 1993, SMC/M/65, 31 août 1993, paragraphe 104.

¹¹⁴ Voir Comité des subventions et mesures compensatoires, compte rendu de la réunion du 28 avril 1994, SMC/M/69, 21 septembre 1994, paragraphe 77.

¹¹⁵ Voir la réponse de la JIA aux observations, paragraphes 740 et 741. Voir également la déclaration liminaire du Japon, paragraphes 46 et 50.

9. Non-respect des obligations de fond et de procédure prévues par l'Accord SMC

4.206 Comme nous l'avons vu ci-dessus, l'imposition par la JIA de droits compensateurs dans la présente enquête ne satisfaisait pas aux obligations de procédure et de fond de l'Accord SMC et du GATT de 1994. Par conséquent, l'imposition de ces droits était incompatible avec les prescriptions des articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC.

F. DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU JAPON

4.207 Les arguments présentés par le Japon dans sa deuxième communication écrite sont résumés ci-après.

1. Critère d'examen et charge de la preuve

a) Critère d'examen

4.208 L'article 11 du Mémoire d'accord prévoit le critère d'examen approprié que les groupes spéciaux doivent appliquer en examinant les déterminations de l'existence de subventions faites par les Membres¹¹⁶: une évaluation objective de la question, y compris "une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions".¹¹⁷ Un groupe spécial ne peut pas rejeter les conclusions d'une administration simplement parce qu'il serait arrivé à une conclusion différente s'il avait établi la détermination lui-même. En fait, un groupe spécial devrait, sur la base des éléments de preuve versés au dossier dont il est saisi, "se demander si les éléments de preuve et les explications sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête étayaient raisonnablement ses conclusions".¹¹⁸ Un groupe spécial devrait "examiner les éléments de preuve à la lumière de la méthode employée par l'autorité chargée de l'enquête", et il devrait le faire "en identifiant l'inférence faite par l'administration à partir des éléments de preuve, puis en examinant si les éléments de preuve pouvaient soutenir cette inférence".¹¹⁹ Un inadmissible examen *de novo* se produirait lorsqu'un groupe spécial "examine[rait]" si un élément de preuve pouvait directement conduire à une conclusion finale – plutôt qu'étayer une inférence intermédiaire que l'administration a[vait] cherché à faire à partir de cet élément de preuve particulier".¹²⁰

4.209 Lorsque l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur la totalité des éléments de preuve circonstanciels pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner "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 isolément".¹²¹

¹¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphe 182.

¹¹⁷ *Ibid.*, ("L'"évaluation objective" à laquelle doit procéder un groupe spécial sera éclairée par "un examen de la question de savoir si l'administration 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". Cette explication devrait "ressortir de la détermination publiée elle-même ... devrait être accompagnée d'autres explications que les éléments de preuve permettaient raisonnablement de déduire ...".") (pas d'italique dans l'original)

¹¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphe 188.

¹¹⁹ *Ibid.*, paragraphe 151.

¹²⁰ *Ibid.*, paragraphe 151 (italique dans l'original; note de bas de page omise).

¹²¹ *Ibid.*, paragraphe 157 (italique dans l'original).

b) Charge de la preuve

4.210 Deux principes fondamentaux des procédures de règlement des différends de l'OMC sont particulièrement pertinents dans la présente affaire: 1) "[l]a charge de la preuve incombe à la partie ... qui établit, par voie d'affirmation, une allégation particuli[ère] ..."¹²²; et 2) la "législation d'un Membre défendeur sera considérée comme étant compatible avec les règles de l'OMC jusqu'à preuve évidente du contraire".¹²³ La détermination de l'autorité chargée de l'enquête dans la présente affaire doit être considérée comme étant compatible avec les règles de l'OMC dans sa totalité et il incombe à la Corée de prouver le contraire.

2. Allégations d'erreur de la Corée

a) Les directives du Japon

i) *Portée limitée de l'allégation de la Corée*

4.211 La Corée a limité son allégation au titre de l'article 14 de l'*Accord SMC* à la question de savoir si la méthode utilisée par la JIA dans le calcul de l'avantage était "prévue" dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon.

ii) *La méthodologie appliquée par la JIA dans le calcul de l'avantage était prévue dans la législation du Japon*

- Le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation "en tant que tel" de la Corée

4.212 Une allégation selon laquelle la méthodologie utilisée dans le calcul n'était pas prévue dans "la législation ou les réglementations d'application nationales" du Japon est par définition une contestation "en tant que tel" mais l'allégation de la Corée est bien loin de satisfaire au critère "en tant que tel". La Corée n'a pas allégué que l'application des formules de calcul de l'avantage dans la détermination finale avait entraîné une réduction des droits procéduraux des parties intéressées au cours de l'enquête, que les formules étaient incompatibles avec les méthodes exposées dans les directives ni que les formules utilisées dans la détermination finale étaient en elles-mêmes incompatibles avec l'article 14 de l'*Accord SMC*.

- La Corée continue de confondre méthode et application

4.213 Le texte introductif de l'article 14 établit une distinction nette entre la **méthode** utilisée par l'autorité chargée de l'enquête pour calculer l'avantage, méthode qui doit être prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales et l'**application** de cette méthode à chaque cas particulier, application qui doit être transparente et expliquée de manière adéquate. La **méthode** utilisée par la JIA pour calculer l'avantage était prévue dans les directives du Japon. Son **application** a été exposée dans la détermination finale. L'application d'une méthode sera inévitablement plus détaillée que les directives sur lesquelles l'autorité chargée de l'enquête s'appuiera.

- L'article 14 ne prescrit pas la manière dont les Membres de l'OMC doivent appliquer leurs directives

¹²² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

¹²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157 (souligné dans l'original).

4.214 L'article 14 ne prescrit pas de méthodologie particulière que les Membres doivent adopter mais prévoit "une marge de manœuvre considérable pour adopter une approche raisonnable".¹²⁴ Les paragraphes a) à d) de l'article 14 ne devraient pas être interprétés comme des "règles rigides qui sont censées prévoir chaque circonstance factuelle concevable".¹²⁵ La Corée demande cependant instamment au Groupe spécial d'adopter une telle interprétation. Un tel argument nie le pouvoir discrétionnaire accordé à chaque Membre de l'OMC comme l'ont expliqué l'Organe d'appel et le Groupe spécial. Dans ses directives, le Japon définit ses méthodes de calcul de l'avantage comme le prescrit le texte introductif de l'article 14. Les directives sont suffisamment détaillées et conformes à l'article 14. Elles laissent l'application des méthodes aux cas individuels.

- Le Groupe spécial devrait rejeter l'argument de la Corée selon lequel tout manquement aux dispositions de l'article 14 invalide l'ordonnance en matière de droits antidumping

4.215 Lorsqu'une infraction est constatée dans le cadre d'une procédure de règlement des différends de l'OMC, conformément au principe général prévu à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, il est recommandé au Membre concerné de mettre ses mesures en conformité et il aura le pouvoir discrétionnaire de déterminer les *moyens* de mise en œuvre et disposera d'un délai raisonnable pour ce faire.¹²⁶ Le droit compensateur dans son ensemble ne serait pas considéré comme invalidé.

b) Éléments de preuve versés au dossier

4.216 Il n'y a "rien dans l'Accord SMC, ni dans le Mémoire d'accord, qui permette d'imposer 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".¹²⁷ L'Accord SMC exige des "éléments de preuve positifs" uniquement en ce qui concerne la spécificité au titre de l'article 2 et le dommage au titre de l'article 15.¹²⁸ Le recours aux éléments de preuve circonstanciels a été reconnu par l'Organe d'appel¹²⁹, qui a constaté que l'article 1.1 a) 1) iv) était "essentiellement une disposition anticontournement"¹³⁰ et que les éléments de preuve indirects ou circonstanciels jouaient un rôle particulièrement important. Le postulat de la Corée selon lequel seuls des "éléments de preuve positifs", "des éléments de preuve "irréfutables"" ou des "éléments de preuve directs" peuvent être considérés comme des éléments de preuve dans une enquête en matière de subventions, lorsqu'elle fait valoir que la JIA a "déplacé la charge de la preuve", est faux.

4.217 La JIA a procédé à un examen raisonnable et objectif des nombreux éléments de preuve versés au dossier et a établi sa détermination sur la base des éléments de preuve considérés dans leur totalité. Elle a également examiné les autres explications possibles concernant ces éléments de preuve données par les parties intéressées au cours de l'enquête. Lorsqu'elle a rejeté ces autres explications

¹²⁴ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213.

¹²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 92. Voir également le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, paragraphes 7.114 et 7.118.

¹²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 187.

¹²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138.

¹²⁸ *Ibid.*, note de bas de page 250. Voir également la première communication écrite du Japon, paragraphes 259 à 261.

¹²⁹ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 144 à 158.

¹³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 113.

possibles, elle a expliqué les raisons pour lesquelles elle avait choisi de les rejeter pour établir ses conclusions.

c) Désignation de certains établissements financiers comme "parties intéressées"

4.218 La Corée n'a avancé aucun argument convaincant pour montrer que les établissements financiers ne pouvaient pas être inclus dans les "parties intéressées" au titre de l'*Accord SMC* et n'a pas établi d'éléments *prima facie*.

d) Contribution financière

i) *La JIA a constaté à juste titre un transfert de "fonds"*

4.219 Le sens ordinaire du terme "fonds" dans le contexte de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* à la lumière de son objet et de son but recouvre les échanges de créances contre des participations et le report de l'échéances des prêts. Le sens ordinaire du terme "fonds" recouvre plus que l'"argent" et inclut également toutes les ressources financières qui ont une valeur monétaire ou une valeur d'échange ou qui assurent des gains financiers.¹³¹ En conséquence, l'allégation de la Corée concernant "des recettes publiques sinon abandonnées" n'est pas pertinente et devrait être rejetée.

ii) *La JIA a déterminé à juste titre que les créanciers privés avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner*

- Résumé des arguments et approche générale

4.220 Il y a action de "charger ou ordonner" lorsque des pouvoirs publics "donnent à un organisme privé la responsabilité" ou "exercent un pouvoir" sur un organisme privé.¹³² L'*Accord SMC* n'impose aucun critère particulier en matière de preuve concernant les éléments de preuve nécessaires à la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner.¹³³ À la lumière du caractère anticontournement d'une affaire portant sur une action de "charger ou ordonner", les éléments de preuve circonstanciels peuvent jouer un rôle clé dans une détermination au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. La JIA a constaté, en se fondant sur la totalité des éléments de preuve dont elle était saisie, que la participation des pouvoirs publics coréens aux programmes de sauvetage d'Hynix ne consistait pas simplement à faciliter de tels programmes et que les programmes de sauvetage n'étaient pas "involontaire[s] ni une simple conséquence inattendue d'une réglementation des pouvoirs publics".¹³⁴ Un réexamen de l'analyse des différents éléments de preuve circonstanciels, ainsi que des autres éléments de preuve, telle que l'a effectuée la JIA, de même que l'exactitude des différents éléments de preuve, une évaluation des constatations de fait intermédiaires établies par la JIA sur la base de ces éléments de preuve et la conclusion globale fondée sur ces constatations intermédiaires, démontrent que la détermination de la JIA fournissait une explication motivée et adéquate.

- Réfutation des arguments de la Corée

4.221 L'argument de la Corée selon lequel la constatation de la JIA relative à l'existence d'une action de charger ou ordonner repose uniquement sur un "syllogisme" en trois points, déforme la

¹³¹ Voir, par exemple, Oxford English Dictionary (5th ed. 2002) at 1049; Concise Oxford English Dictionary (10th ed. 2002) page 919.

¹³² Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphes 110 et 111.

¹³³ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphe 138.

¹³⁴ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphes 114.

détermination de la JIA et ne tient pas compte du fait que celle-ci a pris en considération d'autres facteurs (l'aptitude des pouvoirs publics coréens à exercer un contrôle sur les organismes privés, leur intervention dans l'évolution des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002).¹³⁵

- L'intention des pouvoirs publics coréens

4.222 La JIA disposait d'abondants éléments de preuve montrant que les pouvoirs publics coréens avaient clairement manifesté l'intention de sauver Hynix.¹³⁶ Comme l'a précisé l'Organe d'appel, dans certaines circonstances une "orientation" peut constituer une action de charger ou ordonner.¹³⁷ Que l'action des pouvoirs publics ne soit pas en fin de compte incompatible avec les intérêts des organismes privés eux-mêmes n'est pas un facteur à prendre en considération pour évaluer l'action de charger ou ordonner des pouvoirs publics.¹³⁸

4.223 Contrairement à ce qu'allègue la Corée, la JIA n'a pas fait abstraction de l'article de journal cité par la Corée; elle l'a examiné et a expliqué le poids qui lui avait été accordé.¹³⁹ La JIA a suffisamment étudié d'autres éléments de preuve liés à l'action des pouvoirs publics coréens concernant le programme d'octobre 2001.¹⁴⁰ La JIA a fourni, comme elle était tenue de le faire au titre de l'*Accord SMC*, une explication motivée de sa détermination. Pour évaluer l'exactitude et l'adéquation de toute déclaration faite par les parties intéressées au cours de l'enquête il était raisonnable pour la JIA d'examiner si, à la lumière de la totalité des éléments de preuve dont elle était saisie, ces déclarations étaient exactes et adéquates et, si les éléments de preuve démontraient qu'elles ne l'étaient pas, de faire une constatation selon laquelle ces déclarations n'étaient pas fiables.

- Absence d'investisseurs et absence d'analyse suffisante de la part des banques participantes

4.224 Pour commencer, la JIA s'est concentrée sur le caractère raisonnable, d'un point de vue commercial, des décisions des banques participantes et de leur processus de prise de décisions et sa conclusion selon laquelle les banques ont agi de manière non commerciale éclaire certains des autres éléments de preuve versés au dossier étant donné que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a reconnu que "ce comportement non commercial [pouvait] bien apparaître comme l'indication d'une éventuelle action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics".¹⁴¹

4.225 Ensuite, en ce qui concerne les banques créancières au sujet desquelles la JIA n'a pas fait de constatation sur le point de savoir s'il y avait eu ou non action de charger ou ordonner, il convient de noter que la JIA avait envoyé des questionnaires à ces banques et leur avait demandé de fournir des renseignements concernant leur décision de participer aux programmes de sauvetage d'Hynix, mais qu'une seule d'entre elles a répondu. La JIA s'est donc appuyée sur les données de fait disponibles par ailleurs, y compris celles fournies par la banque ayant répondu au questionnaire. En outre, le fait que la JIA n'a pas fait une telle constatation ne veut pas dire que les banques ont agi d'une manière commerciale.

¹³⁵ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphes 335 à 346 pour un résumé de ces facteurs.

¹³⁶ Voir, par exemple, les pièces JPN-02, 17 à 21, 24 et 25, 112, 113, 235, 321 à 323, 328, 329, 334, et 386 à 406.

¹³⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 116.

¹³⁸ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 69.

¹³⁹ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 401 (pièce JPN-04).

¹⁴⁰ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 269 à 275.

¹⁴¹ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.59.

- Arguments spécifiques de la Corée concernant l'évaluation par la JIA du fait qu'il n'y avait pas d'investisseurs disposés à participer aux programmes de sauvetage

4.226 La constatation faite par la JIA était fondée sur d'abondants éléments de preuve montrant qu'il n'y avait pas d'investisseurs, qu'il s'agisse de nouveaux créanciers ou de créanciers existants, sur le marché commercial *en général* qui auraient investi dans Hynix ou qui lui auraient consenti des prêts *d'un point de vue commercial normal*, tels que les points de vue d'analystes financiers, de sociétés de placement et d'acheteurs de GDR, c'est-à-dire des points de vue extérieurs.¹⁴² La JIA a ensuite examiné s'il était raisonnable, d'un point de vue commercial, pour les créanciers existants d'accorder un financement additionnel à Hynix même lorsque aucun investisseur sur le marché commercial en général n'était disposé à assurer un financement.¹⁴³ La JIA a suivi le même processus pour examiner les décisions prises par les banques en matière de financement s'agissant des programmes d'octobre 2001¹⁴⁴ et de décembre 2002¹⁴⁵ en se fondant sur le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances.¹⁴⁶

4.227 Le rapport d'Arthur Andersen, sur lequel toutes les banques allèguent avoir fondé leur décision de participer au programme d'octobre 2001, n'a été disponible que plus d'un mois après la conclusion du programme d'octobre 2001. En ce qui concerne le programme de décembre 2002 et le rapport de la Deutsche Bank, la JIA a examiné l'exactitude et l'adéquation de ce rapport. La JIA a cependant constaté qu'il ne s'agissait pas de l'analyse objective d'une tierce partie étant donné que la Deutsche Bank [[RCC]].¹⁴⁷ Il y avait également des éléments de preuve versés au dossier montrant que les pouvoirs publics étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank¹⁴⁸, comme l'a reconnu la NACF.¹⁴⁹ En outre, la KEB et la Woori Bank ont refusé de présenter les comptes rendus de la réunion du Comité spécial de la restructuration des sociétés bien que la JIA les ait demandés. Le rapport de la Deutsche Bank n'avait pas un caractère de tierce partie suffisant pour justifier un jugement commercial, compte tenu de la gravité de la situation financière d'Hynix.¹⁵⁰

4.228 La JIA a également relevé un certain nombre d'anomalies dans ce rapport pour lesquelles aucune explication satisfaisante n'a été fournie.¹⁵¹ Un autre fait tout aussi important est que les créanciers semblent ne pas avoir tenu compte de ces anomalies et qu'ils ont décidé de procéder à un investissement extrêmement risqué dans la société Hynix en se fondant sur ce rapport non fiable, ce qui jette un doute sur l'allégation générale formulée par les créanciers à savoir qu'ils avaient fondé leur décision sur le rapport de la Deutsche Bank et que cette décision était par conséquent raisonnable d'un point de vue commercial.

¹⁴² Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 261 à 268 (pièce JPN-02) pour l'analyse de la JIA concernant le programme d'octobre 2001 et *ibid.* paragraphes 322 à 327 en ce qui concerne le programme de décembre 2002.

¹⁴³ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 204 à 221 (pièce JPN-02).

¹⁴⁴ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 269 à 297 (pièce JPN-02).

¹⁴⁵ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 328 à 374 (pièce JPN-02).

¹⁴⁶ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 140 et 141 (pièce JPN-04) (non souligné dans l'original).

¹⁴⁷ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 340 à 342 (pièce JPN-02); annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 480 à 483 (pièce JPN-04).

¹⁴⁸ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 334 à 336 (pièce JPN-02); annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 472 à 474 (pièce JPN-04).

¹⁴⁹ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 526 et 528 (pièce JPN-04).

¹⁵⁰ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 338 à 342 (pièce JPN-02).

¹⁵¹ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 343 (pièce JPN-02); annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 489, 491 et 492, 495 à 499, 501 à 503, et 505.

4.229 L'offre faite par Micron en avril 2002 ne peut pas constituer un élément de preuve de la situation en décembre 2002 et le mémorandum d'accord conclu entre Hynix et Micron n'a pas été communiqué à la JIA au moment de l'enquête.¹⁵² Aucune des banques coréennes n'a dit qu'elle s'était appuyée sur l'offre de Micron pour évaluer la valeur d'Hynix.

- Arguments spécifiques de la Corée concernant le fait que les banques participantes n'avaient pas procédé à une analyse

4.230 Les pièces KOR-27 et KOR-29 confirment un certain nombre des constatations faites par la JIA concernant la Woori Bank. En ce qui concerne le programme d'octobre 2001, la pièce KOR-27 montre que la banque [[RCC]]; que le rapport d'Arthur Andersen [[RCC]] dans le programme d'octobre 2001; et que la Woori Bank a tenu compte [[RCC]]. En ce qui concerne le programme de décembre 2002, la pièce KOR-29 montre que la Woori Bank a accepté le rapport de la Deutsche Bank au pied de la lettre, malgré ses nombreuses lacunes tant d'un point de vue procédural que du point de vue du fond et bien qu'elle ait admis elle-même que la Deutsche Bank était [[RCC]].

e) Détermination de l'avantage

i) *Introduction et aperçu de l'argument du Japon*

4.231 La conclusion de la JIA selon laquelle Hynix ne pouvait pas trouver sur le marché commercial des fonds comparables à ceux mobilisés dans le cadre des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 était raisonnable et étayée par les faits figurant au dossier.¹⁵³ La participation à ces programmes des établissements financiers au sujet desquels la JIA n'a pas fait de constatation concernant la question de savoir s'ils ont fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, ne peut pas être le point de repère pour ce qui est de déterminer l'avantage étant donné que ces établissements financiers ont également agi en fonction de facteurs non commerciaux.

4.232 Les modalités et conditions des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient tellement faussées par les subventions antérieures, ainsi que par l'action concomitante des pouvoirs publics de charger ou ordonner en ce qui concerne cette subvention particulière, qu'elles n'ont pas été obtenues sur le marché commercial. Les éléments de preuve versés au dossier ont également établi entre autres que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus en ce qui concerne la teneur du rapport de la Deutsche Bank¹⁵⁴ qui exposait les conditions financières du programme de décembre 2002.

ii) *Réfutation des arguments de la Corée*

- L'argument vicié de la Corée est fondé sur la valeur d'exploitation

4.233 L'affirmation selon laquelle la valeur d'exploitation était supérieure à la valeur de liquidation et donc que la participation des banques reflétait le point de repère du marché est erronée et n'est pas

¹⁵² Voir la réponse du Japon à la question n° 44 du Groupe spécial (première réunion de fond).

¹⁵³ Ces faits incluent la situation financière désastreuse d'Hynix, qui se dégradait encore; ses mauvaises performances concernant le service de la dette; l'effondrement des cours après l'émission de GDR en juin 2001; le fait qu'aucun nouvel investisseur ne voulait investir dans Hynix, pas même les "fonds vautour"; le fait qu'aucun créancier existant n'avait fourni de financement en dehors des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002. Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 170, 261, 263, 265 à 268, 323, 324, 325 à 327, note de bas de page 47 (pièce JPN-02); et l'annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 448 (pièce JPN-04).

¹⁵⁴ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 334 à 336 (pièce JPN-02); annexe 3 de la détermination finale, paragraphes 472 à 474.

étayée.¹⁵⁵ Le rapport d'Arthur Andersen n'a été achevé qu'après que les décisions de participer eurent été prises et la valeur d'exploitation qu'il calcule était fondée sur la situation financière d'Hynix après l'obtention des financements effectifs dans le cadre du programme d'octobre 2001.¹⁵⁶ En ce qui concerne le rapport de la Deutsche Bank, les taux estimés de recouvrement dans les scénarios de redressement, c'est-à-dire les valeurs d'exploitation pour les créanciers, contiennent des erreurs et d'autres lacunes.

4.234 Ni l'article 1.1 b) ni l'article 14 ne prévoient une méthodologie particulière que l'autorité chargée de l'enquête doit utiliser lorsque aucun point de repère commercial tiré du marché effectif n'est disponible étant donné que "l'autorité chargée de l'enquête bénéficie d'une marge de manœuvre considérable pour adopter une méthodologie raisonnable".¹⁵⁷

4.235 En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle la JIA n'a pas examiné la pratique normale des participants à des transactions du même type, la Corée ne tient pas compte du fait que les pouvoirs publics coréens et d'autres parties intéressées ont refusé de communiquer des renseignements concernant les financements accordés à d'autres sociétés visées par la CRPA au cours de l'enquête, bien que la JIA les ait demandés. Cette dernière n'a donc pas pu examiner ces points de repère potentiels du marché.¹⁵⁸

- Argument vicié de la Corée qui utilise les banques – au sujet desquelles la JIA n'a pas établi de constatation sur le point de savoir si elles avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner – en tant que points de repère

4.236 À la lumière du fait que les banques auxquelles la JIA a envoyé des questionnaires étaient les principaux créanciers d'Hynix et qu'elles avaient été sélectionnées d'après les réponses des pouvoirs publics coréens sur ce point et la réponse de la KEB, principale banque appartenant au Conseil des créanciers d'Hynix (à savoir que les crédits de ces autres banques "étaient minimes" et que la KEB ne pensait pas "que ces renseignements soient nécessaires à la procédure d'enquête en matière de droits compensateurs"), la sélection des banques visées par l'enquête, établie par la JIA, était raisonnable.

4.237 L'article 14 n'exige pas de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle accepte comme point de repère un marché tellement faussé par l'intervention des pouvoirs publics que la capacité de la subvention à fausser les échanges ne serait pas dûment reconnue.¹⁵⁹ Exiger l'utilisation d'un point de repère aussi faussé amènerait à sous-estimer la capacité de la subvention à fausser les échanges.

4.238 Le "marché" dans la présente affaire est le financement qu'Hynix peut obtenir à des conditions commerciales auprès d'entités privées. Si les pouvoirs publics subventionnent lourdement une société, les entités privées mettront en place des arrangements financiers avec la société en se fondant sur la situation financière faussée par la subvention. Il est par conséquent clair que l'intervention des pouvoirs publics fausse "le marché" accessible à la société. Dans certains cas, comme celui qui nous intéresse, l'ampleur des subventions et le moment où elles ont été accordées font qu'elles n'ont pas seulement une incidence sur les conditions du financement mais qu'elles favorisent en fait l'existence de ce financement. À l'époque des programmes d'octobre 2001 et de

¹⁵⁵ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 343 (pièce JPN-02) et la déclaration liminaire du Japon, paragraphes 55 à 60.

¹⁵⁶ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 276 et 299, et note de page 362 (pièce JPN-02). Voir également la déclaration liminaire du Japon au cours de la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 32.

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial CE – *Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213.

¹⁵⁸ Voir également la première communication écrite du Japon, paragraphe 627 à 631.

¹⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphes 90 à 95.

décembre 2002, aucun investissement à des conditions commerciales n'était accessible à Hynix¹⁶⁰ et il était largement admis que la société ferait faillite en l'absence de nouveaux apports de fonds.¹⁶¹

4.239 Dans la présente affaire, la JIA n'a pas formulé de constatation sur la question de savoir si certaines banques avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner, mais cela ne signifie pas que ces banques constituent nécessairement un point de repère du marché. Ces autres créanciers n'avaient pas agi d'une manière raisonnable d'un point de vue commercial. Mis à part la Kookmin Bank, aucune de ces autres banques n'a répondu aux questionnaires de la JIA forçant celle-ci à recourir aux données de fait disponibles.¹⁶² En ce qui concerne le programme de décembre 2002, la JIA n'a pas eu d'autre choix que de procéder à l'établissement des faits à partir des renseignements communiqués par les banques qui avaient répondu aux questionnaires.

4.240 Des subventions telles que le financement D/A, le programme de la KDB et le programme de mai 2001 n'ont pas été accordées il y a longtemps. Elles sont demeurées en vigueur et ont permis à Hynix de survivre jusqu'au programme d'octobre 2001 lequel à son tour a permis à Hynix de rester en activité jusqu'au programme de décembre 2002. Compte tenu de l'ampleur des subventions accordées, il est évident que les modalités et conditions du financement consenti par ces banques dans le cadre des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient affectées et faussées par les programmes de sauvetage antérieurs.

4.241 Dans la présente affaire, le rôle des pouvoirs publics dans la restructuration d'Hynix par l'intermédiaire d'organismes publics et d'organismes privés ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner était si important tant avant la mise en œuvre des programmes effectifs visés par des droits compensateurs que pendant leur application, qu'une comparaison avec un marché privé faussé deviendrait totalement circulaire.

f) Imposition d'un droit compensateur sur des importations dont il a été constaté qu'elles ont fait l'objet d'un subventionnement pendant la période couverte par l'enquête

i) *Nature limitée de l'allégation de la Corée*

4.242 L'allégation de la Corée au titre des "articles 19 et 21" a été ramenée à ses arguments fondés sur les articles 19.4 et 21.1.

ii) *La détermination était parfaitement compatible avec l'article 19.4*

4.243 L'article 19.4 de l'Accord SMC fait explicitement référence au montant de la subvention "*dont l'existence aura été constatée*", c'est-à-dire qu'il utilise le passé du verbe "constater". L'existence d'une subvention ne peut être "constatée" que pendant la période couverte par l'enquête. Si l'interprétation de l'article 19.4 donnée par la Corée était acceptée, les autorités chargées de l'enquête ne pourraient pas compléter l'enquête car elles seraient forcées d'examiner le montant de l'avantage en même temps que l'imposition d'un droit compensateur.

iii) *La détermination était parfaitement compatible avec l'article 21.1*

4.244 L'article 21 porte sur "[la] durée et [le] réexamen des droits compensateurs ...". L'article 21 n'est pas applicable dans un différend portant sur l'imposition de droits compensateurs conformément

¹⁶⁰ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 190 (pièce JPN-02). Voir également l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 261 à 268 (pièce JPN-02) pour l'analyse de la JIA concernant le programme d'octobre 2001 et *ibid.*, paragraphes 322 à 327 en ce qui concerne le programme de décembre 2002.

¹⁶¹ Voir, par exemple, la déclaration orale de la Corée, paragraphe 59.

¹⁶² Voir l'annexe 1 de la détermination finale, note de bas de page 362 (pièce JPN-02).

à la détermination finale dans le cadre d'une enquête. L'interprétation de la Corée irait à l'encontre de l'intention claire des rédacteurs qui ont choisi de placer l'article 21.1 dans la disposition portant sur les *réexamens*, plutôt que dans l'article 19 qui impose des disciplines concernant les *enquêtes*.

iv) *L'article VI du GATT de 1994 et les dispositions de l'Accord SMC fournissent un soutien textuel irréfutable à la position du Japon*

4.245 L'article VI du GATT de 1994 et les dispositions de l'Accord SMC fournissent un appui textuel essentiel s'agissant de l'utilisation d'une période couverte par l'enquête pour déterminer le montant de la subvention. L'article VI:3 du GATT de 1994 prévoit, notamment, que la subvention est celle "**que l'on sait avoir été accordée**". Les rédacteurs ont utilisé le passé (faisant référence à une subvention "que l'on sait avoir été accordée" plutôt que le présent (une subvention "accordée"). Le droit compensateur peut être imposé sur la base d'une subvention "que l'on sait avoir été accordée" avant l'imposition du droit, c'est-à-dire pendant la période couverte par l'enquête.

4.246 Au titre des articles 10 et 11.1 de l'Accord SMC, l'autorité chargée de l'enquête détermine l'existence de la subvention (c'est-à-dire le subventionnement), ainsi que le degré de subventionnement (c'est-à-dire le montant de la subvention) au moment allégué dans la demande. L'article 15 prévoit que la détermination de l'existence d'une subvention doit précéder l'examen du dommage effectué par l'autorité chargée de l'enquête. Par conséquent, la détermination du montant des subventions, qui constitue la base permettant de déterminer l'existence d'un subventionnement, doit également reposer sur des données antérieures au moment correspondant à la période où l'existence du dommage est déterminée. Ces dispositions éclairent l'article 19 à savoir qu'une détermination finale doit être faite sur la base des éléments de preuve figurant au dossier qui portent sur la période couverte par l'enquête. L'article 19.4 quant à lui autorise l'imposition de droits compensateurs lorsque l'existence d'une subvention a été "constatée" pendant la période couverte par l'enquête. Rien dans l'Accord SMC n'exige une *nouvelle détermination* de l'existence d'une subvention au moment de l'imposition des droits.

v) *La Corée suppose à tort que l'autorité chargée de l'enquête a "imputé la totalité" des subventions à la période 2001-2005*

4.247 La JIA n'a fait *aucune* constatation concernant la date d'expiration des effets de la subvention non récurrente accordée dans le cadre du programme d'octobre 2001 mais a seulement déterminé que le montant de la subvention à imputer à la période couverte par l'enquête représentait un cinquième du montant initialement accordé de la subvention non récurrente. Cette détermination était une constatation de l'imputation de la subvention pour 2003 et ne représente pas une constatation selon laquelle le montant approprié de la subvention à imputer à 2004 ou 2005 serait nécessairement un cinquième du montant total de la subvention.¹⁶³

4.248 La question de l'imputation des subventions à des années ultérieures doit être déterminée après examen des faits pertinents pour ces années au cours d'une procédure de réexamen au titre de l'article 21 de l'Accord SMC. La JIA n'a fait aucune constatation concernant le montant de l'avantage qui pourrait être imputé à la période après la période visée par l'enquête ni la manière dont ce montant serait imputé. Une telle constatation ne peut pas être faite en même temps que l'imposition d'un droit compensateur, notamment parce que le coefficient d'imputation à utiliser pour calculer le montant de l'avantage pour les périodes ultérieures pertinentes et le montant résiduel de la subvention peuvent également changer.¹⁶⁴

¹⁶³ Déclaration orale de la Corée, paragraphe 90.

¹⁶⁴ Voir le paragraphe 51 de la norme comptable internationale 16 (pièce JPN-15).

vi) *L'allégation de la Corée ne tient pas compte des constatations pertinentes de l'Organe d'appel*

4.249 Le Japon a cité un certain nombre de précédents de l'OMC¹⁶⁵ qui étayaient directement son argument et il a réfuté l'argument de la Corée. La Corée n'a pas formulé d'observations sur le fondement de ces décisions. En outre, les similarités des caractéristiques de l'*Accord antidumping* et de l'*Accord SMC* conduisent à la conclusion logique que les deux Accords devraient être interprétés de manière similaire, lorsque cela est possible. Rien, ni dans l'*Accord antidumping* ni dans l'*Accord SMC*, n'oblige l'autorité chargée de l'enquête à recalculer le taux du droit antidumping ou du droit compensateur en l'absence d'une action positive.

g) Effets des subventions dans la détermination de l'existence d'un dommage

i) *Lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage*

4.250 L'article 15.5 de l'*Accord SMC* exige de l'autorité chargée de l'enquête uniquement qu'elle démontre "un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale" et qu'elle procède à une analyse de non-imputation dans laquelle elle examine "les facteurs connus autres que les importations subventionnées" pour s'assurer que tout dommage causé par ces facteurs connus n'est pas imputé aux importations subventionnées. Les "effets" sont ceux définis à l'article 15.2 et 15.4. L'article 15.5 ne contient aucune prescription additionnelle concernant une évaluation indépendante de l'effet de la subvention elle-même.

4.251 Étant donné que le "préjudice grave" au titre de l'article 6.3 de l'*Accord SMC* est un "concept complètement différent de celui du dommage" au titre de l'article 15, l'article 6.3 ne crée pas de prescription au titre de l'article 15. Selon les indications de l'Organe d'appel, les dispositions parallèles relatives au lien de causalité avec le dommage dans l'*Accord antidumping* ne spécifient aucune méthode ou approche analytique particulière.¹⁶⁶ Les dispositions de l'*Accord antidumping* qui correspondent à l'article 15.1 et 15.2 de l'*Accord SMC* "n'énoncent pas une méthode spécifique".¹⁶⁷ Les "méthodes et approches particulières" pour les analyses de non-imputation au titre de l'article 15.5 "ne sont pas prescrites"¹⁶⁸ et "l'article 15.5 n'impose aucune méthode particulière pour la conduite de l'analyse du lien de causalité qui y est prescrite".¹⁶⁹

ii) *La JIA a constaté à juste titre que les exportations d'Hynix, par les effets des subventions, causaient un dommage à la branche de production nationale*

4.252 Même en supposant, pour les besoins de l'argumentation, que l'article 15.5 exige de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle examine le lien de causalité entre les effets des subventions et le dommage, la JIA s'est conformée à l'article 15.5 en constatant que les importations subventionnées causaient un dommage à la branche de production nationale par les effets des subventions étant donné que les subventions elles-mêmes permettaient l'achat des importations subventionnées causant ainsi un dommage à la branche de production nationale. En fait, Hynix a pu rester en activité et notamment exporter ses DRAM vers le Japon, uniquement à cause des subventions.

¹⁶⁵ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linde de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 123; et le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 165 (non souligné dans l'original, notes de bas de page omises). Voir également le rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.102.

¹⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 224.

¹⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linde de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 113.

¹⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 224.

¹⁶⁹ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.405.

G. DEUXIÈMES DÉCLARATIONS ORALES DE LA CORÉE

4.253 Les arguments présentés par la Corée dans ses deuxièmes déclarations orales sont résumés ci-après.

1. Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial

a) Introduction

4.254 La présentation liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial porte sur quatre points: 1) la juste compréhension de la tâche du Groupe spécial dans la présente procédure, 2) la méthode appropriée pour déterminer si la restructuration de la dette dont il est allégué qu'elle est ordonnée par les pouvoirs publics confère un avantage au bénéficiaire, 3) la relation entre l'amortissement d'un avantage conféré par une subvention et la durée du droit compensateur, et 4) la prescription exigeant que soit formulée une constatation selon laquelle les importations subventionnées, par les effets de la subvention, causent un dommage à la branche de production nationale.

b) La tâche du Groupe spécial dans la présente procédure

i) *L'interprétation des accords pertinents*

4.255 Bien qu'il semble y avoir un énorme fossé entre le point de vue de la Corée et celui du Japon dans la présente affaire, il existe certaines règles fondamentales d'interprétation des termes des Accords de l'OMC sur lesquels les parties devraient pouvoir s'entendre.

4.256 *Premièrement*, le Groupe spécial doit commencer son analyse par un examen du texte de la disposition pertinente, en donnant à chaque terme son sens. *Deuxièmement*, les différents termes des accords doivent être "interprété[s] de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but". Et, *troisièmement*, le Groupe spécial doit faire preuve de prudence lorsqu'il donne des dispositions une lecture qui n'est pas étayée par le texte lui-même.

4.257 L'application de ces principes aux faits de la cause devrait être simple. Par exemple, afin d'interpréter correctement les dispositions de l'*Accord SMC* relatives aux "parties intéressées", il est nécessaire d'attribuer un sens au mot "intéressé". L'interprétation du Japon – qui permettrait à l'autorité chargée de l'enquête de qualifier de "partie intéressée" toute entité à laquelle elle envoie un questionnaire rendrait le mot "intéressé" totalement superflu.

4.258 De même, l'interprétation de la première clause de la première phrase de l'article 14 doit refléter les termes effectifs de cette disposition – qui est axée sur les méthodes effectivement *utilisées* par l'autorité chargée de l'enquête. Une autorité chargée de l'enquête qui *utilise* des méthodes non prévues dans sa législation ou ses réglementations d'application nationales n'agit pas de manière compatible avec les prescriptions de la première clause de la première phrase de l'article 14, quelles que soient les autres méthodes qui peuvent être décrites dans la législation ou les réglementations d'application.

4.259 Enfin, l'expression "transfert direct de fonds" à l'alinéa i) de l'article 1.1. a) 1) doit être interprétée à la lumière du sens ordinaire de ces termes – qui ne recouvre pas les reports de l'échéance des prêts ni l'échange de créances contre des participations. La suggestion du Japon selon laquelle l'*Accord SMC* doit être lu d'une manière large ne peut pas primer sur le sens clair des termes de l'*Accord* et en particulier de l'expression "transfert de fonds".

ii) *Prescription relative à la fourniture d'éléments prima facie*

4.260 Le Japon a fait valoir à plusieurs reprises que la Corée dans plusieurs cas n'avait pas fourni d'éléments *prima facie*. Mais l'utilisation d'une expression latine ne devrait pas obscurcir les obligations dans la présente affaire. La Corée n'a pas l'obligation de prouver qu'il n'existait pas de subvention ni que les constatations de la JIA étaient fausses d'un point de vue factuel. En fait, la Corée doit seulement montrer que la JIA n'a pas satisfait aux prescriptions de l'Accord SMC. Il y a plusieurs manières pour la Corée de s'acquitter de cette obligation – par exemple en identifiant les cas dans lesquels la JIA n'a pas tenu compte des éléments de preuve, n'a pas envisagé d'autres explications possibles, n'a pas dûment imposé la charge de la preuve, a indûment recouru aux données de fait disponibles au lieu d'utiliser les renseignements spécifiques par créanciers, ou a fondé sa détermination sur des hypothèses non étayées. Si la Corée démontre qu'il y avait de telles erreurs, elle a alors établi que la décision de la JIA était incompatible avec les obligations découlant de l'Accord SMC – même si la Corée ne prouve pas que les hypothèses de la JIA étaient en fait erronées.

iii) *Prescriptions en matière de preuve au titre de l'Accord SMC*

4.261 L'Organe d'appel a déclaré que les éléments de preuve sur lesquels s'appuie l'autorité chargée de l'enquête dans une procédure en matière de droits compensateurs doivent "démontrer" que les critères pertinents relatifs aux subventions existent. En outre, l'Organe d'appel a précisé qu'en appliquant le critère d'examen défini à l'article 11 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux devaient entreprendre un examen "critique et approfondi" pour "vérifier si le raisonnement de l'autorité [était] cohérent et logique au plan interne" et pour s'assurer qu'elle "avait été saisie d'éléments de preuve positifs à l'appui des inférences qu'elle a faites et des conclusions qu'elle a tirées".¹⁷⁰ Comme l'Organe d'appel l'a précisé, "[u]ne autorité chargée de l'enquête qui utilise une méthode reposant sur des hypothèses non étayées ne procède pas à un examen fondé sur des éléments de preuve positifs".¹⁷¹

4.262 La décision de la JIA ne peut pas résister à un tel examen. Considérons par exemple la façon dont elle a traité le report de l'échéance des prêts et l'échange de créances contre des participations. L'"avis concernant les faits importants" de la JIA "présumait" que ces transactions comportaient un processus en deux étapes par lequel Hynix remboursait d'abord en totalité l'encours de sa dette et les créanciers utilisaient ensuite les fonds obtenus d'Hynix pour lui consentir de nouveaux prêts et prendre de nouvelles participations au capital social. Cette hypothèse est toutefois illogique et complètement dénuée de fondement. Il n'y avait aucun élément de preuve montrant qu'Hynix, ses créanciers ou un quelconque prêteur ou investisseur en Corée considéraient effectivement que le report de l'échéance des prêts et l'échange de créances contre des participations équivalaient à des remboursements intégraux suivis de nouveaux prêts et de nouvelles prises de participations au capital social – en particulier à la lumière de l'insolvabilité d'Hynix.

4.263 Un problème similaire peut être observé à propos de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, établie par la JIA. L'analyse de cette dernière concernant l'action de "charger ou ordonner" est bâtie sur l'hypothèse que, à la lumière de la "dégradation de la situation financière d'Hynix ... il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal". Aucun élément de preuve n'était cependant cette hypothèse. En réalité, les créanciers privés agissant uniquement d'un "point

¹⁷⁰ Voir 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, WT/DS277/AB/RW, 13 avril 2006, paragraphe 93.

¹⁷¹ Mexique – Mesures antidumping définitives visant la viande de bœuf et le riz, WT/DS295/AB/R, 29 novembre 2005, paragraphe 205.

de vue commercial normal" concluent régulièrement des transactions de restructuration avec des créanciers insolvable dont les finances se dégradent.

4.264 Le Japon a tenté de détourner l'attention du Groupe spécial des hypothèses non étayées, des inférences déraisonnables et des autres vices évidents dans l'analyse de la JIA en invoquant le concept de "la totalité des éléments de preuve". L'interprétation du Japon est toutefois fondamentalement illogique. Lorsque l'autorité chargée de l'enquête invoque la "totalité des éléments de preuve" pour étayer ses constatations, elle adopte forcément la position que *tous* les éléments de preuve identifiés comme étayant sa conclusion lui avaient servi de base pour parvenir à cette conclusion. Après tout, si certains des éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée s'avèrent être incorrects, ou avoir été analysés de façon incorrecte, alors la logique de la décision initiale de l'autorité chargée de l'enquête – qui était fondée sur un examen de *tous* les éléments de preuve – n'est plus défendable.

4.265 De l'avis de la Corée, les éléments de preuve cités par la JIA sont insuffisants à première vue pour étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Mais même s'il y avait un doute, le Groupe spécial ne peut pas confirmer une décision qui prétend être fondée sur la "totalité des éléments de preuve" alors que certains des éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée s'avèrent être incorrects ou incompatibles avec l'interprétation de l'autorité chargée de l'enquête.

c) Détermination de l'existence d'un avantage

i) *Le critère approprié*

4.266 Comme nous l'avons mentionné, l'analyse relative à l'existence d'un avantage effectuée par la JIA "présumait" que les transactions de restructuration étaient des nouveaux prêts et de nouvelles participations au capital social de la part des créanciers dont les créances préexistantes avaient déjà été remboursées en totalité. La JIA a par conséquent utilisé les pratiques des investisseurs en considérant les "nouveaux" prêts et investissements comme le point de repère de son analyse relative à l'existence d'un avantage. Cette analyse est cependant fondamentalement incompatible avec les constatations de fait établies par la JIA à savoir qu'Hynix n'était pas en mesure de rembourser l'encours de sa dette au moment des transactions de restructuration.

4.267 Le problème pour les créanciers d'Hynix était qu'ils ne pouvaient pas récupérer leur argent auprès d'Hynix parce que celle-ci était insolvable. Les créanciers devaient par conséquent s'efforcer de maximiser leurs gains étant donné qu'ils avaient déjà investi leur argent dans Hynix. Ils n'avaient pas l'option de reprendre leur argent en totalité et de l'investir ailleurs. Le comportement de personnes ayant effectivement cette option n'est par conséquent pas pertinent pour l'analyse des options ouvertes aux créanciers d'Hynix.

4.268 Le Japon a admis que la JIA n'avait pas examiné les pratiques commerciales normales des créanciers de sociétés insolvable. Le Japon a également admis que la JIA n'avait pas fait de constatation concernant les valeurs d'exploitation et de liquidation d'Hynix au moment des restructurations – alors que ces chiffres auraient été d'une importance cruciale pour des créanciers de sociétés insolvable agissant conformément aux pratiques habituelles du marché. En l'absence de telles constatations, il n'y avait pas de base d'éléments de preuve pour étayer la conclusion de la JIA selon laquelle les restructurations étaient incompatibles avec les points de repère du marché.

ii) *Éléments de preuve relatifs aux valeurs d'exploitation et de liquidation d'Hynix*

4.269 Les éléments de preuve dont était saisie la JIA incluaient des rapports de divers conseillers financiers et d'experts de la branche de production, ainsi que des analyses effectuées par les créanciers

eux-mêmes, confirmant que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation au moment de la restructuration d'octobre 2001 et de celle de décembre 2002.

4.270 Dans son analyse de la restructuration d'octobre 2001, la JIA n'a pas tenu compte des évaluations réalisées par des consultants extérieurs parce que les versions finales des rapports n'avaient été achevées qu'après l'approbation de la restructuration. Mais, même si la JIA avait raison quant au moment où ces rapports ont été achevés, cela n'affecterait pas l'analyse relative à l'existence d'un *avantage*. Comme le Japon l'a reconnu, des créanciers agissant conformément aux pratiques habituelles du marché auraient obtenu des analyses similaires. Disposant de tels chiffres, des créanciers agissant conformément aux pratiques habituelles du marché auraient accepté de restructurer la dette d'Hynix. Par conséquent, Hynix n'a bénéficié d'aucun avantage découlant de l'action alléguée de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

4.271 Dans son analyse de la restructuration de décembre 2002, la JIA a adopté une approche différente: elle a allégué que le rapport établi par le consultant extérieur était si manifestement vicié qu'aucun créancier agissant conformément aux pratiques habituelles du marché ne l'aurait pris comme base. La JIA a cependant atteint cette conclusion en considérant des déclarations hors contexte et en décrivant des désaccords minimes concernant la présentation comme des éléments de preuve de l'existence d'erreurs. En réalité, ces critiques étaient dénuées de fondement. Une analyse objective et impartiale aurait permis de constater que le rapport du consultant financier concernant la restructuration de décembre 2002 était compatible avec les pratiques normales des conseillers financiers aidant les créanciers à décider de la manière d'agir envers un débiteur insolvable et qu'en s'appuyant sur ce rapport, les créanciers avaient agi conformément aux pratiques normales du marché.

4.272 Dans l'ensemble, il n'y avait pas d'élément de preuve étayant l'affirmation de la JIA selon laquelle les restructurations étaient incompatibles avec les pratiques normales du marché. Par conséquent, la constatation de la JIA relative à l'existence d'un avantage conféré à Hynix dans le cadre des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 était incompatible avec les prescriptions de l'*Accord SMC*.

iii) *Participation de créanciers n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner*

4.273 La JIA a constaté que quatre seulement des banques ayant participé aux restructurations avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens. La JIA n'a pas constaté une action de charger ou ordonner à l'égard de la centaine d'autres établissements financiers qui ont participé à la restructuration aux mêmes conditions. En fait, la JIA n'a même pas contacté la plupart de ces établissements – bien que bon nombre d'entre eux aient détenu une plus grande part de la dette d'Hynix que certaines des banques effectivement visées par l'enquête de la JIA.

4.274 Le Japon a affirmé que la JIA avait raison de ne pas tenir compte du comportement des établissements financiers qu'elle n'avait jamais contactés, parce que la situation financière d'Hynix au moment des restructurations était faussée par les subventions antérieures. Les arguments du Japon concernant la pertinence des subventions antérieures sont toutefois incompatibles avec les dispositions de l'article 14 de l'*Accord SMC*. L'article 14 prévoit que l'avantage conféré par une subvention doit être mesuré uniquement d'après la différence entre les conditions auxquelles se fait la transaction subventionnée et les conditions auxquelles se ferait une transaction équivalente servant de point de repère du marché. L'approche proposée par le Japon par contre définirait l'avantage conféré par les subventions comme comprenant non seulement la différence entre le financement subventionné et les points de repère du marché, mais également tout financement futur, même si ce financement futur était parfaitement compatible avec les points de repère du marché.

4.275 Comme la Corée l'a démontré, l'interprétation du Japon conduirait également à des résultats absurdes, à savoir que deux sociétés identiques bénéficiant de subventions identiques dans une

période antérieure et d'un financement identique pendant la période couverte par l'enquête pourraient néanmoins être visées par des droits compensateurs très différents. Une telle interprétation de l'*Accord SMC* ne peut pas être correcte.

d) Imposition de droits au-delà de la période d'amortissement

4.276 Il est incontestable que l'avantage allégué conféré par la subvention résultant de la restructuration d'octobre 2001 a été imputé en totalité à la période allant de 2001 à 2005 suivant les méthodes adoptées par la JIA dans sa détermination. Étant donné qu'il a été constaté par le Japon que la transaction en question était une subvention non récurrente, il n'existait pas de base permettant de supposer qu'elle pourrait d'une manière ou d'une autre être réactivée pour constituer une nouvelle subvention et conférer de nouveaux avantages à l'avenir.

4.277 Le Japon a laissé entendre qu'il pourrait y avoir une certaine incertitude quant au taux de subventionnement en 2006, parce que le volume des ventes ou de la production utilisé comme dénominateur pour le calcul du taux de droit en 2006 était inconnu au moment où la JIA a établi sa décision. Cependant, quel que soit le niveau des ventes d'Hynix en 2006, le taux de droit relatif à la restructuration d'octobre 2001 aurait été nul – parce qu'un avantage conféré par une subvention égal à zéro divisé par quelque nombre que ce soit aboutit à un taux nul.

4.278 Le Japon affirme également qu'il était possible que la période d'amortissement de la subvention ait pu changer après la détermination établie par la JIA – par exemple, si la durée de vie estimée des actifs d'Hynix, et par conséquent la période d'amortissement de la subvention, était modifiée. Mais cette question est également dénuée de pertinence: les durées de vie estimées des actifs d'Hynix au cours de toute la période d'amortissement étaient déjà connues au moment où la JIA a établi sa détermination finale en janvier 2006, parce que la période d'amortissement avait pris fin en décembre 2005.

4.279 Dans la présente affaire, la JIA savait au moment où elle a pris sa décision en janvier 2006 qu'il n'y avait plus d'avantage résultant de la restructuration d'octobre 2001. Elle savait que le droit n'était plus nécessaire pour contrebalancer un quelconque subventionnement allégué résultant de la restructuration d'octobre 2001. En conséquence, l'imposition de droits est incompatible avec les dispositions de l'article 21.1 de l'*Accord SMC* qui précise spécifiquement que "les droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage". En outre, elle est également incompatible avec la prescription de l'article 19.4, selon laquelle "il ne sera perçu, sur un produit importé, aucun droit compensateur dépassant le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée ...".

e) Lien de causalité avec le dommage "par les effets des subventions"

4.280 Le Japon fait valoir que l'expression "par les effets des subventions" à la première phrase de l'article 15.5 n'a pas de signification distincte et que le seul but de cette première phrase de l'article 15.5 est d'introduire les autres phrases de l'article 15.5. L'interprétation du Japon ne peut toutefois pas être correcte, car cela ne donnerait pas de sens à chaque mot de la première phrase de l'article 15.5 – ni d'ailleurs de la première phrase de l'article 15.5 dans son ensemble.

4.281 Dans la détermination qu'elle a établie dans la présente affaire, la JIA n'a jamais dit qu'il n'était pas nécessaire de montrer que le dommage avait été produit "par les effets de la subvention". Au contraire, la JIA a allégué que les éléments de preuve montraient que le dommage avait été produit "par les effets de la subvention", parce que le simple fait qu'Hynix était encore en activité, et en mesure d'exporter, montrait que les subventions alléguées l'avaient sauvée de la faillite. Cependant, comme l'a montré la Corée, cette conclusion n'a aucun sens. Conformément aux lois coréennes sur la faillite, la "faillite" d'Hynix aurait conduit à une restructuration de la dette et non à sa liquidation tant

que la valeur d'exploitation de la société était supérieure à sa valeur de liquidation. Rien n'étaye l'hypothèse de la JIA selon laquelle Hynix aurait été liquidée sans les subventions alléguées.

4.282 Le Japon a répondu que rien dans l'*Accord SMC* n'exigeait que la JIA fasse des constatations concernant le fonctionnement des lois coréennes sur la faillite. Cependant, c'était la JIA (et non la Corée) qui avait choisi de fonder l'analyse du lien de causalité sur une hypothèse concernant la manière dont la faillite aurait affecté la production et les exportations d'Hynix. C'est la JIA qui a affirmé, sans aucun élément de preuve à l'appui, que la faillite aurait nécessairement obligé Hynix à cesser la production et l'exportation. Étant donné que l'affirmation de la JIA n'était tout simplement pas étayée (et était en fait totalement fausse) la détermination établie par la JIA ne peut pas être confirmée au regard du critère d'examen pertinent.

f) Conclusion

4.283 La logique qui a conduit la JIA à constater une action de "charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics et à conclure que l'action alléguée des pouvoirs publics avait conféré un avantage à Hynix est viciée. Les créanciers ont agi dans leur propre intérêt bien pensé et les restructurations de la dette auxquelles ils ont procédé étaient compatibles avec les pratiques habituelles du marché suivies par les créanciers de sociétés insolvables. En conséquence, il n'y avait aucune raison de supposer, comme l'a fait la JIA, qu'il devait y avoir eu une ingérence des pouvoirs publics et il n'y a aucune raison de conclure que l'action alléguée de charger ou ordonner a permis à Hynix d'être "mieux lotie". Puisque la détermination de la JIA était incompatible avec la logique fondamentale, l'expérience quotidienne et les prescriptions de l'*Accord SMC*, elle ne peut pas être confirmée par le Groupe spécial.

2. Déclaration finale de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial

4.284 La Corée a longuement examiné au cours de ses réunions avec le Groupe spécial et dans ses communications écrites antérieures les circonstances entourant les restructurations d'Hynix qui sont au cœur de la présente affaire. Comme nous l'avons noté, il ne fait aucun doute qu'Hynix traversait une crise financière et n'était pas en mesure de rembourser sa dette dans sa totalité au moment des restructurations. Toutefois, contrairement à ce que le Japon semble penser, la situation financière difficile d'Hynix ne constituait pas l'aboutissement de l'analyse, mais seulement son point de départ.

4.285 La Corée a présenté des arguments – fondés sur les éléments de preuve et les déterminations établies par la JIA elle-même – qui, de l'avis de la Corée, amènent forcément à la conclusion qu'il n'y avait pas d'action de charger ou ordonner, qu'il n'y avait pas d'avantage et qu'il n'y avait pas de dommage produit par les effets des subventions. De l'avis de la Corée, il est clair que la situation d'Hynix ne laissait à ses créanciers aucune autre option réelle que de restructurer sa dette. Le Japon, semble-t-il, veut mettre hors la loi la faillite et les renégociations informelles de la dette. La réponse est claire: la restructuration de la dette d'Hynix n'était pas le résultat d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à la suite de laquelle Hynix était mieux lotie qu'avec les autres possibilités fondées sur le jeu du marché, mais constituait le résultat attendu par des créanciers rationnels qui suivaient les pratiques habituelles du marché.

4.286 Néanmoins, comme nous l'avons noté précédemment, la Corée n'est pas tenue dans la présente procédure de prouver qu'il n'y avait pas de subventions. Elle est seulement tenue de montrer que la JIA ne s'est pas acquittée de ses obligations au titre de l'*Accord SMC*.

4.287 Le Japon a accusé à plusieurs reprises la Corée de ne pas présenter d'éléments *prima facie*. Examinons par exemple le paragraphe 27 de la réponse du Japon aux questions de la Corée, dans lequel le Japon déclare ce qui suit:

Le Japon note qu'il appartient à la Corée de montrer des éléments *prima facie* en ce qui concerne la valeur d'Hynix, au cas où elle était liquidée conformément aux dispositions pertinentes des lois coréennes sur la faillite, si la Corée souhaite formuler une allégation dans le présent différend.

En droit, cette déclaration est tout simplement fausse. La charge de prouver qu'il n'y avait pas de subventions n'incombe pas à la Corée. Il lui incombe simplement d'établir que les constatations de la JIA n'étaient pas compatibles avec les prescriptions de l'*Accord SMC*.

4.288 Pour examiner si la JIA a satisfait à ces prescriptions, il peut être utile de s'arrêter un moment pour étudier certaines des choses que, comme le reconnaît le Japon, la JIA n'a pas faites. Entre autres, dans sa réponse aux questions de la Corée, le Japon a admis que la JIA n'avait pas fait de constatations sur le point de savoir quelle aurait pu être la valeur d'exploitation ou la valeur de liquidation d'Hynix au moment des restructurations.¹⁷² Dans sa déclaration lors de la deuxième réunion du Groupe spécial, le Japon a admis que la JIA n'avait pas fait de constatations sur le point de savoir ce que les créanciers d'Hynix – ou d'autres agents privés dans la position des créanciers d'Hynix prenant des décisions conformes aux pratiques habituelles du marché – auraient fait en l'absence de l'action alléguée de charger ou ordonner.

4.289 Cela ressort clairement des paragraphes 33 à 36 de la déclaration liminaire du Japon. Au paragraphe 33, le Japon déclare explicitement qu'"Hynix n'aurait pas été en mesure de demeurer en activité si la situation était restée telle quelle, c'est-à-dire si ses créanciers n'avaient pas pris des mesures pour permettre à la société de rester en activité". Mais, dans la phrase suivante, le Japon précise ce qui suit:

Cette constatation ne signifie cependant pas que la JIA a fait une constatation quant aux dispositions que les créanciers d'Hynix auraient prises si aucune subvention n'avait été accordée. Le fait est dans la présente affaire qu'il n'y a pas eu une restructuration potentielle mais que des subventions réelles ont été consenties pour sauver Hynix.¹⁷³

Dans ces deux phrases, le Japon a admis que la JIA n'avait aucune base pour formuler une constatation de l'existence d'un avantage dans la présente affaire.

4.290 Comme l'Organe d'appel l'a dit clairement, une constatation de l'existence d'un avantage au titre des articles 1^{er} et 14 exige une détermination selon laquelle le bénéficiaire est "mieux loti" que si les autres possibilités disponibles sur le marché pertinent avaient été adoptées.¹⁷⁴ Le Japon a admis que la JIA n'avait fait aucune constatation concernant les autres possibilités disponibles sur le marché pertinent si l'action alléguée de charger ou ordonner ne s'était pas produite. Le Japon a donc admis que la JIA n'avait fait aucune constatation sur le point de savoir si l'action alléguée de charger ou ordonner avait permis à Hynix d'être "mieux lotie".

4.291 S'il y avait le moindre doute quant à ce qu'il voulait dire, le Japon a répété à deux reprises encore que la JIA n'avait pas examiné ce qui se serait passé sans les subventions alléguées. Selon le Japon, "la question de savoir si une autre restructuration théorique aurait sauvé Hynix, si les subventions n'avaient pas été accordées, *n'est pas une question pertinente*".¹⁷⁵ Le Japon admet que la JIA n'a pas examiné ce qui arriverait lors d'une restructuration fondée sur le jeu du marché parce que

¹⁷² Voir la réponse du Japon aux premières questions de la Corée, paragraphes 23 à 27.

¹⁷³ Deuxième déclaration liminaire du Japon, paragraphe 34.

¹⁷⁴ Voir, par exemple, *Canada – Mesures visant l'exportation des avions civils*, WT/DS70/AB/R, 2 août 1999, paragraphe 157.

¹⁷⁵ Deuxième déclaration liminaire du Japon, paragraphe 35 (pas d'italique dans l'original).

ce n'est pas ce qui est arrivé; selon le Japon, ce qui est arrivé c'est un octroi de subventions. De l'avis du Japon, examiner les "autres plans de sauvetage potentiels" aurait été "inutile".¹⁷⁶

4.292 Au titre de l'Accord SMC, cependant, examiner les "autres plans de sauvetage potentiels" qui auraient été disponibles sur le marché n'est pas "inutile". C'est même au contraire là tout l'objet de l'exercice. Une contribution financière des pouvoirs publics n'est pas une subvention tant qu'elle ne confère pas un avantage au bénéficiaire et elle ne confère un avantage au bénéficiaire que si elle permet à celui-ci d'être "mieux loti" que les autres possibilités fondées sur le jeu du marché. En déclarant que l'analyse des autres possibilités fondées sur le jeu du marché était "inutile", le Japon a tout simplement donné de l'Accord une lecture qui excluait la prescription relative à l'avantage. De toute évidence, le Groupe spécial ne peut pas confirmer ce résultat.

4.293 La Corée s'est manifestement acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait dans la présente procédure: dans ses communications, elle a identifié les cas dans lesquels la JIA n'a pas tenu compte des éléments de preuve, n'a pas envisagé d'autres explications possibles, n'a pas dûment imposé la charge de la preuve, a indûment recouru aux données de fait disponibles au lieu d'utiliser les renseignements spécifiques par créanciers et a fondé sa détermination sur des hypothèses non étayées. En conséquence, la Corée a établi que la décision de la JIA était incompatible avec les obligations découlant de l'Accord SMC. Dans sa déclaration lors de la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, le Japon a admis que la Corée avait raison.

H. DEUXIÈMES DÉCLARATIONS ORALES DU JAPON

4.294 Les arguments présentés par le Japon dans ses deuxièmes déclarations orales sont résumés ci-après.

1. Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial

a) Les arguments de la Corée fondés sur des théories économiques ne sont pas pertinents

4.295 À la lumière de son absence de pertinence et du critère d'examen appliqué par le Groupe spécial, l'argument de la Corée fondé sur des théories économiques ne peut pas servir de base au Groupe spécial pour procéder à une quelconque évaluation de la détermination de la JIA.

b) Les méthodes du Japon sont prévues conformément à l'article 14

4.296 L'application de la méthode au titre de l'article 14 doit seulement relever des méthodes "prévues dans". Au-delà de la prescription "prévue dans", l'article 14 ne précise pas un niveau particulier de détail.¹⁷⁷

c) Les "hypothèses" alléguées par la Corée

i) *La première catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est fondée sur une interprétation erronée de la détermination de la JIA*¹⁷⁸

4.297 La JIA a d'abord fait une constatation selon laquelle il n'y avait pas de financement disponible du point de vue des investisseurs extérieurs. La JIA a ensuite examiné les créanciers existants en se fondant *"sur le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances"*.¹⁷⁹ La JIA a examiné les décisions

¹⁷⁶ Id.

¹⁷⁷ Rapport du Groupe spécial États-Unis – Bois de construction résineux IV, paragraphe 92.

¹⁷⁸ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphes 51 et 59.

¹⁷⁹ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 141 (pièce JPN-04) (pas d'italique dans l'original).

effectivement prises par les créanciers existants en examinant les processus et les documents effectivement pris en compte par les créanciers.

- ii) *La deuxième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est en réalité une constatation de fait fondée sur les éléments de preuve versés au dossier*¹⁸⁰

4.298 La deuxième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée n'est pas une hypothèse mais une constatation de fait, à savoir que les pouvoirs publics coréens sont effectivement intervenus dans la préparation par les créanciers existants des programmes de sauvetage d'Hynix et dans la décision prise par différentes banques d'accorder un financement à Hynix.¹⁸¹

- iii) *La troisième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est fondée sur une interprétation erronée des constatations de la JIA et des éléments de preuve*¹⁸²

4.299 La troisième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée concerne la constatation de l'existence d'un dommage faite par la JIA. Cette dernière n'a pas supposé, mais constaté, qu'Hynix a été en mesure de poursuivre la production et les exportations en raison des subventions accordées par les pouvoirs publics coréens.¹⁸³

- iv) *La quatrième catégorie d'"hypothèse" alléguée par la Corée est en réalité une constatation de fait fondée sur les éléments de preuve versés au dossier*¹⁸⁴

4.300 La quatrième catégorie d'"hypothèse" alléguée est contredite par la détermination finale. La Corée n'a identifié aucun cas dans lequel les arguments des pouvoirs publics coréens et des autres parties intéressées n'ont pas été pris en compte et elle n'a identifié aucun élément de preuve spécifique versé au dossier à l'appui de cette affirmation.

- d) Éléments de preuve positifs et critère d'examen

- i) *Application erronée par la Corée d'un critère relatif aux "éléments de preuve positifs"*

4.301 Les constatations de l'Organe d'appel citées par la Corée¹⁸⁵ concernent uniquement les déterminations de l'existence d'un dommage au titre de l'article 3 de l'Accord antidumping et de l'article 15 de l'Accord SMC.

- ii) *Les éléments de preuve non versés au dossier ne devraient pas être examinés*

4.302 Indépendamment de la manière dont la Corée tente de décrire les éléments de preuve non versés au dossier qu'elle soumet, à la lumière de l'article 12.2 et du critère d'examen appliqué par le Groupe spécial, il est évident que le fait que la JIA n'a pas examiné ces éléments de preuve et les arguments fondés sur eux qui lui ont été présentés n'affecte pas le caractère raisonnable de la détermination établie par la JIA. Les pièces KOR-34, 42, 43 et 44 devraient également être exclues de l'examen du Groupe spécial.

¹⁸⁰ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 51.

¹⁸¹ Voir, par exemple, l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 269 à 275 et 328 à 337.

¹⁸² Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 51 et 79.

¹⁸³ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 550 et 605 (pièce JPN-02).

¹⁸⁴ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 53.

¹⁸⁵ Voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphes 6, 68 à 70, 79, notes de bas de page 5, 50 à 53 et 66 dans lesquels la Corée cite les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux VI*, paragraphe 92 et *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 204.

e) Parties intéressées

i) *L'argument de la Corée concernant ce que recouvrent les "parties intéressées" est dénué de fondement*

4.303 L'argument de la Corée concernant ce que recouvrent les parties intéressées au titre de l'article 12.9 de l'Accord SMC est incompatible avec les articles 12.9 et 23 de l'Accord SMC.

ii) *L'argument de la Corée concernant les "données de fait disponibles défavorables" est dénué de fondement*

4.304 La JIA n'a pas recouru aux "données de fait disponibles défavorables", et la Corée n'a pas montré comment les exemples qu'elle propose peuvent être considérés comme des "données de fait disponibles défavorables".

f) Recettes abandonnées/transfert de fonds

i) *L'interprétation donnée par la Corée du "transfert de fonds" est erronée*

4.305 L'argument de la Corée selon lequel un "transfert de fonds" signifie uniquement que de "l'argent change de mains" n'est pas fondé.

ii) *Report de l'échéance des prêts et échange de créances contre des participations*

4.306 La JIA a estimé qu'un report de l'échéance des prêts consistait en deux éléments (le prêt initial était remboursé et un nouveau prêt était accordé) et que l'échange de créances contre des participations consistait en deux éléments (le prêt existant était annulé et des actions étaient émises). Ces interprétations sont raisonnables et parfaitement compatibles avec la nature de ces transactions.

g) Contribution financière

i) *Le "syllogisme" dont parle la Corée est une interprétation erronée*

4.307 L'argument de la Corée relatif à un "syllogisme" est fondé soit sur une interprétation erronée, soit sur une présentation inexacte de la constatation effectivement faite par la JIA concernant la contribution financière.

ii) *Décisions de la Woori Bank et de la Chohung Bank*

4.308 Un examen des éléments de preuve pertinents dans leur totalité indique que les décisions de ces banques n'étaient pas fondées sur un point de vue commercial.

iii) *La constatation de la JIA concernant l'intention des pouvoirs publics était raisonnable*

4.309 La JIA a pris en compte tous les éléments de preuve versés au dossier, a examiné ces éléments de preuve et a formulé des constatations concernant le poids et la crédibilité de ces éléments de preuve à la lumière des autres éléments de preuve et des faits.

iv) *Le Décret n° 408 du Premier Ministre n'interdit pas une intervention des pouvoirs publics*

4.310 Contrairement à ce qu'affirme la Corée, l'article 5 du décret autorise les sociétés de services financiers à "demander la coopération ou l'aide des établissements financiers, etc.; aux fins de la

stabilité du marché financier ..." et les habilite à formuler de telles requêtes auprès des pouvoirs publics coréens.

h) Avantage

i) *L'argument de la Corée selon lequel les créances d'Hynix étaient sans valeur est dénué de fondement*

4.311 Les éléments de preuve versés au dossier montrent que les prêts ont été échangés pour le montant intégral du principal.¹⁸⁶

ii) *L'argument de la Corée concernant la valeur d'exploitation est dénué de fondement*

- Les arguments de la Corée sont fondés sur des hypothèses non étayées par des éléments de preuve

4.312 Même en supposant, pour les besoins de l'argumentation, que la valeur d'exploitation était supérieure à la valeur de liquidation, les éléments de preuve contredisent l'hypothèse selon laquelle les créanciers participeraient par conséquent toujours à la restructuration.¹⁸⁷

4.313 La JIA a examiné les éléments de preuve concernant le processus effectif de prise de décisions des différentes banques en tenant compte de la possibilité qu'elles participent même lorsque aucun investisseur extérieur ne le ferait d'un point de vue commercial, mais a constaté que les établissements financiers avaient participé après avoir pris en considération des facteurs non commerciaux.¹⁸⁸ La JIA a conclu que ces programmes n'avaient pas été mis en place sur une base commerciale et, en conséquence, ne pouvaient pas être le point de repère utilisé pour déterminer l'existence de l'avantage.¹⁸⁹ La JIA a également établi que les modalités et conditions des programmes reposaient sur la situation financière d'Hynix qui était fortement faussée par les subventions.¹⁹⁰ Ces faits démontrent que ces modalités et conditions ont été obtenues à cause des pouvoirs publics.

- Les constatations faites par la JIA concernant le programme d'octobre 2001 étaient raisonnables

4.314 Les éléments de preuve versés au dossier montrent que la Woori Bank et la Chohung Bank n'ont pas évalué les options disponibles lorsqu'elles ont décidé de participer au programme d'octobre 2001, contrairement à l'affirmation de la Corée selon laquelle "tout créancier" envisageant les options possibles "**exigerait** une analyse montrant l'effet qu'aurait le choix de **chacune** de ces options".¹⁹¹ D'autres créanciers d'Hynix ont décidé de participer sans examiner l'évaluation du rapport d'Arthur Andersen.

- Les constatations faites par la JIA concernant le programme de décembre 2002 étaient raisonnables

¹⁸⁶ Voir Variance of New Equity Issuance and Capital Amount (pièce JPN-24).

¹⁸⁷ Voir l'annexe 1 de la Détermination finale, paragraphe 200 (pièce JPN-02).

¹⁸⁸ Voir l'annexe 1 de la Détermination finale, paragraphes 278 à 288, 299, 347 à 365 et 376, et note de bas de page 362 (pièce JPN-02).

¹⁸⁹ Voir l'annexe 1 de la Détermination finale, paragraphes 299 et 376 (pièce JPN-02).

¹⁹⁰ Voir l'annexe 1 de la Détermination finale, paragraphes 299 et 376 (pièce JPN-02).

¹⁹¹ Deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 184. (pas d'italique ni de caractère gras dans l'original)

4.315 Le rapport de la Deutsche Bank n'était pas vraiment un rapport de tierce partie indépendante et il a été élaboré sous la supervision des pouvoirs publics coréens qui sont intervenus pour demander à la Deutsche Bank de revoir le rapport après examen du projet.¹⁹²

4.316 La Corée ne tient pas compte des valeurs d'exploitation calculées au regard de la totalité [[RCC]]. La JIA a raisonnablement constaté que l'absence d'analyse concernant [[RCC]]¹⁹³ était étrange. L'examen par la Deutsche Bank [[RCC]] nécessite un examen des détails de la faisabilité [[RCC]].

4.317 La JIA a fait observer que le rapport de la Deutsche Bank n'expliquait pas pourquoi celle-ci s'était fondée sur un taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent pour évaluer la validité de la valeur de liquidation au lieu du taux de [[RCC]] pour cent. Pour les créanciers, ces taux de recouvrement constitueraient un point important pour examiner s'ils seraient mieux lotis, mais le rapport de la Deutsche Bank ne mentionnait pas ce fait important. La JIA a constaté à juste titre que les calculs relatifs au taux de recouvrement dans le cadre [[RCC]] dans le rapport de la Deutsche Bank auraient [[RCC]].¹⁹⁴ Hynix a admis qu'une erreur avait été faite dans le rapport.¹⁹⁵

- La manière dont la JIA a traité les autres créanciers était raisonnable

4.318 La JIA a raisonnablement identifié les établissements financiers qui devraient être visés par l'enquête et a constaté que les autres créanciers avaient participé aux programmes de sauvetage pour des raisons non commerciales.

- Distorsion du marché causée par les subventions antérieures

4.319 La JIA a constaté qu'Hynix avait été en mesure d'obtenir un financement aux modalités et conditions de ces programmes à cause des subventions antérieures et, par conséquent, que ces modalités et conditions n'étaient pas celles qui pouvaient être obtenues sur le marché commercial.¹⁹⁶ Cette constatation est distincte de la constatation selon laquelle d'autres créanciers avaient pris la décision de participer en se fondant sur des considérations non commerciales.

4.320 La question qui se pose est celle du rôle des pouvoirs publics dans la structuration des prix du marché. Les subventions des pouvoirs publics coréens ont joué un rôle prédominant pour ce qui était de créer les modalités et conditions des programmes. À la lumière du pouvoir discrétionnaire dont dispose la JIA pour calculer l'avantage¹⁹⁷, le calcul de l'avantage effectué par elle lorsqu'il n'y avait pas de point de repère du marché comparable est raisonnable.

- La JIA a raisonnablement constaté que les subventions antérieures causaient une distorsion

4.321 La Corée suppose à tort qu'Hynix aurait pu racheter sa dette à une valeur actualisée sans tenir compte des éléments de preuve versés au dossier qui montraient le contraire.

¹⁹² Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 334 et 335 (pièce JPN-02). Voir également l'annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 526 (pièce JPN-04) (la NACF a déclaré que "malgré l'intervention des pouvoirs publics, la conclusion du ... rapport *demeurait* que la "normalisation de l'activité" d'Hynix était hautement prioritaire"). (pas d'italique dans l'original)

¹⁹³ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 344 (pièce JPN-02).

¹⁹⁴ Voir la note 5) page 13 du rapport de la Deutsche Bank (pièce KOR-20).

¹⁹⁵ Voir l'annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 500 (pièce JPN-04).

¹⁹⁶ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 299 et 376 (pièce JPN-02).

¹⁹⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Bois de construction résineux IV, paragraphe 92.

4.322 Pour déterminer les prêts commerciaux disponibles, la JIA a examiné le taux d'intérêt qu'Hynix pouvait obtenir, en se fondant sur les renseignements concernant les sociétés dont la situation était similaire. L'argument de la Corée selon lequel la JIA aurait dû recourir à "la pratique habituelle" des créanciers est sans fondement.

i) Spécificité

4.323 Les programmes pertinents ont été conçus et exécutés exclusivement pour Hynix et sont donc en droit spécifiques à Hynix.

j) Modification de la structure du capital

4.324 Les programmes de sauvetage d'Hynix ne peuvent pas être évalués comme une "modification de la structure du capital" au sens des constatations de l'Organe d'appel.¹⁹⁸

k) Imputation des subventions

4.325 L'article 21 de l'*Accord SMC* porte sur la situation après l'imposition d'un droit compensateur et ne s'applique donc pas à une enquête initiale.¹⁹⁹ Comme la Corée en a convenu, le "retrait" d'une subvention prévu à l'article 19.1 exige une action positive de la part des pouvoirs publics ou du bénéficiaire, ce qui ne s'est pas produit. Ni l'article 19.1 ni l'article 21 n'étaient l'argument de la Corée.

l) Détermination de l'existence d'un dommage

4.326 L'argument de la Corée, selon lequel l'utilisation dans l'*Accord SMC* de la même expression ("l'effet de la subvention") tant pour un préjudice grave que pour un dommage important nécessite une analyse identique, ne tient pas compte du fait que l'expression est utilisée dans des dispositions différentes.

2. Déclaration finale du Japon à la deuxième réunion du Groupe spécial

a) Introduction

4.327 Le Japon aimerait examiner certains points importants concernant lesquels la Corée présente des arguments dans sa déclaration liminaire.

b) Interprétation erronée par la Corée de l'obligation qui lui incombe d'établir des éléments *prima facie*

4.328 L'argument de la Corée concernant des éléments *prima facie*²⁰⁰ est totalement erroné. Comme le Japon l'a déjà expliqué²⁰¹, "des éléments *prima facie* doivent être fondés sur "des éléments de preuve et une argumentation juridique" avancés par la partie plaignante en relation avec chacun des éléments de l'allégation".²⁰² Ainsi, l'argument de la Corée selon lequel "[établir des éléments *prima facie* signifie simplement que la Corée] doit présenter des arguments suffisants pour persuader le

¹⁹⁸ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphes 117 et suivants.

¹⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 70 (non souligné dans l'original).

²⁰⁰ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 12 à 17.

²⁰¹ Première communication écrite du Japon, paragraphes 24 à 27.

²⁰² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 140 et 141 (italique dans l'original). Voir également le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 136.

Groupe spécial"²⁰³ est faux – un tel argument doit être fondé sur des éléments de preuve. En outre, les exemples donnés par la Corée comme étant des cas dans lesquels, selon le Japon, elle n'avait pas établi d'éléments *prima facie*²⁰⁴ sont tous des cas dans lesquels la Corée a commencé par formuler une allégation, ou essayé de formuler une allégation, que le Japon a réfutée en soulignant que la Corée n'avait pas établi d'éléments *prima facie* en présentant l'allégation en question. Par exemple, en réponse à l'argument avancé par la Corée, à savoir qu'aucun fondement rationnel n'étayait la constatation de la JIA selon laquelle les parts d'Hynix n'avaient aucune valeur, le Japon a d'abord démontré, aux paragraphes 414 et 415 de sa première communication écrite, qu'il y avait une base raisonnable pour étayer la détermination de la JIA, puis il a signalé, au paragraphe 416 de cette communication citée par la Corée, que cette dernière n'avait pas établi d'éléments *prima facie* pour contredire le caractère raisonnable de la constatation de la JIA. Pas une seule fois au cours de la présente procédure de groupe spécial, le Japon n'a demandé à la Corée d'établir *prima facie* que les pouvoirs publics coréens n'avaient pas fourni de subventions à Hynix. Chacun des cas cités par le Japon montrant que la Corée n'a pas établi d'éléments *prima facie* indique que la Corée n'a pas établi *prima facie* le bien-fondé de son allégation selon laquelle l'enquête et la détermination faites par la JIA avaient été incompatibles avec les prescriptions de l'Accord SMC.

c) Communication d'un "argument" devant un Groupe spécial

4.329 Le Japon aimerait préciser son point de vue sur l'exemple donné par la Corée concernant la recevabilité d'une preuve mathématique à la seconde réunion du Groupe spécial. Si une telle preuve mathématique est pertinente pour le différend dont un groupe spécial est saisi, elle peut faire l'objet d'un examen par le Groupe spécial. Dans un tel cas, l'appendice 4 du Mémoire d'accord peut devenir pertinent. Par contre, si une preuve mathématique est dénuée de pertinence pour la question dont est saisi le Groupe spécial, tout argument fondé sur une telle preuve sera de même dénué de pertinence. C'est là une question de pertinence et non de recevabilité. En tant que question distincte, dans une affaire qui porte sur la question de savoir si l'autorité chargée de l'enquête aurait dû prendre en considération une preuve mathématique donnée, à moins que les éléments de preuve et les arguments figurant au dossier de l'enquête ne démontrent que l'autorité chargée de l'enquête était saisie de la preuve mathématique en question, une communication *a posteriori* d'éléments de preuve ou la présentation d'un argument concernant une telle preuve mathématique n'est pas recevable à la lumière du critère d'examen appliqué par un Groupe spécial.²⁰⁵

d) L'argument de la Corée concernant l'interprétation du report de l'échéance des prêts et de l'échange de créances contre des participations est dénué de fondement

4.330 La déclaration liminaire de la Corée concernant le report de l'échéance des prêts et l'échange de créances contre des participations montre que son argument est fondé sur une mauvaise compréhension de la constatation de la JIA et des déclarations du Japon. Le Japon ne fait pas valoir, et la JIA n'a pas constaté, qu'"Hynix remboursait d'abord en totalité l'encours de sa dette et que les créanciers utilisaient ensuite ces fonds pour lui consentir de nouveaux prêts et prendre de nouvelles participations au capital social" comme l'a allégué la Corée.²⁰⁶ Les déclarations de la JIA concernant la nature de ces transactions, comme cela a été dit aux paragraphes 103 et 104 des "Faits essentiels" constituent l'interprétation raisonnable des faits donnée par la JIA et non les faits eux-mêmes. Il ne

²⁰³ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 13. Voir également *ibid.*, paragraphe 16.

²⁰⁴ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 13.

²⁰⁵ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphes 30 à 36, la deuxième communication écrite du Japon, paragraphes 5 à 15, la déclaration liminaire du Japon à la première réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 2 à 11, et la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 2 à 6.

²⁰⁶ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 25.

s'agit pas de remplacer une constatation fondée sur des éléments de preuve par une hypothèse comme l'allègue la Corée. La question de l'interprétation doit être distinguée de la question de l'établissement des faits.

4.331 La tentative faite par la Corée pour diviser l'échange de créances contre des participations entre annulation de la dette et émission d'actions n'est pas compatible avec le fait que la "participation au capital social" est clairement qualifiée de transfert direct de fonds à l'article 1.1 a) 1) i). La Corée fait valoir que l'échange de créances contre des participations est un type d'annulation de la dette qui doit entrer dans les catégories de l'article 1.1 a) 1) ii). Cependant, si l'on donne une certaine valeur monétaire à une société émettant des actions en échange de l'action, c'est cette transaction qui constitue la prise de participation au capital social. La Corée n'a fourni aucune explication de ce décalage apparent entre son interprétation et la nature de la transaction.

- e) L'argument de la Corée concernant l'analyse des différentes banques était fondé sur une partie isolée des éléments de preuve et ne tenait pas compte d'autres éléments de preuve pertinents

4.332 La Corée fait à nouveau valoir dans sa déclaration liminaire que la Woori Bank avait pris en compte les pertes escomptées, la valeur d'exploitation d'Hynix et la valeur de liquidation dans le programme d'octobre 2001.²⁰⁷ La Corée là encore a examiné isolément uniquement une partie des éléments de preuve, en ne tenant pas compte des autres éléments de preuve, contrairement à la JIA qui a examiné les éléments de preuve dans leur totalité. S'agissant du programme d'octobre 2001, la Woori Bank n'a pas pris en considération toutes les options disponibles, comme cela a été dit dans la déclaration liminaire du Japon.²⁰⁸ En outre, la Woori Bank a souligné à de nombreuses reprises des préoccupations relatives à l'intérêt public, comme [[RCC]].²⁰⁹ En outre, le Président de la Woori Bank a dit ce qui suit, même avant que le programme d'octobre 2001 ne soit élaboré: "Si le Conseil des établissements financiers créanciers accepte de soutenir Hynix, nous pouvons transformer la dette actuelle d'Hynix en investissement. Nous pouvons également fournir une aide financière supplémentaire"²¹⁰, ce qui indique que la Woori Bank avait donné la priorité à certains intérêts pour sauver Hynix aux dépens de ses propres intérêts économiques.

4.333 Comme cet exemple le montre, les allégations de la Corée concernant l'analyse des différentes banques sont fondées sur une présentation extrêmement sélective d'une partie des éléments de preuve et elles ne prennent pas en compte la totalité des éléments de preuve versés au dossier, ignorant la détermination de la JIA et demandant ainsi au Groupe spécial de procéder à un examen *de novo*.

- f) La Corée admet maintenant que la Deutsche Bank a préparé le rapport en sa capacité de conseiller financier d'Hynix

4.334 Bien que la Corée ait auparavant mis en doute la constatation de la JIA selon laquelle la relation contractuelle entre Hynix et la Deutsche Bank faisait peser des doutes sur le caractère neutre et extérieur du rapport de la Deutsche Bank²¹¹, elle reconnaît maintenant que la Deutsche Bank était

²⁰⁷ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 25 et 54. La Corée a aussi présenté des arguments concernant l'examen par la Chohung Bank du programme d'octobre 2001 et l'examen par la Woori Bank du programme de décembre 2002, mais ces arguments ont déjà été réfutés par le Japon dans ses communications antérieures et cela ne sera pas répété ici.

²⁰⁸ Déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 70.

²⁰⁹ Voir les éléments de preuve énumérés dans la note de bas de page 347 de l'annexe 1 de la détermination finale (pièce JPN-02-347).

²¹⁰ Annexe 1 de la détermination finale, note de bas de page 348 (pièce JPN-02). Voir également les éléments de preuve énumérés dans ce document (pièce JPN-02-348).

²¹¹ Voir, par exemple, la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphes 191 et 192 (citant l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 340 (pièce JPN-02)).

"le conseiller financier d'*Hynix*"²¹² et admet donc que le conseiller financier ne représentait pas exclusivement les créanciers d'Hynix. Que la Deutsche Bank était un des conseillers financiers d'Hynix est un fait que la JIA a pris en considération en relation avec les autres faits pertinents.

g) Le rapport de la Deutsche Bank n'est pas au-dessus de tout examen

4.335 La Corée laisse entendre que la JIA aurait dû s'en remettre au rapport de la Deutsche Bank parce qu'il avait "été élaboré par une des principales sociétés mondiales de services financiers".²¹³ Cependant, on ne peut pas partir du principe que la bonne réputation d'un conseiller financier implique nécessairement que son travail est fiable. En fait, les pouvoirs publics coréens eux-mêmes ont reconnu que l'objectivité de conseillers financiers très réputés pouvait être compromise.²¹⁴ Dans le contexte du programme d'octobre 2001 par exemple, le Ministère coréen des finances et de l'économie a reconnu devant l'Assemblée nationale que "les banques créancières ne jugeaient pas le rapport [de Salomon Smith Barney] fiable et qu'un organisme différent et objectif devait procéder à l'évaluation."²¹⁵ Comme la Deutsche Bank, Salomon Smith Barney était une des principales sociétés mondiales. La suggestion de la Corée selon laquelle une bonne réputation est synonyme de fiabilité dans le présent différend ne cadre pas avec l'intervention des pouvoirs publics coréens dans le rapport de la Deutsche Bank. La Corée fait complètement abstraction des éléments de preuve versés au dossier montrant que les pouvoirs publics coréens "ont demandé [à la Deutsche Bank] de réviser la teneur ... [manquant à] leur promesse ... de ne pas intervenir dans les inspections effectuées par ... la Deutsche Bank" et que les pouvoirs publics coréens "ont demandé à la Deutsche Bank de réviser le plan".²¹⁶

h) La portée de l'action alléguée de charger ou ordonner de la Corée, fondée sur sa propre théorie économique est contraire à la portée prévue par l'*Accord SMC*

4.336 La Corée allègue que l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics n'est pas pertinente parce que les créanciers n'avaient pas d'autres options que de continuer à financer Hynix.²¹⁷ De l'avis de la Corée, les créanciers n'avaient pas d'autre choix que de "procéder aux nouveaux investissements nécessaires ... dès lors que la valeur d'exploitation de la société dépass[ait] la valeur de liquidation".²¹⁸ Cet argument est vicié sur les plans juridique, factuel et théorique.

4.337 Sur le plan juridique, le fait que les pouvoirs publics ont "forcé la main" des créanciers pourrait être un exemple de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics et il est parfaitement pertinent en ce qui concerne une action de charger ou ordonner au titre de l'article 1.1 a) 1) iv). Une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics peut être constatée lorsque cette action de charger ou ordonner est un des facteurs influençant la décision des créanciers de financer le débiteur. L'interprétation de la Corée selon laquelle les créanciers ne feraient jamais l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics dès lors que la valeur d'exploitation est supérieure à la valeur de liquidation, indépendamment de la manière dont les pouvoirs publics interviennent, constitue une interprétation erronée de l'*Accord SMC*. Cela n'est pas forcément la seule base de leur décision d'assurer un financement.

²¹² Déclaration liminaire de la Corée, paragraphe 50.

²¹³ Déclaration liminaire de la Corée, paragraphe 73.

²¹⁴ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 276 (pièce JPN-02); annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 367 (pièce JPN-04).

²¹⁵ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 367 (pièce JPN-04).

²¹⁶ Annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 334 (pièce JPN-02).

²¹⁷ Voir la déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 44 ("que les pouvoirs publics leur aient forcé la main ou les aient laissés libre d'agir, les créanciers n'avaient pas l'option de reprendre leur argent intégralement et de l'investir ailleurs").

²¹⁸ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 49.

4.338 Sur le plan factuel, les créanciers d'Hynix ne pouvaient pas offrir les modalités et conditions des programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 avant l'intervention des pouvoirs publics coréens. Le programme d'octobre 2001 a ensuite offert trois options parmi lesquelles les créanciers pouvaient choisir. Dans la présente affaire par conséquent les banques pouvaient choisir différentes options et les pouvoirs publics disposaient d'une certaine marge de manœuvre pour charger les créanciers de fournir un financement à Hynix ou leur ordonner de le faire.

4.339 Sur le plan théorique, les créanciers ont toujours la possibilité de demeurer créanciers d'une société en difficulté ou d'effectuer un rachat et de quitter la société. La valeur d'exploitation est toujours fondée sur les prévisions d'avenir. En conséquence, une telle prévision comporte toujours un élément d'incertitude. Les créanciers évaluent en général le risque de non-réalisation des prévisions. Le résultat de cette évaluation peut varier selon les créanciers. Par exemple un investissement additionnel qui aboutit à un échec pourrait menacer l'existence même du créancier. En fonction de la situation du débiteur et des différents créanciers il n'est pas raisonnable d'un point de vue commercial qu'un créancier accorde un financement aveuglément même si la valeur d'exploitation dépasse la valeur de liquidation. Dans ce contexte, ce qui devient pertinent est l'évaluation du risque faite par les créanciers. Une théorie économique sur le comportement des créanciers ne dicte nullement ce que fera un créancier donné dans une situation donnée. L'argument de la Corée constitue tout simplement une mauvaise utilisation d'une théorie. Une théorie ne décide pas de la réalité.

i) L'enquête de la JIA a suffisamment couvert les établissements financiers représentant Hynix

4.340 En ce qui concerne les établissements financiers créanciers d'Hynix sélectionnés par la JIA, la Corée ne tient pas compte des éléments de preuve effectivement présentés par Hynix au cours de l'enquête.²¹⁹ Les listes communiquées par Hynix au cours de l'enquête confirment que l'enquête de la JIA couvre suffisamment les établissements financiers créanciers représentant Hynix, étant donné que la JIA a envoyé ses questionnaires à 18 établissements financiers, représentant [[RCC]] pour cent de la dette totale d'Hynix sur 19 établissements financiers, représentant [[RCC]] pour cent identifiés dans la liste en octobre 2001 et à huit établissements financiers, représentant [[RCC]] pour cent de la dette totale sur dix établissements financiers représentant [[RCC]] pour cent identifiés dans l'autre liste en décembre 2002. En outre, la KEB, qui est la principale banque d'Hynix et préside le Conseil des établissements financiers créanciers d'Hynix, a aussi répondu ce qui suit: "nous avons décidé d'omettre la totalité des 114 noms de sociétés parce que le montant de leurs crédits était minime" et "nous ne pensons pas que ces renseignements soient nécessaires à la procédure d'enquête en matière de droits compensateurs".²²⁰ Par conséquent, l'autorité chargée de l'enquête a raisonnablement constaté qu'elle avait suffisamment couvert les établissements financiers créanciers représentant Hynix.

j) L'interprétation des règlements communautaires donnée par la Corée est incorrecte; les règlements communautaires étayaient en réalité le point de vue du Japon

4.341 La citation faite par la Corée de l'article 15 1) des règlements antisubventions des CE n'étaye pas son argument concernant la relation entre une période d'amortissement et les droits compensateurs.²²¹ La disposition selon laquelle sauf "... ***s'il est démontré que [les subventions] ne confèrent plus d'avantage***" étaye la position du Japon selon laquelle une détermination sur le point de

²¹⁹ Éléments de preuve énumérés dans la note de bas de page 2 de l'annexe 3 (pièce JPN-04-2).

²²⁰ Annexe 3 de la détermination finale, paragraphe 10 (pièce JPN-04) et éléments de preuve énumérés à la note de bas de page 3 de l'annexe 3 (pièce JPN-04-3).

²²¹ Déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 95. Comme la Corée a déjà admis que l'expiration d'une période d'amortissement n'équivaut pas au "retrait d'une subvention" (voir la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphe 150), la citation de la Corée concernant le retrait d'une subvention est dénuée de pertinence.

savoir si une subvention ne confère plus d'avantage après la période couverte par l'enquête nécessite une nouvelle enquête qui démontre ce fait. Il n'y a pas eu de telle "démonstration" dans la présente affaire.

- k) L'interprétation donnée par la Corée de l'expression "dont l'existence aura été constatée" est prise hors du contexte de l'*Accord SMC*

4.342 Le commentaire *ad hoc* de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial sur le terme "constaté" à l'article 19.4, tout en étant intéressant d'un point de vue grammatical, n'ébranle en rien l'interprétation du Japon, laquelle est amplement étayée par le texte de cet article et le contexte des autres articles de l'*Accord SMC* et par l'article V:3 du GATT comme l'a précisé l'Organe d'appel dans les rapports *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*²²² et *CE – Linge de lit (article 21:5 – CE)*²²³ et les rapports des groupe spéciaux *États-Unis – Plomb et bismuth* et *États-Unis – Plomb et bismuth II*.²²⁴

- l) Conclusion

4.343 En conclusion, le Japon aimerait rappeler ses obligations au titre de l'*Accord SMC*. L'*Accord* stipule certaines obligations pour les autorités chargées de l'enquête: demander des renseignements, accepter des renseignements et des arguments, les examiner, parvenir à des conclusions motivées et expliquer leurs conclusions. La JIA a fait cela et l'a fait raisonnablement. Ainsi en appliquant son critère d'examen, qui est d'examiner si la JIA a agi raisonnablement, le Groupe spécial devrait constater que le Japon s'est acquitté des obligations qui découlent pour lui de l'*Accord SMC*. Le Japon aimerait remercier le Groupe spécial de son examen attentif et des efforts qu'il a déployés dans le présent différend.

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1 Les arguments des tierces parties, à savoir la Chine, les Communautés européennes et les États-Unis, sont exposés dans les communications écrites et les déclarations orales qu'elles ont adressées au Groupe spécial, ainsi que dans leurs réponses aux questions. Les arguments des tierces parties tels qu'elles les ont présentés dans leurs communications écrites et déclarations orales sont résumés dans la présente section.

A. COMMUNICATION ÉCRITE DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.2 Les arguments avancés par la Chine dans sa communication écrite en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

1. Introduction

5.3 Dans sa communication de tierce partie, la Chine présente ses vues sur deux points fondamentaux dont il est question dans le présent différend: i) le point de savoir si l'effet de subventions antérieures pourrait constituer un motif valable de rejet d'un point de repère du marché principal; et ii) pour des subventions non récurrentes qui sont imputées dans le temps, le point de

²²² Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphes 165 et 166.

²²³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 – CE)*, paragraphe 123.

²²⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, paragraphe 6.57. Voir également le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth*, paragraphe 6.50. Pour un examen additionnel de ce point, voir la première communication écrite du Japon, paragraphes 479 à 502, la deuxième communication écrite du Japon, paragraphes 135 à 139, et la déclaration liminaire du Japon à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 149 à 153.

savoir si la période d'imposition des droits compensateurs à l'encontre de ces subventions peut se prolonger au-delà de la période d'imputation établie par l'autorité chargée de l'enquête.

2. Effets des subventions antérieures sur le point de repère du marché principal

5.4 Au cours de l'enquête menée par la JIA, il a été établi que les décisions d'investissement des entités privées ont été influencées par la situation financière d'Hynix, améliorée par les subventions antérieures, et pour cette raison et d'autres motifs, la JIA a refusé de considérer ces décisions d'investissement comme un point de repère du marché.

5.5 Premièrement, la Chine observe que le seuil pour l'abandon d'un point de repère principal est très élevé. En vertu de l'article 14 a) et b) de l'*Accord SMC*, le point de repère du marché pour la prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise est la pratique **habituelle** concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire du Membre visé, alors que le point de repère pour les prêts consentis par les pouvoirs publics est le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait **effectivement** obtenir sur le marché. De l'avis de la Chine, les mots "habituelle" et "effectivement" impliquent tous deux que les points de repère mentionnés dans l'article 14 renvoient aux actions d'entités privées sur le marché. Ainsi, dans le présent différend, la décision de participer aux restructurations en cause prise par ces établissements financiers privés, dont il n'a pas été constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, représente manifestement la pratique habituelle et effective des investisseurs privés et constitue donc un point de repère du marché principal pour mesurer les avantages conférés par les subventions accordées, selon les allégations, par les pouvoirs publics coréens.

5.6 Se référant aux principes que l'Organe d'appel a établis dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* au sujet du paragraphe d) de l'article 14, la Chine fait observer que, pour abandonner un point de repère principal, l'autorité chargée de l'enquête doit constater que le seuil élevé est atteint c'est-à-dire, comme dans l'affaire en question, que les prix pratiqués dans le secteur privé sont alignés sur les prix des produits fournis par les pouvoirs publics de sorte qu'il n'y a pas de différence notable entre les deux. La Chine estime que ce seuil élevé devrait être appliqué dans le présent différend qui met en jeu les paragraphes a) et b) de l'article 14.

5.7 Selon la Chine, les actions des établissements financiers privés dans le présent différend représentent la réaction **effective** du marché à l'égard de la **même** entreprise cible et dans les circonstances particulières entourant l'entreprise et les transactions en cause. Ces actions sont plus convaincantes que les modalités et conditions que le bénéficiaire "**pourrait**" obtenir sur le marché.

5.8 Par conséquent, d'après la Chine, à moins que l'autorité chargée de l'enquête ne possède dans son dossier des éléments de preuve suffisants montrant que les décisions d'investissement prises par les entités privées sont si faussées qu'elles ne tiennent pas compte de la situation réelle sur le marché, ces décisions en tant que points de repère du marché principaux ne devraient pas être rejetées à la légère.

5.9 Deuxièmement, la Chine ne juge pas approprié de compter, comme la JIA le fait, les effets et l'influence des subventions antérieures parmi les facteurs justifiant le rejet du point de repère principal.

5.10 Pour la Chine, un investisseur privé rationnel tiendra sans aucun doute compte de la situation financière de l'entreprise cible avant de prendre la décision d'investir. Toutefois, il n'a pas à se préoccuper de savoir si cette situation financière se trouve améliorée par les effets de subventions antérieures. D'après ce que comprend la Chine de la position de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le point de repère du marché sera constitué des modalités et conditions offertes au

bénéficiaire au moment de la transaction et selon la situation particulière de celui-ci. Ce point de repère du marché n'est assorti d'aucune condition selon laquelle le bénéficiaire ne doit pas avoir reçu de subventions antérieures.

5.11 En outre, la Chine fait observer que, dans le cas d'une enquête en matière de droits compensateurs visant des subventions multiples, l'existence d'un avantage ainsi que son montant devraient être évalués de manière indépendante pour chaque contribution financière à titre individuel. Toutefois, dans le cas d'espèce, la Chine note que, bien que la JIA ait adopté cette approche, il a été finalement décidé que les subventions antérieures avaient amélioré la situation d'Hynix et que, par conséquent, les décisions d'investissement prises par les institutions financières privées avaient été faussées par ces subventions antérieures. D'après la Chine, une telle position de la JIA serait problématique dans une enquête en matière de droits compensateurs visant des programmes de subventions multiples en ce sens que cela signifierait que, dès lors que l'existence d'une subvention antérieure est constatée, l'action suivante de l'investisseur privé serait toujours entachée par cette subvention. Selon l'approche de la JIA, cela peut probablement rendre le point de repère du marché principal inutilisable et sans objet. De l'avis de la Chine, une telle position porterait atteinte à la notion fondamentale d'avantage et aux principes directeurs énoncés à l'article 14 de l'*Accord SMC*.

5.12 En résumé, la Chine estime que, vu le seuil élevé de rejet d'un point de repère principal, l'effet de subventions antérieures sur la situation financière de l'entreprise en cause ne peut pas constituer un facteur approprié pour justifier le rejet en tant que point de repère du marché des actions des investisseurs privés.

3. La période d'imposition par rapport à la période d'imputation

5.13 Le second point sur lequel la Chine entend formuler des observations est la question de savoir si, dans le cas de subventions non récurrentes imputées dans le temps, la période d'imposition des droits compensateurs à l'encontre de ces subventions peut se prolonger au-delà de la période d'imputation établie par l'autorité chargée de l'enquête.

5.14 Premièrement, la Chine ne trouve aucune ligne directrice claire dans le cadre de l'*Accord SMC* quant à la façon d'imputer les subventions lors d'une enquête en matière de droits compensateurs, mais certaines disciplines apparaissent bel et bien entre les lignes de l'*Accord SMC*. La Chine rappelle que le mot "neutraliser", employé à l'article VI:3 du *GATT de 1994*, informe du but des droits compensateurs à savoir neutraliser (ou contrebalancer) les subventions, un but repris par l'article 19.4 et l'article 21.1 de l'*Accord SMC* qui prévoient respectivement que les droits compensateurs ne peuvent pas dépasser le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée et qu'ils ne peuvent rester en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement.

5.15 De l'avis de la Chine, dans le cas de subventions non récurrentes imputées dans le temps, une fois que l'autorité chargée de l'enquête a établi le montant total des subventions et la période d'imputation pertinente, deux éléments sont fixés définitivement: i) le montant de l'avantage imputé sur une année spécifique; et ii) la période d'existence de la subvention. Par une imputation, les subventions ponctuelles sont réputées accordées de manière répétée au cours de chaque année de la période d'imputation et s'élever à un montant égal au montant imputé.

5.16 Cela étant dit, si l'autorité chargée de l'enquête prononce une ordonnance en matière de droits compensateurs dont la durée est supérieure à celle de la période d'imputation, cette ordonnance demeurant en vigueur après la fin de la période d'imputation neutraliserait une subvention qui n'est pas réputée exister à ce moment-là. Ainsi, une telle ordonnance serait en contradiction avec le but sous-jacent d'une mesure compensatoire au sens de l'article VI:3 du *GATT de 1994*.

5.17 Dans l'enquête en cause, lorsqu'elle a établi sa détermination finale, la JIA savait parfaitement que l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 avait été imputé sur la période de cinq ans qui avait été fixée et qui prenait fin en 2005. Or, la JIA a pris une ordonnance, imposant des droits compensateurs de 18,1 pour cent, laquelle devait être en vigueur de 2006 à 2010. Par conséquent, cette ordonnance neutralise une subvention qui n'existait plus à compter de 2006 et elle est incompatible avec l'article 21.1 de l'*Accord SMC*, parce qu'elle ne reste pas en vigueur seulement **le temps et dans la mesure nécessaires** pour contrebalancer le subventionnement.

5.18 Deuxièmement, la Chine ne souscrit pas au raisonnement du Japon selon lequel, comme dans le cas d'une enquête antidumping, pour une enquête en matière de droits compensateurs, l'autorité chargée de l'enquête doit aussi se fonder sur des données rétrospectives se rapportant à la période couverte par l'enquête et peut faire abstraction du fait qu'une subvention peut cesser d'exister après la fin de ladite période.

5.19 Conformément à l'article 18.1 de l'*Accord SMC*, aucun droit compensateur ne pourra être imposé si la subvention est supprimée. Cette disposition vient par ailleurs à l'appui de l'opinion selon laquelle, même s'il est constaté l'existence d'une subvention au cours de la période couverte par l'enquête, un droit compensateur ne peut pourtant pas être imposé dès lors qu'il a été **établi** au cours de l'enquête que la subvention en cause cessera d'exister après la fin de la période couverte par l'enquête. Cette interprétation est conforme à l'article VI:3 du *GATT de 1994*, s'agissant du but d'un droit compensateur, et avec l'article 21.1 de l'*Accord SMC* mentionné précédemment.

5.20 En outre, d'après la Chine, pour ce qui est de la question particulière à l'examen, il n'est pas approprié de faire référence à la "disposition parallèle" figurant dans l'*Accord antidumping* compte tenu de la nature différente des enquêtes antidumping par rapport aux enquêtes en matière de droits compensateurs.

5.21 Dans le cas des enquêtes antidumping, l'autorité chargée de l'enquête au moment où elle conclut celle-ci ne peut que s'assurer que le dumping a bien eu lieu au cours de la période couverte par l'enquête et ne sait **pas** si le dumping continuera. Cela est vrai parce que: i) la marge de dumping ne peut être calculée que sur la base des données afférentes à la transaction et aux coûts dont dispose l'autorité chargée de l'enquête au moment de celle-ci et ces données se rapportent à la situation réelle au cours d'une période de temps antérieure "c'est-à-dire la période couverte par l'enquête); et ii) le dumping est un acte commis par l'exportateur qui peut le modifier selon son bon vouloir. Par conséquent, il est raisonnable de considérer comme une constatation de l'existence d'un dumping au cours d'une période d'enquête antérieure récente la constatation d'un dumping "actuel" dans le contexte de l'article 11.1 de l'*Accord antidumping*.

5.22 À l'inverse, dans le cas d'enquêtes en matière de droits compensateurs, l'autorité chargée de l'enquête est en mesure, dans la plupart des cas, de **vérifier** si la subvention continuera d'exister après l'enquête. Par exemple, dans le cas de subventions récurrentes assorties d'une échéance fixe, l'autorité chargée de l'enquête peut établir la date d'expiration exacte des subventions. Dans le cas de subventions non récurrentes imputées dans le temps, comme il a été indiqué ci-dessus, l'autorité chargée de l'enquête peut aussi établir la période d'existence de ces subventions une fois qu'elle a déterminé la période d'imputation.

5.23 De l'avis de la Chine, du moment que l'autorité chargée de l'enquête **établit** que la subvention existe pendant une période de temps fixée, la présence de subventions au cours d'une période d'enquête antérieure ne peut pas simplement être considérée comme un subventionnement "actuel" aux fins de l'article 21.1 de l'*Accord SMC*. Ainsi, la Chine estime que l'argument du Japon fondé sur l'*Accord antidumping* ne vient pas étayer son opinion selon laquelle la JIA a imposé à juste titre un droit compensateur, dont la durée d'application dépasse la période d'imputation pertinente, à l'encontre d'une subvention conférant un avantage entièrement imputé.

5.24 En résumé, eu égard à l'interprétation des dispositions de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994* exposée ci-dessus, la Chine estime que, pour des subventions non récurrentes imputées dans le temps, la période d'imposition des droits compensateurs qui se rapportent à ces subventions ne devra pas se prolonger au-delà de la période d'imputation établie par les autorités chargées de l'enquête.

4. Conclusion

5.25 En conclusion, voici les vues de la Chine sur les points fondamentaux qui viennent d'être examinés:

- Selon la Chine, pour examiner la question du rejet en tant que point de repère du marché des actions des investisseurs privés, l'effet des subventions antérieures sur l'entreprise en cause n'est pas un facteur pertinent à prendre en considération;
- pour les subventions non récurrentes qui sont imputées dans le temps par l'autorité chargée de l'enquête, la période d'imposition des droits compensateurs à l'encontre de ces subventions ne devrait pas se prolonger au-delà de la période d'imputation de ces subventions telle qu'elle a été établie par ladite autorité.

B. DÉCLARATION ORALE DE LA CHINE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.26 Les arguments avancés par la Chine dans sa déclaration orale en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

1. Effets des subventions antérieures sur le point de repère du marché principal

5.27 La première question de droit que la Chine souhaiterait aborder est le point de savoir si l'effet de subventions antérieures pourrait constituer un motif valable de rejet d'un point de repère du marché principal.

5.28 Au cours de l'enquête menée par la JIA, il a été établi que la situation financière d'Hynix avait été améliorée par des subventions antérieures et que, par conséquent, les décisions d'investissement des institutions financières privées avaient été influencées par cette situation financière. Pour cette raison et d'autres motifs, la JIA a refusé de considérer ces décisions d'investissement comme un point de repère du marché. À cet égard, la Chine présente son point de vue ci-après.

5.29 Premièrement, la Chine observe que le seuil pour l'abandon d'un point de repère principal est très élevé. En vertu de l'article 14 a) et b) de l'*Accord SMC*, le point de repère du marché pour la prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise est la pratique **habituelle** concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire du Membre visé. Quant au point de repère pour les prêts consentis par les pouvoirs publics, c'est le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait **effectivement** obtenir sur le marché. De l'avis de la Chine, les mots "habituelle" et "effectivement" impliquent tous deux que les points de repère mentionnés dans l'article 14 renvoient aux actions d'entités privées sur le marché. Dans le présent différend, les décisions prises par ces institutions financières privées, dont il n'a pas été constaté qu'elles avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, représentent manifestement la pratique habituelle et réelle des investisseurs privés. Ces décisions devraient constituer un point de repère du marché principal pour calculer les avantages conférés par les subventions alléguées.

5.30 Parallèlement, eu égard aux principes que l'Organe d'appel a établis dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* au sujet du paragraphe d) de l'article 14, la Chine est d'avis que l'autorité chargée de l'enquête doit respecter un seuil très élevé pour pouvoir rejeter le point de repère

principal. La Chine estime que ce seuil très élevé devrait être appliqué dans le présent différend qui met en jeu les paragraphes a) et b) de l'article 14. En outre, étant donné que les investisseurs privés ont décidé d'investir dans la même entreprise cible et aux mêmes conditions, leurs décisions sont plus convaincantes que les modalités et conditions que le bénéficiaire "pourrait" obtenir sur le marché.

5.31 Par conséquent, d'après la Chine, à moins que la JIA ne possède dans son dossier des éléments de preuve suffisants montrant que les décisions d'investissement du secteur privé sont si faussées qu'elles ne rendent pas compte de la situation réelle sur le marché, ces décisions en tant que points de repère du marché principaux ne devraient pas être rejetées à la légère.

5.32 Deuxièmement, la JIA s'est fondée notamment sur les effets et l'influence des subventions antérieures pour justifier le rejet du point de repère du marché principal. La Chine ne pense pas que c'est ce qu'il convient de faire.

5.33 Pour la Chine, avant de prendre la décision d'investir dans l'entreprise cible, un investisseur privé rationnel tiendra certainement compte de la situation financière de cette entreprise. Toutefois, la question de savoir si cette situation financière se trouve améliorée par les effets de subventions antérieures n'est pas du ressort de l'investisseur. Comme l'Organe d'appel l'a établi dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le point de repère du marché sera constitué des modalités et conditions offertes au bénéficiaire au moment de la transaction et selon la situation particulière de celui-ci. Aucune prescription n'est attachée au point de repère du marché selon laquelle le bénéficiaire ne doit pas avoir reçu de subventions antérieures.

5.34 Qui plus est, la Chine fait observer que l'approche de la JIA serait problématique dans une enquête en matière de droits compensateurs visant des subventions multiples. La position de la JIA signifierait que, dès lors que l'existence d'une subvention antérieure est constatée, l'action suivante de l'investisseur privé serait toujours entachée par cette subvention. De l'avis de la Chine, une telle position porte atteinte à la notion d'avantage et aux principes directeurs énoncés à l'article 14 de l'*Accord SMC* et rendrait probablement le point de repère du marché principal inutilisable et sans objet.

5.35 En résumé, compte tenu du seuil élevé de rejet d'un point de repère principal, la Chine estime que l'effet de subventions antérieures sur la situation financière actuelle de l'entreprise visée ne constitue PAS un facteur si approprié qu'il peut justifier le rejet en tant que point de repère du marché des actions des investisseurs privés.

2. La période d'imposition par rapport à la période d'imputation

5.36 Le second point que la Chine souhaiterait aborder est la question de savoir si, dans le cas de subventions non récurrentes imputées dans le temps, la période d'imposition des droits compensateurs à l'encontre de ces subventions peut se prolonger au-delà de la période d'imputation établie par l'autorité chargée de l'enquête.

5.37 Premièrement, la Chine observe que certaines disciplines relatives à l'imputation des subventions apparaissent bel et bien entre les lignes de l'*Accord SMC*. La Chine rappelle que le mot "neutraliser", employé à l'article VI:3 du *GATT de 1994*, informe du but des droits compensateurs, à savoir neutraliser les subventions. Ce but est repris par deux dispositions de l'*Accord SMC*. L'article 19.4 prévoit que les droits compensateurs ne peuvent pas dépasser le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée tandis que l'article 21.1 dispose que les droits ne peuvent rester en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement.

5.38 De l'avis de la Chine, dans le cas de subventions non récurrentes imputées dans le temps, de par cette imputation, les subventions ponctuelles sont réputées accordées de manière répétée au cours de chaque année de la période d'imputation et s'élever à un montant égal au montant imputé. Par conséquent, si l'autorité chargée de l'enquête impose un droit compensateur dont la durée est supérieure à celle de la période d'imputation, le droit en vigueur après la fin de la période d'imputation neutraliserait une subvention qui n'existe plus. Ainsi, un tel droit serait en contradiction avec le but des mesures compensatoires.

5.39 En ce qui concerne l'enquête en cause, lorsqu'elle a établi sa détermination finale, la JIA savait parfaitement que l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 avait été imputé sur une période de cinq ans qui prenait fin en 2005. Or, la JIA a décidé d'imposer un droit compensateur de 18,1 pour cent à compter de 2006 et cela jusqu'en 2010. Par conséquent, ce droit neutralise une subvention qui n'existait plus à compter de 2006. Il est donc contraire à l'article 21.1 de l'*Accord SMC*, parce qu'il ne reste pas en vigueur seulement **le temps et dans la mesure nécessaires** pour contrebalancer le subventionnement.

5.40 Deuxièmement, la Chine ne partage pas la position du Japon selon laquelle l'autorité chargée de l'enquête peut faire abstraction du fait qu'une subvention peut cesser d'exister après la fin de la période couverte par l'enquête.

5.41 En vertu de l'article 18.1 de l'*Accord SMC*, aucun droit compensateur ne pourra être imposé si la subvention est supprimée. Cette disposition vient à l'appui de l'opinion selon laquelle, même s'il est constaté l'existence d'une subvention au cours de la période couverte par l'enquête, un droit compensateur ne peut pourtant pas être imposé dès lors qu'il a été **établi** que la subvention en cause cessera d'exister après la fin de la période couverte par l'enquête.

5.42 En outre, pour ce qui est de la question particulière à l'examen, la Chine ne juge pas approprié de faire référence à la "disposition parallèle" figurant dans l'*Accord antidumping* compte tenu de la nature différente des enquêtes antidumping par rapport aux enquêtes en matière de droits compensateurs.

5.43 Dans le cas d'une enquête antidumping, au moment de sa conclusion, l'autorité chargée de l'enquête ne peut qu'établir que le dumping a eu lieu ou non au cours de la période couverte par l'enquête alors qu'elle ne sait **pas** si le dumping continuera. Cela en est ainsi parce que la marge de dumping ne peut être calculée que sur la base des données rétrospectives dont dispose l'autorité chargée de l'enquête au moment de celle-ci. De plus, le dumping est un acte commis par les exportateurs qui peuvent le modifier selon leur bon vouloir. Par conséquent, il est raisonnable de considérer comme une constatation de l'existence d'un dumping au cours d'une période d'enquête antérieure récente la constatation d'un dumping "actuel" dans le contexte de l'article 11.1 de l'*Accord antidumping*.

5.44 À l'inverse, dans le cas d'enquêtes en matière de droits compensateurs, l'autorité chargée de l'enquête est en mesure, dans la plupart des cas, de **vérifier** si la subvention continuera d'exister après l'enquête. Un exemple frappant est celui des subventions non récurrentes imputées dans le temps. Comme il a été indiqué ci-dessus, l'autorité chargée de l'enquête peut établir la période d'existence une fois qu'elle a déterminé la période d'imputation.

5.45 De l'avis de la Chine, du moment que l'autorité chargée de l'enquête **établit** que la subvention existe seulement pendant une période de temps fixée, la présence de subventions au cours d'une période d'enquête antérieure ne peut pas simplement être considérée comme correspondant à un subventionnement "actuel" aux fins de l'article 21.1 de l'*Accord SMC*.

5.46 Par conséquent, eu égard à l'interprétation des dispositions de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994* exposée ci-dessus, la Chine estime que, pour des subventions non récurrentes imputées dans le temps, la période d'imposition de droits compensateurs à l'encontre de ces subventions ne devra pas se prolonger au-delà de la période d'imputation établie par les autorités chargées de l'enquête.

C. COMMUNICATION ÉCRITE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.47 Les arguments avancés par les Communautés européennes dans leur communication écrite en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

1. Article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends

5.48 Dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, l'Organe d'appel a établi un critère en quatre volets pour satisfaire aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends. En ce qui concerne la quatrième prescription, l'Organe d'appel a considéré que l'article 6:2 exige seulement un bref exposé du fondement juridique de la plainte; mais que l'exposé doit, en tout état de cause, être "suffisant pour énoncer clairement le problème". En d'autres termes, il ne suffit pas que le fondement juridique de la plainte soit exposé de façon sommaire; l'exposé doit "énoncer clairement le problème".

5.49 Dans l'affaire *CE – Bananes*, l'Organe d'appel a indiqué les deux raisons importantes pour lesquelles il convient d'insister sur la précision de la demande d'établissement d'un groupe spécial. Premièrement, celle-ci constitue souvent la base du mandat du groupe spécial défini conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord; et, deuxièmement, elle informe la partie défenderesse et les tierces parties du fondement juridique de la plainte. Ces raisons ont été décrites plus en détail par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*. Au vu des arguments avancés par le Japon dans la section II de sa première communication écrite, c'est en particulier la raison se rapportant aux droits en tant que défendeur ou à la "garantie d'une procédure régulière" qui est en jeu dans le cas d'espèce.

5.50 À cet égard, l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H* que:

L'article 6:2 du Mémoire d'accord exige une clarté suffisante en ce qui concerne le fondement juridique de la plainte, c'est-à-dire, en ce qui concerne les "allégations" qui sont soutenues par la partie plaignante. Une partie défenderesse a le droit de savoir à quelle argumentation elle doit répondre et quelles violations ont été alléguées afin qu'elle puisse commencer à préparer sa défense. De même, les Membres de l'OMC qui ont l'intention de participer en tant que tierces parties à une procédure de groupe spécial doivent être informés du fondement juridique de la plainte. Cette prescription relative à la régularité de la procédure est fondamentale pour assurer un déroulement équitable et harmonieux des procédures de règlement des différends.

5.51 Dans l'affaire *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, l'Organe d'appel a spécifié en outre que, pour qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial "énonce clairement le problème", elle doit établir explicitement un lien entre la ou les mesure(s) contestée(s) et la ou les disposition(s) des accords visés dont il est allégué qu'elles ont été enfreintes. Dans l'affaire *CE – Bananes*, l'Organe d'appel a considéré qu'il y a une grande différence entre les *allégations* indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui déterminent le mandat du groupe spécial au titre de l'article 7 du Mémoire d'accord, et les *arguments* étayant ces allégations. Toutefois, dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*, l'Organe d'appel a examiné la question de savoir si l'énumération des articles d'un accord est généralement suffisante pour satisfaire au critère de l'article 6:2. Il en ressort donc que l'analyse doit être faite au cas par cas.

5.52 Le Groupe spécial devrait dans un premier temps examiner si la Corée a présenté des allégations qui ne sont pas fondées sur les bases juridiques définies dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Dans un deuxième temps, il devrait examiner au cas par cas si la simple énumération des articles d'un traité est suffisante. Il semblerait que, dans cette deuxième étape de l'analyse, le Groupe spécial dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour évaluer s'il a été porté atteinte à la capacité du défendeur de se défendre.

2. Charge de la preuve et critère d'examen

5.53 Toute enquête implique des recherches se rapportant aux faits, aux éléments de preuve, au droit et à la qualification juridique des faits. Une certaine part d'inférence factuelle est inévitable dans toutes les enquêtes. Si l'inférence factuelle est importante, cette situation est parfois décrite comme un cas faisant intervenir des "éléments de preuve circonstanciels" bien que ce qui caractérise vraiment ce type de cas est l'ampleur de l'inférence factuelle. Dans une telle situation, l'autorité peut en particulier examiner la totalité des faits et éléments de preuve pour établir ses déterminations. Lorsqu'il apparaît que les faits et éléments de preuve nécessaires n'ont pas été communiqués, les procédures prévues à l'article 12:7 s'appliquent.

5.54 L'*Accord SMC* n'impose pas expressément d'obligations aux Membres s'agissant des règles relatives à la charge de la preuve qui doivent être appliquées par les autorités dans leurs enquêtes. L'article premier emploie les mots "sera réputée exister" qui étayent le point de vue selon lequel l'inférence peut être appropriée ou nécessaire pour déterminer l'existence d'une subvention, et en particulier aux fins de l'imputation de la mesure aux pouvoirs publics. Des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel l'ont confirmé. Cela tient au fait qu'une enquête en matière de subventions, au contraire d'une enquête antidumping, porte sur le comportement des *pouvoirs publics*. Si les pouvoirs publics doivent satisfaire au même niveau d'exigence en matière de coopération, voire à un niveau plus élevé, que les entreprises, il reste qu'il peut y avoir des différences pratiques entre une enquête visant des entreprises et une enquête visant les pouvoirs publics. Pour cette raison et d'autres motifs, il risque d'être plus difficile dans la pratique pour l'autorité chargée de l'enquête de mener des missions de vérification effectives dans les locaux des pouvoirs publics. Cet état de fait a par ailleurs des implications s'agissant du critère d'examen du Groupe spécial.

3. Parties intéressées

5.55 L'article 12.7 fait référence à un *Membre* intéressé ou une partie intéressée. Le mot "Membre" s'entend également des "pouvoirs publics" tel que ce terme est utilisé la première fois dans l'article 1.1 a) 1). La seconde fois qu'il est employé dans l'article 1.1 a) 1), le terme "pouvoirs publics" est *défini* comme étant "[les] pouvoirs publics ou [] tout organisme public du ressort territorial d'un Membre". Il s'ensuit qu'une banque qui est un "organisme public", dont il est allégué qu'il a apporté une contribution financière, doit nécessairement être assimilé aux "pouvoirs publics" et de là, à un "Membre"; celui-ci étant de ce fait un Membre intéressé ou une partie intéressée au sens de l'article 12.7. L'article 1.1 a) 1) fait ensuite référence à un "organisme privé" que les pouvoirs publics chargent d'exécuter une ou plusieurs des fonctions énumérées qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics. Il s'ensuit qu'une banque qui est un "organisme privé" dont il est allégué qu'il a fait l'objet d'une action de charger ou ordonner est aussi un Membre intéressé ou une partie intéressée au sens de l'article 12.7.

4. Contribution financière

- **Transfert direct de fonds**

5.56 L'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* ne dispose pas qu'une subvention est réputée exister s'il y a un transfert direct de fonds. Il prévoit plutôt qu'une subvention est réputée exister si "**une pratique des pouvoirs publics comporte** un transfert direct de fonds". Cet énoncé renvoie au principe bien établi selon lequel l'analyse est conduite sur la base d'une comptabilité en **droits constatés** et non d'une comptabilité en encaissements-décaissements. Une subvention existe au moment où elle est **accordée**, même s'il n'y a pas encore eu de transfert direct de fonds. La subvention ne prend pas corps seulement à une date ultérieure quelconque lorsque, par exemple, une somme d'argent est réellement versée au bénéficiaire conformément aux conditions d'octroi. Ainsi, la seule chose requise est qu'il y ait une "pratique des pouvoirs publics" (comme l'octroi d'un don) qui "comporte" "un transfert direct de fonds" (un don comporte un transfert direct de fonds présent ou futur).

5.57 Il s'ensuit que, chaque fois que les conditions de la "pratique des pouvoirs publics" (qu'il s'agisse d'un don, d'un prêt ou d'une participation au capital social) sont modifiées, et en particulier d'une manière qui est plus favorable au bénéficiaire, alors il s'agit d'une nouvelle "pratique des pouvoirs publics" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) qui "comporte" "un transfert direct de fonds" (présent ou futur). Il ne fait aucun doute que le report de l'échéance des prêts en cours et l'échange de créances contre des participations remplit les conditions d'une "pratique des pouvoirs publics" qui "comporte" "un transfert direct de fonds" (présent ou futur), entraînant ainsi l'application de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*.

- **Recettes abandonnées**

5.58 À la lumière des observations précédentes, les CE pensent comme le Japon que les communications de la Corée se rapportant aux recettes abandonnées ne sont pas pertinentes.

- **Action de charger ou ordonner**

5.59 De manière générale, les CE approuvent les communications du Japon plutôt que celles de la Corée. Elles sont d'avis que les questions abordées ont déjà été examinées de façon approfondie dans le rapport du Groupe spécial *CE – DRAM*, puis dans le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – DRAM*, et les CE souscrivent aux constatations qui y ont été formulées. Les CE invitent donc le présent Groupe spécial à adopter la même approche dans la procédure du présent Groupe spécial. Les CE se réservent le droit de revenir sur cette question dans leur déclaration orale.

5. Avantage

- **Toute méthode utilisée pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire doit être prévue dans la législation ou les réglementations d'application**

5.60 La première obligation énoncée dans le texte introductif de l'article 14 est que toute méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire doit être prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales. Les CE ne souscrivent pas à l'affirmation de la Corée selon laquelle s'il y a incompatibilité avec la première obligation énoncée dans le texte introductif de l'article 14, il s'ensuit nécessairement que la mesure imposant des droits compensateurs "n'est pas défendable" ou n'est "pas valable". Le droit interne du Japon est intitulé, du moins en partie, "Lignes directrices ..." alors que le texte introductif de l'article 14 mentionne "la législation" et les "réglementations d'application". Selon les CE, dans les dispositions de droit interne des Membres de l'OMC, en principe, les mots "législation" et "réglementation" laisseraient généralement à penser qu'il s'agit de mesures contraignantes alors que cela peut ne pas être le cas des

mots "lignes directrices". Cela étant, l'utilisation de "lignes directrices" par le Japon devrait être considérée comme pouvant être compatible avec le texte introductif de l'article 14.

5.61 Il existe une distinction entre la "méthode" et son *application* à des cas spécifiques. Le fait que, lors de l'application à un cas spécifique, il soit nécessaire de préciser la méthode ne signifie pas automatiquement qu'il y a incompatibilité avec la première obligation énoncée dans le texte introductif de l'article 14. Les acceptions du mot "méthode" figurant dans le dictionnaire (qui se rapportent à sa signification mais ne la déterminent pas) comprennent: "procédure permettant d'atteindre un objectif; arrangement systématique, ordre". Le mot "méthode" indique ainsi quelque chose qui peut être décrit dans des termes relativement abstraits et brefs. L'emploi du mot "prévue" est important. L'obligation pertinente n'implique pas, par exemple que la méthode doive être "exposée de manière exhaustive" mais simplement "prévue". L'utilisation de ce mot indique simplement quelque chose de "projeté".

- **Toute méthode de ce genre utilisée pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire doit être compatible avec les principes directeurs énoncés à l'article 14, paragraphes a) à d)**

5.62 Ce qui doit être compatible avec les principes directeurs énoncés aux paragraphes a) à d) de l'article 14, c'est à la fois la méthode définie dans la législation ou les réglementations d'application nationales et la méthode appliquée en rapport avec la mesure imposant le droit compensateur. La Corée a omis d'expliquer avec précision quelle partie exactement de la législation ou de la réglementation japonaises (y compris les Lignes directrices japonaises) est supposée être incompatible avec les paragraphes a) à d) de l'article 14 et pourquoi. Les "reports de l'échéance des prêts" peuvent relever, par exemple, du paragraphe b) de l'article 14 et donc des dispositions correspondantes de la législation ou de la réglementation japonaises (y compris les Lignes directrices japonaises). Le fait que, dans le cadre de la mesure imposant les droits compensateurs, un montant correspondant à l'avantage conféré soit calculé en fonction des instruments précités n'indique aucune incompatibilité avec l'*Accord SMC*. La position est la même en ce qui concerne les échanges de créances contre des participations.

6. Spécificité

5.63 Il a déjà été abondamment débattu de ces questions dans le rapport du Groupe spécial *CE – DRAM* et l'avis des CE concorde avec celui dudit Groupe spécial en la matière. Les CE invitent le présent Groupe spécial à adopter la même approche dans la procédure du présent Groupe spécial.

7. Imposition de droits compensateurs

5.64 Les droits compensateurs sont perçus sur les produits importés, calculés en termes de subventionnement par unité du produit subventionné et exporté, habituellement à un taux de droit *ad valorem*. Ce taux est déterminé en exprimant le montant de la subvention en pourcentage de la valeur totale des ventes pertinentes de l'entreprise en question. Il n'existe aucune autre base sur laquelle le taux de droit *ad valorem* pourrait être calculé. Le calcul ne peut être effectué que sur la base des données relatives à la période d'enquête. Le montant de la subvention sera donc celui qui aura été accordé durant la période d'enquête (ou imputé sur la période d'enquête, si la subvention est antérieure à cette période). Il en sera de même pour la valeur des ventes pertinentes. Il est admissible d'imputer de larges subventions "non récurrentes" sur une certaine période de temps, à compter de l'année au cours de laquelle la subvention a été accordée. Cette approche rend compte de la durée de l'"avantage" économique conféré au bénéficiaire de ces subventions et permet de s'assurer que ces larges subventions non récurrentes n'échappent pas à la mesure corrective appropriée. Après la fin de la cinquième année, et dans le contexte de la procédure de fixation ou de remboursement des droits fondée sur une période d'enquête ou d'examen concomitante avec les exportations pour lesquelles le

montant final des droits à acquitter est établi, et pour la sixième année ou une année ultérieure, le montant de la subvention, et donc du droit, tomberait à zéro.

5.65 Le point de départ de la période d'imputation doit être l'année au cours de laquelle la subvention est accordée. Les CE ne voient aucun motif pour lequel ce point de départ pourrait être différé. Cela reviendrait à dissocier la date à laquelle la subvention a été accordée de la mesure corrective d'une manière qui serait incompatible avec l'*Accord SMC*. Une fois la période d'imputation achevée, il n'y a pas d'autre subvention et donc pas d'autre mesure corrective au titre de l'*Accord SMC*. Lorsque la période d'imputation se termine *après* la date à laquelle des mesures finales sont imposées, la mesure finale peut quand même potentiellement rester en vigueur pendant les cinq ans prévus à l'article 21.3, toujours sous réserve de la possibilité d'une procédure de fixation ou de remboursement des droits ou d'une procédure de réexamen pour changement de circonstances en vertu de l'article 21.2 de l'*Accord SMC*. L'expiration de la période d'imputation ne déclenche pas la suppression automatique du droit compensateur. Même si cette suppression est demandée par le pays exportateur, la régularité de la procédure doit être respectée et l'autorité chargée de l'enquête a le droit d'enquêter, par exemple, sur toute nouvelle allégation de subventionnement avant de décider du maintien en application de la mesure.

5.66 Le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation de la Corée au titre de l'article 19.4. Il est *toujours* constaté que la subvention a "existé" pendant la période d'enquête en tant que valeur indicative de la subvention actuelle. Il n'est *jamaïs* constaté que la subvention "existe" à la date à laquelle le droit compensateur est perçu. La période d'imputation est utilisée simplement pour calculer le taux *ad valorem* du droit compensateur. La règle de l'article 19.4 peut fonctionner au cours d'une procédure de fixation ou de remboursement des droits. Elle n'a aucun rapport avec les faits de la présente affaire. La position concernant l'allégation de la Corée au titre de l'article 19.1 est moins tranchée. Il existe une distinction entre une subvention qui est "retirée" (comme dans le cas du remboursement d'un don) et une période d'imputation théorique qui vient à expiration. Par ailleurs, la Corée fait valoir que le fait qu'un Membre décide d'imposer une mesure corrective ne se justifie pas, même dans des circonstances dans lesquelles ce Membre a reconnu lui-même effectivement que la subvention n'a plus d'*effets* – un argument qui peut susciter, de prime abord, une certaine sympathie. Il peut également être rattaché à l'article 15, et là encore, la ou les questions de lien de causalité et de non-imputation sont résolues par référence à la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage, et non par rapport à la date de la mesure finale.

5.67 Il n'existe pas d'équivalent au membre de phrase "à moins que la ou les subventions ne soient retirées" dans l'*Accord antidumping*. Cela est dû probablement au fait que le dumping est par essence une question de comportement sur la durée alors qu'une subvention est accordée à un moment spécifique ou à certains moments, même si elle peut produire ses effets sur une longue période de temps. Cela suggère que ce membre de phrase se rapporte à la question ponctuelle de l'octroi/du retrait de la subvention plutôt qu'à ses effets économiques sur la durée.

8. Lien de causalité

5.68 Une fois qu'une subvention accordée à une entreprise a été imputée à un produit spécifique, il peut être déterminé que la subvention a eu pour effet une baisse du prix de ce produit. Dans le cas d'un subventionnement constant, il se peut qu'il n'ait pas été constaté auparavant de prix plus élevés mais que l'application d'un raisonnement économique simple conduise pourtant à une telle conclusion. La position dans le cadre de la Partie III de l'*Accord SMC* n'est pas fondamentalement différente même si, dans le cadre de la Partie V de l'*Accord SMC*, ce sont les importations qui sont visées compte tenu de la nature de la mesure corrective à imposer.

D. DÉCLARATION ORALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.69 Les arguments avancés par les Communautés européennes dans leur déclaration orale en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

- **Introduction**

5.70 Les Communautés européennes font une déclaration orale en tant que tierce partie en raison de l'intérêt systémique qu'elles ont dans l'interprétation correcte de l'*Accord SMC*. Six points méritent des observations, à savoir:

- l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends;
- les circonstances dans lesquelles le point de repère du marché permettant de déterminer l'avantage conféré peut être autre chose que le marché du Membre accordant la subvention;
- la nécessité d'utiliser la position d'un investisseur externe, plutôt qu'un investisseur interne, comme point de repère du marché;
- la distinction entre l'existence d'une subvention et l'octroi d'une subvention;
- le point à partir duquel une subvention peut être réputée exister au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*; et
- les circonstances dans lesquelles la jurisprudence en matière de modification de la structure du capital des entreprises peut être pertinente.

1. Article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

5.71 Compte tenu de l'intérêt systémique qu'elles ont dans la présente affaire, les Communautés européennes ne sont pas entrées dans les détails dans leur communication écrite, s'agissant de la question de savoir si certains points de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée "énonçaient clairement le problème" ou non, conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Les États-Unis ont abordé, dans leur communication écrite, deux de ces points plus en détail.

5.72 Les Communautés européennes souhaiteraient reprendre à leur compte les préoccupations exprimées par les États-Unis en particulier concernant le point n° 15. Sous ce point, la Corée a énuméré de manière générale sept articles différents de l'*Accord SMC* et deux articles du GATT. La Corée a allégué qu'il a été contrevenu à ces dispositions parce que le Japon "n'a pas mené une enquête approfondie et complète et n'a pas mené son enquête ni fait ses déterminations conformément aux prescriptions de fond et de procédure essentielles".

5.73 Selon les Communautés européennes, le point n° 15 est le parfait exemple d'une allégation qui n'énonce pas clairement un problème. Un certain nombre de dispositions sont mentionnées de façon générale bien que certaines d'entre elles contiennent de multiples obligations. En outre, ces dispositions sont reliées à une omission alléguée et il est juste fait référence à une infraction à des "prescriptions de fond et de procédure essentielles".

5.74 Les Communautés européennes sont d'avis qu'une telle présentation du problème porte atteinte aux droits du défendeur en matière de régularité de la procédure.

2. Le point de repère du marché permettant de déterminer l'existence et le montant d'un avantage est le marché du Membre accordant la subvention à condition que ce marché n'ait pas été lui-même faussé par les subventions publiques

5.75 Lorsqu'il s'agit de déterminer si une contribution financière confère un avantage, et quel peut être le montant de cet avantage, il peut être nécessaire de comparer les actions des pouvoirs publics avec un point de repère du marché. L'article 14 d) de l'*Accord SMC* fait référence, dans le cas de la fourniture de biens ou de services ou l'achat de biens par les pouvoirs publics, aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat. Les autres dispositions de l'article 14 ne contiennent pas le même énoncé.

5.76 Ainsi, s'agissant de l'article 14 d), le point de repère du marché se rapporte au Membre plutôt qu'aux marchés des autres Membres ou au marché international. Les points de repère du marché pourraient être différents selon, par exemple, les taux d'intérêts et de change en vigueur. Dans ces conditions, le point de repère correct est le marché du Membre.

5.77 Toutefois, la situation sur le territoire du Membre doit néanmoins pouvoir être qualifiée de "conditions du marché existantes", c'est-à-dire des conditions de marché qui n'ont pas été principalement faussées par les subventions ou l'intervention des pouvoirs publics. Si, comme cela semblerait être le cas, les marchés de capitaux en Corée ont été faussés pendant la période pertinente par les subventions ou l'intervention des pouvoirs publics, alors il se peut qu'il n'y ait aucun "marché" en tant que tel sur le territoire du Membre accordant la subvention qui puisse être utilisé comme point de repère du marché. Dans de telles circonstances, l'autorité chargée de l'enquête peut déterminer qu'il n'y a aucun point de repère du marché qui soit fiable dans le Membre accordant la subvention et adopter d'autres solutions appropriées.²²⁵

3. Le point de repère du marché permettant de déterminer l'existence et le montant d'un avantage est celui d'un investisseur externe et non d'un investisseur interne

5.78 Les Communautés européennes se sont ensuite tournées vers une question différente mais liée, à savoir si le point de repère du marché permettant de déterminer l'existence et le montant d'un avantage est celui d'un investisseur externe (c'est-à-dire un investisseur n'ayant pas d'engagements existants envers le bénéficiaire) et non d'un investisseur interne (c'est-à-dire un investisseur ayant des engagements existants envers le bénéficiaire). Les Communautés européennes considèrent que le point de repère du marché est celui d'un investisseur externe et non d'un investisseur interne. Cela est particulièrement le cas lorsque les engagements existants de l'investisseur interne sont issus d'une action antérieure des pouvoirs publics; en d'autres termes, lorsque les pouvoirs publics ont auparavant chargé une banque privée d'acquérir ou de conserver des positions dans l'entreprise Hynix à d'autres conditions que celles du marché, ou lui ont ordonné de le faire, comme cela semblerait être le cas.

5.79 Les parties qui tentent de minimiser ou d'éliminer le montant de l'avantage font parfois valoir un point de vue d'investisseur interne. Elles le font parce qu'elles pensent qu'un point de repère du "marché" fondé sur la position existante d'un investisseur interne peut être plus bas. Cette idée repose, à son tour, sur le rejet du "modèle d'utilité escomptée" d'un investissement selon lequel les investisseurs rationnels ne laissent pas la valeur des investissements antérieurs influencer les décisions d'investissement présentes ou futures; en faveur de la théorie dite "des perspectives" selon laquelle les investisseurs continueront à faire des investissements dans un projet ou une entité donné dans l'espoir de réduire au minimum les pertes antérieures même si l'investissement ne serait pas justifié sur la seule base de ses rendements futurs potentiels.

²²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux*, paragraphes 89 à 107; Rapport du Groupe spécial *CE – DRAM*, paragraphes 7.158 et 7.159 et note de bas de page n° 171.

5.80 Les Communautés européennes considèrent que l'*Accord SMC* est fondé sur une distinction fondamentale entre, d'une part, les pouvoirs publics et, d'autre part, les marchés; et que toute mesure d'un avantage doit être effectuée par référence à un point de repère du marché objectif, celui-ci ne dépendant pas de la position subjective d'un actionnaire existant de l'entreprise.²²⁶

4. Distinction entre l'existence d'une subvention et l'octroi d'une subvention

5.81 Le point suivant sur lequel les Communautés européennes souhaiteraient formuler brièvement des observations se rapporte à la distinction entre l'existence d'une subvention au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC* et le moment auquel une subvention devient disponible ou est accordée.

5.82 Certaines subventions peuvent être inconditionnelles dès le moment où elles existent, auquel cas le moment de l'existence ***est le même*** que le moment de l'octroi. Cela explique pourquoi il peut ne pas être toujours nécessaire de faire une distinction précise entre les deux et pourquoi le mot "octroi" peut être utilisé pour faire référence au même moment que le moment de l'existence.

5.83 D'autre types de subventions peuvent dépendre d'événements futurs. Ainsi, le moment de l'existence et le moment de l'octroi (lorsque l'événement a lieu) ne sont, ***par définition***, pas identiques, le moment de l'octroi venant ***après*** le moment de l'existence. ***Dans de tels cas, il faut faire la distinction entre l'existence d'une subvention, et l'octroi qui s'ensuit, lorsque l'événement a lieu.***

5.84 Ce point de vue est confirmé par la manière constante (au moins 15 fois) avec laquelle le mot "exister" est employé dans l'*Accord SMC* pour indiquer le moment auquel une subvention est réputée exister au sens de l'article 1.1.²²⁷ La distinction entre l'existence d'une subvention et l'octroi d'une subvention a également été confirmée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*.²²⁸ L'Organe d'appel a confirmé par ailleurs dans la même affaire que l'"octroi" a lieu quand toutes les conditions légales qui habilitent le bénéficiaire à recevoir les subventions ont été remplies, ce qui n'est pas le cas si les exportations en question n'ont pas encore eu lieu.²²⁹ Suivant la même approche, l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *Canada – Industrie automobile* que c'est "l'instrument juridique sur lequel elle repose" qui doit prévoir expressément ou nécessairement, par implication,

²²⁶ Rapport du Groupe spécial *CE – DRAM*, paragraphe 7.160.

²²⁷ *Accord SMC*, **article 1.1** "une subvention sera réputée exister"; **article 4.2** "de l'existence et de la nature de la subvention en question"; **article 4.5** "l'existence et la nature de la mesure en question"; **article 7.2 a)** "de l'existence et de la nature de la subvention"; **article 11.1** "l'existence, le degré et l'effet de toute subvention alléguée"; **article 11.2** "l'existence [...] d'une subvention"; **article 11.2 iii)** "l'existence, le montant et la nature de la subvention"; **article 11.6** "l'existence d'une subvention"; **article 17.1 b)** "l'existence d'une subvention"; **article 19.1** "l'existence et le montant d'une subvention"; **article 19.4** "la subvention dont l'existence aura été constatée"; **article 22.4** "l'existence d'une subvention"; **article 22.4 iii)** "l'existence d'une subvention"; **article 24.3** "l'existence et la nature d'une subvention"; **Annexe III, paragraphe 2** "une subvention ne devra pas être présumée exister".

²²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 156: "... nous considérons la question de l'existence d'une subvention et la question du moment auquel cette subvention est *accordée* comme deux questions distinctes sur le plan juridique". (italique dans l'original).

²²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 158: "Nous pensons comme le Groupe spécial que "des versements PROEX peuvent être "accordés" lorsque le droit légal inconditionnel du bénéficiaire de recevoir les versements a commencé à exister, même si les versements eux-mêmes n'ont pas encore eu lieu". Nous pensons également comme le Groupe spécial que les subventions à l'exportation pour les aéronefs régionaux au titre du PROEX n'ont pas encore été "accordées" quand la lettre d'engagement est émise parce que, à ce moment-là, le contrat de vente à l'exportation n'a pas encore été conclu et les expéditions à l'exportation n'ont pas encore eu lieu. Aux fins de l'article 27.4, nous concluons que les subventions à l'exportation pour les aéronefs régionaux au titre du PROEX sont "accordées" quand toutes les conditions légales qui habilitent le bénéficiaire à recevoir les subventions ont été remplies. Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel un tel droit légal inconditionnel existe quand les obligations NTN-I sont émises." (notes de bas de page omises).

que "[la subvention] est offerte [ou accordée] uniquement si la condition que constituent les résultats à l'exportation est remplie".²³⁰

5.85 Ainsi, bien que les Communautés européennes conviennent avec le Japon qu'un "transfert de fonds" réel n'est pas essentiel pour qu'une subvention existe au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, elles souhaitent, en soulevant cette question, établir clairement qu'il y a des circonstances dans lesquelles une distinction doit être faite entre existence et octroi, et qu'il ne devrait pas être considéré que les deux se produisent au même moment dans tous les cas.

5. Point à partir duquel une subvention peut être réputée exister au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC

5.86 L'avant-dernier point soulevé par les Communautés européennes se rapporte au moment à partir duquel une subvention peut être réputée exister au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*. À cet égard, les Communautés européennes sont d'avis qu'on ne peut pas dire qu'une subvention existe au sens de l'article 1.1 tant que chacune des prescriptions pertinentes énoncées dans cette disposition n'a pas été satisfaite. Ainsi, dans le cas d'un don, par exemple, il serait normalement nécessaire d'éclaircir des points comme l'identité de l'autorité accordant le don; l'identité des bénéficiaires; la forme, le montant et les modalités et conditions du don; le moment auquel il serait procédé au don; l'objet de ce don; etc. Avant que les prescriptions de l'article 1.1 ne soient satisfaites, il n'est pas vrai que toutes les actions ou omissions des pouvoirs publics, quelles qu'elles soient, même en rapport avec le bénéficiaire final, soient suffisantes pour qu'il y ait subvention au sens de l'article 1.1.

5.87 Ainsi, bien que les Communautés européennes conviennent avec le Japon qu'un "transfert de fonds" réel n'est pas essentiel pour qu'une subvention existe au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, elles souhaitent, en soulevant cette question, établir clairement qu'on ne peut pas dire qu'une subvention existe au sens de l'article 1.1 tant qu'il n'a pas été démontré que chacune des prescriptions pertinentes énoncées dans cette disposition a été satisfaite.

6. La pertinence de la jurisprudence en matière de modification de la structure du capital des entreprises ne dépend pas d'une privatisation

5.88 Pour terminer, les Communautés européennes souhaiteraient formuler des observations au sujet de l'affirmation que les États-Unis ont faite dans leur communication écrite en tant que tierce partie selon laquelle la jurisprudence en matière de modification de la structure du capital des entreprises n'est pas pertinente en l'espèce.²³¹ Les Communautés européennes désapprouvent sur le principe la suggestion des États-Unis selon laquelle la jurisprudence devrait être restreinte de cette manière. En particulier, les Communautés européennes contestent l'argument selon lequel la jurisprudence en matière de modification de la structure du capital des entreprises n'est pas pertinente à moins qu'il y ait eu privatisation. L'Organe d'appel a expressément indiqué le contraire.²³²

E. COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.89 Les arguments avancés par les États-Unis dans leur communication écrite en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

²³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Industrie automobile*, paragraphe 100.

²³¹ Communication écrite des États-Unis en tant que tierce partie, paragraphes 60 à 64.

²³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 124: "La règle absolue de l'"absence d'avantage" formulée par le Groupe spécial est peut-être *défendable dans le contexte d'opérations entre deux parties privées* effectuées sur des marchés raisonnablement concurrentiels; toutefois, elle ne tient pas compte de la capacité des gouvernements d'obtenir certains résultats de la part des marchés en déterminant les circonstances et les conditions dans lesquelles les marchés fonctionnent." (pas d'italique dans l'original).

1. Questions de procédure

5.90 **Allégations n° 10 et n° 15 figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée.** Au point n° 10, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée fait référence à l'article 15 de l'Accord SMC dans son intégralité; de la même façon, le point n° 15 est extrêmement vague, cite un certain nombre d'articles contenant de multiples obligations et ne fournit aucune indication sur le "problème" qui fait l'objet du différend. Dans la mesure où les articles mentionnés contiennent de multiples obligations, ces aspects du point n° 15 ne satisfont pas au critère établi à l'article 6:2 et, comme dans le cas du point n° 10, devraient être considérés comme sortant du cadre du **mandat** du Groupe spécial.

5.91 **Analyse du "préjudice" causé au défendeur.** La Corée affirme à tort que le "préjudice" causé à la partie défenderesse par le caractère insuffisant allégué d'une demande d'établissement d'un groupe spécial ne peut être établi que par un examen du "déroulement effectif de la procédure de groupe spécial" et donc qu'"un groupe spécial ne peut pas se prononcer sur une allégation du défendeur au titre de l'article 6:2 avant la fin des travaux".²³³ Si les groupes spéciaux ne sont pas *tenus* dans tous les cas de formuler des constatations avant l'achèvement de la procédure, l'évaluation du préjudice causé au défendeur ne les empêche pas de le faire, et les groupes spéciaux ont par le passé rendu des décisions préliminaires concernant l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends bien avant la fin de la procédure. L'argument de la Corée semble reposer sur une qualification erronée des références faites par certains groupes spéciaux et par l'Organe d'appel au "déroulement de la procédure de groupe spécial" dans le cadre de l'analyse de la conformité avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et compromettrait considérablement la capacité des défendeurs et des tierces parties de participer de manière effective à une procédure de groupe spécial au cours de laquelle une partie plaignante a formulé un certain nombre d'affirmations vagues sur des manquements aux obligations dans le cadre de l'OMC.

2. Charge de la preuve, critère d'examen et éléments de preuve

5.92 **Charge de la preuve.** Dans la communication de la Corée, il apparaît souvent que celle-ci avance des faits et des arguments sans préciser les obligations juridiques auxquelles, selon ses affirmations, il a été manqué de ce fait, ou mentionne les obligations juridiques auxquelles, selon ses allégations, il a été manqué sans exposer les arguments étayant cette conclusion. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, "[u]ne partie plaignante ne peut pas tout simplement présenter des éléments de preuve et escompter que le groupe spécial devine, au regard de ces éléments, une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Une partie plaignante ne peut pas non plus simplement alléguer des faits sans les rapporter à ses arguments juridiques".²³⁴ Faute d'une telle analyse concernant ces allégations, les États-Unis estiment que la Corée n'a pas établi d'éléments *prima facie*.

5.93 **Critère d'examen.** Certains aspects des arguments de la Corée suggèrent que celle-ci se méprend sur le critère d'examen approprié qu'un groupe spécial devrait appliquer lorsqu'il examine la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une détermination en matière de droits compensateurs qui a été établie par l'autorité chargée de l'enquête. Il est bien établi qu'un groupe spécial ne peut pas mener un examen *de novo* des éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête ou substituer son propre jugement à celui de l'autorité chargée de l'enquête. L'Accord SMC n'exige pas de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle tienne compte, pour rendre sa décision, de théories économiques qui ne figurent pas au dossier de la procédure. En outre, comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans

²³³ Réponse de la Corée à la demande de décision préliminaire présentée par le Japon, paragraphes 30 et 36.

²³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, paragraphes 140 et 141.

l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*, un groupe spécial ne peut pas conclure qu'une décision n'est "pas motivée" simplement parce qu'il est constaté qu'une autre explication est "plausible". Au lieu de cela, il doit être constaté que l'explication à l'examen n'est pas "adéquate au vu de cette autre explication".²³⁵

5.94 **Éléments de preuve.** La Corée fait un certain nombre d'affirmations incorrectes concernant la nature des éléments de preuve que l'autorité chargée de l'enquête doit identifier et la manière dont elle doit analyser ces éléments pour faire sa détermination. En particulier, tout au long de sa communication, la Corée allègue qu'il existe une obligation générale incombant à l'autorité chargée de l'enquête d'identifier "des éléments de preuve positifs démontrant l'existence de chaque élément requis aux fins de l'imposition de droits antidumping ou compensateurs".²³⁶ Mis à part ce qu'il prévoit expressément, l'*Accord SMC* ne contient pas de critère spécifique concernant les éléments de preuve que les autorités chargées de l'enquête doivent utiliser pour étayer leurs déterminations.

3. Détermination de l'existence d'une subvention

5.95 **Plusieurs banques considérées comme des "parties intéressées" par la JIA.** La Corée allègue que la JIA a considéré indûment plusieurs institutions financières comme des "parties intéressées" et a appliqué de façon inappropriée les données de fait disponibles lorsque ces institutions financières ont omis de répondre à ses demandes de renseignements.²³⁷ L'interprétation étroite donnée par la Corée à l'expression "partie intéressée" est contredite par le texte de l'article 12.9 de l'*Accord SMC*, lequel dispose que les "parties intéressées" "seront" certaines entités telles que des exportateurs ou producteurs étrangers du produit faisant l'objet d'une enquête, mais précise que "[c]ette 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". De plus, le sens ordinaire du mot "intéressé" vient étayer la conclusion selon laquelle une entité qui a fait l'objet d'une action de charger ou ordonner peut être considérée comme une "partie intéressée" au sens de l'*Accord SMC*. Cette interprétation étroite que donne la Corée de l'article 12.9 est par ailleurs en contradiction avec la façon dont l'expression "partie intéressée" est utilisée dans d'autres dispositions de l'*Accord SMC*, et les constatations du Groupe spécial dans l'affaire *CE – DRAM* étayaient la conclusion selon laquelle l'autorité chargée de l'enquête peut utiliser les données de fait disponibles lorsqu'un tiers ne coopère pas à une enquête.²³⁸

5.96 **Interprétation par la Corée du critère "chargent ou ordonnent".** Faisant référence au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – DRAM*, la Corée affirme que, lorsqu'il y a action de charger ou ordonner, les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête se fonde doivent être "probants et déterminants".²³⁹ Ni l'article 1.1 a) 1) iv) lui-même ni aucune autre disposition des Accords de l'OMC ne vient à l'appui de l'idée qu'il existe un critère spécial en matière de preuve aux fins de déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner. Le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – DRAM* indique que l'autorité chargée de l'enquête n'est pas tenue de fonder sa détermination sur un "critère qualitatif plus élevé que celui qui est envisagé dans l'*Accord SMC*".²⁴⁰ La Corée fait valoir par ailleurs que la détermination a un caractère insuffisant parce qu'"il n'y a en fait aucun élément de preuve attestant que les pouvoirs publics coréens ont dit à

²³⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001, paragraphe 106.

²³⁶ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 141 et 220.

²³⁷ *Id.*, paragraphes 153 à 164.

²³⁸ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, adopté le 3 août 2005, paragraphes 7.266 et 7.267.

²³⁹ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 196.

²⁴⁰ *Id.*, paragraphe 139.

l'un quelconque des créanciers ce qu'il devait faire lors de l'une quelconque des restructurations".²⁴¹ Les arguments de la Corée semblent suggérer que, pour établir l'existence d'une action de charger ou ordonner, l'autorité chargée de l'enquête doit disposer d'éléments de preuve de l'existence d'une action de délégation ou de commandement "direct" ou "réel" de la part des pouvoirs publics, une interprétation qui n'est pas étayée par le texte de l'*Accord SMC*, comme il a été clarifié dans des constatations antérieures de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. En outre, la Corée introduit, semble-t-il, une prescription additionnelle d'"intention" ou de "motivation" des pouvoirs publics aux fins de la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, qui ne trouve aucun appui dans le texte de l'*Accord SMC*. La Corée suggère également que la JIA ne pouvait pas constater l'existence d'une action de charger ou ordonner sans constater que les pouvoirs publics coréens entendaient sauver Hynix "aux dépens de ses créanciers".²⁴² L'existence d'une action de charger ou ordonner au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) est déterminée par référence aux actions des pouvoirs publics ainsi qu'à la situation financière de l'entreprise bénéficiaire *au moment où la contribution financière est apportée*. Dès lors que l'autorité chargée de l'enquête conclut raisonnablement sur la base du dossier que les pouvoirs publics ont chargé un organisme de fournir une contribution financière, ou lui ont ordonné de le faire, il est satisfait aux dispositions de l'article 1.1 a) 1) iv). Enfin, la Corée poursuit en critiquant de façon décousue les éléments de preuve cités dans l'analyse de la JIA alors que cette dernière semble avoir adopté une approche holistique dans sa détermination. Dans la mesure où la JIA semble avoir adopté une approche holistique, le Groupe spécial devrait évaluer si les éléments de preuve pris ensemble étayaient la détermination et devrait éviter d'examiner des éléments individuels de manière isolée comme le préconise la Corée dans sa communication.

5.97 **Interprétation par la Corée de l'expression "contribution financière"**. L'interprétation par la Corée de l'expression "transfert direct de fonds" est incompatible avec les dispositions de l'article 1.1 a) 1) et ne concorde pas avec les constatations antérieures des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC. L'article 1.1 a) 1) i) spécifie un certain nombre d'*exemples* d'instruments qui peuvent aboutir à un transfert direct de fonds mais ne suggère pas que ledit article se limite aux instruments énumérés. Rien dans le texte de l'accord ne vient appuyer l'interprétation étroite que donne la Corée de l'article 1.1 a) 1) i), en particulier la suggestion que "fonds" renvoie seulement à "avoir en argent"; en vérité, des groupes spéciaux antérieurs ont conclu que les types de transactions qui, d'après les allégations de la Corée, ne constituent pas des "transferts directs de fonds" peuvent en fait être considérés comme tels. La conclusion de la Corée selon laquelle les versions française et espagnole de l'*Accord SMC* étayaient son interprétation de l'expression "transfert direct de fonds" comme étant une opération au cours de laquelle "un avoir en argent change de mains" n'est pas étayée par la signification ordinaire de ces mots. Qui plus est, le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* a constaté, contrairement à ce que la Corée affirme à présent, que la restructuration de prêts, la remise de dettes et les échanges de créances contre des participations sont des transferts directs de fonds. **La Corée fait valoir, par ailleurs, à tort que les modifications des conditions de prêts en vigueur et les échanges de créances contre des participations ne peuvent être définies que comme des "recettes abandonnées" en vertu de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'*Accord SMC*.**²⁴³ Rien dans le texte de l'article 1.1 a) 1) i) n'obligeait la JIA à traiter ces transactions comme des recettes abandonnées au titre de l'article 1.1 a) 1) ii). En outre, dans le cadre de l'article 1.1 a), le mot "recettes" se rapporte à des formes de recettes *publiques* comme les impôts, les droits ou autres montants prélevés par les pouvoirs publics, plutôt qu'à un revenu ou à un profit perçu par un créancier, comme la Corée semble le suggérer.

5.98 **Approche adoptée par la Corée pour analyser l'avantage**. La Corée fait valoir que la "contribution financière" des pouvoirs publics qui confère un avantage consiste en l'action de charger

²⁴¹ *Id.*, paragraphe 144.

²⁴² *Id.*, paragraphe 200.

²⁴³ *Id.*, paragraphes 176 à 178.

ou ordonner de la part desdits pouvoirs publics²⁴⁴, et que donc l'autorité chargée de l'enquête était tenue d'évaluer si, en raison de cette action de charger ou ordonner, Hynix se trouvait "mieux lotie".²⁴⁵ L'accent que la Corée met sur la question de savoir si la "restructuration a permis aux créanciers ... d'être "mieux lotis" n'a pas lieu d'être²⁴⁶: en déterminant l'existence d'un avantage, il s'agit de connaître la position du *bénéficiaire* "en l'absence de" ou "sans" la contribution financière des pouvoirs publics. **La Corée identifie de manière erronée la "contribution financière" au moyen de laquelle l'existence d'un avantage est déterminée en vertu de l'article 1.1. En substance, la Corée confond l'analyse de la contribution financière en deux étapes, qui est prévue par l'article 1.1 a) 1) iv) lorsqu'il y a action de charger ou ordonner, avec l'analyse requise au titre de l'article 1.1 b) visant à déterminer l'existence d'un avantage. L'expression "contribution financière", comme l'indique l'article 1.1 a) 1), renvoie nécessairement aux fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii), indépendamment de la question de savoir si l'affaire porte sur une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Cette expression ne se rapporte pas, comme la Corée l'affirme indûment, à l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Il est à noter que, dans l'affaire *États-Unis – DRAM*, l'Organe d'appel a constaté qu'"une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, en elle-même, n'établit pas l'existence d'une contribution financière".²⁴⁷ De plus, l'argument de la Corée serait presque impossible à appliquer: l'approche qu'elle adopte pour analyser l'avantage ferait intervenir une comparaison entre la restructuration résultant de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics avec une restructuration hypothétique ne résultant pas d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.**

5.99 Jurisprudence en matière de privatisation et détermination de l'avantage tiré d'un échange de créances contre des participations. Citant le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, la Corée fait valoir que la JIA était tenue d'examiner l'effet des modifications de la structure du capital d'Hynix au cours de la restructuration de décembre 2002 sur l'avantage conféré à cette entreprise, et que le fait qu'elle ne l'ait pas fait était incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*.²⁴⁸ L'échange de créances contre des participations, qui consiste pour les créanciers à échanger la dette envers eux contre des participations au capital d'une entreprise, n'est pas la même chose que la privatisation d'une entreprise d'État, et la Corée n'a pas démontré qu'une privatisation a eu lieu en l'espèce: elle n'a pas affirmé que les pouvoirs publics possédaient Hynix avant l'échange de créances contre des participations et que, par cet échange, ceux-ci transféraient la totalité ou l'essentiel d'Hynix à un nouveau propriétaire du secteur privé, en ne conservant aucun intérêt majoritaire pour eux-mêmes. De plus, la question posée par l'analyse sous l'angle de la privatisation est de savoir si la privatisation d'une entreprise supprime l'avantage conféré par une contribution financière *antérieure*. Comme la Corée le fait observer, la méthodologie axée sur la privatisation décrite ci-dessus s'applique à une analyse de l'avantage conféré par des subventions "reçues avant la modification de la structure du capital".²⁴⁹ Dans le cas d'espèce, c'est l'échange de créances contre des participations aux fins de la restructuration, lui-même, qui, selon les conclusions de la JIA, *a conféré* l'avantage. Pour ces raisons, l'évaluation de la privatisation à laquelle l'Organe d'appel a procédé dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes* ne peut pas servir à l'analyse de la question de savoir si l'échange de créances contre des participations en décembre 2002 a eu pour conséquence de conférer un avantage à Hynix.

²⁴⁴ *Id.*, paragraphe 228.

²⁴⁵ *Id.*, paragraphes 228 et 229.

²⁴⁶ *Id.*, paragraphe 242 (pas d'italique dans l'original).

²⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, adopté le 20 juillet 2005, paragraphe 124.

²⁴⁸ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 261 et 262.

²⁴⁹ *Id.*, paragraphe 261.

4. Détermination de l'existence d'un dommage

5.100 **Articles 15.5 et 19.1 de l'Accord SMC.** L'allégation de la Corée selon laquelle la détermination de l'existence d'un dommage établie par la JIA est incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'Accord SMC part du principe que ces dispositions exigent des autorités qu'elles démontrent l'existence d'un lien de causalité entre la ou les pratiques en matière de subventions qui sont en cause et le dommage important subi par la branche de production nationale. L'interprétation que fait la Corée des articles 15.5 et 19.1 est incompatible avec leur énoncé et avec les rapports antérieurs dans lesquels ils ont été examinés. Le sujet est le même dans la première phrase de l'article 15.5 et dans la troisième proposition de l'article 19.1: "les importations subventionnées". Ainsi, dans chacune de ces dispositions, cela doit être les "importations subventionnées" qui causent le dommage. Cette conclusion est étayée par la deuxième phrase de l'article 15.5 qui dispose que "[l]a 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". La "démonstration" que la première proposition de cette phrase mentionne est l'équivalent des mots "devra être démontré" aux fins de la première phrase de l'article 15.5. De plus, d'après la note de bas de page 47 de l'Accord SMC, une autorité procède correctement à l'évaluation des "effets des subventions" dont il est question dans la première phrase de l'article 15.5 en examinant le volume, les effets sur les prix et l'incidence des importations subventionnées. Il n'exige pas d'une autorité qu'elle mène un examen séparé ou indépendant des pratiques en matière de subventions. Dans l'affaire *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, le groupe spécial a rejeté le même argument avancé en l'espèce par la Corée.²⁵⁰ Contrairement à ce qu'affirme la Corée, les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel de l'OMC renforcent l'idée que l'interprétation que le groupe spécial ayant examiné l'affaire du *Saumon norvégien* a faite de l'article 6:4 du Code des subventions du Tokyo Round est pleinement applicable à l'énoncé presque identique de l'article 15.5 de l'Accord SMC. Cette interprétation est en outre étayée par les deux rapports de groupes spéciaux antérieurs ayant examiné les contestations formulées par la Corée à l'encontre de mesures compensatoires visant les DRAM. Dans ces deux rapports, les groupes spéciaux ont considéré que le dommage causé par les importations subventionnées constitue l'axe de l'article 15.5.²⁵¹

F. DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE

5.101 Les arguments avancés par les États-Unis dans leur déclaration orale en tant que tierce partie sont résumés ci-après.

5.102 Les États-Unis ont formulé quelques brèves observations sur les sujets suivants: 1) les demandes de décisions préliminaires présentées par le Japon; 2) certaines questions liminaires concernant la charge de la preuve, le critère d'examen et les éléments de preuve; 3) deux questions se rapportant à la détermination de l'existence d'une subvention établie par la JIA; et 4) la détermination de l'existence d'un dommage établie par la JIA.

1. Demandes de décisions préliminaires

5.103 En ce qui concerne les demandes de décisions préliminaires présentées par le Japon, un groupe spécial doit évaluer la compatibilité d'une demande d'établissement d'un groupe spécial avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur les règlements des différends en se fondant sur les termes de la demande elle-même. Contrairement à ce qu'affirme la Corée dans sa communication du

²⁵⁰ SCM/153 (adopté le 28 avril 1994), paragraphes 335 à 339.

²⁵¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/R, adopté le 20 juillet 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS296/AB/R, paragraphe 7.320.

1^{er} décembre, "les renseignements qui pouvaient raisonnablement être à la disposition des parties défenderesses au moment où elles ont reçu la demande d'établissement d'un groupe spécial", mais qui n'étaient pas inclus dans la demande, ne sont pas pertinents aux fins de l'évaluation de la conformité de la demande d'établissement d'un groupe spécial avec l'article 6:2.²⁵² La Corée affirme que les renseignements communiqués à la JIA pouvaient être réputés "raisonnablement à la disposition" des parties de sorte que le Japon ne serait pas désavantagé par une demande d'établissement d'un groupe spécial défectueuse. D'après les États-Unis, cette affirmation est dénuée de pertinence sur le plan juridique et douteuse sur le plan des faits. Toutefois, même si elle était exacte, il reste que la Corée ne tient pas compte du fait que ces renseignements n'étaient pas "raisonnablement à la disposition" des autres Membres de l'OMC, y compris les tierces parties à la présente procédure.

5.104 L'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends établit un critère qui n'est pas différent selon que les allégations se rapportent à des déterminations en matière d'antidumping et de droits compensateurs ou à des allégations relatives à d'autres types de mesures. Dans tous les cas, une demande d'établissement d'un groupe spécial doit "indiquer[] les mesures spécifiques en cause et cont[enir] un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème". En ce qui concerne les points n° 10 et n° 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée, les États-Unis conviennent avec le Japon que, dans la mesure où ils font référence à des articles contenant de multiples obligations sans spécifier la disposition particulière en cause, ces points n° 10 et n° 15 ne satisfont pas aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, et le Groupe spécial devrait constater qu'ils ne relèvent pas de son mandat. Les arguments de la Corée à l'effet contraire ne concordent pas avec le texte de l'article 6:2 et, s'ils étaient acceptés, ils compromettraient considérablement la capacité tant des tierces parties que des Membres défendeurs de participer de manière effective aux travaux du groupe spécial.

2. Charge de la preuve, critère d'examen et critères en matière de preuve

5.105 Sur une autre question, comme les États-Unis l'ont examiné dans leur communication écrite, la première communication de la Corée n'établit pas d'élément *prima facie* à l'égard de certaines allégations, propose un critère d'examen incorrect aux fins de l'analyse d'autres allégations et présente de façon erronée la manière dont le Groupe spécial devrait évaluer dûment les éléments de preuve à la disposition de la JIA lors de l'évaluation des allégations de la Corée.

5.106 Par exemple, dans les cinq paragraphes contestant la détermination de spécificité établie par le Japon, la Corée ne cite pas une seule fois l'article 2 de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* ("Accord SMC"), et encore moins une disposition ou obligation particulière figurant dans cet article.²⁵³ La Corée ne s'est tout simplement pas acquittée de la charge qui lui incombe d'avancer des éléments de preuve et des arguments juridiques pour étayer chacun des éléments de son allégation.²⁵⁴ La Corée ne peut pas attendre du Groupe spécial qu'il établisse le bien-fondé de ses arguments en choisissant quelles dispositions particulières de l'*Accord SMC* pourraient être visées et de quelle manière le Japon pourrait avoir manqué à ses obligations au titre de ces dispositions. Dans la communication des États-Unis, il a été noté plusieurs autres points sur lesquels il apparaît que la communication de la Corée n'a pas établi d'élément *prima facie*.²⁵⁵

²⁵² Observations initiales de la République de Corée sur la demande élargie de décision préliminaire figurant dans la première communication écrite du Japon (1^{er} décembre 2006), paragraphe 7.

²⁵³ Première communication écrite de la Corée, paragraphes 253 à 257.

²⁵⁴ Voir rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, paragraphes 140 et 141.

²⁵⁵ Communication des États-Unis en tant que tierce partie, paragraphe 15.

5.107 Non contente de demander au Groupe spécial d'établir le bien-fondé de ses arguments à sa place, la Corée voudrait en plus que le Groupe spécial entreprenne un examen *de novo* de la détermination de l'existence d'une subvention établie par le Japon. La Corée avance une autre thèse que celle de la JIA au sujet de l'action de charger ou ordonner en se fondant sur des théories économiques et des théories touchant à la restructuration des entreprises.²⁵⁶ Toutefois, il apparaît que les éléments de preuve sur lesquels cette thèse repose ne figuraient pas dans le dossier dont disposait l'autorité chargée de l'enquête. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans l'affaire *États-Unis – DRAM*, les constatations d'un groupe spécial ne peuvent pas être fondées sur des faits dont ne disposait pas l'autorité chargée de l'enquête au moment où elle a établi sa détermination.²⁵⁷ En outre, et de façon toute aussi importante, comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *États-Unis – Viande d'agneau*, la question dont est saisi le Groupe spécial n'est pas de savoir si une autre explication avancée par la Corée est "plausible" mais elle est de savoir si la JIA a fourni une explication motivée et adéquate de la manière dont les éléments de preuve versés au dossier ont étayé ses constatations et de la manière dont ces constatations ont étayé sa détermination globale.

5.108 De plus, dans plusieurs parties de sa communication, la Corée demande instamment à tort au Groupe spécial d'imposer à l'autorité chargée de l'enquête un critère en matière de preuve qui n'est pas envisagé par l'*Accord SMC*. Sauf indication expresse, l'*Accord SMC* n'exige pas de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle étaye sa détermination de l'existence d'une subvention avec des "éléments de preuve positifs" et il ne contient aucune prescription selon laquelle les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner doivent être "probants et déterminants".²⁵⁸

5.109 Ainsi, la première communication de la Corée repose sur un certain nombre de définitions incorrectes concernant la charge de la preuve, le critère d'examen et les critères en matière de preuve qui doivent être appliqués pour évaluer les allégations formulées dans le cadre de la présente procédure. Le Groupe spécial devrait refuser l'invitation qui lui est faite par la Corée d'établir le bien-fondé de ses arguments à sa place, sur la base d'un examen *de novo* des éléments de preuve et de théories économiques ne figurant pas dans le dossier de l'enquête, au moyen de critères en matière de preuve qui n'ont pas été envisagés par l'*Accord SMC*.

3. Rejet des points de repère du secteur privé

5.110 En ce qui concerne l'analyse du point de repère par la JIA, les États-Unis ont examiné les arguments de la Corée dans leur communication écrite. Les États-Unis souhaiteraient revenir sur l'affirmation formulée par la Chine dans sa propre communication en tant que tierce partie selon laquelle il existe un "seuil très élevé" pour le rejet, en tant que points de repère, des investissements ou des prêts consentis par des entités privées qui n'ont pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.²⁵⁹ Contrairement à ce qu'affirme la Chine, l'*Accord SMC* n'impose pas de critère spécial aux autorités chargées de l'enquête pour choisir un point de repère. Par conséquent, conformément à l'article 12.2 de l'*Accord SMC*, la tâche du Groupe spécial est d'évaluer si un décideur raisonnable et objectif, examinant tous les éléments de preuve versés au dossier de l'enquête, aurait pu conclure que le point de repère choisi par la JIA était approprié.

5.111 Un certain nombre de facteurs peuvent faire du prêt ou de l'investissement d'une entité privée un point de repère inapproprié, et le texte de l'article 14 a) et b) n'impose pas de charge plus lourde à l'autorité chargée de l'enquête lorsqu'elle établit une telle détermination. Par exemple, comme le

²⁵⁶ Voir, par exemple, première communication écrite de la Corée, paragraphes 43 à 57.

²⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée*, WT/DS296/AB/R, adopté le 20 juillet 2005, paragraphe 175.

²⁵⁸ Première communication écrite de la Corée, paragraphe 196.

²⁵⁹ Communication de la Chine en tant que tierce partie, section 2.1.

Groupe spécial *CE – DRAM* l'a observé, la nature de la relation que l'entité privée entretient avec le bénéficiaire de la contribution financière ainsi qu'avec les pouvoirs publics, et les caractéristiques particulières de l'investissement ou du prêt consenti par l'entité privée par rapport à la contribution financière en cause, peut faire de cette entité un point de repère inapproprié aux fins de l'analyse effectuée par l'autorité chargée de l'enquête.²⁶⁰ Dans ces conditions, l'autorité chargée de l'enquête peut à bon droit ne pas tenir compte des investissements ou des prêts des entités en question dans la mesure où, conformément à l'article 14 a) ou b) de l'*Accord SMC*, ils ne rendent pas compte de "la pratique habituelle concernant les investissements ... des investisseurs privés sur le territoire" ou d'un "prêt commercial comparable", respectivement. De même, il peut exister des situations dans lesquelles la contribution financière apportée par les pouvoirs publics a une incidence sur les conditions dans lesquelles les entités privées investissent dans une branche de production ou une entreprise en particulier, ou accordent à celle-ci un prêt, de sorte que les investissements privés ou les prêts consentis au bénéficiaire de la subvention ne constitueraient pas des points de repère appropriés.

5.112 En outre, les États-Unis s'inscrivent en faux contre l'affirmation de la Chine selon laquelle le seuil est "même plus élevé si certaines entités privées participent également aux *mêmes* transactions dont il est allégué qu'elles sont des subventions".²⁶¹ En fait, dans de telles circonstances, le prêt ou l'investissement privé risque de rendre encore moins compte de "la pratique habituelle concernant les investissements ... des investisseurs privés" ou d'un "prêt commercial comparable" dans la mesure où les conditions auxquelles le prêt ou l'investissement a été fait peuvent être influencées par la contribution financière des pouvoirs publics. Par conséquent, l'autorité chargée de l'enquête peut à juste titre refuser de considérer de tels prêts ou investissements comme des points de repère.

5.113 Enfin, le recours de la Chine aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Bois de construction* est hors de propos. Comme la Chine l'admet, l'Organe d'appel dans cette affaire analysait l'énoncé de l'article 14 d), et non de l'article 14 a) ou b). De plus, l'Organe d'appel a reconnu que les points de repère du secteur privé peuvent être inappropriés s'ils subissent l'influence d'une intervention étendue des pouvoirs publics sur le marché²⁶², en expliquant que les prix sur le marché privé peuvent être des points de repère inappropriés si l'intervention étendue des pouvoirs publics sur le marché a une incidence indirecte sur ces prix. De la même façon, si des pouvoirs publics interviennent sur le marché pour soutenir une branche de production ou une entreprise particulière au moyen de dons, de prêts ou d'investissements, ce soutien des pouvoirs publics pourrait influencer les décisions d'entités privées s'agissant d'investissements ou de prêts consentis à la branche de production ou à l'entreprise. Dans ces conditions, les dons, prêts ou investissements accordés par ces entités ne peuvent pas être des points de repère appropriés, même si ces entités n'ont pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

4. Le texte introductif de l'article 14

5.114 En ce qui concerne l'affirmation de la Corée selon laquelle le Japon a manqué à son obligation au titre du texte introductif de l'article 14, à savoir prévoir dans sa législation ou ses réglementations d'application nationales toute méthode utilisée pour calculer l'avantage conféré, les États-Unis n'ont pas d'opinion à communiquer sur les faits en question. Toutefois, les États-Unis pensent comme les CE que, même si le Groupe spécial constate que le Japon a manqué à son obligation, cette constatation ne signifie pas nécessairement que la détermination en matière de droits compensateurs

²⁶⁰ Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée*, WT/DS299/R, adopté le 3 août 2005, paragraphe 7.206, note de bas de page 185.

²⁶¹ Communication de la Chine en tant que tierce partie, paragraphe 15 (pas d'italique dans l'original).

²⁶² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004, paragraphes 100 à 103.

elle-même n'est pas valable.²⁶³ Rien dans le texte introductif ne le prévoit, et la Corée ne mentionne aucune obligation dans les Accords de l'OMC qui exige un tel résultat. Si le Groupe spécial constate que le Japon a agi d'une manière incompatible avec le texte introductif, alors – conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends – toute recommandation faite au Japon concernant la mise en conformité de ses mesures avec l'accord devrait le laisser décider précisément de la manière dont il le fera.

5. Détermination de l'existence d'un dommage

5.115 En ce qui concerne la détermination de l'existence d'un dommage établie par la JIA, les États-Unis contestent l'affirmation de la Corée selon laquelle les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* exigent des autorités qu'elles démontrent l'existence d'un lien de causalité entre la ou les pratiques en matière de subventions en cause et le dommage important subi par la branche de production nationale.

5.116 Pour ce qui est du texte des dispositions pertinentes, le sujet de la première phrase de l'article 15.5 comme celui de la troisième proposition de l'article 19.1 est le même: "les importations subventionnées". Dans chacune de ces dispositions, ce sont les "importations subventionnées" qui doivent causer le dommage.

5.117 La première phrase de l'article 15.5 dispose, en outre, qu'une autorité doit démontrer que les importations subventionnées causent un dommage "par les effets des subventions". Ces mots n'apparaissent pas dans le texte de manière isolée. Au contraire, leur sens est expliqué dans la note de bas de page 47 de l'*Accord SMC*. Cette note indique que les "effets des subventions" pertinents sont ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 2 et 4 de l'article 15.

5.118 Les paragraphes 2 et 4 de l'article 15 de l'*Accord SMC* concernent tous les deux les "importations subventionnées". Aucune de ces deux dispositions n'exige d'une autorité qu'elle procède à une évaluation indépendante des effets de la subvention elle-même. Le paragraphe 2 exige de l'autorité qu'elle examine "le volume des importations subventionnées" et "l'effet des importations subventionnées sur les prix". Quant au paragraphe 4, il se rapporte à l'examen de "l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale".

5.119 Il s'ensuit que la note de bas de page 47 de l'*Accord SMC* indique qu'une autorité conduit correctement l'évaluation des "effets des subventions" dont il est question dans la première phrase de l'article 15.5 en examinant le volume, les effets sur les prix et l'incidence des *importations subventionnées*. Ainsi, la première phrase de l'article 15.5, accompagnée de sa note de bas de page, donne pour instruction à l'autorité de vérifier que les *importations subventionnées* causent un dommage. Il n'exige pas de l'autorité qu'elle mène un examen séparé ou indépendant des effets des *pratiques en matière de subventions*.

5.120 Cette interprétation de l'article 15.5 est appuyée par l'interprétation que le Groupe spécial du GATT sur le *Saumon norvégien* a faite de l'énoncé quasiment identique de l'article 6:4 du Code des subventions du Tokyo Round.²⁶⁴ Elle est, par ailleurs, compatible avec de nombreux rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. De fait, chacun des deux rapports de groupes spéciaux antérieurs portant sur les contestations de la Corée à l'égard de mesures compensatoires imposées sur les DRAM ont considéré que le dommage causé par les *importations subventionnées* constitue l'axe de l'article 15.5.²⁶⁵

²⁶³ Communication des CE en tant que tierce partie, paragraphe 35.

²⁶⁴ États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège, SCM/153 (adopté le 28 avril 1994).

²⁶⁵ CE – DRAM, paragraphes 7.401 et 7.402; États-Unis – DRAM (Groupe spécial), paragraphe 7.320.

5.121 Enfin, le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* sur lequel s'appuie la Corée ne porte pas sur les critères en matière de dommage ou de lien de causalité dans les enquêtes en matière de droits compensateurs. En fait, il traite des dispositions relatives au "préjudice grave" de l'article 6.3 c) de l'*Accord SMC* qui n'ont pas de lien avec le cas d'espèce. La conclusion du Groupe spécial dans l'affaire des *Navires de commerce* reposait sur la structure textuelle particulière de l'article 6.3, structure que ne possède pas l'article 15.5. D'ailleurs, dans ses communications au Groupe spécial dans l'affaire *Navires de commerce*, la Corée a fait valoir que les critères en matière de lien de causalité pour les examens du "préjudice grave" au titre de l'article 6 sont différents de ceux qui sont applicables aux enquêtes en matière de droits compensateurs au titre de l'article 15. À cette occasion, la Corée a établi, à juste titre, une distinction entre les dispositions de l'article 6 et celles de l'article 15. Le Groupe spécial devrait faire la même distinction dans le cadre du présent différend.

VI. RÉEXAMEN INTÉIMAIRE

6.1 Le 16 avril 2007, nous avons remis le rapport intérimaire aux parties. Les deux parties ont demandé par écrit que des aspects précis de ce rapport soient réexaminés. Chacune des parties a aussi présenté par écrit des observations au sujet des observations formulées par l'autre partie. Ni l'une ni l'autre partie n'a demandé la tenue d'une réunion consacrée au réexamen intérimaire. Nous avons brièvement exposé ci-après notre réaction aux observations des parties.

A. OBSERVATIONS DE LA CORÉE

6.2 En examinant les observations de la Corée, nous notons que celle-ci a cherché à faire valoir à nouveau un grand nombre des arguments qu'elle avait développés dans ses communications. Tel n'est pas nécessairement l'objet du mécanisme de réexamen intérimaire énoncé à l'article 15:2 du *Mémoire d'accord*. En particulier, nous ne considérons pas que cet article nous impose de défendre nos constatations lors de la phase de réexamen intérimaire.

6.3 S'agissant de la constatation que nous avons formulée au paragraphe 6.91 du rapport intérimaire (paragraphe 7.91 du présent rapport), la Corée met en doute notre évaluation de l'emploi du mot "donc" par la JIA. Nous avons examiné les arguments de la Corée, mais ne jugeons pas nécessaire de modifier nos constatations. Nous restons d'avis que la conclusion de la JIA était fondée sur des constatations de fait et non pas sur une théorie économique abstraite.

6.4 S'agissant du paragraphe 6.275 du rapport intérimaire (paragraphe 7.276 du présent rapport), la Corée se dit préoccupée par le fait que le rapport intérimaire semble accepter la proposition selon laquelle l'existence d'un avantage ne peut être constatée que sur la base d'éléments de preuve indiquant que les créanciers n'ont pas entrepris une analyse suffisante de la restructuration. Nous avons inclus la note 475 dans le présent rapport pour préciser notre constatation. Nous restons d'avis 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.

6.5 S'agissant des paragraphes 6.288 à 6.289 du rapport intérimaire (paragraphes 7.289 à 7.290 du présent rapport), la Corée allègue que rien dans l'*Accord SMC* n'autorise à appliquer les "données de fait disponibles" quand des créanciers qui n'ont jamais été contactés ne fournissent pas des renseignements qui ne leur ont jamais été demandés. Les notes 484 et 485 du présent rapport indiquent clairement que la JIA n'a appliqué les données de fait disponibles qu'en ce qui concerne les "parties intéressées" et qu'elle n'a considéré comme des "parties intéressées" que les autres créanciers auxquels elle avait envoyé son questionnaire. Par conséquent, aucun fait n'étaye l'allégation de la Corée selon laquelle nous avons constaté que la JIA était en droit d'utiliser les données de fait disponibles en ce qui concerne les autres créanciers qui n'avaient pas fourni des renseignements qui ne

leur avaient jamais été demandés. Nous ne jugeons donc pas nécessaire de modifier nos constatations compte tenu de l'observation de la Corée.

6.6 S'agissant du paragraphe 6.392 du rapport intérimaire (paragraphe 7.393 du présent rapport), la Corée affirme que l'autorité chargée de l'enquête ne devrait pas, compte tenu du fait qu'elle doit mener l'enquête à son terme, être autorisée à fonder sa décision sur les "données de fait disponibles" quand les renseignements nécessaires ne figurent pas au dossier. Elle affirme que, en l'espèce, une telle approche a conduit Hynix à être "punie pour les actions commises par des tierces parties sur lesquelles elle ne pouvait exercer aucune influence". Le fait que l'autorité chargée de l'enquête doit en toute circonstance être capable de mener à bien son enquête sur la base des faits, même en l'absence de réponse de la part de parties intéressées et de tierces parties, est une réalité concrète. Cependant, cela ne signifie pas nécessairement que les défendeurs seront "punis" dès lors qu'une tierce partie n'aura pas répondu, puisque l'autorité chargée de l'enquête effectue simplement son enquête sur la base des faits. La Corée n'a pas démontré qu'Hynix était "punie" en l'espèce. En particulier, elle n'a pas établi que la JIA avait tiré des déductions défavorables à Hynix. Nous n'estimons donc pas nécessaire de modifier nos constatations compte tenu de l'observation de la Corée.

6.7 S'agissant des paragraphes 6.441 à 6.443 du rapport intérimaire (paragraphe 7.442 à 7.444 du présent rapport), la Corée allègue que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'usage normal du terme "transfert de fonds". Elle laisse entendre que nous avons agi ainsi "par souci du fait qu'une constatation selon laquelle les reports d'échéance des prêts et la conversion des créances en participations ne seraient pas des "transferts directs de fonds" signifierait que ces transactions [ne] pourraient [pas] être considérées comme des "contributions financières" dans le cadre de l'Accord SMC". Ce n'est pourtant pas cette préoccupation qui a motivé nos constatations. Nous avons plutôt été soucieux d'interpréter le terme "transfert de fonds" conformément aux dispositions de l'article 3:2 du *Mémoire d'accord*. Nous nous en tenons à cette interprétation et n'estimons pas nécessaire de modifier nos constatations compte tenu des observations de la Corée.

6.8 S'agissant de nos constatations au sujet de l'allégation de la Corée concernant la cause du dommage, la Corée conteste notre manière de traiter i) la relation entre l'article 15.5 de l'*Accord SMC* et l'article VI du *GATT de 1994*, ii) la pertinence du critère de causalité en matière de préjudice grave, énoncé à l'article 6, et iii) la pertinence de l'article 11.2. Nous avons examiné attentivement ces questions pour formuler nos constatations intérimaires et n'estimons pas nécessaire de modifier celles-ci compte tenu des observations de la Corée.

B. OBSERVATIONS DU JAPON

6.9 Le Japon a fait un certain nombre d'observations au sujet d'erreurs typographiques et matérielles commises dans notre rapport intérimaire. Nous lui en sommes reconnaissants et avons effectué les corrections nécessaires. Le Japon a demandé en outre que certaines modifications soient faites pour éviter de laisser entendre que le Groupe spécial critiquait implicitement le Japon et pour préciser les arguments avancés par celui-ci. Nous avons modifié en conséquence certaines de nos constatations. Par ailleurs, le Japon a fait certaines observations de fond, auxquelles nous répondons ci-après.

6.10 S'agissant du paragraphe 6.166 du rapport intérimaire (paragraphe 7.166 du présent rapport), le Japon a fait un certain nombre d'observations au sujet des constatations du Groupe spécial concernant la manière dont la JIA a traité la relation contractuelle entre la Deutsche Bank et Hynix. Nous avons apporté un certain nombre de modifications pour préciser nos constatations à cet égard. Ce faisant, nous nous en tenons à notre conclusion selon laquelle la JIA n'aurait pas pu dûment remettre en cause l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank sur la base de la relation contractuelle de cette dernière avec Hynix.

6.11 S'agissant des paragraphes 6.167 et 6.168 du rapport intérimaire (paragraphes 7.167 et 7.168 du présent rapport), le Japon a demandé qu'un certain nombre de modifications soient apportées en ce qui concerne les conséquences de la désignation de Morgan Stanley Dean Witter Asia Ltd. comme conseiller financier, conjointement à la Deutsche Bank. Selon le Japon, la JIA a constaté que Morgan Stanley désapprouvait les conclusions de la Deutsche Bank et, de toute façon, ne jouait qu'un rôle accessoire dans le processus. Le Japon affirme en outre que la Corée n'a présenté aucun argument au sujet du rôle de Morgan Stanley dans l'examen de la restructuration de décembre 2002. Premièrement, nous ne considérons pas que la portée de nos constatations devrait nécessairement être limitée aux arguments des parties. Tant que nous restons dans le cadre de notre mandat, nous estimons avoir toute latitude pour appliquer notre propre raisonnement juridique à la question dont nous sommes saisis. Deuxièmement, le fait que Morgan Stanley puisse avoir été en désaccord avec la Deutsche Bank ou n'avoir joué qu'un rôle accessoire dans l'examen de la restructuration ne contredit pas notre point de vue selon lequel la présence de Morgan Stanley aurait limité la capacité de la Deutsche Bank de favoriser les intérêts d'Hynix par rapport à ceux de ses créanciers. Nous ne jugeons donc pas nécessaire d'apporter l'une quelconque des modifications demandées par le Japon.

6.12 S'agissant de la note 399 du rapport intérimaire (note 401 du présent rapport), le Japon estime que des éléments de preuve suffisants avaient été versés au dossier de la JIA pour indiquer que le "plan de normalisation" était effectivement le rapport de la Deutsche Bank. Cependant, aucun des éléments de preuve mentionnés par le Japon ne fait effectivement référence au rapport de la Deutsche Bank en tant que "plan de normalisation". De plus, nos constatations partent du principe que le rapport de la Deutsche Bank et le "plan de normalisation" sont une seule et même chose. Il n'est donc pas nécessaire d'apporter quelque modification que ce soit à nos constatations sur la base de l'observation du Japon.

6.13 S'agissant du paragraphe 6.209 du rapport intérimaire et de la note 431 y afférente (paragraphe 7.215 du présent rapport et note 435 y afférente), le Japon estime qu'aucun élément de preuve ne permet de penser que les créanciers ont effectivement obtenu l'avis juridique pertinent. Nous avons supprimé la dernière phrase du paragraphe 6.209 du rapport intérimaire conformément à la demande du Japon. Cependant, nous n'estimons pas nécessaire de supprimer la note 437 du présent rapport, les arguments formulés par le Japon dans le cadre du réexamen intérimaire n'établissant toujours pas que la JIA a constaté "que l'avis juridique n'avait pas été mis à la disposition des créanciers".

6.14 S'agissant des paragraphes 6.214 et 6.218 du rapport intérimaire (paragraphes 7.220 et 7.224 du présent rapport), le Japon demande au Groupe spécial d'indiquer s'il est d'accord avec lui pour reconnaître qu'une certaine erreur de calcul a été commise dans le rapport de la Deutsche Bank. Nous avons déjà conclu que la JIA n'avait pas constaté que l'erreur de calcul en question figurait dans le rapport de la Deutsche Bank. Rien dans les observations formulées par le Japon dans le cadre du réexamen intérimaire ne nous conduit à modifier cette conclusion. En l'absence de toute constatation appropriée de la part de la JIA, nous ne sommes pas fondés à conclure à l'existence de l'erreur alléguée.

6.15 S'agissant des paragraphes 6.233 et 6.238 du rapport intérimaire (paragraphes 7.239 et 7.244 du présent rapport), le Japon se plaint du fait que le Groupe spécial n'a pas examiné sur le fond une certaine erreur dont la JIA a effectivement constaté l'existence. Nous avons conclu que la JIA n'était pas dûment fondée à constater que le rapport de la Deutsche Bank contenait l'erreur de calcul en question, en ce sens qu'elle a constaté à tort qu'Hynix avait reconnu l'existence d'une telle erreur. Rien dans les observations formulées par le Japon dans le cadre du réexamen intérimaire ne nous conduit à modifier cette conclusion.

6.16 S'agissant des paragraphes 6.236 et 6.237 du rapport intérimaire (paragraphes 7.242 et 7.243 du présent rapport), le Japon affirme que le Groupe spécial a attribué à tort à la JIA le résumé des

arguments présentés par Hynix. Nous avons modifié le texte pour préciser que la phrase que nous citons est le résumé par la JIA des arguments d'Hynix. Cependant, étant donné que la détermination finale présente le résumé par la JIA des arguments d'Hynix, il est techniquement correct d'attribuer ces mots à la JIA.

6.17 Le Japon conteste la façon dont le Groupe spécial, dans le rapport intérimaire, a traité la reconnaissance alléguée par la NACF du fait que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Nous avons apporté un certain nombre de modifications à nos constatations à ce sujet. Cependant, nous restons d'avis que la reconnaissance alléguée par la NACF ne remet pas en cause l'indépendance de la Deutsche Bank ni la fiabilité du point de vue commercial du rapport de la Deutsche Bank.

6.18 S'agissant des paragraphes 6.250, 6.290 et 6.297 du rapport intérimaire (paragraphes 7.251, 7.291 et 7.298 du présent rapport), le Japon s'élève contre la référence du Groupe spécial à des éléments de preuve "directs" et "indirects". Il fait observer que le terme "éléments de preuve directs" pourrait être incompatible avec l'observation du Groupe spécial selon laquelle la JIA a fondé sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner sur des éléments de preuve circonstanciels (et par conséquent "indirects"). Nous avons modifié nos constatations en conséquence.

6.19 S'agissant de la note 489 relative au paragraphe 6.292 du rapport intérimaire (voir le paragraphe 7.292 du présent rapport), le Japon s'élève contre une constatation du Groupe spécial concernant l'emploi du terme "faillite" par la JIA. Cette constatation n'étant pas essentielle pour nos constatations principales, nous avons supprimé la note de bas de page en question.

6.20 S'agissant de la note 495 relative au paragraphe 6.295 du rapport intérimaire (note 494 relative au paragraphe 7.296 du présent rapport), le Japon s'élève contre la constatation du Groupe spécial selon laquelle la JIA n'a fait aucune constatation concernant l'existence ou le rôle des subventions "concomitantes". Nous nous en tenons à notre constatation selon laquelle les arguments du Japon concernant cette question constituent une justification *a posteriori*. Nous notons que le Japon s'est uniquement référé à une communication *a posteriori* (à savoir sa réponse à la question n° 37 du Groupe spécial) pour étayer sa position (voir le paragraphe 55 des observations du Japon concernant le rapport intérimaire). Le Japon n'a toujours pas précisé où cette question était examinée par la JIA. Au vu de ces considérations, nous n'estimons pas nécessaire de modifier nos constatations à cet égard.

6.21 S'agissant du paragraphe 6.312 du rapport intérimaire (paragraphe 7.313 du présent rapport), le Japon estime que le Groupe spécial a formulé des constatations sur une question qui ne lui avait pas été soumise par la Corée. Nous ne partageons pas cet avis. Premièrement, nous notons que le Japon n'affirme pas que cette question déborde le cadre de notre mandat. Deuxièmement, nous ne considérons pas que la portée de nos constatations devrait nécessairement être limitée par les arguments développés par les parties, car nous sommes en droit d'appliquer notre propre raisonnement juridique à la question dont nous sommes saisis. Troisièmement, nous considérons que la Corée a effectivement présenté l'argument que nous examinons au paragraphe 6.312 du rapport intérimaire, car elle fait valoir (au paragraphe 234 de sa première communication écrite) qu'"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". Ce faisant, la Corée citait le paragraphe 7.212 du rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*. Notre constatation, quant à elle, se réfère au paragraphe 7.213 du rapport de ce groupe spécial, qui est un prolongement manifeste du raisonnement (auquel se réfère la Corée) qui est exposé au paragraphe 7.212. Pour ces raisons, nous ne jugeons pas nécessaire de modifier nos constatations en fonction de l'observation du Japon.

6.22 S'agissant du paragraphe 6.313 du rapport intérimaire (paragraphe 7.314 du présent rapport), le Japon demande au Groupe spécial de faire une constatation factuelle selon laquelle certaines parties intéressées ont refusé de communiquer certains renseignements à la JIA. Étant donné que le Japon n'a mis en évidence aucun fondement dans la détermination finale de la JIA pour une telle constatation de fait, nous rejetons la demande du Japon.

6.23 S'agissant de la note 543 relative au paragraphe 6.348 du rapport intérimaire (note 542 relative au paragraphe 7.349 du présent rapport), le Japon allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans sa constatation selon laquelle les prêts et les reports d'échéance des prêts constituent des subventions non récurrentes. Le Japon estime en outre que la portée des constatations du Groupe spécial dépasse la portée de l'allégation de la Corée, qui était limitée aux subventions non récurrentes dont l'avantage a été imputé par la JIA sur la période allant de 2001 à 2005. Nous nous en tenons à notre déclaration selon laquelle "il est préférable ... de traiter les prêts ponctuels comme des subventions non récurrentes". Cependant, nous notons que nos constatations sont fondées dans une large mesure sur l'imputation de l'avantage par la JIA sur la période allant de 2001 à 2005. Nous avons donc limité nos constatations aux subventions non récurrentes dont l'avantage a été imputé par la JIA de cette manière.

VII. CONSTATATIONS

7.1 Nous commencerons par évaluer l'allégation de la Corée concernant la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA, après avoir traité les questions générales du critère d'examen, de la charge de la preuve et des règles d'interprétation des traités. Avant de passer à ces questions générales, toutefois, nous devons d'abord examiner deux demandes de décisions préliminaires présentées par le Japon.

A. DEMANDES DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES

7.2 Le 5 septembre 2006, le Japon a présenté une demande de décision préliminaire conformément à l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*, qui dispose ce qui suit:

La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle précisera si des consultations ont eu lieu, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. Dans le cas où la partie requérante demande l'établissement d'un groupe spécial dont le mandat diffère du mandat type, sa demande écrite contiendra le texte du mandat spécial proposé.

7.3 La demande présentée par le Japon le 5 septembre est fondée sur la deuxième phrase de cette disposition. Le Japon demande qu'il soit décidé à titre préliminaire que les points 9, 10 et 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée²⁶⁶ (ci-après "demande d'établissement") ne contenaient pas "un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui [devait] être suffisant pour énoncer clairement le problème".

7.4 Le Japon a inclus une demande additionnelle de décisions préliminaires dans sa première communication écrite.²⁶⁷ Le Groupe spécial lui a adressé un certain nombre de questions écrites²⁶⁸ et orales à ce sujet. À la lumière des réponses du Japon à ces questions, nous croyons comprendre que le Japon fait valoir que:

²⁶⁶ Document WT/DS336/5, joint dans l'annexe A-1.

²⁶⁷ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 23.

²⁶⁸ Voir les questions n° 1, 2 et 3 du Groupe spécial.

- les alinéas b), c) et e) du paragraphe 3.1 *supra* ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial, dans la mesure où il y est allégué des violations des articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'Accord SMC, ainsi que des articles VI:3 et X:3 du GATT de 1994, parce que le point 15 de la demande d'établissement, dans lequel ces dispositions sont énumérées, ne visait pas les questions identifiées aux alinéas b), c) et e); et que
- les points 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 13 et 15 de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée sont irrecevables parce que ces points ne contenaient pas "un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui [devait] être suffisant pour énoncer clairement le problème," contrairement à l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*.

7.5 Avant de traiter en détail chacune des demandes présentées par le Japon, nous devons d'abord régler un désaccord fondamental entre les parties concernant l'interprétation et l'application de la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*. En particulier, nous devons décider si la compatibilité avec la deuxième phrase de l'article 6:2 peut être évaluée exclusivement sur la base du texte de la demande d'établissement, comme l'allègue le Japon, ou si la compatibilité doit être déterminée sur la base de la question de savoir si le Japon a subi ou non un préjudice au cours de la procédure du Groupe spécial en raison du manque de spécificité de la demande d'établissement, comme le fait valoir la Corée.

7.6 En préconisant une approche fondée sur le préjudice, la Corée s'appuie largement sur la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Produits laitiers*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a appliqué l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* compte tenu du point de savoir "si le fait que la demande d'établissement du groupe spécial ne faisait qu'énumérer les dispositions prétendument violées a porté atteinte à la capacité du défendeur de se défendre, compte tenu du déroulement de la procédure du groupe spécial".²⁶⁹ Selon l'interprétation de la Corée, l'Organe d'appel voulait dire que l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* devait toujours être appliqué à la fin de la procédure de groupe spécial, à la lumière du point de savoir si le défendeur a ou non effectivement subi un préjudice au cours de la procédure.

7.7 Toutefois, nous notons que dans une autre affaire, *États-Unis – Acier au carbone*, l'Organe d'appel a également statué comme suit:

Les prescriptions concernant la précision dans la demande d'établissement d'un groupe spécial découlent des deux buts essentiels du mandat. Premièrement, le mandat définit la portée du différend. Deuxièmement, **le mandat et la demande d'établissement d'un groupe spécial sur laquelle il est fondé contribuent à réaliser, du point de vue de la régularité de la procédure, l'objectif de notification aux parties et aux tierces parties de la nature des arguments du plaignant.** Lorsqu'il est confronté à une question concernant la portée de son mandat, un groupe spécial doit **examiner soigneusement la demande d'établissement** d'un groupe spécial "pour s'assurer qu'elle est conforme aussi bien à la lettre qu'à l'esprit de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*".²⁷⁰ (note de bas de page omise, pas de caractères gras dans l'original)

7.8 La décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier au carbone* semblerait indiquer que le caractère suffisant de la demande, eu égard à l'objectif de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* en matière de régularité de la procédure, devrait être évalué exclusivement sur la base du texte de la demande. Cette approche a été appliquée ultérieurement par le Groupe spécial *Canada –*

²⁶⁹ *Corée – Produits laitiers*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 127.

²⁷⁰ *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 126.

Exportations de blé et importations de grains, qui – au cours de l'analyse de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis qu'il a faite relativement tôt dans la procédure de groupe spécial – a constaté ce qui suit:

l'exposé du fondement juridique des allégations des États-Unis au titre de l'article 2 de l'*Accord sur les MIC* énonce le problème soulevé avec suffisamment de clarté pour que le Canada puisse connaître les arguments auxquels il doit répondre et commencer à préparer sa défense. Nous pensons aussi que cet exposé est suffisant pour informer les tierces parties du fondement juridique de la plainte des États-Unis et pour leur permettre d'y répondre effectivement. Nous ne pensons donc pas que l'exposé du fondement juridique des allégations au titre de l'article 2 de l'*Accord sur les MIC* ne soit pas conforme aux prescriptions de l'article 6:2.²⁷¹

7.9 Nous souscrivons à l'approche adoptée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier au carbone*, telle qu'appliquée ultérieurement par le Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grains*. À notre avis, l'objectif de la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* en matière de régularité de la procédure ne peut être dûment réalisé que si les groupes spéciaux appliquent cette disposition sur la base du texte de la demande d'établissement. Nous pensons que la prise en considération d'un préjudice effectif subi au cours de la procédure de groupe spécial compromet cet objectif en matière de régularité de la procédure, puisqu'elle permet à un Membre de corriger tout manque de clarté dans sa demande au cours de la procédure de groupe spécial, quand bien même la demande n'était peut-être pas suffisamment claire pour que le défendeur puisse commencer à préparer sa défense au début de la procédure de groupe spécial.

7.10 Par conséquent, nous traiterons les demandes de décisions préliminaires présentées par le Japon sur la base de l'ensemble du texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée, en établissant si le problème a été ou non énoncé avec suffisamment de clarté pour que le Japon puisse connaître les arguments auxquels il devait répondre et commencer à préparer sa défense.

1. Demande présentée par le Japon le 5 septembre

7.11 La demande présentée par le Japon le 5 septembre concerne les points 9, 10 et 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée.

a) Point 9

7.12 Le point 9 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation:

[D]es articles 14 et 19.4 de l'*Accord SMC* et [de] l'article VI:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas dûment mesuré l'avantage conformément aux principes énoncés dans l'*Accord SMC*, ce qui a entraîné la perception de droits compensateurs dépassant le montant autorisé au titre de l'*Accord SMC* et du GATT de 1994.

7.13 Selon le Japon, le point 9 n'est pas conforme aux obligations de la Corée au titre de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* pour deux raisons. Premièrement, l'article 14 n'établit "pas une seule obligation distincte, mais des obligations multiples,"²⁷² et "[d]ans une telle situation, l'énumération des articles d'un accord peut, en soi, ne pas satisfaire au critère de l'article 6:2".²⁷³

²⁷¹ *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 6.10, alinéa 51.

²⁷² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 124.

²⁷³ *Ibid.*

Deuxièmement, le Japon soutient que la Corée ne donne pas d'indication quant aux "principes énoncés dans l'*Accord SMC*" dont il est allégué qu'ils ont été violés par le Japon

7.14 La Corée estime que le point 9 n'est pas une "simple énumération" d'articles de traités. Il contient en fait une description narrative du "problème". La Corée note aussi que l'article 14 est l'une des rares dispositions de l'*Accord SMC* qui ne contient pas de paragraphes distincts – il n'y a pas d'article 14.1, 14.2 ou 14.3. En outre, l'article 19.4 (l'autre disposition citée dans cette allégation) n'énonce qu'une seule obligation (limitant le montant des droits compensateurs imposés au montant de la subvention dont l'existence aura été constatée). La Corée affirme que, lorsque les articles 14 et 19.4 de l'*Accord SMC* sont lus conjointement et dans le contexte de l'article VI:3 du *GATT de 1994* et des autres allégations de la Corée au titre de l'article 14, le sens du point 9 devrait être clair: la Corée conteste l'imposition de droits dépassant le montant de l'avantage qui peut être calculé légitimement conformément aux dispositions de l'article 14 (et, en particulier, aux dispositions de l'article 14 relatives au calcul des avantages conférés par la subvention).

7.15 Nous rappelons que, bien que l'article 6:2 du *Mémoire d'accord* exige que les demandes d'établissement soient "suffisant[es] pour énoncer clairement le problème", elles doivent simplement contenir un "bref exposé" du fondement juridique de la plainte. Nous considérons que le point 9 satisfait à ce critère, puisqu'il exige très peu d'efforts de la part du lecteur²⁷⁴ pour identifier le "problème" décrit dans tous les éléments de ce point, à savoir que le Japon a violé l'article 14 parce qu'il n'a pas calculé le montant de l'avantage conformément aux principes directeurs énoncés dans cette disposition, et qu'il a ainsi perçu des droits compensateurs dépassant le montant de la subvention dont l'existence a été constatée, ou le montant estimé de la prime ou de la subvention que l'on sait avoir été accordée, conformément à l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et à l'article VI:3 du *GATT de 1994*. Le point 9 énonçait donc le problème soulevé avec suffisamment de clarté pour que le Japon puisse connaître les arguments auxquels il devait répondre et commencer à préparer sa défense.

b) Point 10

7.16 Le point 10 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation de:

L'article 15 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon a constaté indûment l'existence d'un dommage important causé par les importations dont il alléguait qu'elles étaient subventionnées, sans se fonder sur des éléments de preuve ou des moyens de droit appropriés.

7.17 La Corée a également formulé une allégation concernant l'article 15.5 de l'*Accord SMC* au point 11 de sa demande d'établissement. La Corée a confirmé à la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties qu'elle ne présentait aucune allégation au titre de l'article 15 que celle qui était visée au point 11.²⁷⁵ Comme la Corée n'a présenté aucune autre allégation au titre de l'article 15, il n'est pas nécessaire que nous traitions la demande de décision préliminaire présentée par le Japon concernant le point 10 de la demande d'établissement présentée par la Corée.

c) Point 15

7.18 Le point 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation:

[D]es articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'*Accord SMC* et [d]es articles VI:3 et X:3 du *GATT de 1994* parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas mené une

²⁷⁴ Nous considérons qu'une partie plaignante est en droit de s'attendre à ce que le Membre défendeur qui lit la demande d'établissement soit familiarisé avec les questions et le jargon propres à l'OMC.

²⁷⁵ Voir la déclaration orale de la Corée à la première réunion de fond, paragraphe 97.

enquête approfondie et complète et n'a pas mené son enquête ni fait ses déterminations conformément aux prescriptions de fond et de procédure essentielles.

7.19 Le Japon affirme que la Corée n'indique pas avec lesquelles des obligations multiples incluses dans les articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'*Accord SMC*, ou des obligations très générales au titre des articles VI:3 et X:3 du *GATT de 1994*, elle allègue qu'il y a incompatibilité. Le Japon fait observer qu'il n'y a aucune indication quant aux aspects de ces neuf articles auxquels il est allégué que le Japon a contrevenu eu égard au fait qu'il n'a pas "mené une enquête approfondie et complète" ni "fait ses déterminations conformément aux prescriptions de fond et de procédure essentielles". Le Japon estime que, en l'absence d'une plus grande spécificité, la Corée pourrait présenter d'innombrables allégations tandis que le mandat du Groupe spécial resterait vague et indéfini, et que le Japon et les tierces parties seraient privés de leurs droits fondamentaux dans le cadre d'une procédure régulière de défendre leurs intérêts.

7.20 La Corée estime que le point 15 n'est pas une "simple énumération" d'articles de traités. Il contient en fait une description narrative du "problème" – à savoir que "le Japon n'a pas mené une enquête approfondie et complète et n'a pas mené son enquête ni fait ses déterminations conformément aux prescriptions de fond et de procédure essentielles".

7.21 Le point 15 cite neuf dispositions distinctes de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994*. Ces dispositions couvrent un très large éventail de questions, qui vont du caractère suffisant d'une demande de réparation sous forme d'action compensatoire (article 11.2) jusqu'à l'organisation de vérifications sur place (article 12.6). Dans le contexte d'une telle multitude d'obligations diverses, il n'est tout simplement pas possible de dire d'après le point 15, même lorsqu'il est lu conjointement avec le reste de la demande d'établissement présentée par la Corée, quel "problème" spécifique la Corée traite au point 15. Par conséquent, nous constatons que le point 15 ne satisfaisait pas aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémoire d'accord*, puisque le libellé n'était pas suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

2. Demande additionnelle présentée par le Japon

7.22 Nous rappelons que la première partie de la demande additionnelle présentée par le Japon concerne la recevabilité des alinéas b), c) et e) du paragraphe 3.1 *supra*, dans la mesure où il y est allégué des violations des articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'*Accord SMC*, ainsi que des articles VI:3 et X:3 du *GATT de 1994*, en vertu du point 15 de la demande d'établissement. Nous avons déjà décidé que le point 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée ne satisfaisait pas aux prescriptions de la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémoire d'accord*. Les allégations fondées sur le point 15 ne relèvent donc pas de notre mandat. En conséquence, nous décidons que les allégations figurant aux alinéas b), c) et e) du paragraphe 3.1 *supra*²⁷⁶, dans la mesure où elles sont fondées sur le point 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée, sont irrecevables.

7.23 La deuxième partie de la demande additionnelle présentée par le Japon concerne la compatibilité des points 3, 4, 5, 6, 7, 9, 12, 13 et 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée avec la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémoire d'accord*. Pour chacun de ces points, le Japon soutient que la Corée n'a pas énoncé le problème clairement parce que "la Corée a présenté la "simple énumération d'articles de traités" comme le fondement juridique de ses allégations, en dépit du fait que ces articles prévo[ient] des obligations multiples".²⁷⁷ La Corée a formulé des observations

²⁷⁶ Les alinéas b), c) et e) concernent l'action de charger ou ordonner, l'avantage et les parties intéressées, respectivement.

²⁷⁷ Voir la réponse du Japon à la question n° 3 du Groupe spécial.

détaillées au sujet des arguments du Japon concernant les points 3, 4 et 9. Pour le reste, la Corée s'en remettait à son argument selon lequel la conformité avec l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* devrait être évaluée à la lumière de tout préjudice subi par le défendeur au cours de la procédure du Groupe spécial.²⁷⁸ Nous traiterons chacun de ces points successivement, en faisant remarquer que nous avons déjà examiné la conformité des points 9, 10 et 15 avec la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord* dans le contexte de la demande présentée par le Japon le 5 septembre.

a) Points 3, 4 et 9

7.24 Les points 3, 4 et 9 de la demande d'établissement présentée par la Corée allèguent des violations:

3. [D]es articles 1.1 et 14 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas démontré qu'un avantage était conféré à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc. ("Hynix"), compte tenu des points de repère du marché disponibles et des circonstances de la restructuration financière.

4. [D]es articles 1.1 et 14 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les analyses de la "rationalité commerciale" des prêts et autres investissements destinés à Hynix, et les autres analyses relatives à la détermination de la contribution financière et de l'avantage octroyés à Hynix, qui ont été effectuées par le Japon, sont incompatibles avec les obligations du Japon au titre de l'*Accord SMC*.

9. [D]es articles 14 et 19.4 de l'*Accord SMC* et [de] l'article VI:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas dûment mesuré l'avantage conformément aux principes énoncés dans l'*Accord SMC*, ce qui a entraîné la perception de droits compensateurs dépassant le montant autorisé au titre de l'*Accord SMC* et du GATT de 1994.

7.25 La Corée affirme que, pris ensemble, les points 3, 4 et 9 reflètent une position claire et exprimée de manière concise, selon laquelle la détermination d'un avantage faite par la JIA n'était pas conforme aux dispositions de l'*Accord SMC* concernant la détermination d'un avantage et a donc conduit à l'imposition indue de droits compensateurs.

7.26 À notre avis, qu'ils soient pris ensemble ou individuellement, les points susmentionnés satisfont aux prescriptions de la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*. Les points 3 et 4 concernent les articles 1.1 et 14 de l'*Accord SMC*. Bien que l'article 1.1 de l'*Accord SMC* contienne plusieurs alinéas, il est évident – dans le contexte d'une allégation faisant expressément référence à un avantage – que la disposition pertinente est l'article 1.1 b). C'est la seule disposition de l'article 1.1 qui traite de l'avantage.

7.27 Comme il est maintenant bien établi que l'existence et le montant d'un avantage sont déterminés par rapport au marché, l'utilisation par la Corée de l'article 14 ne nécessite pas d'explications. L'allégation formulée par la Corée au titre du texte introductif de l'article 14 est traitée au point 8 de la demande d'établissement. Par conséquent, les autres allégations en question concernent nécessairement le reste de l'article 14, c'est-à-dire les principes directeurs. Nous ne considérons pas qu'un Membre doive nécessairement spécifier précisément sur lesquels des quatre principes directeurs il cherche à s'appuyer dans sa demande d'établissement (en particulier dans une affaire où certaines des mesures en cause, comme l'échange de créances contre des participations, ne sont pas expressément mentionnées dans ces principes directeurs).

²⁷⁸ Voir les observations de la Corée sur les réponses du Japon aux questions n° 1, 2 et 3 du Groupe spécial.

7.28 Nous nous sommes déjà prononcés sur la recevabilité du point 9. Nous estimons que l'allégation formulée au titre de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du *GATT de 1994* ressort clairement du texte de la demande d'établissement présentée par la Corée, puisque le point 9 fait référence directement à une question expressément visée par ces dispositions, à savoir l'imposition alléguée de droits compensateurs dépassant le montant de la subvention dont l'existence a été constatée, ou dont il a été déterminé qu'elle avait été accordée.

7.29 En résumé, nous constatons que les points 3, 4 et 9 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisaient aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*, puisque le libellé était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

b) Point 5

7.30 Le point 5 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation de:

L'article 2 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas dûment établi que toutes les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix sur la base d'éléments de preuve positifs.

7.31 Le Japon soutient que la Corée n'a pas spécifié sur quel alinéa de l'article 2 elle s'appuyait. Nous reconnaissons que l'article 2 contient plusieurs alinéas, traitant de différents types de spécificité. Toutefois, nous notons également que la JIA n'a pas indiqué si elle avait fait une constatation de spécificité *de facto* ou *de jure*.²⁷⁹ Dans ces circonstances, il serait tout à fait déraisonnable de s'attendre à ce que la Corée puisse spécifier l'alinéa précis de l'article 2 en cause dans cette allégation. Dans le contexte de la détermination de la spécificité faite par la JIA, le libellé du point 5 était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense. Nous constatons donc que le point 5 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*.

c) Point 6

7.32 Le point 6 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation:

[D]es articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon a imposé une charge de la preuve indue à Hynix et à la Corée; est parvenu à des conclusions non fondées sur des éléments de preuve adéquats et, de ce fait, n'a pas fondé ses décisions sur des éléments de preuve positifs, objectifs et vérifiables.

7.33 Nous considérons que le lecteur pouvait facilement discerner que le point 6, lu dans le contexte des cinq points précédents, concernait le traitement par la JIA des éléments de preuve en relation avec ses déterminations en matière d'action de charger ou ordonner, de contribution financière, d'avantage et de spécificité. En conséquence, nous constatons que le point 6 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*, puisque le libellé était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

²⁷⁹ C'est pour cette raison que le Groupe spécial a adressé au Japon la question n° 48, demandant si la JIA avait constaté une spécificité *de facto* ou *de jure*. (Le Japon a répondu que la JIA avait constaté une spécificité *de jure*.)

d) Point 7

7.34 Le point 7 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation de:

L'article 12 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon a indûment traité des entités qui n'avaient aucun intérêt dans l'enquête comme des "parties intéressées", a indûment appliqué les "données de fait disponibles" au lieu d'examiner les renseignements versés au dossier et a indûment tiré des déductions défavorables aux intérêts d'Hynix de la coopération, dont il a allégué qu'elle était inappropriée, d'autres parties intéressées ou d'autres entités qui n'étaient pas sous le contrôle d'Hynix et qui n'étaient pas tenues de participer à l'enquête.

7.35 Bien que le point 7 ne dise pas expressément quels alinéas de l'article 12 sont visés par cette allégation, nous considérons que la description du problème est suffisamment claire pour que le lecteur comprenne que l'allégation concerne les alinéas 7 et 9 de l'article 12, puisque ce sont les dispositions qui se rapportent au problème décrit au point 7, à savoir l'utilisation des données de fait disponibles et la définition des parties intéressées. En conséquence, nous constatons que le point 7 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémoire d'accord*, puisque le libellé était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

e) Point 12

7.36 Le point 12 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation:

[D]es articles 10 et 32.1 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, les droits compensateurs imposés par le Japon à l'encontre des DRAM originaires de Corée n'étaient pas conformes aux dispositions pertinentes de l'*Accord SMC* ni aux dispositions pertinentes du GATT de 1994.

7.37 Le point 12 concerne donc les articles 10 et 32 de l'*Accord SMC*. L'article 10 ne contient pas d'alinéa, et la Corée a spécifiquement indiqué le premier alinéa de l'article 32. Compte tenu du texte de ces deux dispositions et du libellé du point 12, nous considérons que le problème visé par le point 12 apparaît clairement au lecteur. Ce problème est que le Japon a imposé, selon les allégations, des droits compensateurs contraires aux dispositions de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994*, en violation des termes exprès des articles 10 et 32.1. En conséquence, nous constatons que le point 12 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions minimales de l'article 6:2 de l'*Accord SMC*, puisque le libellé était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

f) Point 13

7.38 Le point 13 de la demande d'établissement présentée par la Corée allègue une violation:

[D]es articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC* parce que, entre autres choses, le Japon a imposé et maintenu des droits compensateurs sans déterminer si un avantage continuait d'exister à la suite de changements dans la propriété d'Hynix.

7.39 Le point 13 fait référence à quatre dispositions de l'*Accord SMC*. Nous estimons que, dans le contexte des points 3 et 4, une référence à l'article 14 combinée à une référence à la détermination de l'avantage satisfaisait aux prescriptions de l'article 6:2 du *Mémoire d'accord*, compte tenu de la pertinence des principes directeurs énoncés à l'article 14 pour déterminer l'existence d'un avantage. En outre, bien que les articles 19 et 21 contiennent de multiples dispositions subsidiaires, la référence

à l'existence continue d'un avantage prise conjointement avec les références à ces dispositions laisse fortement penser que l'allégation de la Corée repose probablement sur les articles 19.4 et 21.1 en particulier. En outre, étant donné que l'article 10 concerne l'imposition de droits compensateurs en violation des dispositions de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994*, une référence à l'article 10 dans le contexte de toute allégation formulée à l'encontre d'une détermination conduisant à l'imposition de droits compensateurs serait logique pour le lecteur. Pour ces raisons, nous constatons que le point 13 de la demande d'établissement présentée par la Corée satisfaisait aux prescriptions minimales de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*, puisque le libellé était suffisamment clair pour que le Japon connaisse les arguments auxquels il devait répondre et commence à préparer sa défense.

3. Conclusion

7.40 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous reconnaissons le bien-fondé de la demande du Japon selon laquelle le point 15 de la demande d'établissement présentée par la Corée ne satisfaisait pas aux prescriptions de la deuxième phrase de l'article 6:2 du *Mémorandum d'accord*. Les allégations formulées au titre de ce point sont donc irrecevables. Nous rejetons le reste des demandes de décisions préliminaires présentées par le Japon.²⁸⁰

B. QUESTIONS GÉNÉRALES

1. Critères d'examen

7.41 L'article 11 du *Mémorandum d'accord* énonce le critère d'examen applicable dans les procédures au titre de l'*Accord SMC* et du *GATT de 1994*. La partie pertinente de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* dispose ce qui suit:

[U]n groupe spécial devrait procéder à *une évaluation objective* de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions ... (pas d'italique dans l'original)

7.42 Dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, l'Organe d'appel a donné les orientations suivantes en ce qui concerne l'application de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* dans le contexte de l'examen de la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'autorité chargée de l'enquête:

[N]ous sommes d'avis que l'"évaluation objective" à laquelle doit procéder un groupe spécial en examinant la détermination de l'existence d'une subvention faite par l'autorité chargée de l'enquête sera éclairée par un examen de la question de savoir si l'administration 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. Cette explication devrait ressortir de la détermination publiée elle-même. L'explication donnée par l'autorité chargée de l'enquête – concernant à la fois ses constatations factuelles et sa détermination finale de l'existence d'une subvention – devrait être accompagnée d'autres explications que les éléments de preuve permettaient raisonnablement de déduire, ainsi que des raisons pour lesquelles

²⁸⁰ En conséquence, nous constatons que les allégations énoncées aux alinéas a), d), e), f), g), h) et i) du paragraphe 3.1 ci-dessus relèvent de notre mandat. Les allégations énoncées aux alinéas b) et c) ne relèvent pas de notre mandat, dans la mesure où elles concernent les articles 10, 11, 12 et 22 de l'*Accord SMC*, et l'article X:3 du *GATT de 1994*.

l'administration a choisi d'écarter ces autres explications en établissant ses conclusions.

Un groupe spécial ne peut rejeter les conclusions d'une administration au simple motif qu'il serait arrivé à un résultat différent s'il avait fait lui-même la détermination. En outre, en l'absence d'une allégation selon laquelle l'organisme n'a pas mené son enquête suffisamment loin ou n'a pas recueilli certains renseignements, un groupe spécial doit limiter son examen aux éléments de preuve dont disposait l'organisme au cours de l'enquête, et il doit tenir compte de tous les éléments de preuve de ce type communiqués par les parties au différend. En d'autres termes, un groupe spécial ne peut pas procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve, ni substituer son propre jugement à celui de l'autorité chargée de l'enquête. Ne pas appliquer le critère d'examen approprié constitue une erreur de droit au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord.

Ces principes généraux traduisent le fait qu'un groupe spécial examinant la détermination de l'existence d'une subvention ne devrait pas perdre de vue que son rôle est celui d'un *examineur* de l'action de l'administration plutôt que celui d'un *premier juge des faits*. Ainsi, le groupe spécial qui examine les éléments de preuve à la base d'une détermination de l'existence d'une subvention devrait, en se fondant sur les éléments de preuve du dossier dont il dispose, se demander si les éléments de preuve et les explications sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête étayaient raisonnablement ses conclusions. ...²⁸¹ (notes de bas de page omises)

7.43 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 remplirions pas notre fonction si nous nous en remettions simplement aux conclusions de la JIA.²⁸²

2. Charge de la preuve

7.44 Nous rappelons les principes généraux applicables à la charge de la preuve dans le règlement des différends dans le cadre de l'OMC, qui prescrivent qu'une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition d'un accord visé par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation.²⁸³ Dans le présent différend, la Corée, qui a allégué que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec l'Accord SMC et avec le GATT de 1994, assume donc la charge de démontrer que le Japon a agi d'une manière incompatible avec les dispositions pertinentes de ces accords visés. De plus, il appartient généralement à chaque partie qui affirme en fait d'en apporter la preuve.²⁸⁴ Nous notons, en outre, que l'établissement d'éléments *prima facie* est ce qui, en l'absence de réfutation effective par

²⁸¹ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM, paragraphes 186 à 188.

²⁸² Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada), paragraphe 93.

²⁸³ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Chemises et blouses de laine, page 19.

²⁸⁴ *Ibid.*

l'autre partie, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie établissant les éléments *prima facie*.

3. Interprétation des traités

7.45 Aux termes de l'article 3:2 du *Mémorandum d'accord*, les groupes spéciaux doivent clarifier les dispositions existantes des accords visés "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Il est bien établi dans la jurisprudence de l'OMC que les principes codifiés aux articles 31, 32 et 33 de la *Convention de Vienne* constituent de telles règles coutumières. Ces dispositions se lisent comme suit:

Article 31: Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
 - a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'application du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

Article 32: Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

- a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

Article 33: Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues

1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.

2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le traité a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.

3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.

4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

7.46 Nous appliquerons ces principes pour interpréter les dispositions pertinentes des accords visés.

C. ALLÉGATION RELATIVE À L'INVERSION DE LA CHARGE DE LA PREUVE

7.47 La Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC*, au motif que la JIA a inversé la charge de la preuve dans la procédure en matière de droits compensateurs en fondant sa détermination de l'existence d'une subvention sur l'absence d'éléments de preuve démentant l'existence de subventions. Le Japon estime que le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation et l'argument de la Corée.

7.48 Cette allégation concerne le traitement des éléments de preuve par la JIA. Comme nous considérons que les arguments de la Corée concernant le traitement des éléments de preuve font partie de notre analyse plus large des allégations de fond de la Corée au titre des articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC*, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur cette allégation dans l'abstrait.

D. DÉTERMINATION PAR LA JIA DE L'EXISTENCE D'UNE ACTION DE CHARGER OU ORDONNER À L'ÉGARD DE CERTAINS ORGANISMES PRIVÉS

1. Introduction

7.49 Les créanciers d'Hynix comprenaient à la fois des organismes publics et des organismes privés.²⁸⁵ Ordinairement, les mesures prises par les organismes privés ne peuvent pas être traitées comme des subventions. En effet, l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* définit une "subvention" comme une "contribution financière" qui confère un "avantage" et, en général, seules les actions des pouvoirs publics, ou d'un organisme public, peuvent constituer des "contributions financières". Ainsi, si les pouvoirs publics ou un organisme public exécutent l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii), cette action constitue alors une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Si un organisme privé entreprend la même action, il n'y a généralement pas de contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. Cependant, l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC* dispose que les mesures prises par des organismes privés peuvent être traitées comme des "contributions financières" si ces mesures sont prises conformément à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Ainsi, s'il était établi qu'un organisme privé a été chargé par les pouvoirs publics d'exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) ou qu'il s'était vu

²⁸⁵ La Corée n'a pas formulé d'allégations concernant la désignation par la JIA de certaines entités comme "organismes publics".

ordonner de le faire, l'action de cet organisme privé constituerait une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*.

7.50 La JIA a constaté que quatre des créanciers privés d'Hynix (la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF, dénommées ci-après les "quatre créanciers") avaient été chargés par les pouvoirs publics coréens de participer aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 ou s'étaient vu ordonner de le faire. Ainsi, ayant établi que ces quatre créanciers avaient exécuté une fonction énumérée à l'alinéa i), la JIA a traité leur participation aux restructurations comme des contributions financières. La JIA n'a pas fait de constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner à l'égard des créanciers (privés) restants qui ont aussi participé aux restructurations (dénommés ci-après les "autres créanciers").

7.51 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.

2. Allégation

7.52 La Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC*, au motif que la JIA ne disposait pas d'une base appropriée pour constater que les pouvoirs publics coréens avaient "chargé" les quatre créanciers de participer aux restructurations de dettes d'octobre 2001 et de décembre 2002, ou leur avaient "ordonné" de le faire.

7.53 Le Japon estime que le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation et l'argument de la Corée.

3. Dispositions applicables

7.54 L'allégation de la Corée a trait à l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*. L'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* dispose dans sa totalité ce qui suit:

1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:

a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:

i) une pratique des pouvoirs publics comporte un *transfert direct de fonds* (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple des garanties de prêt);

ii) *des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées* ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt);

iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;

iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou **chargent** un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, **ou** lui **ordonnent** de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics ... (pas d'italique ni de caractère gras dans l'original, note de bas de page omise)

4. Détermination faite par la JIA

7.55 La JIA a présenté le résumé suivant de sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner²⁸⁶ en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001:

289) Les mesures prises par la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF pour le programme d'octobre 2001 consistaient en "nouveaux prêts", "échange de créances contre des participations" et "report d'échéance et réduction des taux d'intérêt", qui constitueraient des pratiques comportant des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* si les pouvoirs publics coréens avaient directement appliqué de telles pratiques.

290) En octobre 2001, la dégradation de la situation financière d'Hynix était telle que celle-ci a vu sa notation rabaissée même à "Selective Default", et qu'elle était incapable de lever des fonds sur le marché commercial. Les autorités chargées de l'enquête ont donc constaté qu'il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal.

291) Dans ces circonstances, la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales.

292) Il est généralement inconcevable que des établissements financiers qui sont des organismes privés prennent délibérément des décisions de financement qui ne sont pas fondées sur des considérations commerciales. Il est raisonnable de conclure qu'il existait un certain type de facteur externe quand ils ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales.

293) Au moment du programme d'octobre 2001, les pouvoirs publics coréens étaient en mesure d'exercer une influence substantielle sur ces établissements financiers. En effet, il existait un cadre juridique qui permettait aux pouvoirs publics d'intervenir dans les diverses activités commerciales des banques en Corée à cette époque, les pouvoirs publics coréens détenaient la totalité ou une proportion importante du capital de la KEB, de la banque Woori et de la banque Chohung, et la NACF était un quasi-organisme public. En outre, les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de faire survivre Hynix à l'époque, avaient suivi en permanence le déroulement du débat sur le programme d'octobre 2001 et sa mise en

²⁸⁶ Nous notons que la JIA a formulé des constatations de l'existence d'une "action de charger ou ordonner", sans spécifier si elle avait constaté l'existence d'une "action de charger", d'une "action d'ordonner", ou des deux. L'Organe d'appel a confirmé que la notion d'"action de charger" n'était pas la même que la notion d'"action d'ordonner" (voir *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 116, cité au paragraphe 77 *infra*). Nous ne traitons pas plus avant ce point, toutefois, car il ne s'agit pas d'une question qui a été soulevée par la Corée.

œuvre, qui avait commencé à la fin de juillet 2001, ainsi que les mesures de sauvetage prises antérieurement par les établissements financiers créanciers, avaient maintenu les contacts avec les établissements financiers créanciers, avaient exercé des pressions sur certains créanciers, et avaient l'intention d'intervenir dans le programme d'octobre 2001 en fonction des progrès en termes de prise en compte de ce programme.

294) En outre, au cours de l'enquête, les autorités chargées de l'enquête n'ont pas constaté l'existence d'un facteur externe qui aurait pu influencer le processus décisionnel des établissements financiers, hormis les faits décrits plus haut.

295) Sur la base des faits susmentionnés, il est raisonnable de constater que les décisions de financement de la KEB, de la banque Woori, de la banque Chohung et de la NACF, qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales, ont été prises en raison de l'implication des pouvoirs publics coréens.

296) Comme Hynix ne pouvait pas se procurer des fonds sur le marché commercial au moment du programme d'octobre 2001, cette implication des pouvoirs publics était indispensable pour que les établissements financiers créanciers susmentionnés fournissent des fonds. Il est raisonnable de constater que cette implication des pouvoirs publics vis-à-vis d'organismes privés constitue une action de charger ou ordonner au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

297) Par conséquent, les mesures prises par la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF dans le cadre du programme d'octobre 2001 constituent des contributions financières fondées sur une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.²⁸⁷

7.56 La JIA a résumé sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002 en termes très similaires.²⁸⁸

5. Principaux arguments de la Corée

7.57 La Corée affirme que la constatation de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" faite par la JIA était fondée sur un syllogisme constitué des trois postulats suivants:

- 1) les pouvoirs publics coréens avaient exprimé l'intention de "maintenir Hynix en vie";
- 2) aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix; et
- 3) les éléments de preuve présentés par les divers créanciers (ou les constatations formulées par la JIA sur la base des données de fait disponibles dans les cas de non-réaction des créanciers ne permettaient pas d'établir que ceux-ci avaient procédé à une analyse suffisante des diverses transactions avant de les conclure.

²⁸⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels).

²⁸⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 366 à 374.

7.58 D'après la Corée, la conclusion du syllogisme était que les actions des créanciers d'Hynix pouvaient, de l'avis de la JIA, s'expliquer uniquement par les pressions exercées par les pouvoirs publics coréens pour sauver Hynix.

7.59 La Corée estime que tous les postulats du syllogisme de la JIA étaient viciés, parce qu'ils reposaient sur des présomptions plutôt que sur des éléments de preuve. La Corée estime que a) l'analyse de l'intention alléguée des pouvoirs publics coréens faite par la JIA était partielle et incompatible avec les éléments de preuve, car aucun des éléments de preuve cités par la JIA ne démontrait un désir des pouvoirs publics de sauver Hynix aux dépens de ses créanciers; b) l'inférence quant à l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA partait de façon incorrecte de l'hypothèse que les créanciers n'accepteraient jamais de restructurer les dettes de sociétés insolvables sans intervention des pouvoirs publics; c) l'analyse des examens internes des transactions de restructuration par les banques créancières faite par la JIA n'étaye pas ses conclusions, puisque les éléments de preuve présentés par les divers créanciers établissaient qu'ils avaient procédé à une analyse suffisante des diverses transactions avant de les conclure; et d) le fait que les autres créanciers étaient prêts à conclure les mêmes transactions aux mêmes conditions confirme que les transactions étaient fondées sur des considérations commerciales.

6. Principaux arguments du Japon

7.60 Le Japon fait observer que l'argumentation de la Corée concernant le syllogisme n'identifie pas correctement tous les éléments qui sous-tendent la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA. Le Japon rejette l'argument de la Corée selon lequel aucun des articles de presse ou éléments d'information cités par la JIA n'indiquait un désir des pouvoirs publics de sauver Hynix aux dépens de ses créanciers. Le Japon nie aussi que la JIA est arrivée à sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en prenant pour hypothèse qu'aucun investisseur rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration. En outre, le Japon rejette l'argument de la Corée selon lequel les éléments de preuve présentés par les divers créanciers montraient que ceux-ci avaient procédé à une analyse suffisante des diverses transactions avant de les conclure. Enfin, le Japon nie que le fait que les autres créanciers étaient prêts à conclure les mêmes transactions aux mêmes conditions confirme que les transactions étaient fondées sur des considérations commerciales.

7. Évaluation par le Groupe spécial

7.61 L'argumentation de la Corée soulève quatre questions de fond concernant la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA: 1) la présomption alléguée selon laquelle aucun créancier rationnel n'aurait restructuré Hynix; 2) la détermination relative à l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix; 3) l'analyse par la JIA du caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers aux restructurations; et 4) la participation des autres créanciers aux restructurations. En présentant ces arguments, la Corée ne conteste pas l'approche méthodologique fondamentale adoptée par la JIA consistant à conclure à l'existence d'une action de charger ou ordonner sur la base de conclusions factuelles intermédiaires concernant les actions et l'intention des pouvoirs publics coréens, et le caractère raisonnable d'un point de vue commercial des restructurations, etc. En revanche, la Corée conteste la validité de certaines des conclusions factuelles intermédiaires de la JIA. Avant d'examiner les quatre questions de fond soulevées par l'argumentation de la Corée, nous traiterons d'abord certaines questions de droit, d'interprétation et de preuve soulevées par l'argumentation des parties.

a) Questions de droit, d'interprétation et de preuve

i) *Considérations générales*

7.62 La notion d'"action de charger ou ordonner" n'est pas définie dans l'Accord SMC. Cependant, son sens s'est progressivement précisé à travers quatre affaires examinées dans le cadre de l'OMC: *États-Unis – Restrictions à l'exportation*; *Corée – Navires de commerce*; *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*; et *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*. Une seule de ces affaires a été portée devant l'Organe d'appel. Lorsqu'il a examiné l'interprétation retenue par le Groupe spécial *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, l'Organe d'appel a constaté ceci: "[p]our 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".²⁸⁹ En particulier, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

110. Le terme "chargent" connote l'action consistant à donner à quelqu'un la responsabilité d'une tâche ou d'un objet. Dans le contexte de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1), les pouvoirs publics donnent à un organisme privé la responsabilité "d'exécuter" une des fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1). Comme le reconnaissent les États-Unis, la "délégation" (le terme employé par le Groupe spécial) peut être un moyen par lequel des pouvoirs publics donnent à un organisme privé la responsabilité d'exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii). La délégation est habituellement réalisée par des moyens formels, mais elle pourrait aussi être informelle. De plus, il peut y avoir d'autres moyens, qu'ils soient formels ou informels, que les pouvoirs publics pourraient employer aux mêmes fins. Par conséquent, une interprétation du terme "chargent" qui se limite aux actes de "délégation" est trop étroite.

111. S'agissant du terme "ordonnent", nous notons que certaines des définitions – telles que "donner des instructions impératives à" et "ordonner (à une personne) de faire" – donnent à penser que la personne ou l'entité qui "ordonne" exerce un pouvoir sur la personne ou l'entité qui reçoit l'ordre. En revanche, certaines des autres définitions – telles que "informer ou guider" – n'ont pas nécessairement cette connotation de pouvoir. À notre avis, le fait que l'organisme privé dans le cadre de l'alinéa iv) se voit ordonner "d'exécuter" une fonction souligne la notion de pouvoir qui est incluse dans certaines des définitions du terme "ordonner". Cette interprétation du terme "ordonnent" est renforcée par les versions espagnole et française de l'Accord SMC, dans lesquelles les verbes "ordenar" et "ordonner", sont respectivement employés. Ces deux verbes ont sans ambiguïté la connotation d'un pouvoir exercé sur quelqu'un. Dans le contexte de l'alinéa iv), ce pouvoir est exercé par des pouvoirs publics sur un organisme privé. Un "commandement" (le mot utilisé par le Groupe spécial) est certainement une façon pour des pouvoirs publics d'exercer leur pouvoir sur un organisme privé dans le sens prévu par l'article 1.1 a) 1) iv), mais les pouvoirs publics sont susceptibles d'avoir d'autres moyens à leur disposition pour exercer un pouvoir sur un organisme privé. Certains de ces moyens peuvent être plus subtils qu'un "commandement" ou peuvent ne pas faire intervenir le même degré de contrainte. Ainsi, une interprétation du terme "ordonnent" qui se limite aux actes de "commandement" est également trop étroite.

(...)

²⁸⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 113.

113. Nous rappelons, en outre, que l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* porte sur l'existence d'une contribution financière. L'alinéa iv), en particulier, est censé garantir que les pouvoirs publics ne s'affranchissent pas de leurs obligations au titre de l'*Accord SMC* en utilisant des organismes privés pour entreprendre des actions qui relèveraient de l'article 1.1 a) 1), si elles devaient être entreprises par les pouvoirs publics eux-mêmes. Autrement dit, l'article 1.1 a) 1) iv) est, essentiellement, une disposition anticcontournement. Pour constater l'existence d'une action de charger ou ordonner, il faut donc que les pouvoirs publics octroient une responsabilité à un organisme privé – ou exercent leur pouvoir sur un organisme privé – pour faire une contribution financière.

114. Il s'ensuit, par conséquent, que les actes des pouvoirs publics ne constituent pas tous nécessairement une action de charger ou ordonner. Nous relevons que les États-Unis et la Corée conviennent tous deux que "de simples déclarations de politique générale" des pouvoirs publics ne constitueraient pas, en elles-mêmes, une action de charger ou ordonner aux fins de l'article 1.1 a) 1) iv). Par ailleurs, l'action de charger et ordonner – par l'octroi d'une responsabilité à un organisme privé ou l'exercice d'un pouvoir sur ce dernier – suppose un rôle plus actif que de simples actes d'encouragement. De plus, nous convenons avec le Groupe spécial *États-Unis - Restrictions à l'exportation* qu'une action de charger ou ordonner ne couvre pas "la situation dans laquelle [les pouvoirs publics] interviennent sur le marché d'une façon quelconque, ce qui peut avoir ou non des résultats particuliers simplement en fonction des circonstances factuelles données existant sur le marché et de l'exercice de leur liberté de décision par les agents présents sur ce marché". Ainsi, l'"action de charger" ou l'"action d'ordonner" des pouvoirs publics ne peut pas être involontaire ni une simple conséquence inattendue d'une réglementation des pouvoirs publics. Cela est cohérent par rapport à ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, à savoir que "toutes les mesures des pouvoirs publics susceptibles de conférer des avantages ne relèveraient pas nécessairement de l'article 1.1 a)"; sinon les alinéas i) à iv) de l'article 1.1 a) ne seraient pas nécessaires "parce que toutes les mesures des pouvoirs publics qui confèrent des avantages, en soi, seraient des subventions".

115. De plus, une telle interprétation est compatible avec l'objet et le but de l'*Accord SMC*, qui correspondent à un équilibre délicat entre les Membres qui voulaient imposer plus de disciplines à l'utilisation des subventions et ceux qui voulaient en imposer davantage à l'application des mesures compensatoires. De fait, l'Organe d'appel a dit que l'objet et le but de l'*Accord SMC* étaient "de renforcer et d'améliorer les disciplines du GATT relatives à l'utilisation aussi bien des subventions que des mesures compensatoires, tout en reconnaissant, dans le même temps, le droit des Membres d'imposer de telles mesures à certaines conditions". Il ne faut pas perdre de vue cet équilibre lorsqu'on interprète l'alinéa iv), qui permet aux Membres d'appliquer des mesures compensatoires à des produits dans des situations où des pouvoirs publics utilisent un organisme privé comme mandataire pour fournir une contribution financière (pour autant, bien entendu, que l'existence des autres éléments nécessaires à la constitution d'une subvention pouvant donner lieu à des mesures compensatoires soit également prouvée). Parallèlement, l'interprétation de l'alinéa iv) ne peut pas être si large qu'elle autorise les Membres à appliquer des mesures compensatoires à des produits chaque fois que des pouvoirs publics exercent simplement leurs pouvoirs généraux de réglementation.

116. En bref, nous estimons que, conformément à l'alinéa iv), une "action de charger" se produit lorsque des pouvoirs publics donnent une responsabilité à un organisme privé, et l'"action d'ordonner" désigne les situations où les pouvoirs publics exercent leurs pouvoirs sur un organisme privé. Dans les deux cas, les pouvoirs publics utilisent un organisme privé comme mandataire pour effectuer l'une des contributions financières des types énumérés aux alinéas i) à iii). Il peut être difficile d'identifier précisément, dans l'abstrait, les actions des pouvoirs publics des types qui constituent une action de charger ou ordonner et celles pour lesquelles ce n'est pas le cas. La catégorie particulière dans laquelle on range l'action des pouvoirs publics n'est pas nécessairement déterminante. De fait, comme le reconnaît la Corée, dans certaines circonstances, une "orientation" donnée par des pouvoirs publics peut constituer une action d'ordonner. Dans la plupart des cas, on s'attendra à ce qu'une action de charger ou ordonner visant un organisme privé comporte une forme quelconque de menace ou de persuasion, qui pourrait elle-même servir d'élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner dépendra des faits particuliers de la cause. (notes de bas de page omises)

7.63 Nous considérons que les constatations ci-dessus de l'Organe d'appel donnent des orientations importantes pour interpréter et appliquer l'article 1.1 a) 1) iv) dans la présente affaire.

ii) *Dans le propre intérêt des créanciers*

7.64 À plusieurs reprises dans sa première communication écrite, la Corée a donné à entendre que la JIA ne pouvait pas constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en l'absence d'une constatation selon laquelle les créanciers d'Hynix avaient été contraints de conclure des transactions qui n'étaient pas "dans leur propre intérêt". Au paragraphe 20, par exemple, la Corée a affirmé ce qui suit: "[r]ien n'indique que les pouvoirs publics aient tenté d'intervenir pour contraindre les créanciers à conclure des transactions qui n'étaient pas dans leur propre intérêt".

7.65 Le Japon a répondu qu'il n'y avait pas dans l'article 1.1 a) 1) iv) de prescription voulant que l'action de charger ou ordonner alléguée oblige des organismes privés à agir contrairement à leur propre intérêt.

7.66 En réponse à la question n° 64²⁹⁰ du 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.

²⁹⁰ Question n° 64:

Au paragraphe 48 de sa déclaration orale, la Corée affirme ce qui suit: "[i]l n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens voulaient que les banques prennent des mesures qui étaient incompatibles avec leur propre intérêt supérieur". Le fait qu'une banque aurait pu agir d'une manière conforme à son propre intérêt supérieur exclut-il une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner? Y a-t-il action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics si ceux-ci ordonnent à une banque d'accorder un prêt que la banque aurait accordé de toute manière? Veuillez fournir des explications.

7.67 Nous croyons donc comprendre que la Corée admet, sur le plan du droit, que 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.

7.68 En ce qui concerne la preuve, toutefois, la Corée a fait valoir ce qui suit:

une constatation selon laquelle une transaction était, ou n'était pas, dans le propre intérêt de l'entité privée serait ordinairement pertinente pour une détermination du point de savoir s'il s'est produit une action de charger ou ordonner qui est fondée sur des éléments de preuve circonstanciels. À l'évidence, une constatation selon laquelle une transaction particulière n'était pas dans le propre intérêt de l'entité privée conduirait à une inférence selon laquelle un certain facteur "externe", "non commercial" (pour utiliser la phraséologie de la JIA) avait amené l'entité privée à conclure la transaction. En revanche, une telle inférence serait à l'évidence induite lorsqu'il y a une constatation selon laquelle la transaction particulière était en fait dans le propre intérêt de l'entité privée.

7.69 Le Japon a dit qu'une action d'un organisme privé contraire à son propre intérêt serait un élément de preuve indiquant que l'organisme privé aurait agi conformément à certains facteurs externes y compris, entre autres, une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Nous notons que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA repose en grande partie sur une constatation selon laquelle les créanciers pertinents ont agi à des conditions non commerciales, et par conséquent contraires à leur propre intérêt (commercial). En outre, nous notons que le Japon a affirmé au paragraphe 311 de sa première communication écrite que "l'octroi par un créancier d'un financement à une société à l'encontre de l'intérêt du créancier serait un élément qui pourrait indiquer une intervention des pouvoirs publics".

7.70 En principe, nous convenons avec les parties qu'un comportement qui est contraire à l'intérêt commercial d'un organisme privé pourrait indiquer une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Selon le Groupe spécial, cela ne pourrait pas être déterminant en soi, parce que cela ne dit rien du comportement des pouvoirs publics concernés. Les éléments de preuve indiquant un comportement non commercial devraient par conséquent être associés à d'autres éléments de preuve ayant une valeur probante suffisante pour arriver à une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

iii) *Éléments de preuve directs/circonstanciels*

7.71 Dans sa première communication écrite, la Corée a fait valoir que la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA était non valable parce que "il n'y [avait] en fait aucun élément de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens [avaient] dit à l'un quelconque des créanciers ce qu'il devait faire lors de l'une quelconque des restructurations".²⁹¹

7.72 Cette déclaration pourrait donner à entendre que, selon la Corée, l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas dûment constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en l'absence d'éléments de preuve directs et concluants, ou d'une preuve "irréfutable"²⁹², démontrant que les pouvoirs publics avaient explicitement "dit" à un organisme privé d'accorder une contribution financière. Le Japon rejette une telle interprétation.²⁹³ Par la suite, et compte tenu du rejet de cet argument par le Japon, la Corée a précisé que, selon elle, "une constatation de l'existence d'une "action

²⁹¹ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 144.

²⁹² Voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 143.

²⁹³ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 244.

de charger ou ordonner" fondée sur des éléments de preuve circonstanciels n'exige[ait] pas une preuve "irréfutable".²⁹⁴ Il n'y a donc pas de désaccord entre les parties sur ce point.

7.73 Nous partageons l'avis des parties sur cette question, puisque l'action de charger ou ordonner à l'égard d'un organisme privé sera rarement formelle, ou explicite. Pour cette raison, les allégations concernant l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics seront probablement fondées sur des éléments de preuve circonstanciels, comme c'était le cas dans l'enquête en question. La JIA a fait ses constatations sur la base de conclusions factuelles intermédiaires tirées de la totalité des éléments de preuve qu'elle a examinés.²⁹⁵ Pour évaluer les allégations de la Corée concernant le traitement par la JIA des éléments de preuve versés au dossier dans leur totalité, nous serons guidés par la déclaration suivante de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*:

150. ... si, comme ici, l'autorité chargée de l'enquête s'appuie sur les 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 examinant une telle détermination devait normalement considérer ces éléments de preuve dans leur totalité, et non pas individuellement, pour évaluer leur valeur probante par rapport à la détermination faite par l'administration. De fait, exiger que chaque élément de preuve circonstanciel, indépendamment, établisse l'existence d'une action de charger ou ordonner empêche effectivement une administration de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en se fondant sur des éléments de preuve circonstanciels. Les éléments de preuve pris individuellement circonstanciels, de par leur nature même, ne sont pas susceptibles d'établir la véracité d'une proposition, sauf à être examinés conjointement avec d'autres éléments de preuve.

151. Par ailleurs, 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 par l'*administration* à partir des éléments de preuve, puis en examinant si les éléments de preuve pouvaient soutenir cette inférence. Lorsqu'un groupe spécial examine si un élément de preuve pouvait directement conduire à une conclusion finale – plutôt qu'étayer une inférence intermédiaire que l'administration a cherché à faire à partir de cet élément de preuve particulier – le groupe spécial risque d'interpréter une affaire différente de celle qui a été soumise par l'autorité chargée de l'enquête. Ce faisant, le groupe spécial cesse d'*examiner* la détermination faite par l'administration et s'engage dans sa propre évaluation *de novo* de la décision de l'autorité chargée de l'enquête. Comme nous l'expliquons plus loin, il n'est pas permis aux groupes spéciaux de procéder à un examen *de novo* des déterminations faites par les administrations.

152. En l'espèce, comme nous l'avons fait observer plus haut, l'USDOC s'est appuyé sur les éléments de preuve pour arriver à certaines conclusions factuelles, ce qui constituait une étape intermédiaire dans son analyse *avant* de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner. Ces conclusions factuelles intermédiaires étaient les suivantes: i) les pouvoirs publics coréens ont appliqué une politique de prévention de l'effondrement financier d'Hynix; ii) les pouvoirs publics coréens exerçaient un contrôle ou une influence sur les créanciers d'Hynix du groupe B et du groupe C; et iii) les pouvoirs publics coréens ont exercé des pressions sur certains

²⁹⁴ Voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 143.

²⁹⁵ Voir, par exemple, les paragraphes 285 et 288 de l'annexe 1 (Faits essentiels), et le paragraphe 150 de la première communication écrite du Japon.

créanciers d'Hynix du groupe B et du groupe C pour qu'ils participent à la restructuration financière. Une évaluation correcte par le Groupe spécial aurait donc consisté à considérer si les éléments de preuve pris individuellement examinés pouvaient tendre à étayer – et non pas établir en eux-mêmes et à eux seuls – la *conclusion factuelle intermédiaire particulière* que l'USDOC cherchait à en tirer. En examinant au lieu de cela si ces éléments de preuve étayaient directement une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner, le Groupe spécial a déterminé que certains éléments de preuve n'étaient pas probants alors qu'en fait, s'ils avaient été correctement considérés dans le cadre de l'examen fait par l'USDOC, leur pertinence n'aurait pas été méconnue. (notes de bas de page omises)

7.74 Nous ajoutons que, pour évaluer les éléments de preuve circonstanciels dont il pouvait être considéré qu'ils suggéraient une action de charger ou ordonner, l'autorité chargée de l'enquête doit aussi prendre en compte les éléments de preuve, circonstanciels ou autres, qui contredisent cette suggestion. Telle est la nature même de l'obligation qui est faite à l'autorité chargée de l'enquête d'évaluer les éléments de preuve qui lui sont présentés pour arriver dûment à ses conclusions.

iv) *Éléments de preuve probants et déterminants*

7.75 Au paragraphe 196 de sa première communication écrite, la Corée fait valoir que l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* que "les éléments de preuve sur lesquels s'appuyait l'autorité chargée de l'enquête pour établir [une] détermination [de l'existence d'une action de charger ou ordonner] doivent être "probants et déterminants"".

7.76 Le Japon nie l'existence de tout critère en matière de preuve qui impose un critère qualitatif plus élevé que celui qui est envisagé dans l'*Accord SMC* et fait valoir que la constatation susmentionnée de l'Organe d'appel n'énonce aucun nouveau critère en matière de preuve.

7.77 Dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, le Groupe spécial avait déclaré que les éléments de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner "[devaient] être, dans tous les cas, probants et déterminants".²⁹⁶ Bien que l'Organe d'appel ait confirmé le critère appliqué par le Groupe spécial, il a laissé entendre que le Groupe spécial aurait appliqué à tort un critère qualitatif plus élevé que celui qui était envisagé dans l'*Accord SMC* s'il avait interprété le terme "déterminants" comme désignant "[des éléments de preuve] dont le poids est tel qu'ils exigent du décideur qu'il arrive à une conclusion donnée".²⁹⁷ L'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial n'avait pas appliqué un tel critère qualitatif plus élevé. Selon l'Organe d'appel, "le Groupe spécial a correctement examiné si les éléments de preuve utilisés par l'USDOC pouvaient étayer sa conclusion".²⁹⁸ L'Organe d'appel a souligné que "ni l'*Accord SMC* ni le Mémoire 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".²⁹⁹ L'Organe d'appel a dit en outre qu'il n'y avait "rien dans l'*Accord SMC*, ni dans le Mémoire d'accord, qui permette

²⁹⁶ *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 7.35.

²⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphes 137 et 139.

²⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 139.

²⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138.

d'imposer 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".³⁰⁰

7.78 Compte tenu des orientations ci-dessus données par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, nous n'exigerons pas que la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA ait été fondée sur un critère des éléments de preuve "probants et déterminants". Nous examinerons, par contre, si les éléments de preuve dont disposait la JIA pouvaient ou non étayer sa conclusion.

v) *Éléments de preuve positifs*

7.79 Dans sa première communication écrite, la Corée a allégué qu'il existait pour l'autorité chargée de l'enquête une obligation générale d'identifier "des éléments de preuve positifs démontrant l'existence de chacun des éléments requis aux fins de l'imposition de droits antidumping ou compensateurs".³⁰¹

7.80 Selon le Japon, le critère des "éléments de preuve positifs" s'applique uniquement aux constatations relatives à la spécificité et au dommage (en vertu des articles 2.4 et 15.1 de l'*Accord SMC*, respectivement). Le Japon estime que ce critère ne s'applique pas aux constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

7.81 Alors que l'article 2.4 de l'*Accord SMC* dispose que "[t]oute détermination de spécificité ... sera clairement étayée par des éléments de preuve positifs", et que l'article 15.1 dispose que "[l]a détermination de l'existence d'un dommage ... se fondera sur des éléments de preuve positifs", aucune prescription en matière d'éléments de preuve positifs n'est imposée pour les constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics au titre de l'article 1.1 a) 1) iv).³⁰² En outre, nous avons déjà pris note de la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* selon laquelle il n'y a "rien dans l'*Accord SMC*, ni dans le Mémoire d'accord, qui permette d'imposer 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".³⁰³ Nous ne jugeons donc pas approprié d'examiner si la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA était fondée ou non sur des "éléments de preuve positifs", dans la mesure où l'application d'un tel critère exclurait la possibilité que des éléments de preuve circonstanciels puissent dûment étayer la conclusion de la JIA. Au lieu de cela, en traitant les arguments de fond présentés par les parties au sujet de l'allégation formulée par la Corée à l'encontre de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA, nous examinerons simplement si les éléments de preuve dont

³⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138.

³⁰¹ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 141; voir aussi le paragraphe 220 ("Alors [que la JIA] aurait pu rejeter la description donnée par les créanciers des analyses auxquelles ils avaient procédé, elle n'a pas présenté d'éléments de preuve positifs démontrant que les créanciers n'avaient en réalité pas procédé à une analyse rationnelle").

³⁰² Nous notons que l'Organe d'appel s'est référé à la nécessité pour les autorités chargées de l'enquête de s'appuyer sur des "éléments de preuve positifs" dans le contexte des réexamens à l'extinction au titre de l'article 11.3 de l'*Accord antidumping* (voir *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 302). À la lumière des termes mêmes de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*, et des propres constatations de l'Organe d'appel concernant l'absence de règles de la preuve spéciales pour les constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, nous ne voyons pas la nécessité d'appliquer un critère des "éléments de preuve positifs" en l'espèce.

³⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 138.

disposait la JIA pouvaient ou non étayer sa conclusion de l'existence d'une action de charger ou ordonner.

7.82 C'est à ces arguments de fond que nous passons maintenant.

b) Présomption alléguée selon laquelle aucun créancier rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration, étant donné la dégradation de la situation financière, déjà médiocre, d'Hynix³⁰⁴

i) *Arguments de la Corée*

7.83 La Corée affirme que l'analyse concernant l'"action de charger ou ordonner" faite par la JIA en relation avec les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 commençait par la déclaration suivante:

[L]a dégradation de la situation financière d'Hynix était telle que celle-ci a vu sa notation abaissée même à "Selective Default", et qu'elle était incapable de lever des fonds sur le marché commercial. Les autorités chargées de l'enquête ont donc constaté qu'il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal.

Dans ces circonstances, la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales.³⁰⁵

³⁰⁴ Ceci est le premier postulat du syllogisme allégué identifié par la Corée. La Corée estime que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA prenait la forme d'un syllogisme reposant sur trois postulats. Le Japon nie que la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA reposait uniquement sur les trois éléments indiqués par la Corée. Selon le Japon, la JIA s'est appuyée sur des éléments additionnels qui n'étaient pas inclus dans l'argumentation de la Corée relative au syllogisme. Même si les parties sont en désaccord sur le point de savoir si la Corée a dûment ou non identifié tous les éléments considérés, et les conclusions factuelles intermédiaires tirées, par la JIA, nous ne jugeons pas nécessaire de régler cette question pour nous prononcer sur les allégations de la Corée. La Corée a avancé des arguments spécifiques contre certaines des conclusions factuelles intermédiaires tirées par la JIA. Ces arguments peuvent être évalués à part entière, indépendamment de la question de savoir si ces arguments visent ou non tous les facteurs pris en considération par la JIA. Si leur bien-fondé était reconnu, ces arguments compromettraient la validité de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA, puisque cette détermination a été faite sur la base de la totalité des conclusions factuelles intermédiaires tirées par la JIA. La JIA n'a pas allégué dans sa détermination, et le Japon n'a pas allégué non plus au cours de la présente procédure, que l'une quelconque des conclusions intermédiaires, ou qu'une combinaison de certaines d'entre elles, étayait la constatation de la JIA. Nous ne formulons pas de constatations concernant les éléments de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA qui ne sont pas visés par les allégations et/ou arguments de la Corée. Cela inclurait, par exemple, la prise en considération par la JIA de l'importance des participations au capital des quatre créanciers détenues par les pouvoirs publics coréens.

³⁰⁵ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 290 et 291 (traitant de la restructuration d'octobre 2001). La Corée fait observer que la déclaration correspondante concernant la restructuration de décembre 2002 disait ceci:

En décembre 2002, il n'y avait pas de perspective d'amélioration de la situation financière d'Hynix et, depuis octobre 2001, la notation de crédit d'Hynix était abaissée à "Selective Default". Hynix était dans une situation telle que la société ne pouvait pas obtenir de financement sur le marché commercial. Les autorités chargées de l'enquête ont constaté que, d'un point de vue commercial normal, il n'existait pas d'investisseurs qui investiraient dans Hynix, ou qui lui consentiraient des prêts, sur le marché commercial en général.

7.84 La Corée fait observer que cette analyse repose explicitement sur l'hypothèse selon laquelle "il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal". La Corée fait également observer que, chose plus importante, la description que donne la JIA de son analyse montre clairement qu'elle a pris cette hypothèse comme base de son inférence selon laquelle "la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales".³⁰⁶ D'après la Corée, par conséquent, la constatation selon laquelle les diverses banques n'avaient pas agi conformément à des considérations commerciales reposait sur l'hypothèse selon laquelle "il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal". La Corée estime que si la JIA n'avait pas fait cette hypothèse – si elle avait supposé, au lieu de cela, que les créanciers de banques insolubles opérant du point de vue commercial normal acceptent effectivement souvent les restructurations de dettes – le résultat aurait été alors complètement différent: la JIA n'aurait eu aucune base logique pour conclure que "la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales".

7.85 Sur la base des points de vue différents, selon les allégations, des investisseurs "de l'intérieur" (c'est-à-dire des investisseurs existants) et des investisseurs "de l'extérieur" (c'est-à-dire des nouveaux investisseurs potentiels), la Corée conteste la présomption alléguée de la JIA selon laquelle aucun investisseur rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration. La Corée fait valoir que cette présomption n'a aucun fondement du point de vue économique ou dans les éléments de preuve. La Corée estime que des créanciers rationnels ayant pour but de maximiser les bénéfices peuvent avoir de bonnes raisons d'accorder de nouveaux prêts, de reporter l'échéance des prêts existants, d'échanger des créances contre des participations, ou de renoncer entièrement au remboursement de prêts, même lorsque l'emprunteur est insolvable. La Corée fait valoir en outre qu'il y a largement de quoi étayer l'idée que les créanciers existants agissant uniquement d'un "point de vue commercial normal"³⁰⁷ concluent effectivement des transactions de restructuration en permanence.

7.86 La Corée estime que les investisseurs "de l'intérieur" ont sur les recettes futures d'une société des créances différentes de celles des investisseurs "de l'extérieur", qui n'ont pas encore investi dans la société. Elle affirme que lorsque la société qui emprunte est insolvable, la différence entre les créances préexistantes détenues par les investisseurs "de l'intérieur" et celles qui sont détenues par les investisseurs "de l'extérieur" devient un facteur important. La Corée affirme qu'une société insolvable ne peut pas, par définition, s'acquitter intégralement de ses dettes – ce qui signifie qu'une partie des créances préexistantes détenues par les investisseurs "de l'intérieur" ne seront pas couvertes par les opérations courantes de la société. Selon la Corée, les investisseurs "de l'intérieur" auront donc une créance sur une partie des gains additionnels issus de tous nouveaux investissements dans la société, que ces investissements soient effectués par des investisseurs "de l'intérieur" ou par des investisseurs "de l'extérieur", uniquement en raison de leurs créances préexistantes non remboursées. La Corée estime que la nécessité de partager les gains éventuels issus des nouveaux investissements avec les créanciers détenant des créances préexistantes signifie que l'arithmétique des investissements pour les investisseurs "de l'extérieur" est différente de l'arithmétique des investissements pour les investisseurs "de l'intérieur". La Corée estime que la JIA n'a pas pris cette différence en compte, et a présumé à tort que parce qu'il n'était pas rationnel du point de vue économique pour les investisseurs de l'extérieur de participer aux restructurations d'Hynix, il était irrationnel pour les créanciers existants d'Hynix de le

Dans ces conditions, la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont pris des décisions de financement qui n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales.

Annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 367 et 368.

³⁰⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 291.

³⁰⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 290.

faire. La Corée affirme qu'il était rationnel du point de vue économique pour les créanciers d'Hynix de participer aux restructurations, parce qu'il y avait dans le dossier des éléments de preuve démontrant que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation.

ii) *Arguments du Japon*

7.87 Le Japon rejette l'affirmation de la Corée selon laquelle la JIA est arrivée à sa constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en prenant pour hypothèse qu'aucun investisseur rationnel n'aurait conclu les transactions de restructuration. Selon le Japon, la JIA n'a pas fait dans l'abstrait une détermination établissant qu'une participation aux divers programmes était en soi irrationnelle. En fait, la JIA a examiné les processus décisionnels effectifs de chaque établissement financier établissement par établissement, en prenant en considération les véritables documents relatifs aux examens internes et les circonstances propres à chaque établissement. Le Japon affirme que la JIA n'a appliqué ni un critère générique de la rationalité inhérente ni un modèle économique fixe. Il fait observer que la JIA acceptait le "postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances".³⁰⁸ Selon le Japon, la JIA a examiné les processus décisionnels effectifs des créanciers pour vérifier si leurs actions démontraient qu'ils agissaient conformément à ce postulat.

iii) *Évaluation par le Groupe spécial*

7.88 À l'appui de son argumentation, la Corée a présenté au Groupe spécial une quantité substantielle d'éléments de preuve et d'arguments concernant l'économie des restructurations d'entreprises. Comme il est indiqué plus haut, la thèse fondamentale de la Corée est que les investisseurs "de l'intérieur", comme les créanciers d'Hynix, ont, sur les recettes futures d'une société, des créances différentes de celles des investisseurs "de l'extérieur", qui n'ont encore fait aucun investissement dans la société.

7.89 Nous considérons qu'il y a deux éléments dans l'argumentation de la Corée. Premièrement, nous croyons comprendre que la Corée affirme que la JIA a *présumé* qu'il n'était pas rationnel du point de vue économique pour les investisseurs *de l'extérieur* de participer aux restructurations d'Hynix. Deuxièmement, nous croyons comprendre que la Corée fait valoir que la JIA n'a pas examiné la rationalité économique des restructurations du point de vue des investisseurs *de l'intérieur* engagés dans Hynix, c'est-à-dire de ses créanciers existants.

La présomption alléguée

7.90 Comme l'a noté la Corée, la JIA a constaté ce qui suit:

[L]a dégradation de la situation financière d'Hynix était telle que celle-ci a vu sa notation rabaissée même à "Selective Default", et qu'elle était incapable de lever des fonds sur le marché commercial. Les autorités chargées de l'enquête ont *donc* constaté qu'il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal.³⁰⁹ (pas d'italique dans l'original)

7.91 Nous avons mis en évidence le mot "donc" dans l'extrait ci-dessus parce qu'il démontre que la conclusion de la JIA, à savoir "qu'il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal"

³⁰⁸ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 141.

³⁰⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 290.

(c'est-à-dire du point de vue d'un investisseur de l'extérieur³¹⁰), reposait sur la déclaration de la JIA, dans la phrase précédente, selon laquelle "la situation financière d'Hynix était telle que sa notation [avait été] rabaissée même à "Selective Default", et qu'elle était incapable de lever des fonds sur le marché commercial". La conclusion selon laquelle "il n'y avait pas d'investisseur qui investirait dans Hynix ou qui lui consentirait des prêts sur le marché commercial en général d'un point de vue commercial normal" n'était donc pas une présomption fondée sur une théorie économique abstraite.³¹¹ Il s'agissait en réalité d'une constatation de fait fondée sur des éléments de preuve concernant l'incapacité d'Hynix de se procurer des fonds auprès d'éventuels investisseurs de l'extérieur.³¹² Nous rejetons donc l'argument de la Corée selon lequel la JIA a *présupposé* qu'il n'était pas rationnel du point de vue économique pour les investisseurs de l'extérieur de participer aux restructurations d'Hynix.

Point de vue de l'investisseur de l'intérieur

7.92 Comme il a été noté plus haut, la JIA a formulé des constatations concernant l'absence de nouveaux investisseurs de l'extérieur. Ailleurs dans ses constatations, la JIA a aussi examiné si les décisions des créanciers *existants* de participer aux restructurations étaient fondées ou non sur des considérations commerciales. En particulier, la JIA a formulé des constatations de fait concernant l'utilisation alléguée par les créanciers *existants* d'Hynix d'analyses internes et externes de la viabilité des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.³¹³ La JIA a agi ainsi parce qu'elle acceptait explicitement le "postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances".³¹⁴ Le Japon a confirmé que cela signifiait que la JIA acceptait "l'idée que les créanciers existants pourraient entreprendre des mesures

³¹⁰ Le Japon a expliqué en réponse à la question n° 31 du Groupe spécial que c'était là une constatation du point de vue des investisseurs *de l'extérieur*. La Corée n'a pas contesté l'explication du Japon, qui semble raisonnable dans le contexte global de la détermination faite par la JIA.

³¹¹ Les parties sont en désaccord quant à la recevabilité de certains éléments de preuve fournis par la Corée à l'appui de son argumentation économique. À la lumière de notre constatation selon laquelle la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA ne dépendait pas de présomptions fondées sur une théorie économique abstraite, et à la lumière de notre constatation, dans la sous-section suivante de notre rapport, selon laquelle la JIA a effectivement reconnu la justification économique pour les investisseurs de l'intérieur de participer aux restructurations de sociétés insolvables, il ne peut pas y avoir de différend pertinent entre les parties concernant la validité des arguments économiques de la Corée, et nous n'avons donc pas besoin d'examiner les éléments de preuve présentés par la Corée – ou leur recevabilité – de manière plus détaillée.

³¹² Les éléments de preuve pertinents concernant la restructuration d'octobre 2001 étaient présentés aux paragraphes 261 à 268 de l'annexe 1 (Faits essentiels). Les éléments de preuve pertinents concernant la restructuration de décembre 2002 étaient présentés aux paragraphes 322 à 327 de l'annexe 1 (Faits essentiels). La seule contestation formulée par la Corée au sujet de la conclusion factuelle intermédiaire de la JIA selon laquelle il n'y avait pas d'investisseur de l'extérieur qui était prêt à investir dans Hynix concerne l'offre faite par Micron en avril 2002 pour la Division mémoires d'Hynix (voir le paragraphe 67 de la déclaration orale de la Corée à la première réunion de fond). Comme cette offre a été faite en avril 2002, elle n'a pas d'incidence sur le traitement de la restructuration d'octobre 2001 par la JIA. En outre, nous ne trouvons aucune référence à des éléments de preuve dans le dossier de la JIA concernant une offre de Micron au moment de la restructuration de décembre 2002. D'ailleurs, la Corée a reconnu (au paragraphe 211 de sa deuxième communication écrite) qu'il n'y avait "pas d'offre de Micron sur la table" à cette époque. En conséquence, l'existence de l'offre de Micron en avril 2002 ne compromet pas la constatation de la JIA selon laquelle il n'y avait pas d'investisseurs de l'extérieur qui étaient prêts à investir dans Hynix au moment des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

³¹³ Voir les sections 2.8.2.2.3 et 2.9.2.2.3 de l'annexe 1 (Faits essentiels).

³¹⁴ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 141. En dépit des références faites à cette déclaration par le Japon dans sa première communication écrite (voir le paragraphe 379) et dans des communications ultérieures au Groupe spécial (voir, par exemple, le paragraphe 90 de la deuxième communication écrite du Japon), la Corée n'a reconnu cette déclaration que dans sa communication finale au Groupe spécial après la deuxième réunion de fond (voir les observations finales de la Corée, paragraphe 4). Cette déclaration paraît avoir été négligée par la Corée au cours des étapes antérieures de la procédure du Groupe spécial.

de restructuration que d'éventuels investisseurs de l'extérieur n'entreprendraient pas".³¹⁵ En outre, la JIA admettait qu'une annulation de dettes par des créanciers pouvait être de nature "commerciale" "[s]'il [était] raisonnablement constaté que cette action [était] inévitable afin de maximiser le recouvrement des créances".³¹⁶ En conséquence, nous constatons que la JIA a admis explicitement que le critère des investisseurs de l'intérieur était un critère approprié à appliquer à la question du caractère commercial, ou autre, des restructurations.

7.93 Pour ces raisons, nous ne sommes pas persuadés que la JIA n'a pas pris en considération la rationalité économique des restructurations du point de vue des investisseurs *de l'intérieur* engagés dans Hynix, c'est-à-dire de ses créanciers existants.

Conclusion

7.94 À la lumière de ce qui précède, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel les constatations de la JIA étaient exclusivement fondées sur des présomptions concernant le point de vue des investisseurs de l'extérieur.

c) L'intention alléguée des pouvoirs publics coréens de "maintenir Hynix en vie"

7.95 La détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA était fondée en partie sur sa conclusion factuelle intermédiaire selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de sauver Hynix.³¹⁷ La Corée conteste cette conclusion factuelle intermédiaire afin de réfuter la validité de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics faite par la JIA.

i) *Constatations de la JIA*

7.96 En ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001, la JIA a constaté ce qui suit:

Compte tenu de la totalité de ces faits, les autorités chargées de l'enquête constatent que les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de faire survivre Hynix à l'époque, avaient suivi en permanence le déroulement du débat sur le programme d'octobre 2001, qui est considéré avoir démarré à la fin de juillet 2001, avaient maintenu les contacts avec les établissements financiers créanciers, et avaient l'intention d'intervenir en fonction des circonstances.³¹⁸

7.97 En ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, la JIA a constaté de même ce qui suit:

En outre, compte tenu du fait que les pouvoirs publics coréens s'intéressaient de près au problème d'Hynix depuis la fin de 2000, que les pouvoirs publics avaient maintenu les contacts avec les établissements financiers créanciers, sollicitant leur coopération et exerçant sur eux une surveillance, et qu'en 2002 les pouvoirs publics étaient

³¹⁵ Voir la réponse du Japon à la question n° 98 du Groupe spécial. Il n'y a donc pas de différend entre les parties au sujet de l'opportunité d'analyser les restructurations du point de vue des investisseurs de l'intérieur. Autrement dit, les parties s'accordaient à penser qu'un critère des investisseurs de l'intérieur pouvait être un point de repère valable pour évaluer le caractère raisonnable, d'un point de vue commercial, d'un comportement dans le contexte de l'*Accord SMC*. En conséquence, nous n'avons pas besoin de formuler des constatations sur le point de savoir si le point de vue des investisseurs de l'intérieur constitue ou non un point de repère du marché valable pour établir l'existence d'un subventionnement dans le cadre de l'*Accord SMC*.

³¹⁶ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 429.

³¹⁷ Voir, par exemple, l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 293.

³¹⁸ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 275.

intervenues comme il est exposé plus haut, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'il était communément admis que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de soutenir Hynix au moment du programme de décembre 2002.³¹⁹

ii) *Arguments de la Corée*

7.98 La Corée estime que l'analyse faite par la JIA de l'intention alléguée des pouvoirs publics coréens était partielle et incompatible avec les éléments de preuve, puisqu'aucun des éléments de preuve cités par la JIA ne démontrait un désir des pouvoirs publics de sauver Hynix aux dépens de ses créanciers.

7.99 Selon la Corée, les articles de presse et les déclarations cités par la JIA ne démontrent une quelconque intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix. Premièrement, la Corée affirme que, comme il n'y a pas de processus formel d'élaboration d'une intention des pouvoirs publics, le processus qui consiste à assigner un sens à une action des pouvoirs publics est d'ordre spéculatif. La Corée affirme que les pouvoirs publics ne sont en aucun cas une entité unique avec une opinion unique. Elle donne à entendre que, compte tenu des divergences de vues au sein des pouvoirs publics et des dissensions entre institutions, une "bonne dose de scepticisme"³²⁰ s'impose lorsque l'on s'efforce de discerner, d'après les informations en question, une intention spécifique des pouvoirs publics.

7.100 Deuxièmement, la Corée affirme que rien n'indique que les pouvoirs publics aient tenté d'intervenir pour contraindre les créanciers à conclure des transactions qui n'étaient pas dans leur propre intérêt. La Corée affirme que les informations citées par la JIA indiquaient simplement que les pouvoirs publics coréens estimaient que les restructurations étaient l'affaire des créanciers. La Corée a établi les pièces n° 2 et 3 jointes à sa première communication à l'appui de cet argument. Bien que la Corée reconnaisse que les pouvoirs publics coréens "ont suivi"³²¹ l'évolution de la situation, elle affirme que cette surveillance, et le désir exprimé de voir les créanciers arriver à un règlement rapide, étaient parfaitement compatibles avec le rôle prudentiel des pouvoirs publics qui est d'empêcher que l'ensemble du secteur financier ne soit durement touché.

7.101 Troisièmement, la Corée affirme que la JIA est arrivée à la conclusion que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix uniquement en partant de l'hypothèse alléguée selon laquelle les créanciers n'agissaient pas dans leur propre intérêt. La Corée affirme que si la JIA avait pensé, au contraire, que les restructurations étaient dans l'intérêt des créanciers, la JIA aurait sans aucun doute considéré différemment le rôle des pouvoirs publics coréens – à savoir que tout encouragement par les pouvoirs publics de restructurations qui représentaient réellement la meilleure affaire possible pour les créanciers n'avait rien à voir avec un désir de sauver Hynix, et tout à voir avec une intention de sauver les banques. La Corée estime que la JIA n'aurait alors pas imputé la participation aux restructurations de créanciers dont il est allégué qu'ils ont fait l'objet d'une action de charger ou ordonner à "un certain type de facteur externe"³²², à savoir l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix.

iii) *Arguments du Japon*

7.102 Le Japon rejette l'argument de la Corée selon lequel aucun des articles de presse ou éléments d'information cités par la JIA n'indiquait un désir des pouvoirs publics de sauver Hynix aux dépens de ses créanciers. Selon le Japon, la JIA est arrivée à des constatations de fait sur la base de la totalité des éléments de preuve en ce qui concerne la question en cause. Ces constatations de fait prenaient en

³¹⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 337.

³²⁰ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 199.

³²¹ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 202.

³²² Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 292.

compte divers éléments de preuve y compris, mais pas exclusivement, des articles de presse. Le Japon affirme que l'approche suivie par la Corée vise à évaluer chaque élément de preuve séparément et à faire abstraction de ceux qui ne prouvent pas directement un point particulier, et qu'elle devrait être rejetée comme étant incompatible avec les orientations claires données par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* sur la façon dont les groupes spéciaux de l'OMC doivent examiner les constatations de l'autorité chargée de l'enquête se rapportant à des déterminations qui ont été faites sur la base d'une évaluation des éléments de preuve dans leur totalité.

iv) *Évaluation par le Groupe spécial*

7.103 Nous avons identifié trois principaux éléments dans l'argumentation de la Corée: 1) la singularité de l'intention des pouvoirs publics; 2) les informations indiquant l'intention des pouvoirs publics coréens; et 3) l'hypothèse concernant l'intérêt commercial des créanciers. Nous examinerons chacun de ces éléments successivement.

Singularité de l'intention des pouvoirs publics

7.104 En fonction des circonstances, il peut sans doute se révéler quelque peu spéculatif de chercher à établir l'intention des pouvoirs publics dans l'abstrait. Toutefois, dans la mesure où la Corée donne à entendre que les motivations qui sous-tendent les actions ou déclarations des pouvoirs publics ne sont pas pertinentes pour déterminer l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, nous exprimons notre désaccord. Dans le cas de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics qui est alléguée, il est raisonnable pour l'autorité chargée de l'enquête de chercher à déterminer les motivations qui sous-tendent certaines actions ou déclarations des organismes publics ou des représentants des pouvoirs publics. Une action de charger ou ordonner implique nécessairement la transmission, par les pouvoirs publics, d'un message d'une certaine nature à des tierces parties pour leur indiquer qu'elles ont la responsabilité de s'engager dans une ligne d'action particulière, ou qu'elles doivent se comporter d'une manière particulière. Établir le motif et l'intention peut aider à déterminer si un tel message a été transmis. À condition d'exercer la prudence appropriée en évaluant la fiabilité des éléments de preuve, à notre avis, l'autorité chargée de l'enquête peut le faire sur la base de déclarations dûment attribuées à des organismes publics ou à des représentants des pouvoirs publics désignés, en l'absence de démentis, rectificatifs, ou autres éléments de preuve contraires exprès.

Informations indiquant l'intention des pouvoirs publics coréens

7.105 À l'examen des éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001, nous considérons que la Corée n'a pas établi *prima facie* qu'une autorité chargée de l'enquête raisonnable et impartiale n'aurait pas pu dûment conclure que les informations pertinentes démontraient l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix. À notre avis, les éléments de preuve concernant une "action des pouvoirs publics" cités par la JIA³²³ 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.³²⁴

7.106 En particulier, la JIA a noté que le 2 juillet 2001 le Président de la Corée avait accueilli une réunion des Ministres de l'économie où la restructuration de mai 2001 d'Hynix avait été mentionnée

³²³ Voir les paragraphes 269 à 275 et 328 à 337 de l'annexe I (Faits essentiels).

³²⁴ Nous ne voulons pas donner à entendre que les éléments de preuve indiquant l'intention des pouvoirs publics de sauver Hynix pouvaient en eux-mêmes et à eux seuls étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics pour sauver Hynix.

comme l'un des succès de la FSC – un organisme public – au cours du premier semestre de 2001. Cela pouvait d'ailleurs être considéré comme un élément de preuve indiquant que la FSC, et par conséquent les pouvoirs publics coréens, avaient été directement impliqués dans la restructuration de mai 2001, et que l'implication directe des pouvoirs publics coréens dans la restructuration d'octobre 2001 n'aurait pas été sans précédent.³²⁵

7.107 En outre, la JIA a fait observer que le 24 juillet 2001 les Ministres de l'économie avaient annoncé leur décision "de promouvoir vigoureusement la réforme structurelle des six sociétés visées par le Programme de la KDB, y compris Hynix"³²⁶, et envisagé des "mesures de restructuration additionnelles"³²⁷ pour ces sociétés. De plus, il a été décidé que "les autorités de surveillance financière vérifier[ai]ent les progrès"³²⁸ réalisés conformément à ces décisions. À notre avis, une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale pourrait d'ailleurs interpréter ces informations, émanant d'une entité publique, 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.

7.108 De plus, la JIA a noté que le 3 août 2001 le Vice-Premier Ministre avait déclaré ce qui suit: "[s]i Hynix dit qu'elle a besoin de 1 billion supplémentaire de won, et si le groupe des créanciers ne peut pas se décider à fournir ou non un appui additionnel, ce sont les autorités financières qui devraient décider"³²⁹, et "[à] supposer que le groupe des créanciers ne puisse pas régler le problème d'Hynix Semiconductor, les pouvoirs publics interviendront pour prendre une décision rapide".³³⁰ La JIA a constaté que le Vice-Premier Ministre avait également déclaré le 8 août 2001 ce qui suit: "[l]es banques créancières aideront à régler le problème de diverses sociétés"³³¹ engagées dans des transactions avec des pays étrangers avant la fin du mois et, si le problème ne se règle pas, les pouvoirs publics interviendront directement".³³² Nous considérons que ces déclarations peuvent d'ailleurs être assimilées à des éléments de preuve supplémentaires indiquant que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix, et à "sauver Hynix" d'une manière ou d'une autre.

7.109 En ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, la JIA a constaté qu'un créancier au moins d'Hynix s'était plaint de "l'approche précipitée des pouvoirs publics s'agissant du traitement d'Hynix".³³³ En outre, la JIA fait observer que le 15 novembre 2002 il a été dit dans le rapport 2002 sur les résultats de la vérification des comptes au niveau national que "la KDB, à travers des discussions avec les parties intéressées *telles que les pouvoirs publics* et le groupe des créanciers, devrait déterminer et mettre en œuvre un plan d'action pour Hynix Semiconductor dès que

³²⁵ La JIA s'est référée aux éléments de preuve concernant la restructuration de mai 2001 dans ses constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 (voir le paragraphe 269 de l'annexe I (Faits essentiels)). La Corée affirme (pièce jointe n° 2, page 17) que les éléments de preuve concernant la restructuration de mai 2001 ne devraient pas avoir d'incidence sur l'analyse de la restructuration d'octobre 2001. Comme la restructuration de mai 2001 a eu lieu cinq mois seulement avant la restructuration d'octobre 2001, et comme les éléments de preuve pertinents sont postérieurs en fait à la restructuration de mai 2001, nous constatons que la JIA n'a pas fait erreur en prenant en considération ces éléments de preuve dans le contexte de la restructuration d'octobre 2001.

³²⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 270, quatrième alinéa.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 272, premier alinéa.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Le Groupe spécial note que le Japon a expliqué en réponse à la question n° 24 du Groupe spécial qu'Hynix pouvait à juste titre être considérée comme l'une des "diverses sociétés" en question. La Corée n'a pas contesté cette interprétation des éléments de preuve.

³³² *Ibid.*, deuxième alinéa.

³³³ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 334, cinquième alinéa.

possible".³³⁴ À notre avis, 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.

7.110 Selon la Corée, les éléments de preuve réunis par la JIA "ont toujours fait apparaître uniquement que les pouvoirs publics considéraient les restructurations comme l'affaire des créanciers".³³⁵ La Corée fait référence à cet égard à une déclaration du 3 septembre 2001 du Président de la FSC selon laquelle "Hynix est la question qui devrait être examinée et tranchée par le groupe des établissements financiers créanciers", et à la demande qu'il a adressée aux fonctionnaires de la FSC "de ne pas s'impliquer et même de s'abstenir d'exprimer un avis personnel".³³⁶ Selon la Corée, "[c]ette déclaration indique clairement la position de la FSC selon laquelle le règlement de la situation d'Hynix était l'affaire des créanciers, et selon laquelle les pouvoirs publics ne devraient pas intervenir".³³⁷ Cependant, à peine cinq jours plus tard le même haut fonctionnaire aurait dit que "les pouvoirs publics détermineront comment traiter les problèmes d'Hynix ... d'ici à la fin de septembre".³³⁸ Non seulement la première déclaration peut laisser entendre à une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale que le Président de la FSC avait dû donner instruction aux fonctionnaires de ne pas intervenir dans le processus d'Hynix précisément parce qu'ils l'avaient fait, mais la seconde déclaration pouvait raisonnablement être interprétée comme démontrant que le Président de la FSC reconnaissait lui-même que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix. L'argument de la Corée concernant l'interprétation correcte de la déclaration du 3 septembre 2001 n'est donc pas convaincant.

7.111 À la première réunion de fond, la Corée a présenté au Groupe spécial un article de journal daté du 1^{er} septembre 2001, en tant que pièce KOR-33. La Corée a affirmé que le traitement de cet article en disait beaucoup sur l'approche de la JIA à l'égard des éléments de preuve dans la présente affaire. Elle a également affirmé que la JIA avait complètement omis cet article dans l'annexe 1 (Faits essentiels). La Corée a appelé l'attention du Groupe spécial sur les déclarations suivantes reproduites dans l'article:

- Le Vice-Premier Ministre de la Corée aurait dit ce qui suit: "Le Conseil des créanciers soutiendra Hynix s'il voit le moindre espoir pour Hynix, mais le ralentissement dans le domaine des semi-conducteurs et d'autres facteurs peuvent le conduire à une autre décision."
- Le Président de la banque Shinhan, Lee Inho, aurait dit ce qui suit: "Avant tout soutien financier, nous devrions établir valablement si Hynix peut survivre ou non, et une aide financière accrue serait difficile."
- Le Président de la banque Hanvit, Lee Deokhun, aurait dit que le Conseil des créanciers pourrait accepter de fournir une aide financière additionnelle à Hynix. À cet égard, il a noté que l'ingérence alléguée des pouvoirs publics coréens "import[ait] peu puisque le Conseil des créanciers recherch[ait] indépendamment un plan de soutien pour réduire au minimum notre propre préjudice financier".

³³⁴ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 329, neuvième alinéa, pas d'italique dans l'original.

³³⁵ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 200.

³³⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 272, quatrième alinéa.

³³⁷ Voir la pièce jointe n° 2, page 21, première communication écrite de la Corée.

³³⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 272, cinquième alinéa.

7.112 À notre avis, cet article n'est pas suffisant pour établir des éléments *prima facie* à l'encontre de la constatation de l'existence d'une intention des pouvoirs publics de sauver Hynix faite par la JIA. Premièrement, une autorité chargée de l'enquête pourrait raisonnablement conclure que les déclarations citées des Présidents de deux banques privées n'indiquaient pas l'intention des pouvoirs publics coréens en ce qui concerne les restructurations d'Hynix. Deuxièmement, s'agissant de la déclaration du Vice-Premier Ministre, il existait incontestablement certains éléments de preuve dans le dossier de la JIA indiquant que les pouvoirs publics coréens laisseraient les créanciers décider eux-mêmes de restructurer ou non Hynix. Toutefois, cela n'infirme pas nécessairement la détermination faite par la JIA, puisque celle-ci aurait pu raisonnablement constater qu'il y avait aussi dans le dossier des éléments de preuve substantiels indiquant que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix, au moyen d'une intervention directe si nécessaire. En fait, le dossier de la JIA indique qu'à peine quelques semaines plus tôt le même Vice-Premier Ministre aurait dit que les pouvoirs publics coréens "interviendraient"³³⁹ et régleraient la question d'Hynix si nécessaire. En outre, nous notons que l'article en question n'a pas été complètement omis dans l'annexe 1 (Faits essentiels), comme l'alléguait la Corée. La JIA y faisait explicitement référence au paragraphe 281 de l'annexe 1 (Faits essentiels), dans le contexte de son analyse de l'examen interne de la restructuration d'octobre 2001 effectué par la banque Woori. Pour ces raisons, nous ne sommes pas convaincus par les arguments de la Corée concernant l'article de presse présenté dans la pièce KOR-33.

7.113 Nous tenons à souligner que notre intention n'est pas de laisser entendre que tous les éléments de preuve dont disposait la JIA étaient compatibles avec la conclusion selon laquelle les pouvoirs publics coréens étaient prêts à intervenir directement dans le processus de restructuration d'Hynix. Cela serait improbable dans une enquête fondée en grande partie sur des éléments de preuve circonstanciels. Toutefois, 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. De plus, la JIA a examiné explicitement les éléments de preuve versés au dossier dans le contexte des constatations antérieures selon lesquelles les pouvoirs publics coréens avaient "fait pression sur certaines banques quand ils ont mis en œuvre des mesures de soutien telles que la garantie fournie par la KEIC pour le financement D/A et le Programme de la KDB".³⁴⁰ Ces constatations antérieures, qui dataient de la fin de 2000, et qui concernaient des mesures antérieures pour sauvegarder durablement la viabilité d'Hynix, n'ont pas été contestées par la Corée dans la présente procédure. À notre avis, la JIA a fait à juste titre un raisonnement selon lequel ces constatations se rapportant à un passé récent fournissaient un contexte pertinent pour interpréter les nombreuses informations relatives à l'intention et à l'intervention des pouvoirs publics en ce qui concerne les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.³⁴¹ Compte 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

³³⁹ Voir, *supra*, le paragraphe 7.108.

³⁴⁰ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 269.

³⁴¹ La JIA a reconnu que, entre autres choses, les éléments de preuve concernant les pressions des pouvoirs publics sur les créanciers ne dataient pas de l'époque des restructurations en cause, mais elle a néanmoins conclu que ces éléments de preuve étaient pertinents pour ses constatations de l'existence d'une action de charger et ordonner en ce qui concerne ces restructurations (voir les paragraphes 269 et 328 de l'annexe 1 (Faits essentiels)). La Corée estime que les éléments de preuve en rapport avec ces événements antérieurs "n'auraient pas d'incidence sur" les restructurations ultérieures "sauf s'il était démontré qu'il y avait une poursuite de la politique des pouvoirs publics" (voir les pages 1 et 17 de la pièce n° 2 jointe à la première communication écrite de la Corée). Nous ne souscrivons pas à l'évaluation faite par la Corée de la pertinence potentielle des éléments de preuve antérieurs aux restructurations en question. Nous ne voyons pas pour quelle raison une enquête sur l'action alléguée de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard des créanciers d'Hynix en ce qui concerne les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 ne pourrait pas dûment prendre en considération des éléments de preuve indiquant l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics à l'égard des mêmes créanciers d'Hynix qui datent de la fin de 2000.

restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, nous considérons que 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.³⁴²

7.114 À la lumière de ce qui précède, nous constatons 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.

Hypothèse selon laquelle les créanciers n'agissaient pas dans leur propre intérêt

7.115 La Corée affirme que la JIA est arrivée à la conclusion que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix uniquement en partant de l'hypothèse alléguée – fondée sur le critère de l'investisseur de l'extérieur – selon laquelle les créanciers n'agissaient pas dans leur propre intérêt. La Corée affirme en outre que la conclusion ne peut donc pas être maintenue, parce que le critère de l'investisseur de l'extérieur n'est pas le critère que la JIA aurait dû appliquer.

7.116 Nous rappelons notre constatation selon laquelle la JIA a appliqué à la fois le critère de l'investisseur de l'extérieur et le critère de l'investisseur de l'intérieur, et selon laquelle ladite autorité a appliqué le critère de l'investisseur de l'intérieur parce qu'elle a explicitement reconnu "[que] les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances".³⁴³ La JIA a aussi admis qu'une annulation de dettes par des créanciers pouvait être de nature "commerciale" "[s]'il [était] raisonnablement constaté que cette action [était] inévitable afin de maximiser le recouvrement des créances".³⁴⁴ Nous rappelons en outre notre constatation selon laquelle la JIA ne s'était pas appuyée sur des présomptions concernant le critère de l'investisseur de l'extérieur, mais avait en réalité formulé des constatations de fait concernant l'absence d'investisseurs de l'extérieur prêts à investir dans Hynix au moment des restructurations.³⁴⁵ Ainsi, rien n'étaye l'argument de la Corée selon lequel la JIA est arrivée à la conclusion que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix uniquement en partant de l'hypothèse alléguée fondée sur

³⁴² Nous avons pris note de la pièce n° 3 jointe à la première communication écrite de la Corée, qui traite des éléments de preuve figurant dans l'annexe 1 (Faits essentiels) dont il est allégué qu'ils "indiqu[ent] que l'"intention" des pouvoirs publics coréens était de laisser aux créanciers le soin de prendre les décisions concernant les restructurations de mai 2001, d'octobre 2001 et de décembre 2002". Nous avons déjà noté (voir, *supra*, le paragraphe 7.112) que les déclarations visant à laisser les créanciers décider ne sont pas, quand elles sont dûment examinées dans le contexte des autres éléments de preuve, nécessairement déterminantes. À l'examen de la pièce jointe n° 3 dans son ensemble, dans le contexte du reste des éléments de preuve pris en considération par la JIA, nous ne pensons pas que les éléments de preuve cités par la Corée étaient suffisants pour empêcher la JIA de conclure à juste titre que les pouvoirs publics coréens avaient l'intention de sauver Hynix.

³⁴³ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 141. En dépit des références faites à cette déclaration par le Japon dans sa première communication écrite (voir le paragraphe 379) et dans des communications ultérieures au Groupe spécial (voir, par exemple, le paragraphe 90 de la deuxième communication écrite du Japon), la Corée n'a reconnu cette déclaration que dans sa communication finale au Groupe spécial après la deuxième réunion de fond (voir les observations finales de la Corée, paragraphe 4). Cette déclaration semble avoir été négligée par la Corée au cours des étapes antérieures de la procédure du Groupe spécial.

³⁴⁴ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 429.

³⁴⁵ Bien que la JIA ait finalement conclu que, puisque les quatre créanciers n'avaient pas agi sur la base de considérations commerciales, ils avaient probablement été influencés par des facteurs externes tels que l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix, cela ne signifie pas que les conclusions de la JIA quant à l'intention des pouvoirs publics reposaient sur des hypothèses relatives au fait que les créanciers n'avaient pas agi conformément à leur intérêt commercial. La JIA a formulé des constatations de fait distinctes concernant ces deux questions.

le critère de l'investisseur de l'extérieur – selon laquelle les créanciers n'agissaient pas dans leur propre intérêt.

Conclusion

7.117 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel l'analyse de l'intention des pouvoirs publics coréens faite par la JIA était partielle et incompatible avec les éléments de preuve.³⁴⁶

d) Caractère raisonnable du point de vue commercial: analyse par la JIA des examens internes des restructurations effectués par les quatre créanciers

7.118 Un autre élément sur lequel la JIA s'est appuyée pour constater que les pouvoirs publics coréens avaient chargé les quatre créanciers de participer aux restructurations ou leur avaient ordonné de le faire était sa conclusion factuelle intermédiaire selon laquelle les quatre créanciers avaient décidé de participer aux restructurations sur la base de considérations non commerciales.

7.119 La Corée fait observer que l'analyse par la JIA des examens internes des transactions de restructuration effectués par les banques créancières n'étaye pas ses conclusions, puisque les éléments de preuve présentés par les divers créanciers établissaient qu'ils avaient procédé à une analyse suffisante des diverses transactions avant de les conclure. La Corée ne conteste pas le fait que le caractère raisonnable du point de vue commercial des actions des créanciers pourrait être pertinent pour une détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7.120 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter l'argument de la Corée.

i) *Principaux arguments de la Corée*

7.121 La Corée fait observer que les banques créancières qui ont répondu aux questionnaires de la JIA ont raconté à cette dernière la même histoire de base: elles avaient reçu les renseignements nécessaires pour analyser les transactions de restructuration d'octobre 2001 et de décembre 2002 (dans certains cas, sous forme de projets de rapports dont la version définitive n'avait été établie qu'au moment de l'adoption des accords de restructuration); elles avaient analysé ces renseignements selon leurs procédures internes normales; et elles avaient conclu que les transactions de restructuration étaient conformes à leurs intérêts économiques, en particulier compte tenu des autres possibilités disponibles.

7.122 Selon la Corée, la JIA a rejeté les allégations des banques en grande partie parce qu'elle appliquait le critère de l'investisseur de l'extérieur et ne pouvait pas admettre qu'une banque rationnelle aurait conclu les transactions en question. La Corée affirme qu'ayant déjà décidé que les processus décisionnels des banques avaient été forcément irrationnels (du point de vue des investisseurs de l'extérieur), la JIA a ensuite examiné les éléments de preuve réels concernant ce que les banques avaient fait dans la pratique. La Corée affirme que la constatation d'irrationalité subjective dans les processus décisionnels faite par la JIA était donc fondée sur la conclusion de cette dernière selon laquelle les décisions des banques étaient objectivement irrationnelles, du point de vue de l'investisseur de l'extérieur.

³⁴⁶ Nous rappelons que la Corée a uniquement contesté les éléments de preuve sur lesquels reposait la conclusion factuelle intermédiaire de la JIA concernant l'intention des pouvoirs publics. La Corée n'a pas mis en cause le fait que des conclusions factuelles intermédiaires concernant l'intention des pouvoirs publics pouvaient étayer une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

7.123 La Corée estime que l'examen des processus décisionnels des banques fait par la JIA n'était pas une évaluation impartiale des éléments de preuve. Au contraire, c'était une recherche d'excuses pour écarter les éléments de preuve démontrant que les banques avaient de fait agi d'une manière rationnelle. Selon la Corée, cette partialité est visible lorsque l'on examine les points spécifiques sur lesquels la JIA s'est appuyée pour faire abstraction des déclarations des banques concernant les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002:

- Octobre 2001: la Corée affirme que les analyses indépendantes faites par Anjin Accounting et par le Monitor Group avaient démontré que la valeur d'exploitation d'Hynix au moment de la restructuration d'octobre 2001 dépassait de loin sa valeur de liquidation.
La Corée admet que la version définitive des rapports en question n'a été établie qu'une fois les conditions de la restructuration d'octobre 2001 approuvées par les banques, mais elle affirme que les banques ont attesté qu'elles avaient reçu les rapports sous forme de projets avant de prendre leur décision. La Corée affirme aussi qu'au moins une des banques a aussi présenté sa propre analyse interne, qui montrait à peu près les mêmes résultats.
- Décembre 2002: la Corée affirme que les analyses effectuées par la Deutsche Bank et [[RCC]] en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002 avaient montré que la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait de loin sa valeur de liquidation. La Corée dit que la version définitive des rapports en question avait été établie et distribuée aux banques avant qu'elles n'aient pris leur décision de participer à la restructuration.

La Corée affirme que la JIA n'a jamais contesté le calcul de la valeur d'exploitation ou de la valeur de liquidation figurant dans ces rapports. Par contre, la JIA a contesté les rapports quant au fond.

ii) *Principaux arguments du Japon*

7.124 Le Japon estime que la distinction établie par la Corée entre la rationalité objective et la rationalité subjective est artificielle et n'est pas compatible avec l'approche de la JIA. Il affirme que ce que la Corée appelle la rationalité objective et la rationalité subjective des banques créancières ne sont pas deux éléments distincts, mais plutôt des aspects se renforçant mutuellement des mêmes constatations intermédiaires globales selon lesquelles les banques créancières n'ont pas agi d'une manière raisonnable du point de vue commercial. Le Japon affirme que la constatation de la JIA était fondée sur d'abondants éléments de preuve indiquant qu'il n'existait sur le marché commercial général aucun investisseur ni aucun créancier, nouveau ou existant, qui aurait investi dans Hynix ou qui lui aurait accordé des prêts du point de vue de l'investisseur de l'extérieur. Le Japon fait valoir que la JIA n'a pas fondé son examen du caractère raisonnable du point de vue commercial des actions des quatre créanciers exclusivement sur le point de vue des investisseurs de l'extérieur, mais qu'elle a aussi examiné le caractère raisonnable du point de vue commercial du point de vue des investisseurs de l'intérieur.

7.125 S'agissant de l'examen par la JIA du caractère raisonnable du point de vue commercial des décisions des créanciers existants de participer aux restructurations d'Hynix, le Japon affirme que la JIA a suivi le même processus pour les deux restructurations d'octobre 2001³⁴⁷ et de décembre 2002.³⁴⁸ Le Japon affirme que la JIA a expliqué ce processus d'examen dans les termes suivants:

³⁴⁷ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 269 à 297.

³⁴⁸ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphes 328 à 374.

Sur la base de ces éléments, les autorités chargées de l'enquête ont examiné le processus décisionnel des diverses banques créancières et constatent qu'il y a eu des décisions qui n'étaient pas raisonnables du point de vue commercial. Il n'est pas constaté que les décisions des banques créancières étaient déraisonnables du point de vue commercial directement à partir du fait qu'il était impossible de lever des fonds sur le marché commercial ou auprès de nouveaux investisseurs. ...

Dans le document contenant les faits essentiels, le caractère raisonnable du point de vue commercial des décisions prises par les banques créancières de participer aux mesures de sauvetage d'Hynix a été examiné selon les circonstances propres à chaque banque et sur la base des éléments de preuve concernant le processus d'examen applicable à la participation aux mesures de sauvetage d'après le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances.³⁴⁹

iii) *Évaluation par le Groupe spécial*

7.126 Dans le contexte de son allégation concernant la conclusion factuelle intermédiaire de la JIA selon laquelle les décisions des quatre créanciers de participer aux restructurations n'étaient pas raisonnables du point de vue commercial, les arguments de la Corée soulèvent la question de savoir si la JIA a appliqué indûment ou non un critère de l'investisseur de l'extérieur. Ils soulèvent aussi des questions concernant la façon dont la JIA a traité les analyses internes et les rapports externes établis au sujet des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. Nous examinerons successivement chacune de ces questions.

Point de vue de l'investisseur de l'extérieur/de l'intérieur

7.127 La Corée affirme que la JIA a rejeté les allégations des quatre créanciers selon lesquelles leurs actions étaient raisonnables du point de vue commercial en grande partie parce que la JIA a appliqué le critère de l'investisseur de l'extérieur. Elle estime que la constatation faite par la JIA d'irrationalité subjective dans les processus décisionnels des banques était fondée sur la conclusion de cette dernière selon laquelle les décisions des banques étaient objectivement irrationnelles, du point de vue de l'investisseur de l'extérieur. La Corée s'appuie à cet égard sur la déclaration ci-après de la JIA:

Dans le document contenant les faits essentiels, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'il était difficile pour Hynix, à l'époque, de lever des fonds sur le marché commercial, compte tenu de la dégradation du marché des DRAM, de la détérioration de la situation financière d'Hynix, de l'évolution du prix de l'action Hynix et d'autres éléments, de la détérioration de sa cote de crédit à l'extérieur et d'autres indicateurs. Sur la base de ces éléments, les autorités chargées de l'enquête ont examiné le processus décisionnel des diverses banques créancières et constatent qu'il y a eu des décisions qui n'étaient pas raisonnables du point de vue commercial.³⁵⁰

7.128 Lue isolément, cette déclaration de la JIA pourrait bien étayer l'interprétation donnée par la Corée de l'analyse faite par la JIA. Toutefois, il est dit dans la phrase suivante même de la réponse de la JIA aux observations qu'"[i]l n'est pas constaté que les décisions des banques créancières étaient déraisonnables du point de vue commercial directement à partir du fait qu'il était impossible de lever des fonds sur le marché commercial ou auprès de nouveaux investisseurs".³⁵¹ Cette précision a été apportée par la JIA dans l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), en réponse à l'argument

³⁴⁹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphes 140 et 141.

³⁵⁰ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 140.

³⁵¹ *Ibid.*

quasiment identique que la Corée a avancé dans la présente procédure. La réponse complète donnée par la JIA³⁵² à cet argument est ainsi libellée:

(140) Dans le document contenant les faits essentiels, les autorités chargées de l'enquête constatent qu'il était difficile pour Hynix, à l'époque, de lever des fonds sur le marché commercial, compte tenu de la dégradation du marché des DRAM, de la détérioration de la situation financière d'Hynix, de l'évolution du prix de l'action Hynix et d'autres éléments, de la détérioration de sa cote de crédit à l'extérieur et d'autres indicateurs. Sur la base de ces éléments, les autorités chargées de l'enquête ont examiné le processus décisionnel des diverses banques créancières et constatent qu'il y a eu des décisions qui n'étaient pas raisonnables du point de vue commercial. *Il n'est pas constaté que les décisions des banques créancières étaient déraisonnables, du point de vue commercial directement à partir du fait qu'il était impossible de lever des fonds sur le marché commercial ou auprès de nouveaux investisseurs.* En conséquence, la réfutation du gouvernement coréen, selon laquelle "les autorités chargées de l'enquête ont conclu que les actes de restructuration de la dette entrepris par les banques étaient tous des mesures non commerciales à cause de la situation financière non satisfaisante d'Hynix" et selon laquelle le "caractère raisonnable du point de vue commercial a été examiné en évaluant les mesures du point de vue des entreprises accordant un nouveau financement ou un nouvel investissement à l'entreprise concernée", diffère des constatations figurant dans le document contenant les faits essentiels; cette réfutation ne peut donc pas être acceptée. *Lorsqu'elles ont examiné les processus décisionnels des diverses banques créancières, les autorités chargées de l'enquête ont procédé à une analyse de fond, banque par banque, des décisions de participer aux mesures de soutien d'Hynix en se fondant sur les documents relatifs aux examens internes présentés et sur d'autres éléments d'information ayant servi de base aux décisions.* En conséquence, la réfutation selon laquelle "une évaluation abstraite et générale du caractère raisonnable du point de vue commercial de la restructuration de la dette a été effectuée bien que cet aspect doive être évalué du point de vue réel et spécifique des établissements créanciers participant aux mesures en question" diffère également des constatations figurant dans le document contenant les faits essentiels; cette réfutation ne peut donc pas être acceptée.

(141) Dans le document contenant les faits essentiels, le caractère raisonnable du point de vue commercial des décisions prises par les banques créancières de participer aux mesures de sauvetage d'Hynix a été examiné selon les circonstances propres à chaque banque et sur la base des éléments de preuve concernant le processus d'examen applicable à la participation aux mesures de sauvetage d'après le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances. Aucun jugement abstrait n'a été porté quant à la question de savoir si les décisions étaient conformes ou non à un modèle économique fixe. Les affirmations d'Hynix et de Micron sont toutes deux des arguments qui concernent des modèles économiques et ne sont pas fondées sur des

³⁵² Il existe des différences entre les deux traductions de l'annexe 1 (Faits essentiels) et de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations) présentées par les parties. Le Japon a contesté un certain nombre d'erreurs de traduction alléguées dans la version présentée par la Corée (voir, par exemple, la première communication écrite du Japon, paragraphe 348, concernant le paragraphe 140 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations)). Du fait que la Corée n'a pas répondu à l'argument du Japon selon lequel la traduction par la Corée du paragraphe 140 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations) était erronée et du fait que la note 19 de la deuxième communication écrite de la Corée donne à penser que la Corée est disposée à accepter les traductions proposées par le Japon, nous procédons sur la base des traductions présentées par le Japon.

éléments de preuve spécifiques conduisant aux décisions prises par les diverses banques de participer aux mesures de sauvetage. En conséquence, elles ne peuvent pas être acceptées.

(142) En tout état de cause, qu'il s'agisse ou non d'un créancier existant, les établissements financiers examinent divers facteurs du point de vue de la maximisation des bénéfices ou de la réduction au minimum des pertes, par exemple la situation financière de l'entreprise concernée, son potentiel futur, la comparaison entre sa valeur d'exploitation et sa valeur de liquidation au moment de prendre des décisions en matière d'investissement ou de prêt. Si un tel examen a été effectué d'une manière raisonnable, on pourrait dire qu'une décision raisonnable du point de vue commercial a été prise sur la base des résultats de l'examen même si le résultat était l'enregistrement d'une perte. Par contre, si l'examen a été insuffisant, on ne peut pas formuler une constatation selon laquelle une décision raisonnable du point de vue commercial a été prise même s'il en est résulté l'obtention d'un bénéfice. Dans le document contenant les faits essentiels, les autorités chargées de l'enquête constatent que les établissements financiers qui ont participé aux mesures de soutien n'ont pas procédé à un examen suffisant de ce genre et qu'ils ont décidé d'accorder une aide sur la base de considérations non commerciales. (pas d'italique dans l'original)

7.129 Nous croyons comprendre que le Japon fait valoir que la JIA a d'abord établi s'il était raisonnable du point de vue commercial pour les investisseurs soit de l'extérieur soit de l'intérieur de participer aux restructurations du point de vue de l'investisseur de l'extérieur.³⁵³ Le Japon affirme que la JIA a ensuite évalué s'il était raisonnable du point de vue commercial pour les différents investisseurs de l'intérieur de participer aux restructurations du point de vue de l'investisseur de l'intérieur.³⁵⁴ Cela est compatible avec la propre description que la JIA a faite de son analyse, ainsi qu'il est indiqué en détail ci-dessus.

7.130 Cela est aussi compatible avec les constatations de la JIA figurant à l'annexe 1 (Faits essentiels). En particulier, ayant conclu qu'"Hynix était incapable de lever des fonds sur le marché commercial et [qu']il n'existait aucun investisseur sur le marché général qui investirait dans Hynix ou qui lui accorderait un prêt d'un point de vue commercial normal"³⁵⁵, la JIA a examiné la "situation de [l']examen des prêts par les banques".³⁵⁶ S'agissant de la participation de la banque Woori à la restructuration d'octobre 2001³⁵⁷, par exemple, la JIA a formulé, entre autres, les constatations suivantes:

Selon le document relatif à l'examen interne des prêts concernant le programme d'octobre 2001 que la banque Woori a présenté lors de l'enquête sur place, la banque Woori était parfaitement au courant de la situation financière défavorable d'Hynix. Elle a fondé son approbation du programme d'octobre 2001 sur des considérations liées à l'intérêt public [[RCC]].* De plus, il existait un article de presse selon lequel le Président de la banque avait déclaré que celle-ci était prête à accorder une aide pour l'échange de créances contre des participations et de nouveaux fonds si les

³⁵³ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 261 à 268 pour l'analyse faite par la JIA du programme d'octobre 2001 et *ibid.*, paragraphes 322 à 327 pour l'analyse du programme de décembre 2002.

³⁵⁴ Le Japon a présenté le même argument en réponse aux questions n° 99 et 100 posées par le Groupe spécial après la deuxième réunion de fond.

³⁵⁵ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 268.

³⁵⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), section 2.8.2.2.3.

³⁵⁷ La JIA a aussi examiné le caractère raisonnable du point de vue commercial des analyses internes des restructurations effectuées par la KEB, la banque Chohung et la NACF (voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 278, 284 et 287, respectivement). La Corée n'a pas contesté les constatations de la JIA relatives aux analyses internes de la restructuration d'octobre 2001 faites par la KEB et la NACF.

banques créancières y consentaient.* Ces faits étayaient le fait que la banque Woori a donné la priorité à l'intérêt public, c'est-à-dire au sauvetage d'Hynix, par rapport à son propre jugement commercial. En même temps, selon la réponse de la banque Woori aux questionnaires, la cote de crédit d'Hynix était de [[RCC]]*, la notation de sa viabilité était [[RCC]] à la fin de 2001, et la banque Woori a affecté [[RCC]] pour cent [des créances dues par Hynix] à une réserve pour pertes sur prêts.* Ce taux était très élevé par rapport au taux de réserve moyen concernant les autres créances, qui était de [[RCC]] pour cent*, et il montre que la banque entretenait de faibles espoirs de récupérer les prêts accordés à Hynix. Ainsi qu'il est décrit plus haut, en ce qui concerne les rapports établis par divers établissements, qui ont été présentés comme constituant la base de son jugement, il était évident à ce moment-là que les deux rapports existant au moment de la mise en place du programme d'octobre 2001 (le rapport de SSB et le rapport du Monitor Group) n'étaient pas assez fiables pour servir d'éléments d'information pouvant étayer la validité de l'analyse financière en vue de participer au programme d'octobre 2001 d'un point de vue commercial. En même temps, la banque Woori a choisi l'option 1 avant la diffusion du rapport d'Arthur Andersen, sur lequel reposait le programme d'octobre 2001. Les autorités chargées de l'enquête ne considèrent pas le prêt accordé par la banque Woori dans de telles circonstances comme un prêt accordé sur la base d'un jugement commercial normal.³⁵⁸ (* notes de bas de page omises)

7.131 Ainsi, outre qu'elle a constaté qu'il n'était pas raisonnable du point de vue commercial pour les investisseurs de participer à la restructuration d'octobre 2001 du point de vue d'un investisseur de l'extérieur, sur la base de considérations objectives telles que la mauvaise situation financière d'Hynix, la JIA a ensuite examiné, entre autres choses, la participation de la banque Woori du point de vue d'un investisseur de l'intérieur, eu égard à ce que la banque Woori elle-même avait indiqué comme étant la "base de son jugement" (à savoir ses analyses internes, le rapport de SSB, le rapport du Monitor Group et le rapport d'Anjin Accounting).

7.132 Compte tenu de ces phases distinctes de l'analyse faite par la JIA, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel la constatation d'irrationalité subjective dans les processus décisionnels des banques faite par la JIA était donc fondée sur la conclusion de cette dernière selon laquelle les décisions des banques étaient objectivement irrationnelles du point de vue des investisseurs de l'extérieur.

Analyses internes de la restructuration d'octobre 2001

7.133 La Corée estime que l'examen par la JIA des analyses internes de la restructuration d'octobre 2001 faites par les quatre créanciers n'étaye pas la conclusion de la JIA selon laquelle les décisions des quatre créanciers de participer à la restructuration n'étaient pas fondées sur des considérations commerciales. En particulier, la Corée affirme que les examens internes de la restructuration d'octobre 2001 faits par la banque Woori et la banque Chohung tenaient explicitement compte de l'incidence financière des restructurations sur ces banques. La Corée affirme que ces banques ont fondé leurs décisions de participer aux restructurations sur une évaluation selon laquelle une telle action réduirait au minimum leurs pertes parce que la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait sa valeur de liquidation.

7.134 Le Japon note que la JIA a constaté que la banque Woori avait fondé son approbation du programme d'octobre 2001 sur des considérations liées à l'intérêt public, "[[RCC]]".³⁵⁹ La JIA a également constaté que la banque Woori avait choisi l'option [[RCC]]. Sur la base de l'examen par la

³⁵⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 281.

³⁵⁹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 400.

JIA de l'analyse interne faite par la banque Woori, ainsi que d'autres facteurs, la JIA est arrivée à une conclusion factuelle intermédiaire selon laquelle "la banque Woori n'a[vait] pas choisi l'option [[RCC]] selon un jugement commercial normal".³⁶⁰

7.135 À notre avis, la JIA aurait pu dûment douter du caractère raisonnable du point de vue commercial de l'analyse interne des prêts faite par la banque Woori puisque cette dernière n'avait pas pris en considération les options [[RCC]] dans cette analyse. Dans ces circonstances, l'analyse de la restructuration d'octobre 2001 faite par la banque Woori, qui impliquait un choix entre trois options, était incomplète. Nous souscrivons aussi à l'évaluation de la JIA selon laquelle le caractère raisonnable du point de vue commercial de cette analyse est en outre affaibli par la prise en considération par la banque de "[[RCC]]", et par sa déclaration selon laquelle "[[RCC]]".³⁶¹ Dans ses observations finales, la Corée attribue ces considérations liées à l'"intérêt public" à la préoccupation de la banque Woori, concernant "[[RCC]]".³⁶² Même si la banque Woori a effectivement mentionné la nécessité d'acheter une garantie pour l'octroi d'un prêt à une entreprise affiliée à Hynix, cela n'expliquerait pas sa préoccupation concernant [[RCC]]. De plus, la banque Woori est allée jusqu'à estimer le [[RCC]] au cas où Hynix serait liquidée ou mise sous séquestre. Ainsi, la relation entre [[RCC]] et [[RCC]] n'a pas été suffisamment expliquée par la Corée.

7.136 La Corée fait aussi observer que "le premier et le plus important facteur indiqué par [] Woori est la différence entre la valeur d'exploitation estimative de [[RCC]] billions de won et la valeur de liquidation estimative de [[RCC]] billions de won. Au vu de ces estimations, l'analyse de la banque Woori indiquait expressément que "[[RCC]]".³⁶³ Même si nous reconnaissons que la banque Woori a effectivement estimé que la valeur d'exploitation d'Hynix dépasserait sa valeur de liquidation, nous prenons note de la constatation de la JIA selon laquelle les estimations de la banque Woori n'étaient pas étayées, en ce sens que l'analyse de la banque Woori n'indiquait aucune base pour l'estimation".³⁶⁴ Nous notons aussi que rien dans l'analyse interne effectuée par la banque Woori ne donne à penser que son estimation selon laquelle la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait sa valeur de liquidation était "le facteur le plus important indiqué par la banque Woori", comme l'allègue la Corée. Étant donné que la banque Woori n'a pas examiné les options [[RCC]], et qu'elle a pris en considération des facteurs non commerciaux relatifs à l'intérêt public, y compris en particulier [[RCC]], la Corée n'a pas établi *prima facie* que l'examen par la JIA de l'analyse interne faite par la banque Woori était vicié simplement en raison de la référence faite par la banque Woori à une estimation non étayée selon laquelle [[RCC]].³⁶⁵

³⁶⁰ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 400.

³⁶¹ Voir la pièce KOR-27, page 3.

³⁶² Voir les observations finales de la Corée, paragraphe 41.

³⁶³ Voir les observations finales de la Corée, paragraphe 40.

³⁶⁴ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 382.

³⁶⁵ Dans les observations finales qu'elle a présentées au Groupe spécial, la Corée conteste l'interprétation par la JIA d'une déclaration du Président de la banque Woori. Après avoir fait mention des considérations liées à l'intérêt public figurant dans l'analyse interne de la banque Woori, la JIA s'est référée à un "article de presse selon lequel le Président de la banque avait déclaré que la banque était prête à accorder une aide pour l'échange de créances contre des participations et de nouveaux fonds si les banques créancières y consentaient". La JIA a dit que cela confirmait le fait que la banque Woori "donnait la priorité à l'intérêt public" (annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 281). Pour la Corée, "[s]elon une interprétation juste, cette déclaration indique uniquement que la banque Woori serait en mesure de se conformer [] à la décision du Conseil des établissements financiers créanciers, qui pourrait inclure des échanges de créances contre des participations [] et d'autres types d'aide financière []. Rien dans la déclaration du Président de la banque Woori ne donne à entendre que le Conseil des créanciers devait adopter un programme qui ne soit pas dans l'intérêt des créanciers ou que la banque Woori était disposée à sacrifier ses propres intérêts "pour sauver Hynix" (observations finales, paragraphe 45). L'argument de la Corée ne tient pas compte de l'explication donnée par le Japon, qui soulignait que la déclaration du Président avait été faite "avant même l'élaboration du programme d'octobre 2001". À cet égard, nous notons que la déclaration datait du 31 août 2001, alors que l'analyse interne de la banque Woori

7.137 S'agissant de la banque Chohung, la JIA a constaté, entre autres choses, ce qui suit:

La banque Chohung a accordé un prêt d'une manière non commerciale sur la base du fait qu'entre autres choses, la décision a été prise pour se conformer au [mémoire d'accord] et non en raison de la possibilité de redresser Hynix et que la banque a choisi l'option 1 avant la présentation du rapport d'Arthur Andersen et d'autres rapports. En ce qui concerne la constatation, la banque Chohung affirme qu'elle disposait de "divers éléments d'information internes et externes"; cependant, lors de l'enquête sur place, la banque Chohung a répondu que "les éléments d'information qui ont constitué la base de l'examen pertinent ne rest[aient] plus à la banque"*, et elle n'a pas présenté les "divers éléments d'information internes et externes" susmentionnés aux autorités chargées de l'enquête. De surcroît, bien que le document relatif à l'examen interne du prêt que la banque a présenté comporte une analyse de la valeur de liquidation d'Hynix (c'est-à-dire le montant de la compensation si l'option 3 est choisie), rien n'indique que la banque a évalué la valeur d'exploitation d'Hynix ou le prix de l'action Hynix en vue du choix de l'option 1 ou de l'option 2. Ainsi, l'affirmation selon laquelle la banque a choisi l'option la plus favorable entre les options 1, 2 et 3 sur la base de l'incidence que chaque option aurait sur ses pertes et profits est incompatible avec les éléments de preuve versés au dossier de l'enquête. En conséquence, l'affirmation selon laquelle la banque "a choisi, parmi les options 1, 2 et 3, l'option 1, qui était la plus favorable pour la banque, sur la base de l'incidence qu'elle aurait sur les pertes et profits et du mémoire d'accord" et l'affirmation similaire d'Hynix ne peuvent pas être acceptées.³⁶⁶ (* note de bas de page omise)

7.138 La Corée n'a pas présenté d'argument concernant ces constatations spécifiques de la JIA. En outre, s'agissant de la nécessité alléguée pour la banque Chohung de se conformer au mémoire d'accord, nous notons que l'"avis de synthèse" figurant dans l'analyse interne de la banque Chohung comporte deux alinéas, qui font tous deux référence au mémoire d'accord. Le premier alinéa indique que la "non-participation ... entraîne l'inapplication du mémoire d'accord pendant cette période". Le deuxième alinéa reproduit la conclusion selon laquelle "la participation aide la CHB à mettre en œuvre le mémoire d'accord". En outre, nous notons qu'il n'y a aucune quantification ni du prix de l'action ni de la valeur d'exploitation dans l'analyse interne des options 1 et 2 faite par la banque Chohung. Compte tenu de ces observations, rien ne permet de conclure que l'examen par la JIA de l'analyse interne faite par la banque Chohung était vicié.

7.139 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous rejetons les arguments de la Corée concernant l'examen par la JIA des analyses internes de la restructuration d'octobre 2001 faites par la banque Woori et la banque Chohung.

Recours à des rapports externes pour la restructuration d'octobre 2001

7.140 La Corée affirme que les créanciers ont travaillé avec divers experts externes avant de décider de participer à la restructuration d'octobre 2001. Premièrement, elle affirme que Salomon Smith Barney a continué de présenter, pour examen, des avis financiers et des études détaillées au groupe de créanciers. Deuxièmement, les créanciers se sont appuyés sur une évaluation des forces et faiblesses opérationnelles d'Hynix communiquée par le Monitor Group le [[RCC]]. Troisièmement, les créanciers ont procédé à une évaluation, Anjin Accounting estimant la valeur de liquidation d'Hynix

datait du 31 octobre 2001. Autrement dit, la déclaration du Président a été faite avant que l'analyse interne de la banque Woori ait été achevée. Dans ces circonstances, la JIA aurait pu à juste titre s'appuyer sur la déclaration du Président en tant qu'élément de preuve indiquant que la banque Woori avait participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations non commerciales.

³⁶⁶ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 407.

par rapport à sa valeur d'exploitation.³⁶⁷ La Corée affirme que l'analyse effectuée par Anjin Accounting indiquait que la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait de loin sa valeur de liquidation.

7.141 Nous examinerons la façon dont la JIA a traité chacun des rapports externes mentionnés par la Corée.

Rapport de SSB

7.142 Selon le Japon, la JIA a constaté que SSB était le conseiller financier d'Hynix au moment où cette firme avait établi son rapport. De plus, le Vice-Premier Ministre Chin Nyum a dit que les banques créancières ne considéraient pas le rapport de SSB comme fiable, et il était prévu qu'une organisation objective réaliserait l'évaluation.³⁶⁸ La JIA a donc constaté que le rapport de SSB n'était pas une source d'information objective permettant de décider s'il fallait accorder un prêt. En particulier, la JIA a constaté que "le rapport de SSB n'était pas assez fiable pour servir d'élément d'information pouvant étayer la validité de l'analyse financière en vue de participer au programme d'octobre 2001 d'un point de vue commercial".³⁶⁹

7.143 La Corée ne conteste pas la constatation de la JIA concernant le manque d'objectivité du rapport de SSB. En conséquence, rien ne nous permet de conclure que la JIA a indûment conclu que "le rapport de SSB n'était pas assez fiable pour servir d'élément d'information pouvant étayer la validité de l'analyse financière en vue de participer au programme d'octobre 2001 d'un point de vue commercial".³⁷⁰

Rapports du Monitor Group

7.144 Il y avait deux rapports du Monitor Group dans le dossier de la JIA. L'un datait de [[RCC]], l'autre de [[RCC]].

7.145 Selon le Japon, la JIA a constaté que le rapport du Monitor Group [[RCC]] exposait simplement la position relative d'Hynix sur le marché des DRAM, en particulier ses capacités en

³⁶⁷ Dans les observations finales qu'elle a présentées au Groupe spécial, la Corée conteste l'affirmation du Japon selon laquelle la banque Woori avait informé la JIA qu'elle s'était appuyée sur le rapport d'Anjin Accounting pour décider de participer à la restructuration d'octobre 2001 (voir les paragraphes 38 et 39 des observations finales de la Corée). Nous notons que l'affirmation du Japon a été faite au moins à deux reprises dans sa première communication écrite (voir les paragraphes 164 et 169). Nous notons également le paragraphe 14 de nos Procédures de travail, qui dispose ce qui suit:

Chaque partie présentera au Groupe spécial tous les éléments de preuve factuels au plus tard pendant la première réunion de fond, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires aux fins des réfutations ou des réponses aux questions. Des exceptions à cette procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables. L'autre partie se verra accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il sera approprié, au sujet de tout élément de preuve factuel nouveau présenté après la première réunion de fond.

Selon l'article 14, la contestation par la Corée de l'affirmation factuelle du Japon (qui était étayée par des renvois à la détermination finale de la JIA) aurait donc dû être faite pour la fin de la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties. Puisque la Corée n'a pas démontré l'existence de raisons valables expliquant pourquoi elle n'a pas contesté l'affirmation factuelle du Japon en temps utile, nous procédons sur la base du fait que la banque Woori a *effectivement* dit à la JIA qu'elle s'était appuyée sur le rapport d'Anjin Accounting pour décider de participer à la restructuration d'octobre 2001. En tout état de cause, l'argument de la Corée ne modifierait pas notre évaluation de la façon dont la JIA a traité l'analyse interne faite par la banque Woori, ni de la façon dont la JIA a traité le rapport d'Anjin Accounting. Cela signifierait simplement que la question concernant Anjin ne s'appliquerait pas à la banque Woori.

³⁶⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 276.

³⁶⁹ Voir *ibid.*

³⁷⁰ Voir *ibid.*

matière de fabrication et de technologie, ainsi que ses problèmes, mais ne traitait pas de questions concernant la situation financière d'Hynix ou la possibilité d'un remboursement de dette. La JIA a donc constaté que le rapport du Monitor Group [[RCC]] n'était pas assez fiable pour justifier la validité de l'analyse financière d'un point de vue commercial en ce qui concerne la participation au programme d'octobre 2001. Pour ce qui est du rapport du Monitor Group [[RCC]], la JIA a constaté qu'il ne pouvait pas non plus servir de base aux décisions des établissements financiers de choisir l'une des trois options parce que ce rapport avait été publié après la mise en place de la restructuration d'octobre 2001.³⁷¹

7.146 La Corée ne conteste pas la constatation de la JIA selon laquelle le rapport du Monitor Group [[RCC]] était insuffisant pour justifier la participation des créanciers à la restructuration d'octobre 2001 parce qu'il ne traitait pas de questions concernant la situation financière d'Hynix ou la possibilité d'un remboursement de dette.³⁷²

7.147 Nous notons que le rapport du Monitor Group [[RCC]] ne contenait pas une analyse de "[[RCC]]" d'Hynix, mais ce rapport n'a été achevé qu'en [[RCC]] et n'était donc pas à la disposition des créanciers au moment où ils ont décidé de participer à la restructuration d'octobre 2001. Bien que la Corée ne conteste pas que le rapport [[RCC]] n'était pas à la disposition des créanciers en octobre 2001, elle affirme que l'analyse du Monitor Group était déjà en cours au moment où la décision de participer à la restructuration d'octobre 2001 a été prise et que des responsables du Monitor Group étaient en contact avec des représentants des créanciers. Nous ne pouvons pourtant pas accepter cet argument, puisque la Corée n'a présenté à l'appui aucun élément de preuve provenant du dossier de la JIA. À cet égard, la Corée se plaint de ce que la JIA a refusé d'admettre que les créanciers avaient accès à l'analyse faite par le Monitor Group avant de décider de participer à la restructuration d'octobre 2001 parce qu'"on ne pouvait pas confirmer si le[s] rapport[s] ... avai[en]t été divulgué[s] à l'état de projet".³⁷³ Nous sommes d'avis qu'il était entièrement raisonnable pour la JIA d'agir de cette façon. La JIA avait dans son dossier des éléments de preuve indiquant que le rapport datait d'après la restructuration. Elle a autorisé les parties à traiter la question, au moins parce que le document contenant les faits essentiels divulguait la constatation de la JIA et la nature des éléments de preuve qui sous-tendaient la constatation. On pourrait raisonnablement supposer qu'il y aurait eu des traces de tous contacts informels entre des responsables du Monitor Group et des représentants des créanciers, par exemple des comptes rendus de réunions, des notes à archiver ou des enregistrements d'entretiens téléphoniques, et que de tels éléments de preuve auraient été présentés à la JIA suite à ses demandes visant à obtenir tous les éléments d'information utilisés par les créanciers pour décider de participer ou non aux restructurations, ou en réponse au document contenant les faits essentiels.³⁷⁴ De même, vu l'ampleur de la restructuration d'octobre 2001, on pourrait raisonnablement supposer que les créanciers auraient conservé tous projets du rapport du Monitor Group [[RCC]] qui avaient été mis à leur disposition afin de disposer d'un dossier interne complet

³⁷¹ Voir *ibid.*

³⁷² Au paragraphe 218 de sa première communication écrite, la Corée affirme que "les analyses indépendantes faites par Anjin Accounting et par le Monitor Group avaient démontré que la valeur d'exploitation d'Hynix au moment de la restructuration d'octobre 2001 dépassait de loin sa valeur de liquidation". Plus loin dans le même paragraphe, la Corée précise cependant que cette déclaration est faite à propos du rapport du Monitor Group [[RCC]].

³⁷³ Voir l'annexe 3 de la JIA (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 380 ("Dans les réponses au questionnaire du gouvernement japonais et lors des enquêtes sur place menées en Corée, on ne [pouvait] pas confirmer si le rapport d'Anjin Accounting et le rapport du Monitor Group avaient été divulgués à l'état de projet ou non. En outre, il devrait exister des éléments de preuve quelconques si de tels projets avaient été obtenus. Cependant, aucun élément de preuve n'a été présenté. En conséquence, cette réfutation n'est étayée par aucun élément de preuve ou renseignement versé au dossier et ne peut pas être acceptée.")

³⁷⁴ Voir la réponse du Japon à la question n° 25 du Groupe spécial. La Corée n'a pas contesté l'affirmation du Japon selon laquelle la JIA a demandé tous les éléments d'information utilisés par les créanciers dans leur examen des restructurations.

concernant les raisons de leur participation à la restructuration en question. À notre avis, l'absence complète de tout élément de preuve de ce genre permet raisonnablement à la JIA de conclure que les données provenant du rapport du Monitor Group [[RCC]] n'étaient pas à la disposition des créanciers au moment de la restructuration d'octobre 2001.³⁷⁵

7.148 En conséquence, rien ne permet de conclure que la JIA a fait erreur en constatant que le rapport du Monitor Group [[RCC]] n'établissait pas dûment le caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à la restructuration d'octobre 2001.

Rapport d'Anjin Accounting

7.149 Selon le Japon, la JIA a constaté que le rapport d'Anjin Accounting n'avait pas pu servir de base aux créanciers pour décider de participer à la restructuration d'octobre 2001 parce qu'il avait été publié après que ces décisions de participer avaient été prises.

7.150 En réponse à la question n° 66 du Groupe spécial, la Corée a affirmé que, bien que la version définitive de ce rapport n'ait pas été disponible au moment où les créanciers avaient pris la décision de participer à la restructuration d'octobre 2001, l'analyse d'Anjin Accounting était déjà en cours au moment où la décision avait été prise et les analystes d'Anjin Accounting étaient en contact avec les représentants des créanciers avant l'approbation de la restructuration. Dans sa première communication écrite, la Corée laisse aussi entendre que les créanciers ont obtenu des projets du rapport d'Anjin Accounting et fait valoir que la JIA n'a jamais expliqué pourquoi les banques auraient conservé des copies de projets de rapports après avoir reçu les versions définitives qui étayaient leurs décisions de façon plus efficace. La Corée présente à l'appui une déclaration sous serment selon laquelle "il est très courant de distribuer aux créanciers les projets de ces exposés, rapports et analyses pendant la négociation d'une restructuration".³⁷⁶

7.151 Nous notons que la Corée n'a mis en évidence aucun élément de preuve versé au dossier pour étayer son argument selon lequel les analystes d'Anjin Accounting étaient en contact avec les représentants des créanciers avant l'approbation de la restructuration. Par contre, l'analyse interne faite par la banque Woori indique que "[RCC]".³⁷⁷ Comme le note la JIA³⁷⁸, cela laisse entendre que la banque Woori n'avait, à l'époque, reçu aucune donnée d'Anjin concernant la valeur de liquidation d'Hynix.

7.152 Nous rappelons que, bien qu'elle ne se soit pas appuyée sur les éléments de preuve versés au dossier, la Corée a présenté au Groupe spécial une déclaration sous serment pour étayer sa position. Le Japon conteste tant la valeur probante que l'admissibilité de cette déclaration sous serment. En ce qui concerne l'admissibilité, le Japon affirme que la déclaration sous serment ne figurait pas dans le dossier de la JIA. La Corée n'a pas contesté ce fait. Nous partageons l'avis du Japon selon lequel le Groupe spécial devrait s'abstenir de prendre en considération des éléments de preuve non versés au dossier lorsqu'il examine la détermination faite par la JIA. En conséquence, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial formule de quelconques constatations concernant la valeur probante de la déclaration sous serment. En outre, celle-ci n'atteste pas l'idée que les banques ont pris connaissance du projet de rapport d'Anjin Accounting avant la restructuration d'octobre 2001.

³⁷⁵ Ceci est étayé par le fait que la seule analyse interne présentée au Groupe spécial qui fait référence à des données quelconques du Monitor Group est l'analyse interne effectuée par [[RCC]]. La Corée a confirmé, en réponse à la question n° 113 du Groupe spécial, que ces données étaient extraites du rapport du Monitor Group [[RCC]].

³⁷⁶ Voir la première communication écrite de la Corée, note 193.

³⁷⁷ Voir l'analyse interne faite par [[RCC]] de la restructuration d'octobre 2001, page 2 (pièce KOR-27).

³⁷⁸ Voir le paragraphe 381 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations).

7.153 En outre (ainsi qu'il est indiqué ci-dessus au sujet du rapport du Monitor Group), nous estimons que le fait que le rapport a été publié après la restructuration, ainsi que l'absence de tout élément de preuve indiquant l'existence de contacts informels entre Anjin et les créanciers ou de tout élément de preuve démontrant que les créanciers avaient accès aux projets de rapport d'Anjin, constituent une base suffisante qui permet à une autorité chargée de l'enquête raisonnable et objective de conclure que l'analyse d'Anjin n'a pas été mise à la disposition des créanciers au moment où ils ont décidé de participer à la restructuration d'octobre 2001.³⁷⁹

7.154 Compte tenu de ce qui précède, rien ne permet de conclure que la JIA a fait erreur en constatant que le rapport d'Anjin Accounting n'établissait pas dûment le caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des quatre créanciers à la restructuration d'octobre 2001.

Analyses internes de la restructuration de décembre 2002

7.155 Lorsqu'elle a examiné les décisions individuelles prises par les quatre créanciers de participer à la restructuration de décembre 2002, la JIA a fait de fréquentes références à son analyse – et à son rejet – d'un rapport élaboré par la Deutsche Bank.³⁸⁰ De fait, la JIA commence son analyse de l'examen interne par les créanciers de la restructuration de décembre 2002 en évaluant le rapport de la Deutsche Bank. La JIA agit ainsi parce que:

Dans les réponses aux questionnaires et les réponses données lors de l'enquête sur place concernant leur décision de participer au programme de décembre 2002 dans de telles conditions, les banques créancières ont allégué qu'elles avaient décidé d'accorder un prêt après avoir examiné le rapport de la Deutsche Bank. ...³⁸¹

7.156 Il est clair que la JIA a d'abord conclu que le rapport de la Deutsche Bank à lui seul n'offrait pas une base suffisante pour "étayer des jugements commerciaux"³⁸² puis a analysé à la lumière de cette conclusion les analyses internes faites par les quatre créanciers.³⁸³ Si la JIA était arrivée à une conclusion différente au sujet du rapport de la Deutsche Bank, son approche des examens internes effectués par les quatre créanciers aurait forcément été sensiblement différente.

7.157 Nous en concluons que l'examen par la JIA de l'adéquation des analyses internes reposait sur ses constatations concernant l'insuffisance du rapport de la Deutsche Bank pour ce qui est d'apporter une justification commerciale à leur participation à la restructuration de décembre 2002.

³⁷⁹ En outre, nous notons qu'il n'y a pas de références à de quelconques données d'Anjin dans les analyses internes faites par [[RCC]] de la restructuration d'octobre 2001.

³⁸⁰ Voir, par exemple, les paragraphes 350, 351, 354, 355, 356, 357, 358, 362 et 363 de l'annexe 1 (Faits essentiels).

³⁸¹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 339.

³⁸² Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 342.

³⁸³ De plus, pour la KEB et [[RCC]], la JIA a appliqué les données de fait disponibles sur la base de la non-coopération. En conséquence, la JIA est partie du principe que ces banques avaient décidé de participer à la restructuration de décembre 2002 "sur la base du rapport de la Deutsche Bank". (Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 349 et 354.) Cela confirme que l'analyse par la JIA de la participation de ces banques à la restructuration de décembre 2002 reposait forcément sur son évaluation du rapport de la Deutsche Bank. En outre, la JIA a explicitement rejeté l'allégation de la banque Chohung selon laquelle elle s'était appuyée sur un examen interne en plus du rapport de la Deutsche Bank. Par contre, la JIA a constaté que la banque Chohung "avait simplement accepté le rapport de la Deutsche Bank" (annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations, paragraphe 522).

Restructuration de décembre 2002: recours des créanciers au rapport de la Deutsche Bank

7.158 La Corée affirme que l'analyse élaborée par la Deutsche Bank³⁸⁴ au sujet de la restructuration de décembre 2002 a montré que la valeur d'exploitation d'Hynix dépassait de loin sa valeur de liquidation. Elle dit que la version définitive de ce rapport avait été établie et distribuée aux banques avant que celles-ci aient pris leur décision de participer à la restructuration.

7.159 La JIA n'a pas contesté le fait que le rapport de la Deutsche Bank était à la disposition des créanciers au moment où ils ont entrepris la restructuration de décembre 2002. Toutefois, la JIA a rejeté le rapport de la Deutsche Bank en tant que preuve du caractère raisonnable du point de vue commercial de la participation des banques à la restructuration de décembre 2002 tant pour des raisons de forme que pour des raisons de fond. Sur la forme, la JIA a contesté l'indépendance du rapport. En particulier, elle a constaté que "la Deutsche Bank n'a[vait] pas un caractère de tierce partie suffisant pour que son rapport étaye des jugements commerciaux"³⁸⁵ pour deux raisons:

- Premièrement, la Deutsche Bank [[RCC]] et, par conséquent, son indépendance à l'égard des intérêts d'Hynix était douteuse.³⁸⁶
- Deuxièmement, les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans le processus d'élaboration du rapport de la Deutsche Bank, ...³⁸⁷

7.160 Sur le 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 financement des entreprises"³⁸⁸ et que, par conséquent, "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".³⁸⁹

7.161 La Corée affirme que chacune des "anomalies" mises en avant par la JIA était manifestement fausse. Nous examinerons successivement chacune de ces questions, en commençant par les conclusions de la JIA relatives à l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank.

Indépendance du rapport de la Deutsche Bank

7.162 La JIA a mis en doute l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank, au motif que [[RCC]] et que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport. De même, c'était l'un des facteurs sur lesquels la JIA s'était appuyée pour constater que le rapport de la Deutsche Bank n'était pas fiable, dans un sens commercial, et que, par conséquent, le comportement des quatre créanciers, lorsqu'ils s'étaient engagés dans la restructuration de décembre 2002, n'était pas commercial. De l'avis de la JIA, le "caractère non commercial" indiquait que les quatre créanciers avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de s'engager dans cette restructuration.

³⁸⁴ La Corée explique que le rapport de la Deutsche Bank était fondé sur des données provenant de [[RCC]]. [[RCC]] est un cabinet de conseil extérieur (voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 187).

³⁸⁵ Annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 342.

³⁸⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 340.

³⁸⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 341.

³⁸⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 345.

³⁸⁹ *Ibid.*

Contrat [[RCC]]

7.163 Selon la Corée, les éléments de preuve dont disposait la JIA démontraient que la Deutsche Bank avait une relation contractuelle avec [[RCC]] paie les honoraires correspondant à tout service professionnel obtenu par les créanciers en rapport avec la restructuration. La Corée a fourni au Groupe spécial un mémorandum d'accord conclu entre [[RCC]] dont [[RCC]] disposait ce qui suit:

[[RCC]] pourra ... demander l'avis d'experts-comptables, de juristes ou d'autres spécialistes de l'évaluation. Dans ce cas, [[RCC]] prendra en charge les honoraires qui leur sont versés.³⁹⁰

7.164 La Corée estime que le fait que [[RCC]] a accepté de payer les honoraires de la Deutsche Bank comme l'exige l'accord passé par [[RCC]] avec ses créanciers ne remet en aucune façon en cause l'indépendance de la Deutsche Bank.

7.165 La Corée affirme que le Groupe spécial a rejeté un argument similaire avancé par les Communautés européennes dans l'affaire *Corée – Navires de commerce*:

Nous croyons comprendre que les CE font valoir que le rapport Anjin n'aurait pas dû être utilisé par les créanciers de DHI car il avait été commandé par DHI et la KDB, un organisme public, qui ont l'une et l'autre intérêt à ce que DHI soit restructurée et non liquidée.

La Corée fait observer qu'Anjin a été engagé par la KDB, au nom de tous les créanciers. Elle affirme que DHI était certes mentionnée dans le contrat d'engagement, mais c'était uniquement parce que DHI était chargée de payer les honoraires d'Anjin

Les CE n'ont pas contesté ces déclarations d'Anjin. En particulier, elles n'ont pas contesté que suivant une pratique courante, les entreprises faisant l'objet d'une curatelle/renégociation de la dette payaient les honoraires des conseillers professionnels. Elles n'ont pas non plus contesté que DHI "n'était pas en mesure de recevoir d'Anjin des rapports et/ou des versions mises à jour de ces rapports". Nous notons également que la lettre d'accompagnement du rapport Anjin était adressée exclusivement à la KDB, et non à DHI. Comme nous n'avons pas de raison de penser que DHI était en mesure d'influer sur le fond du rapport Anjin, il n'y a pas de raison de discréditer le rapport Anjin simplement parce que les honoraires d'Anjin étaient payés par DHI.³⁹¹

7.166 Compte tenu de l'argument de la Corée concernant [[RCC]] du mémorandum d'accord susmentionné, le Groupe spécial a demandé au Japon de fournir une copie du contrat passé entre [[RCC]] et la Deutsche Bank. Après examen du document présenté par le Japon, nous notons que le contrat auquel la JIA s'est référée n'avait pas été conclu entre la Deutsche Bank et [[RCC]] exclusivement. [[RCC]]³⁹², était également partie au contrat. Ainsi, la Deutsche Bank avait été "engagée conjointement" par [[RCC]]. En conséquence, il n'y a rien de nature contractuelle qui donne à penser que la Deutsche Bank avait vraisemblablement élaboré son rapport d'une manière à favoriser

³⁹⁰ Voir le mémorandum d'accord, [[RCC]]. Voir aussi le mémorandum d'accord, [[RCC]]. (pièce KOR-36).

³⁹¹ Voir le rapport *Corée – Navires de commerce*, paragraphes 7.440 à 7.443.

³⁹² Voir le document contractuel du 22 mai 2002, page 11.

les intérêts de [[RCC]] par rapport à ceux des créanciers (représentés par [[RCC]]).³⁹³ De plus, le contrat désigne la Deutsche Bank "[[RCC]], y compris la subdivision de [[RCC]] en plusieurs entités, d'autres solutions concernant la restructuration de [[RCC]] et toute vente ou tout transfert possible de la totalité ou de certaines des activités semi-conducteurs de [[RCC]]".³⁹⁴ Le travail de la Deutsche Bank se limitait donc à la restructuration de [[RCC]] (qu'il s'agisse de refinancer [[RCC]], de démanteler [[RCC]] ou d'essayer de vendre ses activités). En conséquence, rien ne donne à penser que la Deutsche Bank avait été auparavant [[RCC]], de sorte qu'elle aurait pu avoir des intérêts résultant des conseils qu'elle aurait pu donner à [[RCC]] par le passé. Rien non plus ne donne à penser que la Deutsche Bank avait été désignée pour agir en tant que [[RCC]], pour donner crédit au point de vue selon lequel elle avait peut-être rédigé son rapport de manière à favoriser le maintien de [[RCC]] en tant qu'entreprise en exploitation.

7.167 Enfin, nous notons que le contrat fait explicitement mention de la désignation de [[RCC]] comme "[[RCC]] conjoint avec la Deutsche Bank pour la restructuration commerciale et financière de"³⁹⁵ [[RCC]]. À notre avis, la participation d'un [[RCC]] additionnel contredit aussi l'idée que l'on pouvait s'attendre à ce que la Deutsche Bank ait agi d'une manière qui pourrait favoriser les intérêts de [[RCC]] par rapport à ceux des créanciers.

7.168 Dans sa détermination finale, la JIA n'a fourni aucune analyse de la teneur du contrat passé par la Deutsche Bank avec [[RCC]]. Le contrat était un élément de preuve versé au dossier de la JIA. Après examen de ce contrat, nous ne considérons pas que la JIA aurait pu dûment arriver à la conclusion qu'elle avait formulée au sujet de ce contrat. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous considérons que la JIA n'aurait pas pu dûment remettre en cause l'indépendance de la Deutsche Bank sur la base du contrat désignant la Deutsche Bank comme [[RCC]] (conjoint) de [[RCC]].³⁹⁶

Intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank

7.169 La JIA s'est référée à un certain nombre d'articles de presse (d'août, de septembre et d'octobre 2002) selon lesquels les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank.³⁹⁷ La JIA s'est également appuyée sur cet élément 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

³⁹³ Le Japon fait valoir que le fait que le rapport de la Deutsche Bank a été "[[RCC]]" (voir le rapport de la Deutsche Bank, section [[RCC]]) indique que le rapport a été élaboré [[RCC]]. En fait, [[RCC]] prévoit que le rapport a été "[[RCC]]". Puisque le rapport a également été élaboré [[RCC]], nous ne considérons pas que l'expression "[[RCC]]" pourrait signifier que le rapport a été élaboré exclusivement [[RCC]]. En outre, il n'est pas fait référence au fait que la JIA s'est référée à l'expression "[[RCC]]" lorsqu'elle a évalué l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank dans la détermination finale.

³⁹⁴ Voir le document contractuel du 22 mai 2002, page 1. La JIA ne donne pas à entendre que ce contrat empêchait la Deutsche Bank d'envisager la liquidation d'Hynix.

³⁹⁵ Voir le document contractuel du 22 mai 2002, page 2.

³⁹⁶ Le Japon a tenté de s'appuyer sur la déclaration du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* selon laquelle "la lettre d'accompagnement du rapport Anjin était adressée exclusivement à la KDB, et non à DHI (voir le paragraphe 7.443). Le Japon affirme que le rapport de la Deutsche Bank était adressé à [[RCC]]. Dans l'affaire *Corée – Navires de commerce*, le fait que la lettre d'accompagnement du rapport n'était pas adressée à la société en cours de restructuration a été un des divers facteurs qui ont conduit le Groupe spécial à conclure que la société restructurée n'était pas "en mesure d'influer sur le fond du" (*ibid.*) rapport pertinent. Bien que la JIA n'ait formulé aucune constatation concernant les destinataires de la lettre d'accompagnement du rapport de la Deutsche Bank, nous souscrivons à l'avis du Groupe spécial selon lequel la question essentielle est de savoir si la société restructurée était ou non en mesure d'influer sur le fond du rapport du consultant. Nous ne considérons pas que la JIA aurait pu dûment traiter le simple fait que le rapport de la Deutsche Bank était adressé à [[RCC]] comme un élément de preuve indiquant que [[RCC]] était en mesure d'influer sur le fond de ce rapport.

³⁹⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 334.

restructuration de décembre 2002 ne reposaient pas sur des considérations commerciales. Même si la JIA ne s'est pas appuyée explicitement sur cet élément de preuve, le Japon affirme³⁹⁸ qu'elle s'est aussi appuyée sur une constatation selon laquelle la NACF avait reconnu que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport.

7.170 La Corée fait observer que la JIA a omis de mentionner qu'elle avait spécifiquement demandé à la KEB, la principale banque créancière, de faire des observations sur les rapports en cours de vérification. La Corée affirme que la KEB a nié que ces rapports soient exacts et a dit qu'il n'y avait pas de changement entre le projet de rapport et le rapport définitif. Elle affirme en outre que même si les articles de presse sur lesquels la JIA s'était appuyée avaient été corrects, ils ne mettaient en aucune façon en cause l'exactitude du calcul des valeurs d'exploitation et de liquidation d'Hynix figurant dans le rapport de la Deutsche Bank. En revanche, la Corée dit que les articles de presse indiquaient seulement que les pouvoirs publics encourageaient les créanciers à envisager la vente d'Hynix comme une solution autre que son maintien en exploitation en tant qu'entité indépendante et cherchaient à faire examiner cette autre solution par la Deutsche Bank.

7.171 Le Japon estime que la KEB n'a pas fourni d'élément de preuve pour étayer son affirmation selon laquelle il n'y avait pas eu de changement entre le projet de rapport et la version définitive du rapport. Il affirme que la KEB n'a pas fourni à la JIA une copie du projet de rapport antérieur aux articles de presse utilisés par la JIA.

7.172 Nous notons que les articles de presse sur lesquels la JIA s'est appuyée en tant qu'éléments de preuve indiquant l'intervention des pouvoirs publics coréens dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank sont décrits au paragraphe 334 de l'annexe 1 (Faits essentiels). Nous soulignons que la JIA s'est appuyée sur ces articles en tant qu'éléments de preuve indiquant un fait spécifique, à savoir l'intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du plan de restructuration exposé dans le rapport de la Deutsche Bank.³⁹⁹ Nous avons donc examiné ces articles de ce point de vue, afin d'établir si la JIA aurait pu dûment ou non s'appuyer sur eux en tant qu'éléments de preuve indiquant l'intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. 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.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Voir le paragraphe 94 de la deuxième communication écrite du Japon.

³⁹⁹ Nous notons que nous avons admis que certains de ces articles auraient pu dûment être traités comme des éléments de preuve indiquant l'intention des pouvoirs publics coréens de sauver Hynix (voir le paragraphe 7.109 *supra*). Cela ne signifie pas forcément que les mêmes articles pourraient dûment être traités comme quelque chose de bien plus spécifique, à savoir l'intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank.

⁴⁰⁰ La JIA a simplement fait référence aux articles de presse individuellement. Elle n'a pas expliqué comment ils pourraient être lus conjointement pour étayer une constatation de l'existence d'une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Néanmoins, nous prenons note de la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* (paragraphe 150) selon laquelle "le groupe spécial examinant une [] détermination devait normalement considérer ces éléments de preuve dans leur totalité, et non pas individuellement, pour évaluer leur valeur probante par rapport à la détermination faite par l'administration. De fait, exiger que chaque élément de preuve circonstanciel, indépendamment, établisse l'existence d'une action de charger ou ordonner empêche effectivement une administration de constater l'existence d'une action de charger ou ordonner en se fondant sur des éléments de preuve circonstanciels. Les éléments de preuve pris individuellement circonstanciels, de par leur nature même, ne sont pas susceptibles d'établir la véracité d'une proposition, sauf à être examinés conjointement avec d'autres éléments de preuve."

7.173 Le premier article, daté du 23 août 2002, cite le Président de la KEB se référant aux créanciers comme "ayant une [des] discussion[s] avec les pouvoirs publics". Nous notons que cet article fait référence uniquement à une ou des "discussion[s]", mais ne dit pas que ces discussions prenaient la forme d'une participation des pouvoirs publics à l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank en soi. De plus, la ou les "discussion[s]" pertinentes n'étaient pas entre les pouvoirs publics coréens et la Deutsche Bank (comme l'allégation relative à une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank pourrait le suggérer), mais entre les pouvoirs publics et les créanciers.

7.174 Le deuxième article, daté du 25 août 2002, fait référence au plan de restructuration de la Deutsche Bank en train d'être "réévalu[é]" après l'exercice d'une "diligence raisonnable" par les "pouvoirs publics" et la KEB. Cela pouvait constituer un élément de preuve circonstanciel indiquant une intervention. Toutefois, l'article en question ne contient aucune citation imputée à des personnes ou entités particulières et on ne pourrait pas dire qu'il avait une forte valeur probante.

7.175 Le troisième article, daté du 26 août 2002, cite le représentant d'un actionnaire minoritaire comme s'étant référé à des informations données dans les médias au sujet de l'intervention des pouvoirs publics dans le contenu du rapport de la Deutsche Bank. Nous notons qu'il s'agit d'ouï-dire, en ce sens que le représentant pertinent de l'actionnaire minoritaire lui-même n'est pas cité comme ayant dit que les pouvoirs publics étaient intervenus dans le rapport de la Deutsche Bank. De plus, nous notons que l'article de presse en question a été publié le lendemain de la publication du deuxième article et que les déclarations peuvent bien avoir été faites en réaction au deuxième article de source non précisée.

7.176 Le quatrième article, daté du 2 septembre 2002, fait référence à des déclarations faites par "un porte-parole représentant l'administration et les créanciers" selon lesquelles la FSC avait informé les créanciers qu'ils devraient vendre Hynix. Nous notons que ces déclarations ne se réfèrent pas spécifiquement à une ingérence des pouvoirs publics dans l'élaboration et le contenu du rapport de la Deutsche Bank. Elles indiquent seulement que les pouvoirs publics coréens étaient d'avis qu'Hynix devrait être vendue.

7.177 Le cinquième article, daté du 25 août 2002, fait référence à des déclarations faites par des observateurs non nommément désignés selon lesquelles les pouvoirs publics "semblent s'en tenir à l'option consistant à vendre" Hynix. Nous notons que cet article ne se réfère pas spécifiquement à une ingérence des pouvoirs publics dans l'élaboration et le contenu du rapport de la Deutsche Bank.

7.178 Le sixième article, daté du 12 septembre 2002, fait référence à des observations formulées par des représentants non nommément désignés d'Hynix et des créanciers selon lesquelles "les pouvoirs publics ont demandé que plusieurs corrections soient apportées au plan de normalisation". Bien que les observations ne soient pas imputées à des personnes nommément désignées, elles sont imputées à au moins une entité nommément désignée (à savoir Hynix). Cet article se réfère expressément à l'intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration de ce qui est appelé "le plan de normalisation".⁴⁰¹

7.179 Le septième article, daté du 13 septembre 2002, fait référence à des informations selon lesquelles la KEB "n'était apparemment pas satisfaite du rapport et [selon lesquelles] les pouvoirs publics ont demandé à la Deutsche Bank de réviser le plan". Cet article n'est pas concluant car il semble indiquer que c'était la KEB, le principal créancier, qui n'était pas satisfaite du projet de rapport

⁴⁰¹ Aucune des parties n'a traité la question de savoir si cette référence au "plan de normalisation" était une référence au rapport de la Deutsche Bank ou à quelque chose d'autre. Bien qu'il ne soit pas clair pour le Groupe spécial que le "plan de normalisation" était une référence au rapport de la Deutsche Bank, nous avons supposé que c'en était une.

de la Deutsche Bank. Cet article n'a pas une forte valeur probante car il n'impute aucune déclaration à des entités ou personnes nommément désignées.

7.180 Le huitième article, daté du 18 septembre 2002, cite un ministre exprimant à un séminaire son opinion selon laquelle Hynix ne devrait pas être maintenue en exploitation. Nous notons que ce n'est pas un élément de preuve indiquant une participation des pouvoirs publics à l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. C'est simplement un élément de preuve indiquant l'opinion du ministre sur la façon dont Hynix devrait être traitée à l'avenir.

7.181 Le neuvième et dernier article, daté du 3 octobre 2002, cite un responsable de la KDB disant que la vente immédiate d'Hynix était impossible et que cette société devrait être maintenue en exploitation. Nous notons que ce n'est pas un élément de preuve indiquant une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. C'est simplement un élément de preuve indiquant l'opinion de la KDB selon laquelle Hynix devrait être maintenue en exploitation. De plus, comme la KDB était un organisme public créancier d'Hynix (et qu'elle participait donc directement à la restructuration de décembre 2002), il n'y a rien de surprenant au fait qu'elle s'était formé une opinion sur la restructuration. Par conséquent, nous ne voyons pas comment la déclaration de la KDB pourrait dûment donner à penser à la JIA qu'il y avait une plus grande intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank.

7.182 Nous rappelons que la JIA a présenté les articles de presse susmentionnés comme des éléments de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens étaient intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Toutefois, 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. Les articles restants soit ne sont pas étayés (par référence à des citations de personnes ou d'entités nommément désignées) soit ne se réfèrent pas à une intervention des pouvoirs publics dans le rapport de la Deutsche Bank.⁴⁰² Certains des articles indiquent que les pouvoirs publics coréens estimaient que la restructuration devrait revêtir une forme particulière (à savoir la vente). Aucun de ces articles ne donne à penser que les pouvoirs publics ont ensuite agi selon leur opinion et sont intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Face à tant d'informations ayant trait à Hynix et aux opinions des personnes préoccupées par son avenir, il est difficile d'admettre qu'il n'y aurait pas eu davantage d'éléments de preuve indiquant une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank que la seule mention, dans le sixième article, d'une intervention dans "le plan de normalisation". 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.

7.183 Nous ne considérons pas non plus qu'un appui additionnel est fourni par la reconnaissance alléguée, par la NACF, de l'intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la

⁴⁰² Nous prenons note de l'argument de la Corée relatif à la déclaration de la KEB selon laquelle il n'y avait pas de changements entre le projet de rapport et la version définitive du rapport. Nous avons examiné la pièce JPN-26 et nous constatons que la copie du projet de rapport allégué fournie par la KEB à l'appui de cette déclaration datait de novembre 2002. Ce document ne donne donc aucune indication sur la question de savoir si des changements ont été ou non apportés au rapport au moment de la rédaction des articles de presse susmentionnés (août, septembre et octobre 2002). En conséquence, la JIA aurait pu dûment faire abstraction de la déclaration de la KEB dans l'analyse des changements potentiels apportés au rapport pendant la période visée par les articles de presse susmentionnés.

Deutsche Bank. La JIA note que la NACF a utilisé l'expression "malgré l'intervention des pouvoirs publics" dans les arguments qu'elle a présentés à titre de réfutation.⁴⁰³ Selon la JIA:

La NACF reconnaît donc que les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans le programme de décembre 2002. Si ce fait était ainsi connu, cela servirait à étayer l'idée qu'un examen détaillé du contenu du rapport de la Deutsche Bank aurait dû être effectué lors de la prise d'une décision commerciale concernant le programme de décembre 2002.⁴⁰⁴

7.184 La Corée nie qu'il y ait eu de la part de la NACF une quelconque reconnaissance de la participation des pouvoirs publics à l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Elle affirme que la NACF avait en réalité fait valoir ce qui suit:

malgré l'intervention des pouvoirs publics, la conclusion du rapport de la Deutsche Bank demeurait que la "normalisation de l'activité" d'Hynix était hautement prioritaire et que participer à la restructuration de la dette sur cette base, même si cela prenait un certain temps, serait une option plus appropriée que la liquidation, parce qu'il serait impossible pour les créanciers non garantis de recouvrer plus de 50 pour cent de leurs créances avec une valeur de liquidation d'Hynix de [] pour cent, et que l'échange de 50 pour cent des créances non garanties contre des participations ne causerait aucune perte quelle qu'elle soit à la NACF.⁴⁰⁵

7.185 La Corée estime que la JIA et le Japon ont considéré l'expression "malgré l'intervention des pouvoirs publics" comme une reconnaissance alléguée, alors que l'élément important évident de l'argument de la NACF était en réalité que toute intervention alléguée des pouvoirs publics n'avait aucun effet sur l'analyse présentée par la Deutsche Bank.

7.186 Le Japon fait observer que la déclaration susmentionnée de la NACF indique clairement que les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans les modalités et conditions de la restructuration de décembre 2002 et que les modalités et conditions de cette restructuration ont été modifiées.

7.187 Il est possible que la Corée ait raison de faire valoir que l'idée directrice de l'argument de la NACF était que toute participation alléguée des pouvoirs publics n'affectait pas l'analyse de la Deutsche Bank. Toutefois, les termes utilisés par la NACF auraient pu aussi dûment être compris par la JIA comme signifiant que la NACF faisait valoir que, même si les pouvoirs publics étaient effectivement intervenus, cela n'affectait pas le fond de l'analyse de la Deutsche Bank. La formulation employée par la NACF n'est pas concluante.

7.188 En l'absence de tout autre élément de preuve indiquant une intervention ou élément de preuve indiquant que les pouvoirs publics coréens avaient les moyens d'exercer une influence sur la Deutsche Bank, nous ne pouvons accepter l'idée qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale pourrait dûment constater que les pouvoirs publics coréens sont intervenus dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank sur la base d'un seul article de presse de source non précisée indiquant

⁴⁰³ Nous notons que le Japon ne s'est pas référé à cette question dans le contexte de l'intervention alléguée des pouvoirs publics coréens dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank. Le Japon s'est référé à cette question dans le contexte des "anomalies" de fond alléguées présentes dans le rapport (voir le paragraphe 368 de la première communication écrite du Japon, dernier alinéa). C'est donc dans ce contexte que nous examinons cette question.

⁴⁰⁴ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 528.

⁴⁰⁵ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 526.

que les pouvoirs publics coréens l'avaient fait, lu à la lumière d'une déclaration pas concluante faite par un des créanciers.⁴⁰⁶

7.189 En outre, même s'il y avait eu des éléments de preuve suffisants indiquant une intervention des pouvoirs publics dans le rapport de la Deutsche Bank, cela aurait dû uniquement donner à penser à la JIA que les créanciers auraient pu douter de la crédibilité du rapport et, par conséquent, aborder le fond du rapport avec circonspection. De fait, c'était précisément la conclusion tirée par la JIA en ce qui concerne la reconnaissance alléguée par la NACF, en ce sens que la JIA a simplement indiqué que la NACF aurait dû soumettre à un "examen détaillé"⁴⁰⁷ (au lieu de rejeter purement et simplement) le rapport de la Deutsche Bank par suite des soupçons qu'elle pouvait avoir quant à l'intervention des pouvoirs publics. La valeur de cet élément de preuve tenu indiquant une intervention, en tant qu'élément contribuant à établir le caractère non commercial du rapport de la Deutsche Bank et à établir ensuite l'existence d'une action de charger ou ordonner, devient beaucoup moins importante ou dénuée de pertinence s'il n'est pas démontré que le rapport lui-même a été rendu "non commercial" à cause d'une quelconque intervention alléguée. Comme on le verra dans la section suivante de notre rapport, nous avons examiné les "anomalies" alléguées du rapport de la Deutsche Bank identifiées par la JIA. Nous constatons que la JIA a fait erreur en identifiant ces "anomalies". Sans ces "anomalies", nous ne voyons pas de raison de douter que les créanciers aient pu avoir pleinement confiance en la crédibilité et l'intégrité du rapport de la Deutsche Bank. En outre, si nous constatons, comme nous le faisons, que la JIA a fait erreur en concluant que le rapport n'était pas raisonnable du point de vue commercial, la préoccupation de la JIA concernant la déclaration de la NACF et ce que la NACF aurait dû faire n'a nécessairement plus lieu d'être.

7.190 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous considérons que la JIA n'aurait pas pu dûment mettre en cause l'indépendance du rapport de la Deutsche Bank.

Fond du rapport de la Deutsche Bank

7.191 La JIA a identifié les "anomalies" alléguées ci-après dans le rapport de la Deutsche Bank:

- Le rapport de la Deutsche Bank ne [[RCC]].⁴⁰⁸
- Le rapport de la Deutsche Bank a conclu que [[RCC]] en ce qui concerne les valeurs d'exploitation d'Hynix.⁴⁰⁹
- Pour comparer les valeurs de liquidation et les valeurs d'exploitation, le rapport de la Deutsche Bank [[RCC]].⁴¹⁰
- Les taux de recouvrement [[RCC]].⁴¹¹

⁴⁰⁶ La JIA devrait bénéficier de tout doute dans notre esprit concernant la qualité des éléments de preuve figurant dans les articles de presse susmentionnés. Toutefois, ces articles de presse pouvaient uniquement donner à penser que la JIA devrait examiner la question d'une intervention des pouvoirs publics dans l'élaboration du rapport de la Deutsche Bank et non qu'une telle intervention avait réellement eu lieu. La plupart d'entre eux n'évoquent même pas l'idée qu'il y a eu une intervention. Bien qu'il ne soit pas nécessaire pour la JIA d'établir la parfaite vérité, il lui incombait aussi d'être objective et impartiale dans l'évaluation des éléments de preuve dont elle disposait. Il n'y a aucun doute dans notre esprit quant au fait que les éléments de preuve allégués indiquant une intervention constituaient un "élément de base" insuffisant de l'analyse effectuée par la JIA, soit en eux-mêmes, soit lorsqu'ils étaient considérés dans le contexte des autres éléments de preuve dont nous avons constaté qu'ils avaient été indûment évalués par la JIA.

⁴⁰⁷ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 528.

⁴⁰⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ *Ibid.*

- Le rapport de la Deutsche Bank a conclu que la proposition de vendre la division mémoires était [[RCC]].⁴¹²

7.192 Le Japon affirme aussi que, dans les observations qu'elle a présentées à titre de réfutation, Hynix a volontairement reconnu que le rapport de la Deutsche Bank comportait une erreur. La JIA a constaté qu'après correction de l'erreur reconnue par Hynix, les taux de recouvrement des valeurs d'exploitation seraient de [[RCC]] aux taux indiqués dans le rapport de la Deutsche Bank.⁴¹³

7.193 La JIA s'est appuyée sur ces "anomalies" pour conclure que le rapport de la Deutsche Bank n'établissait pas le caractère raisonnable du point de vue commercial des décisions prises par les quatre créanciers de participer aux restructurations.⁴¹⁴ Nous examinerons successivement chacune de ces "anomalies".

Valeur de liquidation

7.194 La première "anomalie" a trait au fait allégué que le rapport de la Deutsche Bank n'étaye pas dûment sa conclusion concernant la valeur de liquidation d'Hynix. La JIA a constaté ce qui suit:

L'évaluation de la valeur de liquidation d'Hynix a été faite par [[RCC]], mais selon le rapport, elle a évalué [[RCC]]. Le même rapport a évalué la valeur de liquidation d'Hynix, [[RCC]]. Autrement dit, l'évaluation était inférieure à la valeur des actifs, d'après le postulat selon lequel les ventes seraient effectuées pendant une certaine période. Le rapport de la Deutsche Bank cite les facteurs qui [[RCC]]. Le rapport, par contre, ne [[RCC]] concernant ces facteurs.^{*415} (* notes de bas de page omises)

7.195 La première partie de cette constatation semble indiquer que la JIA craignait que [[RCC]] ait initialement opté pour une valeur de liquidation inférieure à celle que cette société aurait pu choisir (à savoir [[RCC]]) et que la Deutsche Bank [[RCC]]. Toutefois, puisque la Deutsche Bank [[RCC]]⁴¹⁶, une telle préoccupation concernant la valeur de liquidation réellement appliquée par la Deutsche Bank [[RCC]].

7.196 De fait, le Japon a confirmé que la JIA ne se préoccupait pas du montant de la valeur de liquidation appliquée par la Deutsche Bank en soi.⁴¹⁷ En revanche, s'agissant de la dernière partie de la constatation susmentionnée de la JIA, le Japon a expliqué que le vrai problème identifié par la JIA était le fait que la Deutsche Bank "laissait entendre que la valeur de liquidation réelle pourrait éventuellement être soit supérieure soit inférieure à la valeur de liquidation évaluée", sans "[[RCC]]".⁴¹⁸

7.197 Premièrement, nous notons que la Deutsche Bank a explicitement dit que son rapport "[[RCC]]". Par conséquent, la Deutsche Bank "[[RCC]]".⁴¹⁹ En outre, la Deutsche Bank a dit qu'elle

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphes 500 et 501.

⁴¹⁴ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 345.

⁴¹⁵ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343, premier alinéa. La JIA a également traité cette question au paragraphe 489 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations).

⁴¹⁶ Le Japon reconnaît ce point dans sa réponse à la question n° 82 du Groupe spécial (paragraphe 10).

⁴¹⁷ En réponse à la question n° 82 du Groupe spécial (paragraphe 11), le Japon a dit que la question soulevée par la JIA ne visait pas le montant de la valeur de liquidation, mais plutôt le caractère suffisant de l'analyse de la Deutsche Bank fondée sur cette valeur de liquidation.

⁴¹⁸ Voir la réponse du Japon à la question n° 78 du Groupe spécial.

⁴¹⁹ Voir [[RCC]].

ne "[[RCC]]"⁴²⁰ renseignements contenus dans son rapport. De telles mises en garde semblent au Groupe spécial être raisonnables dans le contexte d'une restructuration, où le temps est un élément essentiel. Au vu de ces mises en garde, les créanciers d'Hynix savaient parfaitement que l'analyse de la Deutsche Bank n'était pas aussi approfondie et complète qu'elle aurait pu l'être par ailleurs.⁴²¹

7.198 Deuxièmement, nous avons examiné les facteurs⁴²² qui, selon le rapport de la Deutsche Bank, pourraient [[RCC]] la valeur de liquidation réelle réalisée par les créanciers d'Hynix au cas où Hynix serait liquidée. Ils se rapportent au processus ([[RCC]]), à l'exécution ([[RCC]]), et au fait qu'une catégorie particulière de créanciers pourrait exercer certains droits à l'encontre d'Hynix. À notre avis, de tels facteurs ne se prêtent pas à une quantification précise. Étant donné que le processus de liquidation pourrait prendre de [[RCC]] et compte tenu des mises en garde explicites faites par la Deutsche Bank, nous ne considérons pas qu'on puisse raisonnablement s'attendre à ce que la Deutsche Bank ait quantifié [[RCC]] sur une période aussi étendue.

7.199 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour laisser entendre que le calcul de la valeur de liquidation fait par la Deutsche Bank était une anomalie qui mettait en cause le caractère commercial du rapport.

Scénarios de maintien en exploitation

7.200 La deuxième "anomalie" alléguée a trait à la façon dont le rapport traite les quatre scénarios possibles de maintien en exploitation et celui qui devait être privilégié. La JIA a constaté ce qui suit:

s'agissant de la valeur d'exploitation, le rapport indique [[RCC]].* Parmi ceux-ci, [[RCC]]. Parmi ces scénarios, [[RCC]]. Malgré cela, le rapport de la Deutsche Bank [[RCC]].*⁴²³ (* notes de bas de page omises)

7.201 La Deutsche Bank avait calculé [[RCC]] valeurs d'exploitation sur la base de [[RCC]]. La JIA a critiqué la Deutsche Bank pour s'être concentrée sur un seul scénario ([[RCC]])⁴²⁴, dans lequel la valeur d'exploitation [[RCC]] indiqués par la Deutsche Bank ([[RCC]]). Le Japon affirme que la Deutsche Bank aurait dû évaluer [[RCC]]. La Corée fait observer que le rapport de la Deutsche Bank avait estimé la valeur d'exploitation d'Hynix à [[RCC]] milliards de won en se fondant sur des hypothèses "prudentes" concernant les prix des DRAM et sur les résultats antérieurs d'Hynix pour prévoir les rendements susceptibles d'être obtenus avec la nouvelle technologie 15 microns. Toutefois, pour soumettre le modèle à un "test de tension", la Deutsche Bank a également établi des estimations distinctes en suivant un "scénario catastrophe" pour la fixation des prix et en utilisant des taux de rendement très inférieurs aux taux historiques d'Hynix.⁴²⁵ Selon ces "scénarios catastrophe" destinés à soumettre le modèle à un "test de tension", la Deutsche Bank a constaté que la valeur "d'exploitation" d'Hynix serait inférieure à la valeur de liquidation qui avait été estimée par [[RCC]].

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ Pour éviter tout malentendu, cela ne signifie pas que le Groupe spécial considère que l'analyse de la Deutsche Bank était incomplète. Cela signifie simplement que le Groupe spécial reconnaît que, dans la situation de tension propre à une restructuration, il peut ne pas être réaliste de s'attendre à ce que l'analyse soit aussi approfondie qu'elle pourrait l'être dans d'autres circonstances.

⁴²² La JIA semble demander pourquoi la Deutsche Bank devrait se référer à ces facteurs étant donné qu'ils ont "[[RCC]]". À notre avis, la référence faite par la Deutsche Bank aux mêmes facteurs que ceux qui ont été indiqués par [[RCC]] pourrait raisonnablement s'expliquer par le fait que la Deutsche Bank a utilisé la valeur de liquidation calculée par [[RCC]].

⁴²³ Voir l'annexe 1 (Facts essentiels), paragraphe 343, deuxième alinéa.

⁴²⁴ Voir [[RCC]], ainsi que le paragraphe 197 de la deuxième communication écrite de la Corée et la réponse de la Corée à la question n° 109 du Groupe spécial. Le Japon n'a pas contesté la déclaration de la Corée selon laquelle l'élément rendement du scénario prudent était fondé sur les résultats antérieurs d'Hynix.

⁴²⁵ La Corée se réfère à cet égard à la page 9 du rapport de la Deutsche Bank.

La Corée dit que la Deutsche Bank a spécifiquement indiqué que son estimation d'une valeur d'exploitation de [[RCC]] milliards de won était fondée sur des projections "prudentes" et que d'autres valeurs inférieures étaient calculées au moyen de "scénarios catastrophe" destinés à soumettre le modèle à un "test de tension". La Corée affirme qu'un lecteur impartial pourrait difficilement ne pas dire lequel de ces scénarios était considéré comme plus probable.

7.202 Pour obtenir une clarification, le Groupe spécial a adressé la question ci-après à la Corée: "Si [[RCC]] était le plus probable, pourquoi la DB a-t-elle indiqué [[RCC]]?"⁴²⁶ La Corée a donné la réponse suivante:

Selon le rapport de la Deutsche Bank, l'analyse [[RCC]] a servi de base pour les projections [[RCC]] utilisées pour calculer la valeur d'exploitation d'Hynix selon l'option [[RCC]].* Le rapport de la Deutsche Bank fait référence à deux scénarios distincts élaborés par [[RCC]] – un scénario [[RCC]] et un scénario [[RCC]].* Le scénario [[RCC]] partait de l'hypothèse d'une [[RCC]] des prix des DRAM en 2004. Le scénario [[RCC]] partait de l'hypothèse que la [[RCC]] serait retardée jusqu'en 2006.* Selon la Deutsche Bank, les prix projetés selon le scénario [[RCC]] étaient [[RCC]].*

Le calcul initial de la valeur d'exploitation d'Hynix fait par la Deutsche Bank selon l'option [[RCC]] était fondé sur la [[RCC]] établie par [[RCC]]. En outre, le calcul initial de la Deutsche Bank partait aussi de l'hypothèse qu'Hynix serait en mesure de mettre en œuvre de nouvelles technologies de production pour obtenir un taux de rendement de [[RCC]] pour cent, conformément à ses résultats historiques. Sur la base de ces deux hypothèses, la Deutsche Bank a calculé que la valeur d'exploitation totale d'Hynix était de [[RCC]] milliards de won – ce qui correspondait à un remboursement de [[RCC]] milliards de won aux créanciers [[RCC]].*

En outre, dans son rapport, la Deutsche Bank a aussi ajouté ses propres [[RCC]] destinés à [[RCC]] les activités d'Hynix. Ces scénarios [[RCC]] différaient du calcul initial à deux égards: 1) le scénario [[RCC]] partait de l'hypothèse qu'il n'y aurait pas de [[RCC]] des prix des DRAM en 2004 ou 2006, et 2) le scénario [[RCC]] partait aussi de l'hypothèse qu'Hynix n'obtiendrait qu'un taux de rendement de [[RCC]] pour cent (et non celui de [[RCC]] pour cent obtenu par le passé) lorsque la technologie nouvelle génération serait mise en œuvre.*

Sur la base de ces scénarios [[RCC]], la Deutsche Bank a calculé [[RCC]] pour la valeur d'exploitation d'Hynix selon l'option [[RCC]]:

- 1) un calcul qui prenait comme hypothèse [[RCC]];
- 2) un calcul qui prenait comme hypothèse [[RCC]]; et
- 3) un calcul qui prenait comme hypothèse [[RCC]].

De façon significative, le rapport de la Deutsche Bank indiquait que le [[RCC]] était destiné à [[RCC]].* (* notes de bas de page (faisant référence au rapport de la Deutsche Bank) omises)

7.203 Bien que le Japon ait allégué⁴²⁷ que la Corée n'avait pas répondu à la question n° 109 du Groupe spécial, il n'a pas contesté l'explication donnée par la Corée des bases des différents scénarios

⁴²⁶ Voir la question n° 109 posée par le Groupe spécial à la Corée.

examinés par la Deutsche Bank. En particulier, ni le Japon ni la JIA n'ont contesté le fait que la Deutsche Bank avait procédé [[RCC]]. Le Japon et la JIA n'ont pas non plus contesté le fait que la Deutsche Bank avait projeté [[RCC]].

7.204 De plus, nous notons que [[RCC]]. Une grande partie de ces renseignements a été fournie par [[RCC]]. D'après ces renseignements, nous considérons que les créanciers d'Hynix disposaient d'un rapport qui était fondé sur [[RCC]], qui étaient un facteur primordial dans l'analyse effectuée par la Deutsche Bank. [[RCC]], dans le rapport de la Deutsche Bank. Les créanciers d'Hynix étaient donc en mesure d'évaluer eux-mêmes si les projections étaient fiables et quelle était la probabilité de [[RCC]]. Ils auraient aussi été en mesure d'établir eux-mêmes que la Deutsche Bank avait choisi de fonder son évaluation sur un scénario particulier car ce scénario prenait comme hypothèse [[RCC]] et était fondé sur [[RCC]].

7.205 Même si [[RCC]] avaient été élaborés par la Deutsche Bank, nous considérons que c'était compatible avec sa déclaration selon laquelle "[[RCC]]" pour Hynix "[[RCC]]".⁴²⁸ Au vu de cette [[RCC]], la Deutsche Bank aurait pu dûment se considérer comme tenue d'élaborer [[RCC]] pour les créanciers. Toutefois, ayant accès aux renseignements [[RCC]] étaient fondés, les créanciers auraient été en mesure d'établir eux-mêmes que [[RCC]] qui avaient moins de chances de se concrétiser. La Deutsche Bank elle-même a fait [[RCC]] et a donné aux créanciers [[RCC]] et [[RCC]]. Dans ces circonstances, le fait que la Deutsche Bank [[RCC]] ne signifie pas, à notre avis, que les créanciers d'Hynix n'auraient pas dû se fier à l'analyse de la Deutsche Bank.

7.206 En conséquence, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour condamner le fait que la Deutsche Bank n'avait pas donné une explication plus complète de son choix du scénario du maintien en exploitation en tant qu'anomalie qui mettait en cause le caractère commercial du rapport.

Taux de recouvrement de la valeur de liquidation

7.207 La troisième "anomalie" alléguée a trait à la façon dont le rapport de la Deutsche Bank a analysé le taux de rendement pour les créanciers selon le scénario de la liquidation. La JIA a constaté ce qui suit:

Comme valeur de liquidation à comparer à la valeur d'exploitation ..., le rapport de la Deutsche Bank a utilisé [[RCC]].⁴²⁹ (* notes de bas de page omises)

7.208 À titre de clarification, le Japon a dit ce qui suit:

L'autorité chargée de l'enquête a aussi fait observer que le dénominateur de la valeur d'exploitation utilisé pour calculer le taux de recouvrement n'était pas compatible avec le dénominateur utilisé pour calculer le taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent à la liquidation.* Pour calculer le taux de recouvrement dans le scénario [[RCC]]. Cependant, les mêmes dettes ne sont pas incluses dans le dénominateur pour le calcul du taux de recouvrement dans les scénarios [[RCC]]. En conséquence, le taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent à la liquidation indiqué dans le rapport est le ratio du montant de la récupération escomptée par rapport à [[RCC]]. Les taux de recouvrement calculés dans les scénarios [[RCC]] sont les taux pour [[RCC]]. Lorsque les taux de recouvrement sont recalculés dans les scénarios [[RCC]], les taux

⁴²⁷ Voir les observations du Japon concernant les réponses de la Corée aux questions posées par le Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphes 4 à 8.

⁴²⁸ Voir [[RCC]].

⁴²⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343, troisième alinéa.

indiqués à [[RCC]] du rapport de la Deutsche Bank seraient de [[RCC]]. En conséquence, l'autorité chargée de l'enquête a constaté que, [[RCC]] une comparaison entre le scénario de la liquidation et le scénario du maintien en exploitation ne pouvait pas dûment être effectuée.* Cette comparaison induite découle du fait que [[RCC]] du rapport de la Deutsche Bank est erroné – le montant correct, dans le scénario de la liquidation est de [[RCC]] milliards de won sud-coréens, et non de [[RCC]] milliards de won sud-coréens. Ces erreurs sont expliquées en détail dans la pièce JPN-27. La Corée n'a pas traité cette comparaison déséquilibrée des taux de recouvrement sur la base de la valeur d'exploitation et de la valeur de liquidation sauf les circonstances de l'ajout des [[RCC]].⁴³⁰ (* notes de bas de page omises)

7.209 Compte tenu de ce qui précède, nous croyons comprendre que la JIA a identifié trois principales erreurs dans l'analyse du taux de rendement faite par la Deutsche Bank selon le scénario de la liquidation. Premièrement, il est allégué que la Deutsche Bank a fait erreur en choisissant d'appliquer un taux de [[RCC]] pour cent au lieu de [[RCC]] pour cent. Deuxièmement, il est allégué que la Deutsche Bank a fait erreur en calculant le montant absolu du gain qu'un taux de [[RCC]] pour cent aurait produit. Troisièmement, la JIA a constaté que les hypothèses utilisées pour calculer le taux de rendement de [[RCC]] pour cent en ce qui concerne la valeur de liquidation auraient également dû être appliquées pour le calcul du taux de rendement pour la valeur d'exploitation. Nous examinerons successivement chacune des erreurs alléguées.

Choix du taux de rendement

7.210 Selon la Corée, le rapport initial [[RCC]] reposait sur l'hypothèse selon laquelle la répartition de la valeur de liquidation d'Hynix serait fondée sur l'encours de la dette au moment de la restructuration de décembre 2002. À partir de cette hypothèse, [[RCC]] a calculé que les [[RCC]] recouvreraient [[RCC]] pour cent de la valeur de liquidation globale. La Corée affirme qu'un [[RCC]] obtenu par les créanciers donnait cependant à penser que l'hypothèse de [[RCC]] était erronée. Selon cet avis, si Hynix était liquidée, [[RCC]] afin de répartir la valeur de liquidation d'Hynix entre ses créanciers. La Corée dit qu'après une telle annulation de l'échange de créances contre des participations opéré en octobre 2001, l'encours de la dette d'Hynix serait plus important et le pourcentage de la valeur de liquidation totale disponible pour [[RCC]] serait donc plus faible. La Corée affirme que selon cette hypothèse, [[RCC]] recouvreraient seulement [[RCC]] pour cent de la valeur de liquidation globale.

7.211 Selon la Corée, tant la JIA que le Japon n'ont pas tenu compte du fait que le rapport de la Deutsche Bank présentait les calculs en indiquant à la fois le chiffre de [[RCC]] pour cent et le taux de recouvrement plus élevé de [[RCC]] pour cent [[RCC]] où figurait la comparaison entre les remboursements prévus [[RCC]]. La Corée affirme que [[RCC]]. [[RCC]] traitait du calcul du remboursement selon le scénario [[RCC]] compte tenu de l'hypothèse d'un taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent. [[RCC]] traitait du calcul du remboursement selon le scénario [[RCC]] compte tenu de l'hypothèse d'un taux de recouvrement soit de [[RCC]] soit de [[RCC]] pour cent.

7.212 Le Japon estime que la Corée a mal interprété l'évaluation par la JIA de l'estimation de la valeur de liquidation d'Hynix faite par la Deutsche Bank. Selon le Japon, la JIA a souligné que dans son rapport, la Deutsche Bank n'expliquait pas pourquoi elle s'était appuyée sur un taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent pour évaluer la validité de la valeur de liquidation au lieu du taux de [[RCC]] pour cent. Le Japon affirme que ces taux de recouvrement constitueraient le point important pour les créanciers au moment d'examiner s'ils seraient mieux lotis, et que dans son rapport, la Deutsche Bank aurait donc dû expliquer pourquoi elle appliquait le taux de [[RCC]] pour cent au lieu des taux de [[RCC]] ou [[RCC]] pour cent, plutôt que de faire simplement référence à ces

⁴³⁰ Voir la déclaration orale du Japon à la deuxième réunion de fond, paragraphe 113.

différents taux dans les [[RCC]]. Le Japon estime que la JIA a constaté à juste titre que "ce point important relatif aux intérêts des créanciers aurait dû être clairement exposé"⁴³¹, ce qui n'avait pas été fait dans le rapport de la Deutsche Bank. Le Japon dit que la JIA a donc raisonnablement constaté que "la valeur de liquidation d'Hynix était traitée de façon étrange dans le rapport de la Deutsche Bank".⁴³²

7.213 Sur la base de l'argument qu'il a présenté, nous ne pensons pas que le Japon conteste l'utilisation par la Deutsche Bank du taux de [[RCC]] pour cent. Par contre, nous croyons comprendre que la JIA a contesté le fait que la Deutsche Bank n'avait pas expliqué pourquoi elle avait appliqué ce taux au lieu d'autres taux possibles. La JIA a traité cette question au paragraphe 496 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations) dans les termes suivants:

Hynix dit que, du fait que le programme de décembre 2002 comprenait des mesures de restructuration appliquées dans le cadre des procédures CRPA, [[RCC]]. Si les [[RCC]] qui avaient été éteintes par l'échange de créances contre des participations ou l'annulation de la dette dans le cadre du programme d'octobre 2001 [[RCC]], cela nuirait substantiellement aux intérêts de tous les créanciers. Ce point important relatif aux intérêts des créanciers aurait dû être clairement exposé. Le rapport de la Deutsche Bank n'y a cependant pas fait référence. Le rapport de [[RCC]] indique uniquement que [[RCC]], mais aucun motif juridique n'était indiqué.⁴³³

7.214 Selon le Japon, la JIA a donc constaté que l'existence de cet [[RCC]] serait un "point important" et que le rapport de la Deutsche Bank n'avait pas traité ce point important. Le Japon affirme que si des risques importants étaient liés à une évaluation particulière, ils "auraient dû être clairement exposés" pour permettre aux banques créancières de faire une évaluation des risques en connaissance de cause et de prendre finalement une décision. Le Japon conteste aussi l'argument de la Corée selon lequel "le [[RCC]] indiquait clairement que [[RCC]]"⁴³⁴, puisque le Japon dit que le [[RCC]] n'a pas été présenté à la JIA.

7.215 À notre avis, le rapport de la Deutsche Bank aurait dû mettre l'accent sur l'existence de [[RCC]] si l'un des autres taux possibles (de [[RCC]] et de [[RCC]] pour cent) indiqués dans le [[RCC]] avait été appliqué. Toutefois, puisque la Deutsche Bank a adopté une approche plus prudente et a en réalité appliqué le taux de [[RCC]] pour cent figurant dans le tableau de la page 12 de son rapport, il n'y avait aucun "[[RCC]]" dont les créanciers auraient dû être informés. Autrement dit, s'ils prenaient ce tableau à la lettre, il n'y aurait aucun risque dont ils n'étaient pas informés puisque le risque avait déjà été pris en compte dans le taux appliqué de [[RCC]] pour cent. De plus, la note 5 de ce tableau fait référence à "[[RCC]]" du rapport de la Deutsche Bank. La section 5 (page 62) donne une ventilation du taux de rendement de [[RCC]] pour cent, indiquant clairement que le montant total des créances détenues par les créanciers non garantis s'élève à [[RCC]] milliards de won sud-coréens. Comme le Japon l'a fait pour la préparation de sa pièce JPN-27, les créanciers d'Hynix auraient facilement pu vérifier que ce chiffre incluait [[RCC]]. Le fait de ne pas⁴³⁵ avoir indiqué (dans le rapport de la Deutsche Bank) pourquoi cette créance avait été incluse n'aurait pas forcément remis en

⁴³¹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 496.

⁴³² Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 499.

⁴³³ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 496.

⁴³⁴ Voir les réponses de la Corée à la question n° 129 du Groupe spécial, paragraphe 67.

⁴³⁵ Tout compte fait, il n'est pas tout à fait évident pour le Groupe spécial que [[RCC]] n'avait pas été mis à la disposition des créanciers. Au paragraphe 202 de sa deuxième communication écrite, la Corée mentionne que l'avis a été "obtenu par les créanciers". Le Japon n'a pas contesté l'exactitude factuelle de cette déclaration. Compte tenu de notre constatation, il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial approfondisse cette question.

question la validité du rapport, d'autant que la JIA a constaté que [[RCC]], qui était à la disposition des créanciers, attirait l'attention sur la nature de [[RCC]] (sans donner les motifs juridiques précis).⁴³⁶

7.216 Le Japon fait aussi valoir qu'il n'était pas évident que le "[[RCC]] indiquait clairement que [[RCC]]" parce que le [[RCC]] pertinent n'avait pas été présenté à la JIA. Nous ne pouvons trouver aucune référence à cette question dans la détermination finale de la JIA. Autrement dit, rien dans la détermination finale n'indique que la JIA doutait que le [[RCC]] exige [[RCC]].⁴³⁷ Il serait donc inapproprié que nous acceptions cet argument *a posteriori*. De plus, le Japon n'a pas démontré que, même si la JIA avait effectivement des doutes quant au fond de [[RCC]], elle en avait demandé une copie.

7.217 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour constater que le choix du taux de rendement effectué par la Deutsche Bank comportait une anomalie qui mettait en cause le caractère commercial du rapport.

Montant absolu du rendement

7.218 La Corée estime que l'argument du Japon selon lequel dans son rapport, la Deutsche Bank a calculé de façon erronée le montant absolu qu'un taux de rendement de [[RCC]] pour cent aurait produit constitue une justification *a posteriori* que nous devrions rejeter.

7.219 Le Japon affirme que l'erreur de calcul était "clairement et entièrement décrite"⁴³⁸ dans l'extrait suivant de l'annexe 1 (Faits essentiels):

Comme valeur de liquidation à comparer à la valeur d'exploitation [[RCC]], le rapport de la Deutsche Bank a utilisé [[RCC]].⁴³⁹

7.220 Nous ne pouvons pas accepter l'argument du Japon selon lequel dans cet extrait le point soulevé par le Japon dans la présente procédure était "clairement et entièrement décrit". L'extrait ci-dessus porte principalement sur le taux de rendement appliqué dans le rapport de la Deutsche Bank, et non le montant absolu du rendement. Bien que la dernière phrase de l'extrait fasse effectivement référence à [[RCC]]. Autrement dit, il s'agit d'une plainte selon laquelle la Deutsche Bank a calculé [[RCC]]. Il ne s'agit pas d'une plainte selon laquelle, en appliquant [[RCC]], la Deutsche Bank est arrivée de façon erronée à [[RCC]].⁴⁴⁰ L'argument du Japon concernant le montant absolu du rendement calculé par la Deutsche Bank [[RCC]] n'est donc pas "clairement et entièrement décrit" de la façon alléguée par le Japon. Dans ces circonstances, nous constatons que l'argument du Japon constitue une justification *a posteriori* que nous nous abstenons de prendre en compte.⁴⁴¹

⁴³⁶ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 496, y compris la note 91.

⁴³⁷ Bien que la JIA ait dit qu'"aucun motif juridique n'était indiqué" (annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 496), elle n'a exprimé aucun doute concernant l'exactitude quant au fond de l'avis juridique en cause.

⁴³⁸ Voir les observations du Japon sur les réponses de la Corée aux questions posées par le Groupe spécial après la deuxième réunion de fond, paragraphe 49.

⁴³⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343, troisième alinéa.

⁴⁴⁰ Dans les observations finales qu'elle a présentées au Groupe spécial, la Corée a fait valoir que même si cette question avait été soulevée par la JIA, elle n'offrirait pas une base permettant de rejeter le rapport de la Deutsche Bank parce que cette dernière ne prenait pas en considération les gains selon [[RCC]] qui résulteraient pour [[RCC]] des participations qu'ils détenaient par suite des échanges de créances contre des participations opérés en octobre 2001. À la lumière de notre constatation selon laquelle la JIA n'avait pas soulevé cette question, il n'est pas nécessaire que nous examinions l'argument additionnel de la Corée.

⁴⁴¹ Le Japon cherche à nous faire examiner son argument sur la base d'une constatation de l'Organe d'appel selon laquelle "l'article 22.5 [de l'Accord SMC] ne prescrit pas que l'administration cite ou analyse, dans

7.221 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour constater que la Deutsche Bank avait utilisé de manière inappropriée des hypothèses différentes pour calculer les valeurs d'exploitation et de liquidation, et que cela ne représentait donc pas une anomalie qui mettait en cause le caractère commercial du rapport.

Application asymétrique des hypothèses sous-tendant le taux de rendement de [[RCC]] pour cent

7.222 Cette question concerne le fait allégué que la Deutsche Bank n'a pas utilisé [[RCC]]. Le Japon affirme que la Deutsche Bank aurait dû calculer le ratio de remboursement selon l'option [[RCC]] sur la base de l'hypothèse selon laquelle [[RCC]], comme cela avait été le cas pour le calcul de la valeur de liquidation d'Hynix. Selon le Japon, la correction de cette erreur réduirait les taux de recouvrement pour [[RCC]].

7.223 La Corée estime que le [[RCC]] indiquait clairement que [[RCC]] afin de répartir la valeur de liquidation d'Hynix entre ses créanciers uniquement si Hynix était liquidée. Le [[RCC]] n'indiquait pas que [[RCC]] au cas où les créanciers choisiraient l'option [[RCC]] et où Hynix ne serait pas liquidée. Par contre, si les créanciers choisissaient l'option [[RCC]], les créances qui ont été échangées contre des participations lors de la restructuration d'octobre 2001 resteraient des participations. De plus, la Corée affirme que les créances qui ont été échangées contre des participations en octobre 2001 n'étaient pas des créances en décembre 2002 – elles étaient des participations. Selon la Corée, ces [[RCC]] en créances à moins qu'Hynix ne soit liquidée – ce qui ne se produirait pas si les créanciers choisissaient l'option [[RCC]].

7.224 Nous prenons note de l'argument de la Corée selon lequel le [[RCC]] pertinent préconisait uniquement [[RCC]] au cas où Hynix serait liquidée en décembre 2002. Le Japon ne l'a pas contesté. La JIA n'a pas non plus contesté le fond de [[RCC]]. Nous n'avons aucune raison de douter que le [[RCC]] pertinent ne préconisait pas [[RCC]] au cas où Hynix serait maintenue en exploitation en décembre 2002. Nous ne voyons donc pas pourquoi la Deutsche Bank aurait dû prendre en compte cette [[RCC]]. Comme des obligations juridiques différentes s'appliqueraient apparemment ([[RCC]]) selon qu'Hynix serait liquidée ou maintenue en exploitation en décembre 2002, nous ne voyons pas pourquoi ces différentes obligations n'auraient pas dû être prises en compte dans le calcul des valeurs de liquidation et d'exploitation effectué par la Deutsche Bank. De fait, nous considérons qu'une telle approche aurait faussé la [[RCC]] par la Deutsche Bank.

7.225 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour constater que le calcul par la Deutsche Bank du montant absolu du rendement comportait une anomalie qui mettait en cause le caractère commercial du rapport.

la détermination finale, *chaque* élément de preuve pour chaque fait". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 164) Après examen, nous constatons que la constatation de l'Organe d'appel ne nous prescrivait pas d'examiner la justification *a posteriori* du Japon. Dans cette affaire, l'Organe d'appel se penchait sur une décision prise par le Groupe spécial de ne pas examiner les *éléments de preuve* versés au dossier qui n'étaient pas explicitement inclus dans la détermination finale de l'autorité chargée de l'enquête. À notre avis, cette situation factuelle est différente de celle que nous examinons, dans laquelle la question dont il s'agit est que la JIA n'a pas inclus une *constatation* ou une *conclusion factuelle intermédiaire* dans sa détermination finale. Une telle justification relève de la rubrique des "raisons" mentionnées à l'article 22.5. En outre, il est bien établi qu'il est inapproprié pour les groupes spéciaux d'examiner les justifications *a posteriori*. (Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*: "L'examen de ces conclusions par un groupe spécial doit être critique et approfondi, et être fondé sur les renseignements contenus dans le dossier et les *explications données par l'autorité dans son rapport publié*." (pas d'italique dans l'original))

Recouvrement prévu selon les scénarios de maintien en exploitation

7.226 La quatrième "anomalie" alléguée concernait la pertinence des [[RCC]]. La JIA a formulé la critique ci-après concernant [[RCC]]:

En outre, le taux de recouvrement des créances non garanties à la fin de 2006 serait de [[RCC]]. En conséquence, le taux de recouvrement [[RCC]]. Autrement dit, le taux de [[RCC]] pour cent, qui est le taux de recouvrement calculé par [[RCC]].⁴⁴²

7.227 La Corée affirme que l'objection de la JIA est fondée sur une mauvaise interprétation du calcul du recouvrement fait par la Deutsche Bank selon le scénario [[RCC]]. Elle estime que le rapport de la Deutsche Bank indiquait qu'il était prévu que la restructuration de décembre 2002 placerait Hynix dans une position qui lui permettrait d'assurer le service de la totalité de l'encours de sa dette (après l'échange de créances contre des participations) et offrirait un gain additionnel à ses actionnaires. La Corée affirme que les créanciers devraient donc recouvrer le montant total de toutes créances qu'ils continuaient de détenir après la restructuration plus tout gain additionnel qu'ils tireraient des participations qu'ils avaient reçues pour avoir pris part aux échanges de créances contre des participations.

7.228 La Corée estime que puisque les créanciers devaient échanger la moitié de leurs [[RCC]] contre des participations lors de la restructuration de décembre 2002, cela signifiait qu'ils détiendraient après la restructuration uniquement la moitié des [[RCC]] qu'ils détenaient auparavant. La Corée affirme que, comme l'indique le rapport de la Deutsche Bank, il était prévu que la restructuration de décembre 2002 placerait Hynix dans une position qui lui permettrait d'assurer le service de la totalité de l'encours de sa dette (après l'échange de créances contre des participations) et offrirait un gain additionnel à ses actionnaires. Selon la Corée, les créanciers devraient donc recouvrer le montant total de toutes créances qu'ils continuaient de détenir après la restructuration, plus tout gain additionnel qu'ils tireraient des participations qu'ils avaient reçues pour avoir pris part aux échanges de créances contre des participations. Selon la Corée, le recouvrement par les créanciers du montant total de toutes [[RCC]] qu'ils continuaient de détenir après la restructuration équivalait donc au recouvrement de la moitié du montant des créances qu'ils détenaient avant la restructuration. La Corée dit que les créanciers pouvaient donc s'attendre à recouvrer un minimum de [[RCC]], même si les participations qu'ils avaient reçues au titre des échanges de créances contre des participations n'avaient aucune valeur, plus [[RCC]] (qui ne faisaient pas l'objet de l'échange de créances contre des participations). La Corée dit que s'il était prévu que les participations aient une certaine valeur, leur pourcentage de recouvrement serait même plus élevé. La Corée fait observer qu'en prenant en compte tous ces facteurs, la Deutsche Bank est arrivée au chiffre de [[RCC]] pour cent pour le recouvrement par les créanciers selon le scénario [[RCC]].

7.229 Le Japon s'élève contre la référence faite par la Corée à [[RCC]].⁴⁴³ À part cela, toutefois, le Japon ne réfute pas les arguments de la Corée.⁴⁴⁴

7.230 Nous partageons l'avis du Japon selon lequel le chiffre important aux fins présentes est le taux de recouvrement des créances non garanties. Toutefois, cela ne résout pas la question dont nous sommes saisis, puisque le taux de recouvrement retenu par la Deutsche Bank était dûment limité [[RCC]]. (Autrement dit, la Deutsche Bank n'a pas procédé sur la base du chiffre de [[RCC]] pour

⁴⁴² Annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343, quatrième alinéa.

⁴⁴³ Voir le paragraphe 115 de la déclaration orale du Japon à la deuxième réunion de fond.

⁴⁴⁴ Il existe une référence au calcul par la Deutsche Bank de [[RCC]] au paragraphe 116 de la déclaration orale faite par le Japon à la deuxième réunion de fond. Toutefois, cette référence a été faite au sujet d'une "anomalie" distincte identifiée par la JIA, à savoir la reconnaissance alléguée, par Hynix, d'une erreur dans le rapport de la Deutsche Bank. Cette question est traitée *infra*.

cent cité par la Corée.) La Corée a donné une explication raisonnable, montrant que la Deutsche Bank avait dûment calculé les taux de recouvrement pour [[RCC]] scénarios [[RCC]]. En particulier, la Corée a expliqué que la Deutsche Bank pouvait dûment exclure [[RCC]]. Puisque le Japon n'a pas réfuté l'explication de la Corée, nous reconnaissons le bien-fondé de l'argument de la Corée selon lequel la critique formulée par la JIA à l'égard de la méthodologie de la Deutsche Bank est injustifiée.⁴⁴⁵

7.231 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour constater que les créances non garanties qui avaient été converties en participations auraient dû être prises en compte dans le calcul du taux de recouvrement dans les scénarios de maintien en exploitation, et que la JIA n'aurait pas dû considérer que cela mettait en cause le caractère commercial du rapport.

Valeur de vente contre valeur de liquidation

7.232 La cinquième "anomalie" mentionnée par la JIA est l'absence alléguée dans le rapport de la Deutsche Bank d'une analyse des avantages respectifs d'une vente de l'activité mémoires d'Hynix et de sa liquidation. La JIA a critiqué le rapport de la Deutsche Bank parce que [[RCC]].⁴⁴⁶ Le Japon a précisé que la JIA se préoccupait du fait que "la Deutsche Bank n'expliquait pas pour quelles raisons [[RCC]]".⁴⁴⁷

7.233 La Corée affirme que l'argument du Japon est fondé sur une lecture erronée du rapport de la Deutsche Bank. Elle affirme que le rapport reconnaissait explicitement que [[RCC]], expliquant ce qui suit:

[[RCC]]

- [[RCC]]

- [[RCC]]

- [[RCC]]

- [[RCC]]

- [[RCC]].⁴⁴⁸

7.234 La Corée fait observer que, compte tenu de ces risques, la Deutsche Bank a recommandé que les créanciers continuent [[RCC]].⁴⁴⁹

7.235 Même si la JIA affirme que la Deutsche Bank "a conclu que la proposition [[RCC]]", nous notons que ce n'est pas réellement la conclusion à laquelle la Deutsche Bank est arrivée. Par contre, [[RCC]]. À notre avis, étant parvenue à cette conclusion, la Deutsche Bank n'a spécifié aucun [[RCC]].

⁴⁴⁵ Nous notons que la constatation susmentionnée de la JIA se référait à [[RCC]]. Nous rappelons notre constatation selon laquelle la Deutsche Bank n'a pas fait erreur en appliquant un taux de recouvrement à la liquidation de [[RCC]].

⁴⁴⁶ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 343, cinquième alinéa.

⁴⁴⁷ Voir la déclaration orale du Japon à la deuxième réunion de fond, paragraphe 117.

⁴⁴⁸ La Corée se réfère à cet égard aux [[RCC]] du rapport de la Deutsche Bank.

⁴⁴⁹ La Corée se réfère à cet égard à [[RCC]] du rapport de la Deutsche Bank.

7.236 En revanche, la Deutsche Bank a proposé que [[RCC]]. Au cas où [[RCC]], la Deutsche Bank aurait pu indiquer si [[RCC]]. À nouveau, cela n'aurait cependant pas constitué un [[RCC]]. Puisque la Deutsche Bank a rejeté la liquidation au profit de [[RCC]], il est absurde de dire que la vente a été préférée à [[RCC]]; [[RCC]] pouvait continuer [[RCC]].

7.237 La JIA n'a trouvé aucun inconvénient à ce que la Deutsche Bank maintienne ouverte l'option [[RCC]] de cette façon. En revanche, comme l'a noté la Deutsche Bank, cette proposition avait un avantage, en ce sens que "[[RCC]]".⁴⁵⁰

7.238 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la JIA ne disposait pas d'une base raisonnable et objective pour conclure que la Deutsche Bank avait fait erreur dans sa façon de traiter l'option de la vente et l'option de la liquidation respectivement, et que cela n'aurait pas dû être considéré par la JIA comme mettant en cause le caractère commercial du rapport.

Reconnaissance par Hynix d'une erreur

7.239 La dernière "anomalie" alléguée identifiée par la JIA était une erreur prétendument reconnue par Hynix, qui, une fois corrigée, aurait eu [[RCC]]. La JIA a constaté ce qui suit:

Dans sa réfutation, Hynix reconnaît volontairement que le rapport de la Deutsche Bank comportait une erreur. En outre, lorsqu'il est recalculé sur la base de l'affirmation d'Hynix, le taux de recouvrement des créances non garanties atteint [[RCC]] pour cent.* Étant donné que la Deutsche Bank indique un taux de recouvrement en unité de [[RCC]] pour cent, l'explication d'Hynix qui ne tient pas compte de cette différence de [[RCC]] pour cent en indiquant [[RCC]] n'est pas raisonnable. En outre, si l'affirmation d'Hynix devait être correcte, la fiabilité de la totalité des taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent présentés dans le rapport de la Deutsche Bank serait réduite. Dans l'un ou l'autre cas, même si la réfutation formulée par Hynix était censée être correcte, elle ne pourrait toujours pas expliquer de façon précise la base utilisée dans le rapport de la Deutsche Bank pour calculer le taux de recouvrement. Par conséquent, la réfutation formulée par Hynix ne peut pas être acceptée.⁴⁵¹ (* note de bas de page omise)

7.240 La Corée nie qu'Hynix ait reconnu que le rapport de la Deutsche Bank comportait de quelconques erreurs d'analyse. Elle affirme qu'en expliquant comment le recouvrement escompté pour les créanciers était calculé dans le rapport de la Deutsche Bank, Hynix a noté qu'il y avait une erreur typographique dans l'une des [[RCC]] indiquées dans [[RCC]] du rapport. Selon la Corée, Hynix a souligné que [[RCC]] en question indiquait qu'un pourcentage avait été calculé en divisant le montant du recouvrement escompté par le montant total des créances [[RCC]], alors qu'elle aurait dû indiquer que le pourcentage était calculé en divisant le montant du recouvrement escompté par la somme des créances [[RCC]]. La Corée affirme que rien dans l'observation faite par Hynix ne donnait à penser qu'il y avait une erreur dans les calculs ou les résultats indiqués dans le rapport de la Deutsche Bank. Elle estime qu'au contraire, l'observation d'Hynix était destinée à montrer qu'il n'y avait pas d'erreur dans les calculs figurant dans le rapport de la Deutsche Bank. La Corée dit qu'une autorité chargée de l'enquête impartiale et objective aurait aisément reconnu la différence entre une erreur typographique et une erreur d'analyse.

7.241 Le Japon affirme que la JIA a examiné les calculs de la Deutsche Bank à la lumière de l'explication donnée par Hynix et a constaté qu'il y avait encore des anomalies entre les résultats du

⁴⁵⁰ Voir le rapport de la Deutsche Bank, [[RCC]].

⁴⁵¹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 502.

nouveau calcul et les taux de recouvrement indiqués dans le rapport de la Deutsche Bank. Il fait valoir que ces anomalies remettaient en cause la fiabilité des évaluations à compter de 2006 figurant dans le rapport de la Deutsche Bank, et auraient affecté le calcul des taux de recouvrement selon chacun des scénarios de maintien en exploitation. Selon le Japon, la JIA a donc raisonnablement constaté que "si l'affirmation d'Hynix devait être correcte, la fiabilité de la totalité des taux de recouvrement de [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent, [[RCC]] pour cent présentés dans le rapport de la Deutsche Bank serait réduite".⁴⁵²

7.242 Nous avons examiné avec soin le résumé fait par la JIA de la déclaration d'Hynix sur ce point. Selon la JIA, Hynix a dit ce qui suit:

il y a une erreur [[RCC]] dans la note de bas de page (5) à la page 13 du rapport. Il y est expliqué que le [[RCC]].⁴⁵³ (pas d'italique dans le RCC)

7.243 Nous ne voyons pas comment la JIA aurait pu conclure d'après cette déclaration qu'Hynix avait reconnu que le rapport de la Deutsche Bank comportait de quelconques erreurs d'analyse. Selon le résumé fait par la JIA de l'argument présenté par Hynix, Hynix a simplement identifié "une erreur [[RCC]]". (pas d'italique dans l'original) Une erreur [[RCC]] n'est pas la même chose qu'une erreur dans l'application d'une formule. Sur la base d'une lecture simple de la propre description que la JIA a faite de la communication d'Hynix, nous concluons qu'Hynix disait simplement que la Deutsche Bank avait noté que [[RCC]]. Si la Deutsche Bank peut donc avoir commis une malheureuse erreur typographique, rien dans la déclaration d'Hynix ne donne à penser que la Deutsche Bank a commis l'erreur d'analyse plus grave consistant à ne pas [[RCC]] lorsqu'elle a effectué le calcul pertinent.⁴⁵⁴ Le calcul fait par la Deutsche Bank à cet égard incluait [[RCC]], comme Hynix l'a signalé à la JIA dans ses communications.

7.244 Nous notons que tant la JIA que le Japon ont affirmé que la correction de l'erreur identifiée par Hynix réduirait la fiabilité des évaluations de la valeur d'exploitation faites par la Deutsche Bank. Nous ne sommes pas convaincus par cette affirmation puisque nous avons établi que, de fait, Hynix n'avait identifié aucune erreur d'analyse qui exigeait une correction. Dans ces circonstances, nous ne pouvons pas accepter l'idée que l'erreur identifiée par Hynix remettait en cause la fiabilité des évaluations figurant dans le rapport de la Deutsche Bank. Ce n'était rien de plus qu'une erreur typographique.

Conclusion

7.245 Nous avons constaté que la JIA n'aurait pas pu dûment rejeter le rapport de la Deutsche Bank pour des considérations formelles relatives à l'indépendance de la Deutsche Bank. Nous avons également constaté que la JIA avait fait erreur dans son analyse de fond du rapport de la Deutsche Bank. En combinant ces deux constatations, nous concluons 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.

Conclusion

7.246 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous rejetons les arguments de la Corée selon lesquels la JIA a fait erreur dans son analyse des examens internes de la restructuration d'octobre 2001 effectués

⁴⁵² Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 502.

⁴⁵³ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 500.

⁴⁵⁴ Nous notons que ni la JIA ni le Japon n'ont laissé entendre que [[RCC]] n'aurait pas dû être incluse par la Deutsche Bank.

par les quatre créanciers. Par contre, nous reconnaissons le bien-fondé des arguments de la Corée en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002.

7.247 Nous rappelons 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. Au vu de notre conclusion selon laquelle une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale n'aurait pas pu dûment rejeter le rapport de la Deutsche Bank pour les motifs choisis par la JIA, nous devons aussi conclure 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.

e) Participation des autres créanciers aux mêmes transactions et dans les mêmes conditions

i) *Principaux arguments de la Corée*

7.248 La Corée affirme qu'il y avait plusieurs autres créanciers qui avaient conclu les transactions de restructuration en même temps et dans les mêmes conditions que les banques dont la JIA avait constaté qu'elles agissaient dans le cadre d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. La JIA n'a formulé aucune constatation selon laquelle ces autres créanciers agissaient dans le cadre d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. La Corée note que la majorité de ces établissements n'ont jamais fait l'objet d'une enquête ou été contactés par la JIA. Selon la Corée, la volonté de ces autres créanciers de conclure les mêmes transactions que les créanciers dont il est allégué qu'ils sont visés par une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics réfute complètement l'allégation de la JIA selon laquelle les créanciers ont conclu les transactions uniquement à cause des pressions exercées par les pouvoirs publics.⁴⁵⁵

ii) *Principaux arguments du Japon*

7.249 Le Japon estime que l'argument de la Corée est dénué de fondement parce qu'il confond les prescriptions qui concernent les constatations de l'existence d'une "action de charger ou ordonner" au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) et celles qui concernent l'avantage au titre de l'article 1.1 b) et parce qu'il est fondé sur une lecture erronée de la détermination factuelle de la JIA. Il affirme que, dans la mesure où l'argument de la Corée donne à penser que l'existence d'autres créanciers constitue un élément de preuve indiquant un point de repère, ce qui va à l'encontre de l'idée qu'un avantage a été accordé par les créanciers ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner, l'argument de la

⁴⁵⁵ La Corée affirme dans la note 68 de la déclaration orale qu'elle a faite à la deuxième réunion de fond que la participation de la Citibank aux transactions de restructuration dans les mêmes conditions que les banques dont il est allégué qu'elles ont fait l'objet d'une action de "charger ou ordonner" constitue un autre élément de preuve indiquant qu'il n'y a pas eu d'action de charger ou ordonner. La Corée prend note de l'affirmation du Japon selon laquelle la JIA a eu raison de ne pas tenir compte de la participation de la Citibank aux restructurations (voir, par exemple, la deuxième communication écrite du Japon, paragraphe 107), mais dit que tous les points soulevés par le Japon ont été réfutés dans la procédure devant la JIA. La Corée se réfère à cet égard aux paragraphes 33, 36, 274, 314, 316, 430 et 547 de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations). Nous ne sommes pas disposés à examiner la détermination de la JIA en ce qui concerne la Citibank sur la base d'une simple référence de la Corée aux arguments présentés par le gouvernement coréen et par Hynix à la JIA. La Corée n'a même pas entériné l'ensemble de ces arguments et les a encore moins développés dans le contexte des allégations qu'elle a formulées dans la présente procédure. Nous ne sommes pas disposés à examiner la section susmentionnée de l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations) et à présenter des arguments pertinents pour le compte de la Corée. En conséquence, nous ne formulons aucune constatation concernant la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par la JIA sur la base de la référence de la Corée à la façon dont la JIA a traité la Citibank.

Corée n'est pas pertinent pour la constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Selon le Japon, l'*Accord SMC* sépare la question de l'"action de charger ou ordonner" au titre de l'article 1.1 a) 1) iv) et la question de l'avantage au titre de l'article 1.1 b). Le Japon fait aussi observer que la JIA a constaté, en appliquant les données de fait disponibles, que toutes les banques avaient participé aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 sur la base de facteurs non commerciaux.

iii) *Évaluation par le Groupe spécial*

7.250 Compte tenu de notre conclusion selon laquelle le raisonnement de la JIA n'était pas dûment la constatation établissant que les quatre créanciers étaient chargés ou s'étaient vu ordonner de participer à la restructuration de décembre 2002⁴⁵⁶, nous évaluons uniquement l'argument de la Corée concernant le rôle des autres créanciers en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001.

7.251 La Corée a présenté essentiellement le même argument dans le contexte de son allégation à l'encontre de la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA. À la lumière de l'évaluation de l'argument de la Corée que nous avons faite dans ce contexte, nous rejetons l'argument de la Corée selon lequel la participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001 excluait une constatation selon laquelle les quatre créanciers avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens. Comme nous le notons dans la section E.6 *infra*, il n'y avait pas dans le dossier de la JIA d'éléments de preuve fournis par les autres créanciers concernant les raisons pour lesquelles ils avaient participé à la restructuration d'octobre 2001. Il n'y avait pas de tels éléments de preuve parce que les autres créanciers n'avaient pas répondu au questionnaire de la JIA.⁴⁵⁷ Il y avait, par contre, des éléments de preuve (applicables dans le cadre des données de fait disponibles) qui donnaient à penser que les autres créanciers avaient participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations non commerciales⁴⁵⁸, tout comme les quatre créanciers l'avaient fait. De plus, compte tenu de la constatation faite par la JIA de l'existence d'une importante intervention des pouvoirs publics dans la restructuration d'octobre 2001, la JIA aurait pu dûment conclure qu'il y avait aussi une possibilité crédible que les autres créanciers aient agi dans le cadre d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Comme certains autres créanciers n'avaient pas répondu au questionnaire de la JIA, cette dernière ne pouvait pas exclure une telle possibilité. Dans ces circonstances, nous ne considérons pas que la JIA était tenue de faire abstraction des éléments de preuve indiquant une action de charger ou ordonner visant les quatre créanciers simplement parce que les autres créanciers avaient aussi participé à la restructuration d'octobre 2001.

f) Conclusion

7.252 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous rejetons l'allégation de la Corée selon laquelle la JIA ne disposait pas d'une base appropriée pour constater que les quatre créanciers avaient été chargés ou s'étaient vu ordonner par les pouvoirs publics coréens de participer à la restructuration d'octobre 2001, ce qui est contraire à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*.

⁴⁵⁶ Voir le paragraphe 7.254 *infra*.

⁴⁵⁷ Un autre créancier, Kookmin, a bel et bien répondu au questionnaire de la JIA. La réponse de Kookmin indiquait qu'il avait participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base du rapport d'Anjin Accounting. Nous constatons ailleurs que la JIA a traité de façon appropriée les éléments de preuve relatifs à la disponibilité du rapport d'Anjin.

⁴⁵⁸ Pour cette raison, nous ne souscrivons pas à l'affirmation de la Corée selon laquelle il n'y avait "aucun renseignement dans le dossier indiquant de quelque manière que ce soit que les [autres créanciers] avaient participé aux transactions de restructuration pour une raison autre qu'un calcul rationnel de leur propre intérêt personnel" (deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 226).

7.253 S'agissant de la restructuration de décembre 2002, 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".⁴⁵⁹ 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".⁴⁶⁰ 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 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"⁴⁶¹, 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.⁴⁶² 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.⁴⁶³ 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.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 20. Voir aussi le paragraphe 295 de la première communication écrite du Japon.

⁴⁶⁰ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 368.

⁴⁶¹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 370.

⁴⁶² Nous notons que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* s'est référé (au paragraphe 7.131) à "l'absence de tout élément de preuve convaincant du caractère raisonnable, du point de vue commercial, de[s] investissements" "[I]orsqu'on y ajoute le pouvoir d'actionnaire très important des pouvoirs publics" pour reconnaître le bien-fondé de la détermination faite par l'autorité chargée de l'enquête de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, confirmant ainsi que les éléments de preuve circonstanciels indiquant la simple capacité des pouvoirs publics d'exercer un pouvoir sur un organisme privé ne sont pas suffisants pour formuler une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Il doit y avoir des éléments de preuve additionnels indiquant que les pouvoirs publics ont réellement exercé ce pouvoir afin d'apporter une contribution financière.

⁴⁶³ Nous croyons comprendre que le Japon souscrit à une telle approche, puisqu'il a fait valoir qu'"il [était] important de prendre note de la méthode selon laquelle [la JIA] a[vait] formulé ses constatations de l'existence d'une action de charger ou ordonner" (voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 89). Le Japon cite à l'appui la déclaration de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM* selon laquelle un groupe spécial ne peut pas "interpréter une affaire différente de celle qui a été soumise par l'autorité chargée de l'enquête". (*États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 151). Même si le Japon s'est aussi référé (voir la déclaration orale du Japon à la deuxième réunion de fond, paragraphe 80) au fait que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* avait reconnu le bien-fondé de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner faite par l'autorité chargée de l'enquête malgré un désaccord sur

7.254 En conséquence, nous reconnaissons le bien-fondé de l'allégation de la Corée 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*.

E. DÉTERMINATION PAR LA JIA DE L'EXISTENCE D'UN AVANTAGE

1. Introduction

7.255 L'*Accord SMC* définit une subvention comme étant une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public qui confère un "avantage". Ainsi, ayant établi que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 constituaient des contributions financières, la JIA était tenue d'établir qu'elles conféraient un "avantage" pour pouvoir les traiter comme des subventions.

7.256 Bien que la notion d'"avantage" ne soit pas définie dans l'*Accord SMC*, il est aujourd'hui bien établi que l'avantage est déterminé par référence au marché. Ainsi, un avantage est conféré si le bénéficiaire reçoit une contribution financière à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché.⁴⁶⁵

7.257 En conséquence, la JIA était tenue de déterminer si les organismes publics et les quatre créanciers avaient participé aux restructurations à des conditions plus favorables que celles qui leur auraient été offertes sur le marché. La Corée allègue que la JIA a fait erreur en faisant cette détermination.

7.258 En particulier, la Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*, parce que la JIA a commis un certain nombre d'erreurs dans ses déterminations de l'existence et du montant de l'avantage conféré à Hynix par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. La Corée allègue en outre que l'imposition de droits compensateurs par le Japon sur la base de cette "analyse viciée" était incompatible avec les prescriptions de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du *GATT de 1994*.

7.259 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter l'allégation de la Corée.

2. Dispositions applicables

7.260 L'article 1.1 b) dispose qu'une subvention ne sera réputée exister que s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public et qu'"un avantage est ainsi conféré".

un élément de l'analyse effectuée par l'autorité chargée de l'enquête, nous notons qu'il l'a fait en "l'absence de tout élément de preuve convaincant du caractère raisonnable, du point de vue commercial, de ces investissements" (paragraphe 7.131). Étant donné notre constatation selon laquelle la détermination du caractère raisonnable du point de vue commercial faite par la JIA est irrationnelle, il ne serait pas approprié que nous procédions de la même manière.

⁴⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, paragraphe 303 ("Comme nous l'avons dit plus haut, étant donné qu'un groupe spécial ne peut procéder à un examen *de novo* des éléments de preuve dont disposaient les autorités compétentes, c'est l'explication que les autorités compétentes donnent de leur détermination qui, à elle seule, permet aux groupes spéciaux de déterminer s'il y a conformité avec les prescriptions de l'article XIX du GATT de 1994 et des articles 2 et 4 de l'*Accord sur les sauvegardes*.")

⁴⁶⁵ Voir, par exemple, *Canada – Aéronefs*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 157, et *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.175.

7.261 L'article 14 contient quatre alinéas, qui énoncent les principes directeurs qui régissent le calcul de l'avantage conféré par diverses catégories de contributions financières. L'allégation de la Corée se rapporte aux alinéas a) et b) de l'article 14, ainsi libellés:

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

- a) une prise de participation des pouvoirs publics au capital social d'une entreprise ne sera pas considérée comme conférant un avantage, à moins que la décision en matière d'investissement ne puisse être jugée incompatible avec la pratique habituelle concernant les investissements (y compris pour ce qui est de la fourniture de capital-risque) des investisseurs privés sur le territoire de ce Membre;
- b) un prêt des pouvoirs publics ne sera pas considéré comme conférant un avantage, à moins qu'il n'y ait une différence entre le montant que l'entreprise bénéficiaire du prêt paie sur le prêt des pouvoirs publics et celui qu'elle paierait sur un prêt commercial comparable qu'elle pourrait effectivement obtenir sur le marché. Dans ce cas, l'avantage correspondra à la différence entre ces deux montants ...

7.262 L'article 19.4 de l'*Accord SMC* dispose que:

Il ne sera perçu⁵¹, 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.

⁵¹ 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.

7.263 La partie pertinente de l'article VI:3 du *GATT de 1994* dispose que:

Il ne sera perçu sur un produit du territoire d'une partie contractante, importé sur le territoire d'une autre partie contractante, aucun droit compensateur dépassant le montant estimé de la prime ou de la subvention que l'on sait avoir été accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation dudit produit dans le pays d'origine ou d'exportation ...

3. Principaux arguments de la Corée

7.264 La Corée a avancé un certain nombre d'arguments à l'appui de son allégation. Nous croyons comprendre que les principaux arguments de la Corée sont que la JIA a fait erreur: i) en ne tenant pas compte des éléments de preuve économiques pertinents démontrant que les acteurs commerciaux concluaient couramment à des transactions analogues avec des emprunteurs se trouvant dans la même situation financière qu'Hynix; ii) en omettant indûment de déterminer si l'action alléguée des pouvoirs publics d'ordonner les restructurations faisait qu'Hynix était "mieux lotie"; iii) en concluant que les conditions des transactions de restructuration entre Hynix et certains autres créanciers ne constituaient pas des points de repère du marché valables aux fins de l'analyse de l'avantage; et iv) en calculant

l'avantage conféré par les contributions financières sans attribuer aucune valeur à ce qu'Hynix avait accordé en contrepartie et sans tenir compte des créances existantes des créanciers. Nous examinerons tour à tour chacun de ces arguments.

4. Pertinence des éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée

a) Arguments de la Corée

7.265 Le premier argument de la Corée est que la JIA n'a pas tenu compte des éléments de preuve économiques pertinents démontrant que les acteurs commerciaux concluaient couramment des transactions analogues avec des emprunteurs se trouvant dans la même situation financière qu'Hynix. Cet argument concerne les éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée pour établir l'existence d'un avantage. Il repose sur les arguments économiques de la Corée concernant les différences entre les perspectives d'investissement des nouveaux investisseurs de l'extérieur et des investisseurs existants de l'intérieur. Ces arguments ont été développés plus haut.⁴⁶⁶

7.266 Dans sa première communication écrite, la Corée a affirmé que la JIA avait fait erreur en examinant si les restructurations de la dette, et non l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics concernant ces restructurations conféraient un avantage. Elle a fait valoir que les transactions conclues par des organismes privés – qu'ils fassent ou non l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics – ne constituaient pas en elles-mêmes des "contributions financières" au sens de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*. Elle a fait valoir qu'"[e]n fait, c'[était] l'action des pouvoirs publics de "charger ou ordonner" à l'égard des créanciers privés qui constitu[ait] la "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a)".⁴⁶⁷ Selon la Corée, "il s'agit de savoir si la participation alléguée des pouvoirs publics conduit à de meilleures transactions de restructuration pour Hynix que celles qu'elle aurait été en mesure de négocier sans la participation des pouvoirs publics".⁴⁶⁸

7.267 Afin d'obtenir une clarification de l'argument de la Corée, le Groupe spécial a posé à la Corée la question n° 70:

Au paragraphe 229 de sa première communication écrite, la Corée fait valoir qu'"il s'agit de savoir si la participation alléguée des pouvoirs publics a conduit à de meilleures transactions de restructuration pour Hynix que celles qu'elle aurait été en mesure de négocier *sans la participation des pouvoirs publics*" (par d'italique dans l'original). Est-ce une manière différente de dire que la JIA était tenue de comparer les conditions des restructurations en cause ayant fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics et les conditions qu'Hynix aurait pu obtenir *sur le marché*?

7.268 La Corée a répondu ce qui suit:

Si le "marché" pertinent est dûment défini comme étant les entités n'ayant pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics et se trouvant dans la même situation que les créanciers d'Hynix, peu importe que le point de repère pertinent soit défini comme étant "les transactions de restructuration pour Hynix ... qu'elle aurait été en mesure de négocier *sans la participation des pouvoirs publics*" ou "les conditions qu'Hynix aurait pu obtenir *sur le marché*". En revanche, si le "marché" pertinent indûment défini comme étant des entités n'ayant pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics et se trouvant dans une

⁴⁶⁶ Voir *supra*, le paragraphe 7.85.

⁴⁶⁷ Voir la première communication de la Corée, paragraphe 228.

⁴⁶⁸ Voir la première communication de la Corée, paragraphe 229.

situation différente – par exemple les investisseurs qui ne sont pas titulaires de créances d'Hynix – les deux descriptions du point de repère pertinent conduiraient à des résultats différents.

7.269 La Corée a encore développé cet argument dans sa deuxième communication écrite. Au paragraphe 172, il est dit:

Selon le Japon, la conclusion de la JIA sur cette question était étayée par "la situation financière catastrophique d'Hynix qui se dégradait de plus en plus, les difficultés qu'elle avait connues dans le passé pour assurer le service de la dette, l'effondrement du cours des actions, et le fait qu'aucun nouvel investisseur n'était prêt à placer des fonds dans Hynix".* Mais ces constatations, si tant est qu'elles aient jamais été faites, sont tout simplement dénuées de pertinence. Contrairement à l'hypothèse posée par le Japon, Hynix n'a pas "levé" de fonds sur le marché commercial dans le cadre des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. En fait, ses dettes existantes ont été restructurées dans le cadre de ces transactions. La seule question est celle de savoir si Hynix aurait été en mesure d'obtenir une restructuration de la dette équivalente auprès de créanciers agissant selon la "pratique habituelle" sur le marché pertinent. La JIA n'a pas formulé de constatation sur ce point. (* note de bas de page omise)

b) Arguments du Japon

7.270 Le Japon a répondu que, conformément à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, ce sont les contributions financières résultant de l'action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics dont il doit être constaté qu'elles ont conféré l'avantage, et non l'action de charger ou d'ordonner de la part des pouvoirs publics en soi.

c) Évaluation par le Groupe spécial

7.271 Nous croyons comprendre que l'argument fondamental de la Corée est que la JIA aurait dû prendre des entités n'ayant pas fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics et se trouvant dans la même situation que les créanciers d'Hynix – c'est-à-dire des investisseurs "de l'intérieur" détenant des créances de faible valeur – comme élément de preuve indiquant que les restructurations en cause étaient raisonnables sur le plan commercial et ne conféraient donc pas un avantage. L'argument de la Corée comporte donc deux éléments. Premièrement, la Corée reproche à la JIA d'avoir appliqué le critère de l'investisseur *de l'extérieur*, qui n'est pas pertinent afin d'évaluer si un avantage a été conféré par les actions des créanciers *existants* d'Hynix. Deuxièmement, la Corée reproche à la JIA d'avoir déterminé l'existence d'un avantage sans comparer ce qu'avaient fait les créanciers d'Hynix et les éléments de preuve indiquant ce qu'auraient fait des investisseurs *de l'intérieur* suivant le jeu du marché qui n'avait pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner.

7.272 Nous avons déjà traité le premier élément de l'argument de la Corée. En particulier, nous avons déjà constaté que la JIA avait appliqué à la fois le critère de l'investisseur de l'intérieur et le critère de l'investisseur de l'extérieur en analysant le caractère raisonnable du point de vue commercial des décisions des créanciers de participer aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. La JIA l'avait fait parce qu'elle acceptait explicitement le "postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances".⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 141. En dépit des références faites à cette déclaration par le Japon dans sa première communication écrite (voir le paragraphe 379) et dans des communications ultérieures au Groupe spécial (références à insérer) la Corée n'a reconnu cette déclaration que dans sa communication finale au Groupe spécial après la deuxième réunion de fond (voir les observations

La JIA a aussi admis que l'annulation de la dette par les créanciers pouvait être de nature "commerciale" "[s]'il [était] raisonnablement constaté que cette action [était] inévitable afin de maximiser le recouvrement des créances".⁴⁷⁰

7.273 Le problème identifié par la Corée dans le deuxième élément de son argument est que la JIA a conclu à l'existence d'un avantage dès qu'elle a constaté que les actions des créanciers d'Hynix n'étaient pas raisonnables du point de vue commercial, sans s'assurer que des investisseurs de l'intérieur (hypothétiques) n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner et obéissant aux principes du marché auraient agi en quoi que ce soit différemment. En d'autres termes, la Corée reproche à la JIA de ne pas avoir établi son propre point de repère du marché pour vérifier si un avantage avait été conféré ou non à Hynix par ses créanciers. La Corée estime que la JIA aurait dû établir ce point de repère par référence aux éléments de preuve indiquant ce que "des créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent"⁴⁷¹ auraient fait. La Corée affirme que, quelles que soient les motivations qui avaient amené les créanciers à participer aux restructurations, la JIA ne pouvait conclure qu'un avantage avait été conféré, que s'il était démontré que les conditions des restructurations étaient plus favorables que celles qui auraient été offertes par des créanciers suivant les pratiques habituelles du marché. Selon la Corée:

peu importe que les créanciers d'Hynix aient en réalité pris leurs décisions en jouant aux dés, en jouant aux fléchettes ou en consultant des diseuses de bonne aventure. Si curieux que le processus décisionnel des créanciers ait pu paraître aux yeux de la JIA, les transactions de restructuration n'ont pas conféré un avantage à Hynix dès lors qu'Hynix aurait pu obtenir des conditions équivalentes auprès de créanciers suivant les pratiques habituelles du marché.⁴⁷²

7.274 La Corée affirme qu'un investisseur de l'intérieur suivant le jeu du marché aurait participé aux restructurations parce que 1) il se serait procuré une analyse indépendante avant de décider ce qu'il ferait et 2) cette analyse aurait démontré que la valeur d'exploitation d'Hynix était supérieure à sa valeur de liquidation. En conséquence, la Corée estime qu'il n'y avait aucune différence entre ce qu'ont fait les créanciers d'Hynix et ce qu'auraient fait des investisseurs de l'intérieur suivant le jeu du marché. C'est pourquoi elle estime qu'aucun avantage n'a été conféré à Hynix par les restructurations.

7.275 Comme on l'a déjà dit, il est aujourd'hui bien établi que la notion d'avantage est définie par référence au marché, de sorte qu'une contribution financière confère un "avantage" au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC quand elle est offerte à des conditions plus favorables que celles que le bénéficiaire aurait pu obtenir sur le marché. Bien que l'autorité chargée de l'enquête doive appliquer ce critère sur la base des éléments de preuve pertinents, il n'y a pas dans l'Accord SMC de disposition concernant la nature précise des éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête doit s'appuyer. Les principes directeurs énoncés à l'article 14 donnent quelques indications sur les types d'éléments de preuve qui pourraient être pertinents. Toutefois, les principes directeurs énoncés à l'article 14 ne couvrent pas toutes les éventualités. Par exemple, l'article 14 b) n'indique pas de quelle manière l'autorité chargée de l'enquête devrait établir l'existence d'un avantage conféré par

finales de la Corée, paragraphe 4). Cette déclaration paraît avoir été négligée par la Corée au cours des étapes antérieures de la procédure du Groupe spécial.

⁴⁷⁰ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 429.

⁴⁷¹ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 172.

⁴⁷² Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 176.

un prêt quand il n'y a pas "de prêt commercial comparable qu[e l'entreprise] pourrait effectivement obtenir sur le marché".⁴⁷³

7.276 Dans 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).⁴⁷⁴ 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.⁴⁷⁵

7.277 Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA était fondée sur des éléments de preuve économiques pertinents.⁴⁷⁶ Nous

⁴⁷³ C'est pour cette raison que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a reconnu que "l'autorité chargée de l'enquête bénéficie d'une marge de manœuvre considérable pour adopter une méthodologie raisonnable" (*CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213) pour calculer le montant de l'avantage.

⁴⁷⁴ Nous notons qu'une telle approche de la détermination de l'existence d'un avantage a été confirmée par le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*. Ce Groupe spécial a confirmé la constatation de l'existence d'un avantage faite par l'autorité chargée de l'enquête en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 au motif que l'autorité chargée de l'enquête avait raisonnablement conclu qu'aucun des créanciers n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger/ordonner n'avait agi "d'une façon raisonnable du point de vue commercial". (*CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.209).

⁴⁷⁵ L'autorité chargée de l'enquête pourrait aussi être confrontée aux deux types d'éléments de preuve décrits plus haut et un type d'éléments de preuve pourrait ne pas étayer la conclusion suggérée par l'autre. Par exemple, 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". En 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. Ce n'était toutefois pas le cas dans l'enquête en cause puisque la JIA n'était pas confrontée à des éléments de preuve indiquant que "des créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent" auraient restructuré Hynix aux mêmes conditions que les quatre créanciers. À notre avis (pour les raisons indiquées plus haut), la JIA n'était pas non plus tenue de rassembler de tels éléments de preuve. (La Corée ne fait pas valoir que la JIA disposait d'éléments de preuve indiquant que "des créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent" auraient restructuré Hynix aux mêmes conditions que les quatre créanciers. Bien que le gouvernement coréen ait fait valoir devant la JIA que les créanciers de l'intérieur et de l'extérieur avaient des intérêts différents (voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations, paragraphe 136), il n'a pas fourni d'éléments de preuve indiquant les conditions auxquelles "des créanciers agissant conformément à la "pratique habituelle" sur le marché pertinent" auraient restructuré Hynix. En outre, le gouvernement coréen a fait valoir au cours de l'enquête correspondante que la JIA aurait dû tenir compte des "circonstances effectives des établissements financiers créanciers" (voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations, paragraphe 136, pas d'italique dans l'original). Le gouvernement coréen ne s'est pas référé, au cours de l'enquête correspondante, à des éléments de preuve indiquant ce que d'hypothétiques investisseurs de l'intérieur suivant le jeu du marché auraient fait.)

⁴⁷⁶ Nous tenons à souligner que notre constatation à cet égard concerne la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA. Elle ne concerne pas le calcul par la JIA du montant de l'avantage, car la

rejetons donc l'argument de la Corée selon lequel la JIA a indûment fait abstraction des éléments de preuve économiques pertinents pour la simple raison qu'elle n'a pas rassemblé d'éléments de preuve indiquant ce que des investisseurs de l'intérieur (hypothétiques) suivant le jeu du marché auraient fait.

5. Caractère raisonnable du point de vue commercial: question de savoir si les restructurations avaient permis à Hynix d'être "mieux lotie"

a) Arguments de la Corée

7.278 La Corée affirme qu'une contribution financière ne confère un avantage que si elle permet au bénéficiaire d'être "mieux loti" qu'il ne l'aurait été sans cela. Elle dit qu'il était indiscutable que les éléments de preuve économiques indiquaient qu'il était raisonnable du point de vue commercial que les créanciers d'Hynix participent aux restructurations, puisque la valeur d'exploitation de la société était supérieure à sa valeur de liquidation au moment des deux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. Elle affirme que dans ces circonstances les opérateurs du marché auraient participé aux restructurations. Selon la Corée, Hynix n'était donc pas "mieux lotie" en faisant appel aux créanciers qu'elle ne l'aurait été en faisant appel au marché.

b) Arguments du Japon

7.279 Le Japon affirme que l'existence d'un avantage devrait être établie du point de vue d'Hynix, le bénéficiaire des contributions financières, et non de ses créanciers. Il estime que le fait qu'Hynix était "mieux lotie" qu'elle ne l'aurait été sans la contribution financière est démontré par les éléments de preuve. Il se réfère en particulier aux éléments de preuve indiquant qu'Hynix n'aurait pas été en mesure d'obtenir un financement "d'un point de vue commercial normal".⁴⁷⁷

c) Évaluation par le Groupe spécial

7.280 Nous rappelons que la JIA a évalué le caractère raisonnable du point de vue commercial des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 dans le contexte de sa détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Nous avons déjà établi que l'autorité chargée de l'enquête pourrait dûment s'appuyer sur les éléments de preuve indiquant si une contribution financière était ou non raisonnable du point de vue commercial pour déterminer si cette contribution financière conférerait ou non un avantage au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC.⁴⁷⁸ Nous croyons comprendre que l'argument de la Corée selon lequel les restructurations n'ont pas permis à Hynix d'être "mieux lotie" signifie que la Corée considère que les restructurations étaient raisonnables du point de vue commercial et n'ont donc pas été faites à des conditions plus favorables que celles qui auraient pu être obtenues sur le marché.

7.281 La JIA a conclu que les quatre créanciers s'étaient abstenus de participer à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations commerciales. Nous avons rejeté les arguments de la Corée contestant cette conclusion. Puisque nous confirmons la constatation de la JIA selon laquelle la restructuration d'octobre 2001 n'était pas raisonnable du point de vue commercial⁴⁷⁹, il s'ensuit que

quantification du montant de l'avantage conféré par une contribution financière exige nécessairement plus que le simple fait de conclure que la contribution financière n'était pas raisonnable du point de vue commercial.

⁴⁷⁷ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 412.

⁴⁷⁸ Comme on l'a vu plus haut, nous considérons que la JIA a appliqué à la fois le critère de l'investisseur de l'extérieur et le critère de l'investisseur de l'intérieur lorsqu'elle a examiné le caractère raisonnable du point de vue commercial des restructurations. Nous rappelons que les parties conviennent que le critère de l'investisseur de l'intérieur est approprié. En conséquence, il n'est pas nécessaire que nous formulions de quelconques constatations sur cette question.

⁴⁷⁹ Voir, *supra*, le paragraphe 7.244.

nous confirmons aussi la détermination de la JIA selon laquelle que la restructuration d'octobre 2001 a conféré un avantage à Hynix.

7.282 En ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, nous rappelons notre constatation selon laquelle la JIA n'a pas dûment établi que la participation des quatre créanciers était fondée sur des considérations non commerciales. En particulier, nous avons 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.⁴⁸⁰ Puisque la JIA a déterminé l'existence d'un avantage par référence au marché et au caractère raisonnable du point de vue commercial, il s'ensuit que nous rejetons la détermination de la JIA selon laquelle la restructuration de décembre 2002 a conféré un avantage à Hynix.

6. Utilisation des créanciers d'Hynix n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner en tant que points de repère du marché

7.283 La Corée affirme qu'un grand nombre d'autres créanciers, c'est-à-dire des créanciers dont la JIA n'avait pas constaté qu'ils avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens, ont participé aux restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 aux mêmes conditions que les quatre créanciers dont il a été constaté qu'ils avaient agi à la suite d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. La Corée estime que les entités privées qui n'ont pas agi à la suite d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics constituent le "marché" et définissent donc le résultat du marché. Selon la Corée, le fait que ces entités privées ont participé aux transactions aux mêmes conditions que les organismes publics et les banques dont il est allégué qu'elles ont fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics, indique que les transactions n'ont pas conféré un avantage à Hynix.

7.284 Nous rappelons que la JIA n'a pas constaté que les autres créanciers avaient conféré (une contribution financière ou) un avantage quelconque à Hynix. Par conséquent, la Corée ne conteste pas une éventuelle constatation de la JIA selon laquelle les autres créanciers eux-mêmes ont conféré un avantage. En fait, l'argument de la Corée porte sur l'incidence potentielle des éléments de preuve concernant les autres créanciers sur la détermination de la JIA selon laquelle la participation des quatre créanciers a conféré un avantage à Hynix. L'argument de la Corée concerne donc la manière dont la JIA a traité les éléments de preuve figurant dans son dossier. L'argument fondamental de la Corée est que les éléments de preuve indiquant que les autres créanciers (n'ayant pas fait l'objet d'une action de charger ou ordonner) ont aussi participé aux restructurations auraient dû éclipser les éléments de preuve sur lesquels la JIA s'est appuyée pour constater que les quatre créanciers ont participé aux restructurations sur la base de considérations non commerciales (ce qui aurait conduit à une constatation selon laquelle les restructurations n'ont pas conféré un avantage à Hynix).

7.285 Compte tenu de notre conclusion selon laquelle la JIA n'aurait pas pu dûment déterminer que les quatre créanciers avaient participé à la restructuration de décembre 2002 sur la base de considérations non commerciales, nous évaluons uniquement l'argument de la Corée concernant le rôle des autres créanciers en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001. La JIA a formulé les constatations ci-après au sujet de la participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001:

Hynix avait échappé à la faillite grâce aux subventions des pouvoirs publics (garantie de la KEIC pour le financement D/A, programme de la KDB et programme de mai 2001). Les autorités chargées de l'enquête constatent que le programme d'octobre 2001 a été mis en œuvre sur la base de la situation financière soutenue par

⁴⁸⁰ Voir, *supra*, le paragraphe 7.246.

ces subventions. Comme on l'a déjà dit, il était communément admis en Corée à l'époque que les pouvoirs publics coréens faisaient de la promotion de la normalisation d'Hynix, entreprise de fabrication de semi-conducteurs importante, l'un des éléments de leur politique économique, et avaient la volonté politique d'assurer la survie d'Hynix. En outre, les autorités chargées de l'enquête constatent que les pouvoirs publics coréens étaient fortement impliqués dans le programme d'octobre 2001. De plus, le choix des options 2 et 3 avait aussi été fait avant la publication du rapport d'Arthur Andersen, qui contient une comparaison de la valeur d'exploitation et de la valeur de liquidation sur laquelle repose le choix de ces options.³⁶² En conséquence, les autorités chargées de l'enquête constatent que les contributions financières apportées sur la base d'une telle situation ne constituent pas un financement provenant du marché commercial (c'est-à-dire le point de repère du marché), même si le programme d'octobre 2001 comportait des contributions financières dont il n'a pas été constaté qu'elles constituaient une contribution financière fondée sur une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.⁴⁸¹

La note 362 est ainsi libellée:

Parmi les parties intéressées auxquelles les autorités chargées de l'enquête avaient envoyé le questionnaire, aucune des banques commerciales qui avaient choisi les options 2 ou 3 n'a répondu, hormis la banque Kookmin. Par conséquent, les autorités chargées de l'enquête n'ont pas d'autre choix que de s'appuyer pour ce qui est de la détermination de la validité commerciale, dans leur sélection de ces options, sur des renseignements fournis par les banques qui ont répondu, en prenant en compte le refus de répondre. La banque Kookmin a répondu au cours de l'enquête sur place que "chaque banque décidait en toute indépendance, conformément à ses statuts, s'il y avait lieu d'adopter la mesure de sauvetage, en se référant au rapport d'Arthur Andersen. La banque Kookmin a elle aussi pris sa décision de cette manière". Toutefois, cette réponse ne concorde pas avec la date de publication du rapport d'Arthur Andersen. La réponse de la banque Kookmin et d'autres éléments de preuve susmentionnés, montrent que chaque banque a choisi telle ou telle option sous l'influence de facteurs externes autres que de facteurs commerciaux. Il est également raisonnable de constater que, compte tenu du fait qu'aucune banque concernée par l'option 3 n'a envoyé de réponse au questionnaire, et compte tenu des renseignements que les autorités chargées de l'enquête ont reçus d'autres sources examinées ci-dessus, des facteurs externes ont joué un rôle dans les conditions de remboursement final de l'option 3.

7.286 À la lumière de ces constatations, nous croyons comprendre que la JIA n'a pas pris en compte les éléments de preuve indiquant que les autres créanciers avaient aussi participé à la restructuration d'octobre 2001 parce que 1) la JIA a constaté que la restructuration d'octobre 2001 était fondée sur des subventions antérieures, et 2) la JIA a constaté, d'après les données de fait disponibles, que les autres créanciers avaient agi en fonction de considérations non commerciales. Nous commencerons par examiner le deuxième élément sur lequel la JIA s'est appuyée.

a) "Caractère non commercial" du comportement des autres créanciers

7.287 La Corée affirme que le Japon n'a pas présenté d'éléments de preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle la JIA a dûment constaté que les décisions des autres créanciers de participer à la restructuration d'octobre 2001 étaient fondées sur des considérations non commerciales. Elle affirme que quand le Groupe spécial lui a demandé de tels éléments de preuve, la délégation

⁴⁸¹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 299.

japonaise a en fait cité un passage de la détermination de la JIA concernant les quatre créanciers dont il avait été constaté qu'ils avaient été influencés par une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics – et pas les "autres" banques ni les centaines d'autres établissements financiers qui n'avaient jamais été contactés par la JIA.⁴⁸²

7.288 Nous notons 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. D'après la note 362 de l'annexe 1 (Faits essentiels), citée ci-dessus, les données de fait disponibles utilisées par la JIA concernaient la participation à la restructuration d'octobre 2001 des banques qui avaient effectivement répondu à son questionnaire, c'est-à-dire les quatre créanciers et la banque Kookmin. C'est pour cette raison que le Japon se serait référé aux éléments de preuve concernant les quatre créanciers dans les circonstances décrites par la Corée au paragraphe précédent.

7.289 Nous constatons ailleurs que la JIA était en droit de considérer les autres créanciers comme des parties intéressées et d'appliquer les données de fait disponibles conformément à l'article 12.7 de l'*Accord SMC*.⁴⁸³ La JIA était tenue d'appliquer les données de fait disponibles en ce qui concerne les autres créanciers puisqu'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 JIA ne contenait pas d'éléments de preuve directs concernant les raisons pour lesquelles les autres créanciers (autres que la banque Kookmin)⁴⁸⁴ avaient participé à la restructuration d'octobre 2001.

7.290 Ainsi, alors qu'il n'avait pas d'éléments de preuve directs démontrant que les autres créanciers avaient participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations commerciales, il y avait des éléments de preuve indirects (applicables dans le cadre des données de fait disponibles) donnant à penser que les autres créanciers avaient participé à cette restructuration sur la base de considérations non commerciales⁴⁸⁵, tout comme les quatre créanciers l'avaient fait.

7.291 La JIA ayant constaté que les pouvoirs publics étaient largement intervenus dans la restructuration d'octobre 2001, il y avait de toute évidence un risque que les autres créanciers aient eux aussi agi à la suite d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics. Du fait que les autres créanciers n'avaient pas répondu à son questionnaire, la JIA ne pouvait pas exclure cette éventualité.⁴⁸⁶ Dans ces circonstances, nous ne considérons pas que la JIA ait fait erreur en traitant les

⁴⁸² La Corée note à cet égard que la délégation japonaise renvoie le Groupe spécial aux paragraphes 290 à 296 de l'annexe 1 (Faits essentiels). Elle affirme que ce passage porte toutefois exclusivement sur la question de savoir si la KEB, la banque Woori, la banque Chohung et la NACF ont participé aux transactions de restructuration par suite d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.

⁴⁸³ Voir, *infra*, la section VII.I.

⁴⁸⁴ La note 362 de l'annexe 1 (Faits essentiels) indique que les éléments de preuve directs disponibles relatifs à la banque Kookmin concernaient son allégation selon laquelle elle s'était appuyée sur le rapport d'Anjin Accounting pour participer à la restructuration d'octobre 2001. Cet élément de preuve direct a donc été pris en compte par la JIA lorsqu'elle a traité le rapport d'Anjin Accounting, dont elle a constaté qu'il n'avait été mis à la disposition des créanciers qu'après qu'ils avaient déjà décidé de participer à la restructuration d'octobre 2001.

⁴⁸⁵ Pour cette raison, nous ne souscrivons pas à l'affirmation de la Corée selon laquelle il n'y avait "aucun renseignement dans le dossier qui indiquait que les [autres créanciers] avaient participé aux transactions de restructuration pour une raison autre qu'un calcul rationnel de leur propre intérêt personnel" (deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 226).

⁴⁸⁶ Nous notons à cet égard qu'une grande partie des éléments de preuve indiquant une action de charger ou ordonner sur lesquels la JIA s'est appuyée en ce qui concerne la participation des quatre créanciers à la restructuration d'octobre 2001 aurait pu s'appliquer également aux autres créanciers. Si la JIA avait aussi fait une constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne les autres créanciers,

éléments de preuve dont elle disposait. En particulier, nous ne considérons pas que la JIA était obligée de poser comme hypothèse (sans élément de preuve à l'appui, et face à des éléments de preuve contraires) que les autres créanciers avaient participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations commerciales, et d'utiliser ensuite cette hypothèse pour éclipser les éléments de preuve indiquant que les quatre créanciers avaient participé à la restructuration d'octobre 2001 sur la base de considérations non commerciales. Dans ces circonstances, 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.

b) Subventions antérieures

7.292 Nous rappelons que la JIA a constaté ce qui suit au sujet de la restructuration d'octobre 2001:

Hynix avait échappé à la faillite grâce aux subventions des pouvoirs publics (garantie de la KEIC pour le financement D/A, programme de la KDB et programme de mai 2001). Les autorités chargées de l'enquête constatent que le programme d'octobre 2001 a été mis en œuvre sur la base de la situation financière soutenue par ces subventions. (...) En conséquence, les autorités chargées de l'enquête constatent que les contributions financières apportées sur la base d'une telle situation ne constituent pas un financement provenant du marché commercial (c'est-à-dire le point de repère du marché), même si le programme d'octobre 2001 comportait des contributions financières dont il n'a pas été constaté qu'elles constituaient une contribution financière fondée sur une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics.⁴⁸⁷

7.293 Le Groupe spécial a posé au Japon les questions n° 28, 29 et 32 à 37 afin de clarifier les justifications fondamentales de la détermination de la JIA. Selon le Japon, les faits montrent qu'Hynix a été sauvée grâce à des subventions antérieures et concomitantes. Le Japon affirme que du fait que la situation financière d'Hynix était faussée par les subventions antérieures, tout point de repère fondé sur la situation financière d'Hynix l'était aussi.⁴⁸⁸ Il affirme que la situation financière d'Hynix était nécessairement faussée du fait même que l'"existence d'Hynix était le résultat des subventions antérieures", en ce sens qu'Hynix n'aurait pas survécu jusqu'à la restructuration d'octobre 2001 sans les subventions antérieures. Nous croyons donc comprendre que le Japon fait valoir qu'il ne peut y avoir aucun prix du marché pour quelque financement d'Hynix que ce soit puisque, en l'absence des subventions antérieures, il n'y aurait pas eu de créances ou de parts d'Hynix à vendre sur le marché.⁴⁸⁹

l'argument que la Corée avance actuellement ne pourrait pas être présenté. Étant donné la non-réaction d'autres créanciers et l'absence d'élément de preuve direct qui en découle concernant les motivations qui ont amené les autres créanciers à participer aux restructurations, nous ne voyons pas pourquoi l'argument de la Corée devrait devenir décisif pour la simple raison que la JIA a décidé de ne pas formuler de constatation de l'existence d'une action de charger ou ordonner en ce qui concerne ces autres créanciers (et a ainsi permis à la Corée d'avancer l'argument qu'elle présente actuellement).

⁴⁸⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 299.

⁴⁸⁸ En réponse à la question n° 29 du Groupe spécial, le Japon a affirmé qu'"il n'y avait pas de marché "non faussé", faisant référence à la situation financière d'Hynix sous la distorsion causée par les subventions

⁴⁸⁹ En réponse à la question n° 29 du Groupe spécial, le Japon a affirmé ce qui suit: "[l']ampleur des subventions accordées par les pouvoirs publics peut avoir une incidence sur la nature et l'importance de la distorsion, de même que sur les éléments de preuve requis pour démontrer l'existence de cette distorsion. Dans certains cas, comme celui qui nous intéresse, l'ampleur des subventions et le moment où elles sont accordées font qu'elles n'ont pas seulement une incidence sur les conditions du financement par exemple, mais qu'elles favorisent en fait l'existence même de ce financement. En pareils cas, les éléments de preuve indiquant la

7.294 La Corée affirme que les subventions passées ne changent rien au caractère commercial des transactions ultérieures effectuées par les acteurs commerciaux. Selon la Corée, l'article 14 de l'Accord SMC exige que les autorités chargées de l'enquête prennent les transactions et pratiques commerciales réelles comme point de repère pour déterminer si un avantage a été conféré. La Corée estime que rien dans l'Accord SMC ne permet à l'autorité chargée de l'enquête de spéculer au sujet du marché, ou de faire abstraction du comportement réel sur le marché en se fondant sur ce qui, selon elle, aurait dû arriver. La Corée affirme que la JIA a à tort fait abstraction des transactions commerciales réelles, parce qu'elle les jugeait incompatibles avec les transactions hypothétiques dont elle pensait qu'elles auraient hypothétiquement existé si certains événements passés ne s'étaient pas hypothétiquement produits.

7.295 Nous reconnaissons pour commencer qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles le marché est faussé à tel point que la fixation des prix sur ce marché ne peut pas être utilisée afin d'établir l'existence d'un avantage. Ainsi, dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* l'Organe d'appel a constaté ce qui suit: "dans certaines situations où l'intervention des pouvoirs publics sur le marché est substantielle, les prix pratiqués par les fournisseurs privés peuvent être artificiellement comprimés en raison des prix pratiqués pour les mêmes biens par les pouvoirs publics".⁴⁹⁰ Cela tient "au fait que le rôle des pouvoirs publics dans la fourniture de la contribution financière est si prédominant qu'il détermine effectivement le prix auquel les fournisseurs privés vendent les biens identiques ou semblables, de telle sorte que la comparaison envisagée par l'article 14 deviendrait tautologique".⁴⁹¹ En outre, plusieurs groupes spéciaux ont reconnu que la participation du secteur privé à des programmes de restructuration pouvait être influencée par la participation des pouvoirs publics/du secteur public à ces programmes. Ainsi, le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a constaté ce qui suit: "le comportement de (...) acteurs du marché [pourrait être] à un tel point faussé par l'intervention des pouvoirs publics qu'ils ne peuvent plus servir de point de repère pour mesurer la distorsion causée, selon les allégations, par les pouvoirs publics".⁴⁹² De même, le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* a constaté (en faisant expressément référence aux constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV*) ce qui suit: "il pourrait ... exister des circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics influent sur le marché au point de le fausser, de sorte que les entités privées n'agissent plus selon des principes purement commerciaux".⁴⁹³

7.296 Le Japon s'est référé à l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux IV* pour justifier le fait que la JIA s'était appuyée sur le subventionnement antérieur. Or, aucune des constatations de l'Organe d'appel ou des groupes spéciaux citées ci-dessus ne concernait le rôle du subventionnement antérieur dans la distorsion des marchés. En fait, elles concernaient les distorsions causées par la participation et l'intervention, présentes ou concomitantes⁴⁹⁴, des pouvoirs publics sur les marchés. Ces affaires ne fournissent donc pas d'éléments à l'appui de la détermination de la JIA.

distorsion apparaissent clairement". Par conséquent, le Japon ne fait pas valoir que les subventions antérieures ont simplement affecté les conditions des restructurations. Il affirme en fait qu'il n'y aurait eu aucune restructuration en l'absence des subventions antérieures.

⁴⁹⁰ *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 94.

⁴⁹¹ *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 93.

⁴⁹² *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, note 171.

⁴⁹³ *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.434.

⁴⁹⁴ Nous notons que les arguments du Japon portent à la fois sur le subventionnement "antérieur" et "concomitant". Toutefois, nous n'avons pas été en mesure de trouver, et le Japon n'a pas identifié, une quelconque constatation de la JIA concernant les subventions "concomitantes". Les arguments du Japon au sujet du subventionnement concomitant constituent donc une justification *a posteriori* que nous nous abstenons de prendre en considération. Le Japon a explicitement reconnu qu'il n'avait pas effectué le type d'analyse envisagé, dans les rapports susmentionnés de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux en réponse à la question n° 104, dans laquelle le Groupe spécial demandait si le raisonnement de la JIA était fondé d'une manière

7.297 À notre avis, le subventionnement antérieur d'un objet ne signifie pas nécessairement que le prix du marché de cet objet est faussé. On peut dire qu'un acheteur a payé le prix du marché même si l'objet n'existe que grâce à des subventions antérieures. En fait, c'est sur ce postulat que reposent des décisions prises régulièrement dans le cadre de l'OMC selon lesquelles le fait pour des entités privées de payer la juste valeur marchande ne confère pas un avantage. Dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel a confirmé qu'"[u]ne privatisation dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande peut entraîner une résorption de l'avantage".⁴⁹⁵ Il y a dans cette constatation l'idée implicite qu'une privatisation pourrait se faire "à la juste valeur marchande". Le fait qu'une entité publique, qui existe uniquement en raison d'un subventionnement antérieur, peut être privatisée ou vendue "à la juste valeur marchande" réduit à néant l'argument du Japon selon lequel il ne peut y avoir de (juste) prix du marché pour une entité qui existait, selon la JIA, uniquement en raison d'un subventionnement antérieur.⁴⁹⁶

c) Conclusion

7.298 Alors que nous avons constaté que la JIA s'était indûment appuyée sur le subventionnement antérieur pour ne pas prendre en compte la participation des autres créanciers à la restructuration d'octobre 2001, nous avons constaté que c'était à bon droit qu'elle n'avait pas pris en compte la participation des autres créanciers sur une autre base. Nous avons constaté en particulier que 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. Pour ces raisons, nous confirmons la détermination de la JIA selon laquelle la participation des quatre créanciers à la restructuration d'octobre 2001 pouvait conférer un avantage à Hynix, malgré la participation des autres créanciers à la restructuration.

7. Calcul du montant de l'avantage

a) Principaux arguments de la Corée

7.299 La Corée allègue que la JIA a fait erreur en calculant l'avantage conféré par les contributions financières sans attribuer aucune valeur à ce qu'Hynix avait accordé en contrepartie et sans tenir

quelconque sur la théorie selon laquelle les "financiers [d'Hynix qui n'avaient pas fait l'objet d'une action de charger] auraient pu s'associer à l'opération à cause de la position dominante des financiers principaux". Le Japon a répondu ce qui suit: "[l]a JIA ... n'a pas fait [de] constatation selon laquelle la participation des autres créanciers d'Hynix au programme d'octobre 2001 et au programme de décembre 2002 était subordonnée aux contributions financières de quatre banques ayant fait l'objet d'une action de charger ou ordonner à ces programmes". Le Japon n'a pas fait valoir, par exemple, que les créanciers privés d'Hynix n'avaient participé aux restructurations que parce que la participation d'organismes publics était pour eux le signe que les pouvoirs publics coréens étaient prêts à sauver Hynix à tout prix.

⁴⁹⁵ *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 126.

⁴⁹⁶ En outre, le fait que la JIA avait accepté le critère des investisseurs de l'intérieur implique qu'elle admettait que les créanciers existants d'Hynix pouvaient se comporter d'une manière rationnelle sur le plan commercial, quelles que soient les raisons pour lesquelles ils étaient déjà "à l'intérieur" d'Hynix. Ainsi, il apparaît que la JIA avait admis que les créanciers d'Hynix avaient peut-être agi d'une manière rationnelle sur le plan commercial, et annulé la dette ou restructuré les prêts, même si (selon la JIA) ils avaient prêté de l'argent précédemment à Hynix uniquement sous forme de subventions. Si cela n'avait pas été le cas, il aurait été inutile que la JIA procède à un examen détaillé du caractère raisonnable, du point de vue commercial, des décisions des quatre créanciers de participer aux restructurations (par référence à leurs analyses internes et aux rapports externes). En conséquence, le fait que la JIA s'est appuyée sur des subventions antérieures pour mettre en cause la raison d'être commerciale des décisions des autres créanciers est incompatible avec le fait que la JIA a accepté le critère des investisseurs de l'intérieur.

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. La Corée fait observer que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a constaté que l'analyse faite par l'autorité chargée de l'enquête d'un échange de créances contre des participations pouvait prendre en considération uniquement l'annulation de la dette et ne pas tenir compte de la valeur des participations fournies en contrepartie.

7.300 En outre, la Corée affirme que le calcul de l'avantage effectué en l'espèce par la JIA était vicié parce que la JIA a analysé l'avantage résultant de transactions "supposées". Elle affirme que la JIA a ignoré de ce fait l'incapacité d'Hynix de rembourser au moins une partie de ses dettes, et au lieu de cela a posé comme hypothèse que la restructuration concernait des transactions dans lesquelles Hynix était en mesure de rembourser intégralement ses dettes, et l'avait effectivement fait. La Corée fait observer que la JIA a ensuite utilisé les pratiques des investisseurs en tant que point de repère pour son analyse de l'avantage prenant en considération des transactions qui n'avaient pas eu lieu et qui n'auraient pas pu avoir lieu – c'est-à-dire des transactions dans lesquelles les investisseurs étaient intégralement remboursés de l'encours des créances. Selon la Corée, la JIA a déterminé la valeur des créances que les créanciers avaient échangées dans le cadre des échanges de créances contre des participations en multipliant le nombre d'actions reçues par chaque créancier par la valeur unitaire attribuée à chaque action dans les échanges de créances contre des participations. La Corée affirme que la JIA a suivi une approche différente pour calculer l'avantage des participations au capital social. En particulier, elle n'a pas utilisé la valeur unitaire attribuée à chaque action dans les échanges de créances contre des participations pour calculer la valeur des actions émises par Hynix destinées aux banques. La Corée affirme qu'en fait la JIA a considéré que ces actions n'avaient aucune valeur parce que "la valeur comptable d'Hynix était de zéro".⁴⁹⁷ La Corée estime que l'approche de la JIA était contradictoire. Selon la Corée, si la JIA partait de l'hypothèse que les actions avaient une valeur aux fins du calcul de la valeur des prêts abandonnés par les créanciers dans le cadre des échanges de créances contre des participations, elle devait partir de l'hypothèse qu'elles avaient la même valeur aux fins du calcul de l'avantage des échanges de créances contre des participations. À l'inverse, elle affirme que si les actions avaient une valeur de zéro aux fins du calcul de l'avantage, et que la valeur des prêts était déterminée à partir de la valeur des actions, la valeur des prêts avant les échanges contre des participations devait aussi être de zéro.

b) Principaux arguments du Japon

7.301 À titre préliminaire, le Japon affirme que l'argument de la Corée selon lequel les créances d'Hynix étaient du moins en partie sans valeur ne relève pas du mandat du Groupe spécial parce que ce n'était pas un argument présenté à la JIA.⁴⁹⁸

7.302 En outre, le Japon affirme qu'aucun des éléments de preuve versés au dossier de la JIA ne montrait que la valeur de quelque prêt que ce soit ait été dépréciée au moment des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002. Il affirme que les arguments de la Corée ne sont pas étayés par des éléments de preuve. S'agissant de l'argument de la Corée selon lequel la JIA a calculé à tort le montant de l'avantage par référence à des transactions "supposées" qui, en réalité, n'ont pas eu lieu, le Japon affirme que la Corée ne fait pas la distinction entre le fait lui-même, c'est-à-dire la nature des transactions, et l'évaluation des faits par la JIA, c'est-à-dire la manière de mesurer l'avantage en fonction de ce fait.

7.303 S'agissant de l'argument de la Corée selon lequel la JIA a calculé le montant de l'avantage sans prendre en considération les "pratiques habituelles" des participants au marché, le Japon affirme

⁴⁹⁷ Voir la réponse du Japon à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphe 74.

⁴⁹⁸ Voir la déclaration orale du Japon à la deuxième réunion de fond, paragraphe 83.

que les pouvoirs publics coréens et les parties intéressées ont refusé de fournir des renseignements pertinents sur la restructuration financière d'autres sociétés se trouvant dans une situation analogue à celle d'Hynix, à savoir des sociétés visées par la CRPA. Le Japon s'appuie à cet égard sur une constatation de l'Organe d'appel selon laquelle "en évaluant la détermination faite par l'autorité chargée de l'enquête, un groupe spécial ne pouvait reprocher à l'administration de ne pas avoir tenu compte de faits dont elle n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance".⁴⁹⁹ Le Japon s'appuie aussi sur l'article 12.2 de l'*Accord SMC* pour faire valoir que la détermination de l'autorité chargée de l'enquête "ne pourra être fondée que sur les renseignements et arguments" figurant dans son dossier. Le Japon affirme que la plainte de la Corée selon laquelle la JIA aurait dû formuler des conclusions factuelles concernant l'avantage en se fondant sur une "pratique habituelle" potentielle en l'absence des renseignements nécessaires équivaut à demander de se livrer à des spéculations pour constater l'existence d'une "pratique habituelle ou normale" sous aucun élément de preuve dans le dossier, et est incompatible avec les dispositions de l'article 12.2 de l'*Accord SMC*.

c) Évaluation par le Groupe spécial⁵⁰⁰

7.304 S'agissant de l'allégation du Japon qui estime que l'argument de la Corée selon lequel les créances pertinentes étaient sans valeur ne relève pas du mandat du Groupe spécial, nous rappelons qu'une partie plaignante n'est pas mise dans l'impossibilité de présenter dans les procédures de règlement de différends de l'OMC des arguments qu'elle n'a pas présentés à l'autorité chargée de l'enquête dans le cadre de l'enquête correspondante.^{501,502}

⁴⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Enquête en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 175.

⁵⁰⁰ À la lumière de notre constatation concernant la détermination de l'existence d'un avantage faite par la JIA en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, il n'est pas strictement nécessaire que nous examinions le calcul du montant de l'avantage conféré par cette restructuration fait par la JIA. Nous le ferons néanmoins, par souci d'exhaustivité.

⁵⁰¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 113.

⁵⁰² Le Japon a cité le rapport *Égypte – Barres d'armature en acier* dans ses communications et réponses au Groupe spécial pour défendre la thèse inverse. Dans ce rapport, le Groupe spécial a déclaré (paragraphe 7.105):

Il n'entre pas dans notre mandat d'annuler dans le cadre d'une procédure de règlement des différends les conséquences des décisions qui ont été prises par ces sociétés au cours de l'enquête quant aux arguments qu'elles souhaitaient présenter.

Cependant, le contexte dans lequel cette déclaration a été faite est très différent du contexte dans lequel le Japon a cherché à l'utiliser dans la présente procédure. Dans l'affaire *Égypte – Barres d'armature en acier*, la Turquie a fait valoir devant le Groupe spécial que l'autorité égyptienne chargée de l'enquête était tenue d'aller plus loin dans l'établissement des faits qu'elle ne l'avait effectivement fait dans son enquête afin de satisfaire au critère des "éléments de preuve positifs" dans sa détermination de l'existence d'un dommage. Les autres éléments de preuve factuels que, selon la Turquie, l'autorité chargée de l'enquête aurait dû prendre en compte, n'avaient pas été présentés par la Turquie à l'autorité chargée de l'enquête, et ne figuraient pas dans le dossier de cette dernière. La Turquie n'a pas cherché à présenter ces autres éléments de preuve factuels au Groupe spécial, et elle aurait été mise dans l'impossibilité de le faire. Elle a fait valoir en fait que l'autorité chargée de l'enquête aurait dû trouver elle-même ces éléments de preuve et que le fait qu'elle ne les avait pas trouvés signifiait que le critère positif n'avait pas été rempli. Toutefois, le Groupe spécial a constaté que l'autorité chargée de l'enquête avait satisfait au critère positif sur la base des éléments de preuve figurant dans son dossier; que les éléments de preuve visaient dûment les questions identifiées comme étant pertinentes pour une telle décision au titre de l'Accord antidumping; et que les autres éléments de preuve factuels ne devaient pas nécessairement être pris en considération pour appliquer les critères du dommage pertinents au titre de l'Accord antidumping. C'était dans ces circonstances que le Groupe spécial avait refusé d'autoriser la Turquie à contester sur la base qu'elle présentait le bien-fondé de la décision de l'autorité chargée de l'enquête.

7.305 Sur le fond, nous notons que la Corée fait valoir que la JIA n'a pas dûment tenu compte du fait qu'Hynix n'était pas en mesure de rembourser la totalité de sa dette.⁵⁰³ Elle conteste aussi la constatation de la JIA selon laquelle la valeur du capital social d'Hynix était de zéro. 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 insolubles (en particulier l'argument de la Corée selon lequel des investisseurs de l'extérieur n'investiraient que s'ils s'attendaient à rentrer intégralement dans leurs fonds, alors que des investisseurs de l'intérieur présents dans des sociétés insolubles savent déjà qu'ils ne recouvreront pas toutes leurs créances), nous croyons comprendre que la Corée fait valoir essentiellement que la JIA a calculé le montant de l'avantage du point de vue des investisseurs de l'extérieur.

7.306 Nous notons que la JIA a calculé le montant de l'avantage résultant de la restructuration d'octobre 2001 dans la section 2.8.5 de l'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 prêts⁵⁰⁴, 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.⁵⁰⁵

7.307 Sur la base de la réponse du Japon à la question n° 31 du Groupe spécial, nous croyons comprendre que la référence faite par la JIA au "point de vue commercial normal" se rapporte au point de vue des nouveaux investisseurs de l'extérieur.⁵⁰⁶ De plus, la section 2.3.2.2.1 décrit le taux d'intérêt calculé à l'aide de la formule 1 comme étant le taux applicable aux "sociétés insolubles". La solvabilité d'une société est établie par référence aux nouveaux investisseurs de l'extérieur, sur la base d'éléments d'information émanant des agences de notation.⁵⁰⁷ Ainsi, ayant constaté qu'il n'y avait pas de nouveaux investisseurs de l'extérieur qui investiraient dans Hynix ou lui consentiraient de nouveaux prêts, la JIA a appliqué la formule 1, qui est un point de repère du marché pour les

⁵⁰³ L'argument de la Corée selon lequel la JIA a calculé le montant de l'avantage sur la base de transactions "supposées" est lié à son allégation selon laquelle la JIA a indûment traité le report de l'échéance des prêts et les échanges de créances contre des participations opérés en octobre 2001 et en décembre 2002 comme des "transferts directs de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Nous avons rejeté cette allégation pour les raisons exposées, à la section K *infra*. Toutefois, le fait que nous reconnaissons le bien-fondé de la manière dont la JIA a traité ces transactions comme des "transferts directs de fonds" ne signifie pas nécessairement que nous acceptons le calcul de l'avantage résultant de ces transactions fait par la JIA.

⁵⁰⁴ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 103 et 306.

⁵⁰⁵ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 302.

⁵⁰⁶ Nous prenons note de l'affirmation du Japon selon laquelle l'expression anglaise "normal commercial perspective" (point de vue commercial normal) a le même sens que l'expression équivalente ("normal commercial point of view") qui est analysée dans la question n° 31 du Groupe spécial.

⁵⁰⁷ Par exemple, la JIA s'est référée à la solvabilité "contestable" d'Hynix au paragraphe 265 de l'annexe 1 (Faits essentiels). Partant de cette considération, parmi d'autres, elle a constaté qu'il n'y avait pas d'investisseurs "d'un point de vue commercial normal", c'est-à-dire le point de vue de l'investisseur de l'extérieur. Cela démontre que le concept de solvabilité est en rapport avec le point de vue des investisseurs de l'extérieur, plutôt que de l'intérieur.

investisseurs de l'extérieur. La JIA a adopté la même approche en ce qui concerne le report de l'échéance des prêts de décembre 2002.⁵⁰⁸

7.308 La JIA a de même calculé le montant de l'avantage résultant des échanges de créances contre des participations d'octobre 2001 et de décembre 2002 par référence au critère de l'investisseur extérieur:

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 pouvaient 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.⁵⁰⁹

7.309 Une fois encore, la JIA a donc abordé la question du "point de vue commercial normal", c'est-à-dire le point de vue de l'investisseur de l'extérieur.

7.310 Nous rappelons que la JIA a accepté explicitement "le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances".⁵¹⁰ En réponse à la question n° 98 du Groupe spécial, le Japon a confirmé qu'en acceptant ce postulat la JIA acceptait "l'idée que les créanciers existants pourraient entreprendre des mesures de restructuration que d'éventuels investisseurs de l'extérieur n'entreprendraient pas". La JIA a admis que l'annulation de dettes par les créanciers pouvait être de nature "commerciale" "[s]'il [était] raisonnablement constaté que cette action [était] inévitable afin de maximiser le recouvrement des créances".⁵¹¹ Il n'y a donc pas désaccord entre les parties sur le fait que le critère de l'investisseur de l'intérieur constitue un point de repère du marché valable dans le contexte de la présente affaire.⁵¹² Il n'y a pas non plus de désaccord entre les parties sur le fait que les perspectives d'investissement des investisseurs de l'intérieur et de l'extérieur diffèrent. Nous constatons qu'une autorité chargée de l'enquête objective et impartiale, qui elle-même a admis que les créanciers *existants* pourraient entreprendre des mesures de restructuration que de nouveaux investisseurs *de l'extérieur* n'entreprendraient pas, ne pourraient pas dûment calculer le montant de l'avantage conféré par les restructurations entreprises par les créanciers *de l'intérieur* sur la base d'un point de repère constitué exclusivement par un investisseur *de l'extérieur*.⁵¹³ Cette approche repose sur une incohérence interne

⁵⁰⁸ Voir le paragraphe 382 de l'annexe 1 (Faits essentiels).

⁵⁰⁹ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 310. Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 379 et 381, indiquant la même approche en ce qui concerne les échanges de créances contre des participations de décembre 2002.

⁵¹⁰ Voir le paragraphe 141, annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations).

⁵¹¹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 429.

⁵¹² Nous n'avons donc pas à formuler de quelconques constatations sur la question de savoir si le point de vue de l'investisseur de l'intérieur constitue un point de repère du marché valable aux fins des articles 1.1 b) et 14 de l'Accord SMC. Nous examinerons plutôt si la JIA a ou non appliqué ce critère de manière appropriée.

⁵¹³ En ce qui concerne les participations au capital social, la JIA a expliqué qu'elle avait constaté que la situation existant à l'époque ne permettait pas d'obtenir un rendement de l'investissement dans un délai raisonnable en raison de sa constatation selon laquelle "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 restantes après la réduction et l'annulation" (annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 170). Nous avons déjà noté que la JIA avait explicitement

qui compromet la validité et la crédibilité de la détermination par la JIA de l'existence d'un avantage.⁵¹⁴

7.311 La Corée a aussi fait valoir, et 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.⁵¹⁵ La Corée affirme que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a constaté que l'analyse faite par l'autorité chargée de l'enquête d'un échange de créances contre des participations ne pouvait pas prendre en considération uniquement l'annulation de la dette et ne pas tenir compte de la valeur des participations fournies en contrepartie.

7.312 Au paragraphe 7.212 du rapport *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

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

accepté "le postulat selon lequel les créanciers existants pourraient accorder un financement additionnel afin de maximiser le recouvrement des créances". Ayant accepté ce postulat, nous ne voyons pas comment la JIA aurait pu dûment attribuer une valeur de zéro aux participations au capital social prises par les créanciers existants d'Hynix sachant 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". En fait, 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* (voir, *infra*, la section E.7 c).

⁵¹⁴ Le Japon estime que les arguments de la Corée ne tiennent pas compte du pouvoir discrétionnaire accordé à chaque Membre de l'OMC du fait qu'il a bénéficié d'"une marge de manœuvre considérable pour adopter une méthodologie raisonnable" (*CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213). Nous partageons l'avis du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* selon lequel les autorités chargées de l'enquête ont effectivement une marge de manœuvre considérable pour adopter les méthodologies servant à calculer l'avantage, mais la question en l'espèce ne concerne pas le choix des méthodologies. La JIA a elle-même choisi de déterminer l'existence d'un avantage sur la base du critère de l'investisseur de l'intérieur. La question en l'espèce concerne la cohérence de l'application de ce critère par la JIA. Rien dans le rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* ne donne à penser que l'autorité chargée de l'enquête, ayant appliqué un point de repère particulier au moment d'établir l'existence d'un avantage, peut faire abstraction de ce point de repère au moment de calculer le montant de l'avantage (avec pour résultat que le montant de l'avantage est exagéré).

⁵¹⁵ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 132.

7.313 Nous souscrivons à ce raisonnement du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*. 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".⁵¹⁶ 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. (Ce sont les créanciers d'Hynix qui cherchaient à maximiser le recouvrement de leurs créances, et non Hynix.) Nous inspirant du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, 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. 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.

7.314 Avant de conclure, nous prenons note de l'argument du Japon selon lequel la JIA n'avait pas les renseignements nécessaires pour appliquer le critère de l'investisseur de l'intérieur parce que le gouvernement coréen et les autres établissements financiers n'avaient pas communiqué de renseignements sur la restructuration financière d'autres sociétés dans le cadre de la CRPA. Compte tenu de la formule de calcul utilisée par la JIA, qui (comme on l'a vu plus haut) était entièrement sur le point de vue de l'investisseur de l'extérieur, nous ne sommes pas convaincus que la JIA était obligée de calculer le montant de l'avantage de la manière dont elle l'a fait en raison d'une absence de renseignements sur les actions entreprises par les investisseurs de l'intérieur dans d'autres restructurations. En particulier, le Japon n'a identifié aucune référence dans la détermination finale à une quelconque nécessité pour la JIA de calculer le montant de l'avantage sur la base des données de fait disponibles, c'est-à-dire en utilisant le critère de l'investisseur de l'extérieur, en raison d'un défaut de communication par les parties intéressées de renseignements sur d'autres restructurations entreprises dans le cadre de la CRPA.

7.315 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous reconnaissons le bien-fondé de l'argument de la Corée selon lequel la JIA a indûment calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

8. Conclusion

7.316 Pour conclure, nous rejetons l'allégation de la Corée selon laquelle la détermination par la JIA de l'existence d'un avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. En revanche, nous reconnaissons le bien-fondé de l'allégation de la Corée selon laquelle la détermination par la JIA de l'existence d'un avantage conféré par la restructuration de décembre 2002 était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Nous reconnaissons également le bien-fondé de l'allégation de la Corée selon laquelle le calcul par la JIA du montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 était incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

7.317 Nous notons que la Corée a aussi formulé une allégation au titre de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du *GATT de 1994*. Cette allégation est subordonnée à ses allégations au titre des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Dans la mesure où nous rejetons ces allégations, rien ne permet de constater que le Japon a violé l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et l'article VI:3 du *GATT de 1994*. Dans la mesure où nous reconnaissons le bien-fondé de ces allégations, nous ne jugeons pas nécessaire de formuler une constatation au titre de ces dispositions.

⁵¹⁶ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 170.

F. TEXTE INTRODUCTIF DE L'ARTICLE 14 – MÉTHODE DE CALCUL DE L'AVANTAGE

7.318 La Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*, qui dispose ceci:

Aux fins de la Partie V, toute méthode utilisée par les autorités chargées de l'enquête pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire conformément au paragraphe 1 de l'article premier sera prévue dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Membre concerné et son application à chaque cas particulier sera transparente et expliquée de manière adéquate.

7.319 Le Japon demande au Groupe spécial de rejeter l'allégation de la Corée.

1. Principaux arguments des parties

7.320 La Corée soutient que la JIA a calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 en utilisant des "méthodes" qui n'étaient pas dûment "prévues" dans la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon, c'est-à-dire les *Directives applicables aux procédures concernant les droits compensateurs et les droits antidumping* (les "*Directives*") du Japon.

7.321 Le Japon fait valoir que toute plainte au titre de la première des trois prescriptions énoncées dans le texte introductif de l'article 14 est, par définition, une contestation "en tant que tel" de la loi japonaise. Il soutient que la Corée n'a pas satisfait aux critères établis par l'Organe d'appel pour qu'il y ait contestation "en tant que tel".⁵¹⁷

7.322 Le Japon fait valoir que l'allégation de la Corée est fondée sur une interprétation erronée du texte introductif de l'article 14. Selon lui, les rédacteurs de l'*Accord SMC* ont pris soin de ne pas être trop normatifs en ce qui concerne les méthodes au moyen desquelles les Membres peuvent calculer la subvention. Le Japon fait valoir que: i) dans son allégation, la Corée confond la "méthode", qui est énoncée dans les *Directives*, avec l'"application" de cette méthode en l'espèce; ii) les méthodes prévues dans les *Directives* sont en réalité plus détaillées que les prescriptions de l'*Accord SMC*; iii) la définition que donne le dictionnaire du terme "method" (méthode) est large, 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); le terme "méthode" désigne donc "une façon générale, systématique de faire les choses plutôt qu'un programme de calcul détaillé spécifique"; iv) si les "principes directeurs" énoncés aux alinéas a) à d) de l'article 14 ne doivent pas être interprétés comme des "règles rigides qui [seraient] censées prévoir chaque circonstance factuelle

⁵¹⁷ Le Japon se réfère au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphes 172 et 173 ("Selon nous, des contestations "en tant que tel" de mesures d'un Membre dans une procédure de règlement des différends à l'OMC sont des contestations sérieuses. [...] Nous exhortons donc les parties plaignantes à être *particulièrement attentives* à énoncer aussi clairement que possible les allégations "en tant que tel" dans leurs demandes d'établissement d'un groupe spécial. En particulier, nous nous attendrions à ce que des allégations "en tant que tel" indiquent sans ambiguïté les mesures spécifiques du droit interne contestées par la partie plaignante et le fondement juridique de l'allégation selon laquelle ces mesures ne sont pas compatibles avec des dispositions particulières des accords visés. Grâce à de telles présentations simples des allégations "en tant que tel", les demandes d'établissement d'un groupe spécial devraient laisser peu de doutes aux parties défenderesses sur le fait que, malgré leur propre opinion mûrement réfléchie sur la compatibilité de leurs mesures avec les règles de l'OMC, un autre Membre a l'intention de contester ces mesures, en tant que telles, dans le cadre d'une procédure de règlement des différends à l'OMC." (italique dans l'original))

concevable"⁵¹⁸, il s'ensuit logiquement dès lors que les méthodes adoptées par les Membres dans le cadre de l'article 14 ne peuvent pas non plus être des "règles rigides"; v) comme le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* l'a dit, l'autorité chargée de l'enquête "bénéficie d'une marge de manœuvre considérable" pour adopter une méthodologie raisonnable au regard de l'article 14⁵¹⁹; et vi) si l'*Accord SMC* ne prévoyait aucune flexibilité en ce qui concerne les méthodes qui doivent être prévues dans la législation ou les réglementations d'application nationales, les subventions nouvelles dont aucune autorité n'a l'expérience ne seraient pas assujetties aux disciplines de l'*Accord SMC*.

2. S'agit-il d'une allégation "en tant que tel"?

7.323 Le Japon soutient que l'allégation de la Corée au titre du texte introductif de l'article 14 est irrecevable, parce qu'il s'agit d'une allégation "en tant que tel" qui ne figurait pas dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée.

7.324 Nous pensons comme le Japon que toute allégation visant les *Directives* du Japon "en tant que telles" ne relèverait pas du mandat du Groupe spécial, puisqu'il n'est pas indiqué dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée que les *Directives* sont une mesure contestée. À notre avis, toutefois, l'allégation de la Corée ne vise pas les *Directives* "en tant que telles". Bien que le Japon semble avoir interprété l'argument de la Corée selon lequel "la législation et les réglementations d'application du Japon ne respectent absolument pas [la] prescription"⁵²⁰ (énoncée dans le texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*) comme une allégation visant la législation et les réglementations d'application en elles-mêmes, la Corée a confirmé que l'allégation concernait l'*utilisation* alléguée par la JIA – dans l'enquête en cause – d'une méthode qui n'était pas prévue dans les *Directives* du Japon. Ainsi, la Corée a dit ce qui suit au paragraphe 40 de sa deuxième communication écrite: "[l]a question (...) qui se pose est celle de savoir si les méthodes effectivement "utilisées par" la JIA pour calculer les avantages qui auraient été conférés par la subvention en l'espèce étaient prévues dans "la législation ou les réglementations d'application nationales du Japon"". Cela est conforme à l'exposé de cette allégation dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée, dans laquelle il est dit que la JIA "a utilisé pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire allégué des contributions financières alléguées des méthodes qui n'étaient pas spécifiées dans [l]a législation ou [l]es réglementations d'application nationales [du Japon]".⁵²¹

7.325 Compte tenu de ce qui précède, nous rejetons l'argument du Japon selon lequel la Corée a formulé une allégation irrecevable visant la législation et les réglementations d'application nationales du Japon "en tant que telles", parce qu'il n'a pas été formulé d'allégation "en tant que tel".

3. Les méthodes utilisées par la JIA étaient-elles prévues dans les Directives du Japon?

7.326 À titre préliminaire, nous souhaitons examiner l'argument du Japon selon lequel les dispositions des *Directives* constituent des "méthodes", et selon lequel les méthodes prévues dans les *Directives* sont effectivement plus détaillées que les prescriptions de l'*Accord SMC*. Nous ne considérons pas que cet argument permet de trancher la question dont nous sommes actuellement saisis, puisque l'allégation de la Corée porte essentiellement sur les méthodes effectivement utilisées par la JIA. La Corée soutient que certaines des méthodes effectivement utilisées par la JIA étaient

⁵¹⁸ Le Japon se réfère au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 92.

⁵¹⁹ Le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213.

⁵²⁰ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 138.

⁵²¹ Voir le document WT/DS336/5 (reproduit à l'annexe A-1), page 2, alinéa 8.

prévues dans la détermination finale, mais pas les *Directives*. Si la Corée avait raison, l'utilisation de ces méthodes serait alors incompatible avec le préambule de l'article 14, indépendamment de la question de savoir si la JIA a aussi utilisé ou non d'autres méthodes qui étaient, ou auraient pu être, prévues dans les *Directives*.

7.327 Nous rappelons que le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a constaté que "l'autorité chargée de l'enquête bénéfici[ait] d'une marge de manœuvre considérable pour adopter une méthodologie raisonnable" aux fins du calcul du montant de l'avantage.⁵²² Afin de préserver le pouvoir discrétionnaire dont les autorités chargées de l'enquête devraient disposer à bon droit pour calculer l'avantage, le texte introductif de l'article 14 ne devrait pas être interprété à tort avec une rigueur excessive. Autrement dit, les autorités chargées de l'enquête ne devraient pas être tenues d'exposer par le menu toutes les approches possibles pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire. Si elles y étaient tenues, cela pourrait les empêcher d'ajuster leurs méthodes de calcul en fonction de nouvelles situations de subventionnement allégué qui n'avaient pas été envisagées lorsque la législation ou les réglementations d'application nationales ont été établies. Par ailleurs, le texte introductif de l'article 14 assure la transparence et la prévisibilité. Le niveau de détail requis dans l'énoncé des "méthodes" doit, par conséquent, être suffisant pour répondre aux besoins en matière de transparence et de prévisibilité.

7.328 Nous notons que le Japon a proposé une définition donnée dans le dictionnaire indiquant que le mot "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).⁵²³ La Corée n'était pas opposée à la définition donnée dans le dictionnaire du terme "méthode" qui avait été proposée par le Japon. Comme les parties sont d'accord sur la définition proposée par le Japon, nous prendrons en considération cette définition pour examiner l'allégation de la Corée.

7.329 Nous rappelons que la JIA a calculé les montants des avantages résultant de l'annulation de la dette, des participations au capital social et des prêts.⁵²⁴ Aux termes de la détermination finale de la JIA⁵²⁵, l'annulation de la dette est une subvention non récurrente, dont le montant est imputé sur plusieurs années, avec intérêts. Dans la détermination finale, la JIA déclare que le montant total de l'avantage imputé sur une année donnée a été calculé selon la "formule 2", à savoir:

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

[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

⁵²² *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.213.

⁵²³ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 528, citant le *New Shorter Oxford Dictionary*, page 1759.

⁵²⁴ Nous rappelons notre constatation antérieure selon laquelle la JIA pouvait 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.

⁵²⁵ Voir l'annexe 1 de la détermination finale, paragraphe 102.

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

7.330 En appliquant une "formule", la JIA a appliqué essentiellement une règle mathématique. Nous considérons que, ce faisant, la JIA a appliqué "une manière de procéder; une façon (définie ou systématique) de faire quelque chose". En conséquence, nous constatons que la JIA a calculé le montant de la subvention résultant de l'annulation de la dette en utilisant une "méthode" au sens du texte introductif de l'article 14.⁵²⁶ Cette méthode n'était pas prévue dans les *Directives* du Japon, qui disposent simplement qu'"[e]n cas d'annulation de la dette d'une société, le montant de la subvention correspond au montant du principal et/ou des intérêts auquel les pouvoirs publics ont renoncé".⁵²⁷ Les *Directives* ne font pas mention des éléments entrant dans cette formule, que ce soit en termes particuliers ou en termes généraux. La JIA a donc eu recours à une méthode de calcul du montant de l'avantage qui n'était prévue ni dans sa législation ni dans ses réglementations d'application nationales, contrairement au texte introductif de l'article 14.

7.331 La JIA a aussi appliqué la formule 2 pour calculer le montant de l'avantage résultant des participations au capital social.⁵²⁸ Nous rappelons que la formule 2 n'est pas prévue dans les *Directives*.⁵²⁹ Ainsi, pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que la JIA a calculé le montant de l'avantage résultant des participations au capital social en utilisant une méthode qui n'était prévue ni dans sa législation ni dans ses réglementations d'application nationales.

7.332 En ce qui concerne les prêts et les reports de l'échéance de prêts, la JIA a calculé le montant de l'avantage en utilisant un taux d'intérêt de référence pour les sociétés non solvables. La JIA a appliqué à cette fin la "formule 1", à savoir:

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

⁵²⁶ Nous trouvons des éléments étayant cette approche dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a estimé que la méthode *gamma* et la méthode de la "même personne" étaient des "méthodes" au sens de la première phrase du texte introductif de l'article 14:

"... Les Membres de l'OMC ont prévu à l'article 14 de l'*Accord SMC* que les autorités chargées de l'enquête dans les Membres utiliseraient des "méthodes" différentes pour "calculer l'avantage conféré au bénéficiaire" lorsqu'elles détermineraient le montant des droits compensateurs à imposer sur un produit importé afin de neutraliser une subvention. Une méthode en ce sens utilisée par le DOC afin de déterminer si un "avantage" continue d'exister après une aliénation d'entreprise – la méthode *gamma* – a fait l'objet d'un différend antérieur et d'un appel antérieur. Une autre méthode est la méthode de la "même personne", qui donne lieu au présent différend et au présent appel." (paragraphe 128, non souligné dans l'original)

⁵²⁷ Voir l'article 13(1) ii) A des *Directives*.

⁵²⁸ Voir, par exemple, le paragraphe 312 de l'annexe 1 (Faits essentiels).

⁵²⁹ En ce qui concerne les participations au capital social, l'article 13(1) iii) A dispose ce qui suit:

a) Dans le cas d'une participation au capital social provenant des pouvoirs publics, lorsqu'un avantage est réputé exister dans la mesure où la décision d'investissement est incompatible avec la pratique usuelle des investisseurs privés en matière d'investissement (par exemple, les investisseurs privés ne seraient pas en mesure d'investir dans ces conditions d'investissement), y compris la pratique en matière de fourniture de capital-risque, le montant de la subvention correspond à la différence entre l'investissement effectué par les pouvoirs publics et celui effectué par les investisseurs privés dans des conditions d'investissement analogues.

b) Si un investissement effectif par des investisseurs privés comparable à l'investissement des pouvoirs publics n'est pas disponible, le montant adéquat de la subvention sera déterminé après un examen des circonstances dans lesquelles les pouvoirs publics pourraient obtenir un rendement raisonnable sur l'investissement dans un délai raisonnable, etc.

[où]

n : la période de remboursement du prêt

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

i_f : le taux d'intérêt pour les sociétés solvables

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

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

7.333 Conformément à l'analyse effectuée plus haut en ce qui concerne la formule 2, nous constatons que la formule 1 est une "méthode" de calcul du montant de la subvention. Cette méthode n'était pas prévue dans les *Directives* du Japon.⁵³⁰ Les *Directives* disent tout au plus, s'agissant des prêts, que si aucun *prêt comparable effectif* n'est *disponible* (pour calculer le montant de l'avantage), le "montant adéquat de la subvention sera déterminé" après examen des prêts commerciaux *raisonnablement comparables* qui sont offerts sur le marché. Toutefois, comme le montre la formule 1 (telle qu'elle est énoncée plus haut), la méthode utilisée était bien différente de l'explication simpliste donnée dans les *Directives*. Nous constatons donc que la JIA a calculé le montant de l'avantage résultant des prêts et des reports de l'échéance de prêts en utilisant une méthode qui n'était prévue ni dans sa législation ni dans ses réglementations d'application nationales.

7.334 Pour les raisons exposées plus haut, nous reconnaissons le bien-fondé de l'allégation de la Corée selon laquelle, pour calculer le montant de l'avantage, la JIA a utilisé des méthodes qui n'étaient prévues ni dans la législation ni dans les réglementations d'application nationales du Japon, contrairement au texte introductif de l'article 14 de l'*Accord SMC*.

G. IMPUTATION/MAINTIEN DE L'AVANTAGE

7.335 La Corée déclare que le Japon a indûment perçu un droit compensateur sur les importations effectuées en 2006 parce que, selon les propres calculs du Japon, les subventions alléguées résultant de la restructuration d'octobre 2001 avaient cessé de conférer un quelconque avantage après 2005. La Corée soutient que l'imposition par le Japon de droits compensateurs était, par conséquent, incompatible avec les prescriptions des articles 19.4 et 21.1 de l'*Accord SMC*.⁵³¹

7.336 L'article 19.4 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

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.⁵³²

⁵³⁰ L'article 13 iv) A b) des *Directives* dispose que "[s]i un prêt commercial effectif à la société qui est comparable à un prêt accordé par les pouvoirs publics n'est pas disponible, le montant adéquat de la subvention sera déterminé après examen des prêts commerciaux raisonnablement comparables offerts sur le marché intérieur".

⁵³¹ Alors que la demande d'établissement d'un groupe spécial, la première communication écrite et la deuxième communication écrite présentées par la Corée font état de violations des articles 19 et 21 de l'*Accord SMC* en général, il est dit explicitement au paragraphe 92 de la déclaration orale de la Corée à la première réunion de fond que celle-ci allègue qu'il y a violation des articles 19.4 et 21.1 plus particulièrement. La Corée a confirmé la portée plus restrictive de son allégation dans sa réponse à la question n° 127 du Groupe spécial.

⁵³² Note de bas de page omise, pas d'italique dans l'original.

7.337 L'article 21.1 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

Les droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage.

1. Principaux arguments de la Corée

7.338 La Corée soutient que les subventions dont il est allégué qu'elles ont été reçues par Hynix en 2001 ont toutes été imputées par la JIA sur la période de cinq ans allant de 2001 à 2005. La Corée déclare que l'avantage résultant de la restructuration d'octobre 2001 avait donc déjà cessé d'exister au moment où les droits compensateurs ont été imposés en 2006.

7.339 La Corée soutient que l'article 19.4 de l'*Accord SMC* limite les droits aux subventions dont "l'existence" a été constatée – il ne permet pas d'imposer des droits sur la base de subventions passées qui n'"existent" plus. Ainsi, la constatation que des subventions existaient à un moment donné dans le passé (par exemple, durant la période couverte par l'enquête) ne justifie pas l'imposition de droits compensateurs, dès lors que ces subventions (ou les avantages qu'elles confèrent) n'existent plus actuellement.

7.340 La Corée soutient que cette conclusion est renforcée par les dispositions de l'article 19.1, qui prévoit que l'autorité chargée de l'enquête "pourra imposer un droit compensateur conformément aux dispositions du présent article, à moins que la ou les subventions ne soient retirées". En d'autres termes, même s'il est constaté qu'une subvention existait durant la période couverte par l'enquête, aucun droit ne peut être imposé si la subvention est retirée, et cesse ainsi d'"exister", avant la détermination finale. Selon la Corée, cela implique clairement qu'un droit compensateur ne peut être imposé que si la subvention – et l'avantage qu'elle confère – existent encore au moment où la décision d'imposer le droit est rendue. La Corée fait valoir que l'article 21.1 de l'*Accord SMC* rend cette prescription explicite, puisqu'il dispose que "[l]es droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage". Elle soutient que dès lors que l'avantage conféré par la subvention n'existe plus, le droit n'est plus "nécessaire [] pour contrebalancer le subventionnement," et ne peut donc pas rester en vigueur.

7.341 La Corée nie avoir allégué que l'imposition de droits compensateurs exigeait un calcul distinct et séparé des subventions, outre la détermination de l'existence d'un subventionnement établie par l'autorité chargée de l'enquête dans le cadre de son enquête. La Corée déclare qu'en fait, elle soutient uniquement que l'imposition des droits doit être compatible avec les calculs antérieurs qui ont abouti à la détermination de l'existence d'une subvention.

2. Principaux arguments du Japon

7.342 Selon le Japon, l'argument de la Corée concernant la période d'imposition des droits compensateurs ne découle pas de l'*Accord SMC* et devrait être rejeté. Le Japon fait valoir que la JIA a constaté et calculé le montant des subventions qui existaient au cours de la période couverte par l'enquête, comme l'exigeait l'article 19.1 et 19.4. Il fait valoir que l'*Accord SMC* ne contient aucune disposition qui exigerait que la période d'imposition soit déterminée à l'avance, ou qui prévoirait que la "période d'imputation" d'une subvention définit cette période d'imposition. Selon le Japon, la disposition de l'article 19.2 – "toutes les conditions requises sont remplies" – clarifie le fait que l'imposition de droits compensateurs au titre de l'article 19 est une phase distincte et séparée qui intervient après la détermination de l'existence d'un subventionnement. Le Japon fait valoir que l'autorité chargée de l'enquête ne peut imposer un droit compensateur qu'après avoir déterminé que la subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire "a été accordée" durant la période couverte par l'enquête, d'après les renseignements réunis en ce qui concerne la période couverte par

l'enquête, et qu'il n'existe aucune obligation additionnelle qui imposerait comme le prétend la Corée, de déterminer que la subvention "est accordée" au moment de l'imposition des droits.

7.343 Le Japon déclare que l'article VI:3 du *GATT de 1994*, qui autorise l'imposition de droits en ce qui concerne une "subvention que l'on sait avoir été accordée," indique en outre que l'imposition des droits compensateurs sera fondée sur une détermination qui précède nécessairement l'imposition du droit. Les articles 10 et 11.1 de l'*Accord SMC* reconnaissent que les autorités chargées de l'enquête doivent effectuer une enquête passant par de multiples étapes pour déterminer l'existence d'un subventionnement et d'un dommage; le temps qui est nécessaire pour se conformer à ces prescriptions a pour corollaire que l'imposition de droits compensateurs est lié au montant de la subvention dont l'existence a été constatée au cours de la période couverte par l'enquête. Selon le Japon, l'Organe d'appel a confirmé⁵³³ que la détermination par l'autorité chargée de l'enquête des conditions d'imposition d'une mesure corrective commerciale pouvait être fondée sur une période antérieure, c'est-à-dire la période couverte par l'enquête.⁵³⁴

7.344 Le Japon considère que la méthode de détermination invoquée par la Corée est pratiquement impossible à appliquer et que, par voie de conséquence, elle rendrait caduc le droit qu'ont les Membres importateurs d'avoir recours à la Partie V de l'*Accord SMC*.

7.345 Le Japon fait remarquer que l'article 10 de l'*Accord SMC* dispose qu'il ne pourra être imposé de droits compensateurs qu'à la suite d'enquêtes. Le Japon soutient que, eu égard au temps nécessaire pour procéder à une enquête en matière de droits compensateurs conformément aux termes de l'*Accord SMC*, l'*Accord SMC* laisse aux autorités chargées de l'enquête jusqu'à 18 mois après l'ouverture de l'enquête pour confirmer l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire et d'un dommage ainsi causé.⁵³⁵ Le Japon soutient que l'*Accord SMC* reconnaît aussi la nécessité de confirmer l'exactitude des renseignements réunis par les autorités chargées de l'enquête⁵³⁶, y compris au moyen d'enquêtes sur le territoire du Membre faisant l'objet de l'enquête.⁵³⁷ Le Japon affirme que les autorités chargées de l'enquête doivent respecter de multiples formalités en matière de procédure pour assurer la transparence de l'enquête et pour faire en sorte que les parties bénéficient des garanties d'une procédure régulière en donnant un résumé des "faits essentiels qui constitueront le fondement de la décision d'appliquer ou non des mesures définitives"⁵³⁸, en ménageant aux Membres intéressés et à toutes les parties intéressées des possibilités de présenter les éléments de preuve qu'ils jugeront pertinents⁵³⁹, et en communiquant formellement un avis au public et des rapports écrits expliquant la décision des autorités chargées de l'enquête.⁵⁴⁰ Le Japon dit que les autorités chargées de l'enquête doivent aussi ménager de multiples possibilités de consultations avec le Membre faisant l'objet de l'enquête.⁵⁴¹

⁵³³ Le Japon se réfère au rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*.

⁵³⁴ Le Japon se réfère aussi au rapport du Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.102, "[n]ous sommes d'avis que ... une constatation de l'existence d'un dumping pendant une période couverte par l'enquête se situant dans un passé récent est une constatation de l'existence d'un dumping "actuel" aux fins de l'Accord".

⁵³⁵ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 11.11.

⁵³⁶ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 12.5 ("[L]es autorités s'assureront au cours de l'enquête de l'exactitude des renseignements fournis par les Membres intéressés ou par les parties intéressées sur lesquels leurs constatations sont fondées.").

⁵³⁷ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 12.6.

⁵³⁸ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 12.8.

⁵³⁹ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 12.1. Il se réfère également à l'*Accord SMC*, article 12.10 ("Les autorités ménageront aux utilisateurs industriels du produit faisant l'objet de l'enquête ... la possibilité de fournir des renseignements qui ont un rapport avec l'enquête ...").

⁵⁴⁰ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, article 22.

⁵⁴¹ Le Japon se réfère à cet égard à l'*Accord SMC*, articles 13 et 19.1.

7.346 Selon le Japon, le temps qui est nécessaire pour se conformer à ces prescriptions a pour corollaire que l'imposition de droits compensateurs au titre de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* est liée au montant de la subvention dont l'existence a été constatée au cours de la période couverte par l'enquête. Le Japon affirme que si l'interprétation de l'article 19 donnée par la Corée était retenue, il serait impossible pour les autorités chargées de l'enquête de conduire des enquêtes et de rendre des déterminations, comme le prescrit l'*Accord SMC*. Il fait valoir que si les autorités chargées de l'enquête devaient déterminer l'existence et le niveau des subventions à la date de la détermination finale, il leur serait techniquement impossible de rendre la détermination finale en respectant ces obligations de forme.

7.347 Le Japon soutient également que, pour déterminer l'existence de la subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, y compris l'examen des niveaux de subventionnement *de minimis*, par exemple, les autorités chargées de l'enquête doivent calculer le niveau de la subvention par unité du produit importé. Il affirme que, pour ce faire, l'autorité chargée de l'enquête doit réunir des renseignements sur la valeur totale des produits bénéficiant de la subvention (pour calculer le dénominateur), et sur le montant de la subvention (pour calculer le numérateur). Le Japon considère qu'il serait pratiquement impossible de réunir ces renseignements et d'effectuer les calculs nécessaires à la date de la détermination finale.

7.348 Le Japon soutient que l'article 21.1 de l'*Accord SMC* n'est pas applicable en l'espèce, car il s'applique uniquement aux réexamens des mesures compensatoires existantes, et non à l'imposition de nouvelles mesures compensatoires.

3. Évaluation par le Groupe spécial

7.349 L'allégation de la Corée concerne l'imposition de droits compensateurs pour neutraliser les effets dommageables des subventions non récurrentes⁵⁴² résultant de la restructuration d'octobre 2001. Afin d'évaluer l'allégation de la Corée, nous devons déterminer si les articles 19.4 et 21.1 de l'*Accord SMC* interdisaient à la JIA de s'appuyer sur sa détermination selon laquelle les subventions d'octobre 2001 conféraient un avantage durant la période couverte par l'enquête en 2003 pour justifier l'imposition⁵⁴³ de droits compensateurs sur les importations en 2006.

7.350 D'emblée, nous rejetons l'allégation de la Corée dans la mesure où elle repose sur l'article 21.1 de l'*Accord SMC*. À notre avis, cette disposition s'applique une fois que les droits compensateurs ont été imposés. Elle ne régit pas l'imposition des droits en soi. Conformément à l'intitulé de l'article 21, "*Durée et réexamen des droits compensateurs et des engagements*", l'article 21.1 a trait à la durée des mesures compensatoires, en faisant en sorte qu'elles ne "restent en vigueur" que le temps et dans la mesure nécessaires. L'accent est donc mis sur la durée pendant laquelle un droit peut *rester* en vigueur, plutôt que sur les circonstances dans lesquelles ce droit est *entré en* vigueur initialement. Nous souscrivons par conséquent à l'analyse qu'a faite l'Organe d'appel de cette disposition, à savoir

⁵⁴² Le Japon reconnaît au paragraphe 154 de sa deuxième communication écrite que la restructuration d'octobre 2001 comportait l'octroi de subventions non récurrentes. La JIA a elle-même qualifié les participations au capital social et l'annulation de la dette de subventions non récurrentes (voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphes 98 et 102). Bien que le Japon ait soutenu que les subventions résultant de reports de l'échéance de prêts et de nouveaux prêts étaient des subventions récurrentes (en réponse à la question n° 96 du Groupe spécial), il est préférable à notre avis de traiter les prêts ponctuels comme des subventions non récurrentes.

⁵⁴³ Nous notons qu'il est question à l'article 19.4 de l'*Accord SMC* de la perception des droits compensateurs, plutôt que de leur imposition. Dans un régime de droits compensateurs prospectif, comme celui appliqué par le Japon, nous ne voyons pas la nécessité de faire une distinction entre la perception et l'imposition des droits compensateurs. En outre, le Japon n'a pas nié qu'il a perçu des droits compensateurs en 2006.

qu'elle impose des disciplines concernant le "maintien" des droits compensateurs, qui s'appliquent "après l'imposition" desdits droits.⁵⁴⁴

7.351 En ce qui concerne l'article 19.4 de l'*Accord SMC*, il n'y a pas de désaccord entre les parties quant au fait que l'autorité chargée de l'enquête doit établir l'existence d'un subventionnement avant de percevoir des droits compensateurs. La raison en est qu'il est fait mention explicitement à l'article 19.4 d'une subvention "dont l'existence aura été constatée". La question qui se pose est celle de savoir s'il doit être constaté qu'un subventionnement "existe" au moment de l'imposition, ou s'il suffit qu'il ait été déterminé qu'une subvention "existait" au cours d'une période antérieure donnée. À notre avis, le sens ordinaire de l'expression "dont l'existence aura été constatée" ne résout pas cette question. Nous nous tournons donc, pour avoir des indications, vers le contexte pertinent.

7.352 Nous estimons que l'article 19.1 fournit le contexte pertinent pour résoudre cette question, puisqu'il dispose que des droits compensateurs peuvent être imposés dès lors qu'il est établi que "les importations subventionnées causent un dommage". Compte tenu de l'utilisation du présent dans cette disposition, cela signifie selon nous 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. Cette interprétation est entièrement compatible avec le but des droits compensateurs, qui est de "neutraliser toute subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit".⁵⁴⁵ Il n'y aurait pas de subvention à neutraliser, et par conséquent pas de justification pour imposer des droits compensateurs, s'il n'était pas constaté au moment de l'imposition des droits que les importations sont subventionnées.

7.353 Le Japon soutient que la 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. Il cite à cet égard l'article VI:3 du *GATT de 1994*, dans lequel il est question de la subvention "*que l'on sait avoir été accordée*, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation du [] produit [importé]". (pas d'italique dans l'original) Le Japon se réfère aussi à une déclaration du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* selon laquelle "un droit compensateur ne peut être imposé sur un produit importé que s'il est démontré qu'une subvention (pouvant donner lieu à une mesure compensatoire) *a été accordée*, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation de cette marchandise". (pas d'italique dans l'original) Bien que le Japon s'appuie sur ces sources parce que le passé y est employé, nous ne considérons pas que l'emploi du passé est nécessairement incompatible avec une constatation selon laquelle des droits compensateurs sont imposés pour neutraliser les effets dommageables d'un subventionnement actuel. En effet, le fait

⁵⁴⁴ Au paragraphe 70 de son rapport sur l'affaire *États-Unis – Acier au carbone*, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

Nous tournant vers le contexte immédiat de l'article 21.3, nous observons que le titre de l'article 21 de l'*Accord SMC* est libellé comme suit: "Durée et réexamen des droits compensateurs et des engagements". Le premier paragraphe de l'article 21 dispose que les droits compensateurs "ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage". Nous considérons cela comme une règle générale selon laquelle, *après l'imposition* d'un droit compensateur, le *maintien* de ce droit en vigueur est soumis à certaines disciplines. Celles-ci se rapportent à la durée du droit compensateur ("que le temps ... nécessaire[]"), à son ampleur ("que ... dans la mesure nécessaire[]"), et à son but ("pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage"). Ainsi, la règle générale de l'article 21.1 souligne la prescription voulant que les droits compensateurs soient périodiquement réexaminés et met en lumière les facteurs qui doivent sous-tendre ces réexamens. (pas d'italique dans l'original)

⁵⁴⁵ *Accord SMC*, note de bas de page 36.

qu'une subvention non récurrente a été formellement *accordée* dans le passé ne signifie pas nécessairement que cette subvention ne continue pas à *conférer un avantage* actuellement.⁵⁴⁶

7.354 Nous notons que le Groupe spécial *CE – Accessoires de tuyauterie* s'est référé à l'article VI du *GATT de 1994* quand il a constaté, dans le cadre d'une affaire antidumping, "qu'il s'agi[ssait] de neutraliser le dumping actuel [au moyen de droits antidumping]".⁵⁴⁷ De même, dans l'affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, l'Organe d'appel a constaté que "les conditions régissant l'imposition d'un droit antidumping doivent être évaluées en ce qui concerne la situation actuelle".⁵⁴⁸ À la lumière de la *Déclaration sur le règlement des différends conformément à l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ou à la *Partie V de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*, qui prévoit "la cohérence du règlement des différends résultant de l'application de mesures antidumping et de mesures compensatoires", il est tout à fait raisonnable et approprié d'interpréter l'article VI:3 du *GATT de 1994*, et les dispositions de l'*Accord SMC*, de manière à reconnaître qu'il s'agit au moyen des droits compensateurs de neutraliser un subventionnement actuel.

7.355 Eu égard à ces considérations contextuelles, nous concluons que l'article 19.4 de l'*Accord SMC* dispose que des droits compensateurs ne peuvent être imposés que s'il existe un subventionnement actuel au moment de l'imposition des droits.

7.356 L'obligation d'établir l'existence d'un subventionnement actuel n'empêche pas les autorités chargées de l'enquête d'établir l'existence d'un subventionnement (et d'un dommage et d'un lien de causalité) en se référant à des données qui proviennent d'une période couverte par l'enquête se situant dans le passé. Au contraire, compte tenu de la nécessité pour les autorités chargées de l'enquête d'envoyer des questionnaires, de réunir des données fiables et vérifiables, de traiter et de vérifier ces données, et de garantir les droits des parties intéressées à une procédure régulière, elles n'ont pas d'autre choix que d'établir l'existence d'un subventionnement (et d'un dommage) sur la base de périodes couvertes par l'enquête se situant dans le passé. Ainsi, des droits compensateurs peuvent être imposés sur la base de l'examen par l'autorité chargée de l'enquête d'une période couverte par l'enquête se situant dans le passé. Nous ne voulons pas donner à entendre que l'autorité chargée de l'enquête est 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 a été constatée durant la période couverte par l'enquête. D'ailleurs, cela irait à l'encontre de l'objet même de l'utilisation de périodes couvertes par l'enquête.

7.357 Toutefois, l'utilisation d'une période couverte par l'enquête se situant dans le passé ne remet pas en cause la nécessité pour l'autorité chargée de l'enquête de s'assurer qu'il y a un subventionnement actuel. Les données historiques se rapportant à la période couverte par l'enquête "sont [plutôt] utilisées pour tirer des conclusions sur la situation actuelle"⁵⁴⁹, "[d]u fait que les conditions régissant l'imposition d'un droit [...] doivent être évaluées en ce qui concerne la situation actuelle".⁵⁵⁰ En ce sens, la situation durant la période couverte par l'enquête est utilisée comme un indicateur de la situation régnant "actuelle[ment]", au moment de l'imposition. Dans le cas des

⁵⁴⁶ Nous notons que l'expression "droit compensateur" est elle aussi définie au passé, en ce sens qu'il est question dans la note de bas de page 36 de l'*Accord SMC* "d'un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit". Mais encore une fois, le fait qu'une subvention a été formellement accordée dans le passé n'exclut pas nécessairement la possibilité que des importations continuent à bénéficier de cette subvention actuellement.

⁵⁴⁷ *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 7.102.

⁵⁴⁸ *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 165.

⁵⁴⁹ *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.58.

⁵⁵⁰ *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 165.

subventions non récurrentes⁵⁵¹, si l'examen de la période couverte par l'enquête indique que la subvention n'existera plus au moment de l'imposition, l'existence d'un subventionnement durant la période couverte par l'enquête ne suffira pas pour démontrer l'existence d'un subventionnement "actuel" au moment de l'imposition.

7.358 En l'espèce, la JIA a utilisé une période couverte par l'enquête se situant dans le passé pour établir l'existence d'un subventionnement. Cette période d'enquête couvrait l'année 2003. La JIA a déterminé l'existence d'un subventionnement en 2003 sur la base d'une imputation de l'avantage conféré de 2001 à 2005 par certaines des subventions non récurrentes résultant de la restructuration d'octobre 2001. Si la JIA avait imposé des droits compensateurs en 2004, ou en 2005, sa détermination en ce qui concerne la période couverte par l'enquête aurait établi qu'il y avait un subventionnement "actuel[lement]" durant l'une et l'autre de ces deux années, puisque l'avantage résultant de ces subventions était encore conféré dans ces années-là. En effet, lorsqu'elle a examiné la période couverte par l'enquête, la JIA a imputé l'avantage conféré par les subventions de 2001 sur la période allant de 2001 à 2005. Lorsque la JIA a cherché à imposer des droits compensateurs en 2006, toutefois, sa constatation de l'existence d'un subventionnement en ce qui concerne ces subventions durant la période couverte par l'enquête ne démontrait plus qu'il existait un subventionnement "actuel[lement]". En effet, un élément important de la détermination de la JIA en ce qui concerne la période couverte par l'enquête était que certaines des subventions de 2001 devaient être imputées, et qu'elles ne confèreraient plus aucun avantage en 2006.

7.359 Le Japon nie que la JIA, lorsqu'elle a analysé la période couverte par l'enquête, a formulé une constatation concernant l'existence d'un subventionnement en 2006. En particulier, il nie que la JIA a entièrement imputé l'avantage résultant de certaines subventions non récurrentes sur la période allant de 2001 à 2005. Le Japon affirme que la JIA a déterminé que le montant de la subvention d'octobre 2001 à imputer sur la période couverte par l'enquête représentait un cinquième du montant de la subvention non récurrente accordé initialement, et rien de plus.

7.360 Quand nous examinons la détermination établie par la JIA, il ne nous paraît pas juste de dire que la JIA n'a pas constaté que la subvention serait d'un certain montant, chaque année, pendant cinq ans. Nous notons que la JIA a imputé l'avantage conféré par certaines des subventions non récurrentes résultant de la restructuration d'octobre 2001 en utilisant la formule énoncée dans la section 2.3.2.2.2 de l'annexe 1 (Faits essentiels). L'un des éléments entrant dans cette formule est "n", qui correspond à la "durée de vie utile" des installations de production subventionnées. La JIA a déterminé que la durée "n" devrait être de cinq ans, conformément à certaines dispositions de la loi fiscale coréenne.⁵⁵² À notre avis, l'utilisation d'une période d'imputation de cinq ans est une constatation (même si elle n'est qu'implicite) selon laquelle l'avantage cessera d'exister après une période de cinq ans.⁵⁵³ La détermination établie par la JIA ne donne pas à entendre qu'il pourrait

⁵⁵¹ Nous rappelons que la présente affaire porte sur des subventions non récurrentes accordées dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001. Nos constatations ne s'appliqueraient pas nécessairement aux enquêtes relatives à des subventions récurrentes, qui se prêtent par nature à un type d'analyse différent.

⁵⁵² Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 99 et note de bas de page 96.

⁵⁵³ Pour cette raison, nous ne sommes pas convaincus par l'argumentation du Japon concernant les difficultés d'ordre pratique résultant de l'obligation pour les autorités chargées de l'enquête de déterminer l'existence d'un subventionnement au moment de l'imposition. Nous avons déjà noté que les autorités chargées de l'enquête peuvent utiliser des périodes couvertes par l'enquête se situant dans le passé, et que leurs constatations en ce qui concerne lesdites périodes couvertes par l'enquête peuvent être utilisées comme un indicateur de la situation au moment de l'imposition. Mais l'essentiel est que la détermination établie par l'autorité chargée de l'enquête en ce qui concerne le subventionnement durant la période couverte par l'enquête peut indiquer qu'il n'y aura pas (ou qu'il n'y a pas) de subventionnement au moment de l'imposition. Si tel est le cas, des droits compensateurs ne pourront pas être imposés sur la base de la détermination par l'autorité chargée de l'enquête de l'existence d'un subventionnement durant la période couverte par l'enquête.

encore y avoir une subvention après la période au terme de laquelle l'avantage conféré par cette subvention (non récurrente) a cessé d'exister.⁵⁵⁴

4. Conclusion

7.361 Eu égard aux considérations qui précèdent, et compte tenu de la décision de la JIA d'imputer l'avantage conféré de 2001 à 2005 par certaines des subventions non récurrentes résultant de la restructuration d'octobre 2001, nous constatons 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. En conséquence, s'agissant de ces subventions non récurrentes dont l'avantage a été imputé à l'aide de la formule 2 susmentionnée, nous concluons 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*.

H. SPÉCIFICITÉ

7.362 La Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec l'article 2 de l'*Accord SMC* parce que la JIA a indûment omis d'examiner si les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 avaient été opérées selon les mêmes procédures et dans les mêmes conditions que celles qui étaient généralement appliquées à d'autres sociétés se trouvant dans une situation analogue.

7.363 L'article 1.2 de l'*Accord SMC* dispose qu'une subvention ne peut donner lieu à une mesure compensatoire que s'il "s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2". Bien que la Corée ne précise pas le ou les paragraphes ni le ou les alinéas de l'article 2 sur lesquels repose son allégation, le Japon a confirmé en réponse à la question n° 48 du Groupe spécial que la JIA avait formulé une constatation de spécificité *de jure* au sens de l'article 2.1 a) de l'*Accord SMC*. L'article 2.1 a) dispose ce qui suit:

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

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

1. Principaux arguments de la Corée

7.364 La Corée affirme que la JIA a omis d'examiner si les transactions de restructuration "avaient été opérées selon les mêmes procédures et dans les mêmes conditions que celles qui étaient généralement appliquées à d'autres sociétés se trouvant dans une situation analogue".⁵⁵⁵ Selon la Corée: i) les règles fondamentales qui régissaient les restructurations d'Hynix – telles qu'énoncées

⁵⁵⁴ Nous prenons note de l'argument du Japon selon lequel la durée de vie utile des installations de production peut changer au fil du temps, de sorte que le facteur d'imputation ("n") pourrait lui aussi changer, ce qui influencerait sur le calcul du montant résiduel de l'avantage. Même si nous n'excluons pas la possibilité que le facteur d'imputation puisse changer, le Japon n'a pas présenté d'éléments de preuve indiquant que la période d'imputation de cinq ans initialement retenue par la JIA avait changé au moment où le Japon a imposé des droits compensateurs en 2006. En l'absence d'éléments de preuve en ce sens, la constatation de la JIA selon laquelle l'avantage conféré par la restructuration d'octobre 2001 cesserait d'exister à la fin de 2005 restait valable.

⁵⁵⁵ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 283, sixième alinéa.

dans l'Accord de renégociation puis dans la Loi pour la promotion de la restructuration des entreprises – étaient identiques aux règles qui régissaient la restructuration d'autres sociétés coréennes; ii) des rapports d'experts financiers du même type que ceux utilisés dans le cadre des restructurations d'Hynix ont également été utilisés dans le cadre des restructurations d'autres sociétés coréennes; iii) aucun élément de preuve n'indique que les conditions des transactions de restructuration d'Hynix étaient plus favorables à Hynix que les conditions d'autres restructurations intéressant des sociétés dans une situation analogue en Corée; et iv) aucun élément de preuve n'indique que le rôle des pouvoirs publics et des banques ayant fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics dans le cadre de la restructuration d'Hynix a été en quoi que ce soit différent de leur rôle dans les milliers de situations analogues qui se présentaient en Corée au même moment. La Corée soutient que, en se focalisant exclusivement sur Hynix, la JIA avait perdu de vue la situation générale. Selon la Corée, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que le rôle des pouvoirs publics et des banques ayant fait l'objet d'une action d'ordonner de la part des pouvoirs publics dans le cadre de la restructuration d'Hynix a été en quoi que ce soit différent de leur rôle dans les milliers de situations analogues qui se présentaient en Corée au même moment, le bien-fondé de la détermination établie par la JIA ne peut pas être reconnu.

7.365 Selon la Corée, la détermination établie par la JIA n'est pas sauvée par le fait que la JIA a considéré que les restructurations, et non la CRPA, étaient le programme pertinent aux fins de l'analyse de la spécificité. Ni le Japon ni la JIA n'ont présenté d'"éléments de preuve positifs" démontrant pourquoi les restructurations, et non la CRPA, constituaient le programme pertinent. Si les programmes de restructuration étaient uniquement l'expression de l'application normale de la CRPA, alors la JIA aurait dû considérer la CRPA, et non les restructurations, comme étant le programme pertinent. En se focalisant sur les restructurations spécifiques pour constater la spécificité, la JIA a supposé ce qu'elle était censée "étayer" par des "éléments de preuve positifs".

7.366 En outre, la Corée soutient que l'approche suivie par la JIA en l'espèce donnerait effectivement une lecture de l'Accord SMC qui exclurait la prescription relative à la spécificité. La Corée déclare que les autorités chargées de l'enquête n'auraient plus besoin, par exemple, de montrer que les programmes de prêts des pouvoirs publics étaient limités, en droit ou en fait, à des entreprises spécifiques, comme l'article 2 de l'Accord SMC pourrait sembler le prescrire. Selon la Corée, les autorités chargées de l'enquête pourraient simplement déclarer qu'elles se focalisaient sur "des transactions spécifiques avec une société spécifique," et éviter toute discussion du programme global dans le cadre duquel les prêts étaient consentis.

2. Principaux arguments du Japon

7.367 Le Japon s'appuie sur la constatation du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* selon laquelle les programmes de mai 2001 et d'octobre 2001 conféraient des subventions spécifiques à Hynix. Selon lui, les constatations de ce groupe spécial sur ce point sont convaincantes et valent également dans le présent différend, et l'analyse faite par ce groupe spécial s'applique également à la restructuration de décembre 2002.⁵⁵⁶ En ce qui concerne l'argument de la Corée selon lequel le "cadre juridique" qui régissait les restructurations d'Hynix était identique aux règles qui régissaient la restructuration d'autres sociétés coréennes, le Japon note que la JIA n'a pas constaté que la CRPA était elle-même un programme de subventions des pouvoirs publics, et il fait valoir que la question de savoir si d'autres sociétés auraient pu ou non se prévaloir de la CRPA est par conséquent sans intérêt. Le Japon conteste aussi la pertinence de l'argument de la Corée selon lequel Hynix n'a pas été traitée plus favorablement que d'autres sociétés coréennes en cours de restructuration. Selon le Japon, la question de savoir si Hynix a reçu ou non un traitement plus favorable que d'autres sociétés en cours de restructuration peut être pertinente en ce qui concerne

⁵⁵⁶ Le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.231.

la question de savoir si les mesures conféraient un avantage, mais pas en ce qui concerne la question de savoir si les mesures étaient spécifiques au sens de l'article 2. Le Japon considère que les déclarations faites par certaines parties intéressées dans leurs réponses au questionnaire de la JIA sur les subventions démontrent que les programmes d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient spécifiques à Hynix. Le Japon allègue aussi qu'au cours de l'enquête, les pouvoirs publics coréens et d'autres parties intéressées ont refusé de communiquer des renseignements sur d'autres sociétés assujetties à la CRPA.

3. Constatations de la JIA

7.368 La JIA a formulé la constatation de spécificité suivante en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001:

Les autorités chargées de l'enquête constatent que le programme d'octobre 2001 est spécifique au sens de l'article 2 de l'*Accord SMC*, parce que le programme d'octobre 2001 était une mesure de sauvetage pour une société spécifique, à savoir Hynix.⁵⁵⁷

7.369 La JIA a formulé une constatation identique en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002.⁵⁵⁸ En réponse aux observations de la KEB, la JIA a fait la déclaration additionnelle suivante sur la spécificité de la restructuration d'octobre 2001:

Le programme d'octobre 2001 était une mesure spécifique des pouvoirs publics pour soutenir Hynix, et il présente clairement la spécificité visée à l'article 2 de l'*Accord SMC*. En outre, la réfutation avancée par la KEB n'est pas recevable, à moins de considérer la CRPA elle-même comme un régime de subventions des pouvoirs publics. Étant donné que les autorités chargées de l'enquête n'ont pas constaté que la CRPA elle-même constitue un régime de subventions des pouvoirs publics, la réfutation n'est pas recevable.⁵⁵⁹

4. Évaluation par le Groupe spécial

7.370 La principale question soulevée par la Corée consiste à savoir si la JIA a dûment évalué la spécificité au niveau des restructurations prises individuellement, plutôt qu'au niveau de la CRPA. La Corée fait valoir que "[s]i les programmes de restructuration étaient uniquement l'expression de l'application normale de la CRPA, alors la JIA aurait dû considérer la CRPA, et non les restructurations, comme étant le programme pertinent".⁵⁶⁰

7.371 Saisi d'un argument très semblable, le Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM* a formulé la constatation suivante au sujet de la constatation des Communautés européennes selon laquelle, entre autres choses, la restructuration d'octobre 2001 était spécifique:

En ce qui concerne les Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, nous ne voyons pas la pertinence des arguments de la Corée, car la détermination des CE ne se rapportait ni au CRA ni à la CRPA en tant que tels, mais bien aux opérations spécifiques de restructuration entreprises dans ce cadre général. Les CE n'ont jamais fait de constatations au sujet du CRA ou de la CRPA en tant que tels, mais leur

⁵⁵⁷ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 301.

⁵⁵⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 378.

⁵⁵⁹ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 444.

⁵⁶⁰ Voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 250.

détermination se rapportait à l'opération unique de sauvetage d'Hynix. Ces opérations de restructuration ne constituaient pas simplement l'application d'un programme de soutien accessible à tous. En fait, le CRA et la CRPA fournissent simplement un cadre procédural pour la restructuration et ne prévoient eux-mêmes aucune contribution financière. Ce qui est pertinent, c'est que les CE ont constaté que, dans le cadre des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001, et compte tenu de nos constatations antérieures concernant les contributions financières et l'avantage, on a procédé à un exercice de restructuration spécifique *en faveur d'Hynix*. Hynix a reçu des contributions financières qui ont été spécifiquement versées à Hynix à mesure que les banques accordaient de nouveaux prêts ou refinançaient la dette et échangeaient des créances contre des participations d'Hynix. À notre avis, et compte tenu des arguments avancés par la Corée, les déterminations de spécificité faites par les CE au sujet des contributions spécifiques versées à Hynix dans le cadre des Programmes de restructuration de mai et d'octobre 2001 sont compatibles avec les articles 1.2 et 2 de l'Accord SMC.⁵⁶¹ (*italique dans l'original*)

7.372 Nous souscrivons à cette constatation. À notre avis, il y avait dans le dossier de la JIA suffisamment d'éléments de preuve indiquant que la CRPA définissait simplement le cadre formel dans lequel s'inscrivaient les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, mais ne définissant pas en réalité les conditions de ces restructurations. Autrement dit, les restructurations "n'étaient pas uniquement l'expression de l'application normale de la CRPA", comme l'allègue la Corée. Ainsi, dans la note de bas de page 303 de l'annexe 1 (Faits essentiels), la JIA a fait observer que, conformément à l'article premier de la CRPA, la CRPA avait pour but "de faciliter la restructuration ordinaire d'entreprises conformément aux lois du marché, en 1) améliorant la transparence comptable des entreprises et en mettant en place des systèmes permettant aux établissements financiers de gérer efficacement les risques de crédit, tout en 2) prescrivant les dispositions nécessaires pour faciliter une restructuration rapide et ordonnée des entreprises". L'article premier traite certes de questions de forme, telles que l'amélioration de la transparence et la facilitation⁵⁶², mais rien n'indique que la CRPA avait pour but de définir les conditions de fond régissant la restructuration des sociétés. Au lieu de cela, les éléments de preuve figurant dans le dossier de la JIA indiquaient que les conditions de fond des restructurations étaient la prérogative des conseils des établissements financiers créanciers, qui étaient mis en place séparément pour chacune des sociétés restructurées.⁵⁶³ La Corée n'a pas fait état d'éléments de preuve dans le dossier indiquant que les conditions des restructurations étaient déterminées par les dispositions de la CRPA en tant que telle.⁵⁶⁴ Pour cette raison, nous ne sommes

⁵⁶¹ Voir CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM, rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.231.

⁵⁶² C'est pourquoi la JIA a indiqué que la CRPA définissait le "cadre institutionnel" dans lequel s'inscrivaient les restructurations. Voir, par exemple, le paragraphe 271 de l'annexe 1 (Faits essentiels).

⁵⁶³ Nous nous référons à cet égard aux éléments de preuve figurant dans le dossier qui sont mentionnés aux paragraphes 446 et 447 de la première communication écrite du Japon.

⁵⁶⁴ Au contraire, la Corée insiste sur la nature spécifique à la société du processus de restructuration. Ainsi, la Corée relève la nature complexe de l'analyse à faire pour savoir si la valeur d'exploitation de la société concernée dépasse sa valeur de liquidation, ce qui nécessite de faire appel à des consultants externes (voir, par exemple, la première communication écrite de la Corée, paragraphes 99 et 100) et ce qui oblige les créanciers à évaluer les points forts et les points faibles de la société sur le plan opérationnel (voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 93). La Corée explique aussi que, dès lors que la décision de restructurer la dette est prise, les créanciers doivent décider comment la perte sera répartie (voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 22). La Corée fait remarquer plus loin que d'"autres complications" surgissent quand les intérêts des actionnaires et des gestionnaires entrent dans l'équation (voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 40). En l'absence d'éléments de preuve présentés par la Corée, il est tout simplement impossible de soutenir que toutes ces variables sont régies par l'"application normale" de la CRPA.

pas convaincus par l'argument de la Corée selon lequel les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 "étaient uniquement l'expression de l'application normale de la CRPA".

7.373 En outre, nous rappelons que nous avons confirmé le bien-fondé de la détermination de l'existence d'une action de charger ou ordonner établie par la JIA en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001. La détermination établie par la JIA reposait en partie sur une conclusion de fait intermédiaire selon laquelle les pouvoirs publics coréens avaient la volonté politique de sauver de la faillite une seule société, Hynix. D'une façon générale, il serait raisonnable de constater que les subventions qui sont accordées conformément à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics, dans l'intention de sauver de la faillite une seule société, sont spécifiques à cette société.

7.374 En examinant l'allégation de la Corée, nous avons soigneusement pris en considération l'argument de la Corée selon lequel l'approche de la JIA concernant la spécificité signifierait que les autorités chargées de l'enquête n'auraient plus besoin de montrer que les programmes sont spécifiques, mais qu'elles pourraient plutôt se focaliser sur des transactions spécifiques relevant de ces programmes. En règle générale, toutefois, si l'autorité chargée de l'enquête devait se focaliser sur une transaction donnée, et que cette transaction découlait d'un programme de soutien généralement offert dont l'exécution normale se traduirait généralement par des contributions financières à des conditions prédéterminées (qui par conséquent n'étaient pas spécialement conçues pour la société bénéficiaire), cette transaction particulière ne deviendrait pas "spécifique" au sens de l'article 2.1 simplement parce qu'elle était conclue pour une société spécifique, à notre avis. Une transaction particulière serait "spécifique", en revanche, si elle résultait d'un programme-cadre dont l'exécution normale 1) ne se traduit pas généralement par des contributions financières, et 2) ne prédétermine pas les conditions auxquelles les contributions financières en résultant pourraient être accordées, mais passe en revanche par a) des décisions délibérées d'accorder ou non la contribution financière (à tel ou tel demandeur), et b) des décisions délibérées pour déterminer comment les conditions de la contribution financière devraient être spécialement conçues pour la société bénéficiaire.

7.375 Pour les raisons exposées plus haut, nous concluons que la JIA a dûment constaté que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient spécialement conçues pour Hynix, et par conséquent spécifiques à Hynix. Nous rejetons par conséquent l'allégation de la Corée.

I. PARTIES INTÉRESSÉES

1. Arguments

a) Corée

7.376 La Corée allègue que la JIA a agi d'une manière incompatible avec l'article 12 de l'*Accord SMC* en traitant un certain nombre d'établissements financiers qui ont accordé un financement à Hynix comme des "parties intéressées" et en formulant ensuite des constatations sur la base des données de fait disponibles, plutôt que sur la base de renseignements propres aux créanciers pour les différents établissements financiers, dans les cas où certains de ces établissements n'avaient pas communiqué les renseignements demandés par la JIA. La Corée fait valoir que, selon ses termes mêmes, l'article 12.7 de l'*Accord SMC* s'applique uniquement quand une "partie intéressée" ne communique pas les renseignements nécessaires, et qu'il ne permet pas d'utiliser les données de fait disponibles quand des parties qui ne sont pas des "parties intéressées" ne communiquent pas les renseignements demandés. Selon la Corée, seules les parties pour lesquelles l'issue d'une enquête présente un intérêt peuvent être traitées comme des "parties intéressées".

7.377 Selon la Corée, une "partie intéressée" doit par définition avoir un "intérêt" dans quelque chose. Le fait que l'autorité chargée de l'enquête "s'intéresse" à une entité particulière pourrait faire de

cette entité un "partenaire", mais qu'il n'en fait pas une (partie intéressée) selon l'usage ordinaire en anglais. La Corée fait observer que l'*Accord SMC* ne définit pas explicitement les types d'"intérêts" qui seraient suffisants pour traiter une entité comme une "partie intéressée". Toutefois, elle fait valoir que le champ des "intérêts" recevables ressort clairement de l'*Accord SMC*. La Corée soutient que toutes les entités qui sont expressément désignées comme étant des "parties intéressées" à l'article 12.9 de l'*Accord SMC* sont directement affectées par l'issue des enquêtes, et qu'elles ont donc un "intérêt" manifeste dans le déroulement de la procédure. Elle fait valoir que le libellé de la deuxième phrase de l'article 12.9, qui habilite les autorités chargées de l'enquête à "permettre" à certaines entités de participer aux enquêtes en tant que parties intéressées, n'a de sens que si les entités ont demandé à participer à la procédure. La Corée soutient que l'article 12.3 de l'*Accord SMC*, qui présuppose que les "parties intéressées" doivent avoir un "dossier" à présenter aux autorités chargées de l'enquête, et l'article 12.8 de l'*Accord SMC*, qui exige que les autorités chargées de l'enquête ménagent aux "parties intéressées" une possibilité adéquate de "défendre leurs intérêts", seraient dénués de sens si l'expression "parties intéressées" était définie de façon à comprendre des entités qui n'ont pas d'"intérêt" dans la procédure, et donc pas de "dossier" à présenter. Enfin, la Corée fait valoir que les dispositions de l'*Accord SMC* concernant les "données de fait disponibles" seraient manifestement inéquitables et contraires aux garanties d'une procédure régulière si les parties qui ont un intérêt dans l'issue de l'affaire pouvaient voir leurs intérêts compromis parce que des entités qui n'ont aucun intérêt dans l'issue de l'affaire n'auraient pas répondu.

7.378 La Corée affirme que si les établissements financiers qui étaient les créanciers d'Hynix avaient un intérêt financier dans Hynix à un moment, il n'est pas certain que l'un quelconque de ces établissements avait encore un intérêt financier dans Hynix au moment de l'enquête de la JIA, et il n'est pas certain non plus que l'intérêt qu'ils pouvaient avoir dans Hynix se traduisait par un intérêt dans l'issue de l'enquête de la JIA. Cela étant, la Corée fait valoir que la JIA n'a pas établi de fondement factuel lui permettant de conclure que l'un quelconque des établissements financiers auxquels elle avait envoyé un questionnaire avait un intérêt dans l'issue de l'enquête

b) Japon

7.379 Le Japon prétend que la Corée n'a pas établi *prima facie* que l'inclusion des créanciers d'Hynix était incompatible avec l'une quelconque des dispositions de l'*Accord SMC* ou du *GATT de 1994*, et que l'allégation de la Corée devrait être rejetée.

7.380 Selon le Japon, les "parties intéressées" incluent les parties "ayant un intérêt ou une implication" dans les questions qui font l'objet de l'enquête.⁵⁶⁵ Le Japon soutient que l'argument de la Corée selon lequel une partie doit avoir un intérêt dans l'issue de l'enquête pour pouvoir être désignée comme "partie intéressée" ne tient pas au vu des dispositions de l'article 12.9 de l'*Accord SMC* et du contexte de l'*Accord SMC* dans son ensemble. Il fait valoir que le sens ordinaire de l'expression "interested parties" (parties intéressées) est suffisamment large pour englober toute partie "having an interest or involvement; not impartial" (ayant un intérêt ou une implication; non impartiale).⁵⁶⁶ Le Japon estime que la définition de "parties intéressées" à l'article 12.9 i) et ii) est exemplative et non exhaustive, et que la dernière phrase de l'article 12.9 précise que les autorités chargées de l'enquête dans une enquête en matière de droits compensateurs conservent le pouvoir discrétionnaire de considérer des parties nationales ou étrangères comme des parties intéressées. Selon le Japon, l'interprétation donnée par la Corée empêcherait en réalité des entités mentionnées expressément à l'article 12.9 d'être considérées comme des "parties intéressées" dans certaines circonstances. Le Japon soutient que l'article 23 de l'*Accord SMC* implique qu'il peut y avoir des parties intéressées qui ne sont pas "directement et individuellement affectées par les mesures administratives". Il fait valoir

⁵⁶⁵ Voir la première communication écrite du Japon, paragraphe 551.

⁵⁶⁶ Le Japon se réfère à cet égard au Concise Oxford Dictionary, page 737.

que l'interprétation donnée par la Corée ferait que les autorités chargées de l'enquête se heurteraient à des difficultés indues pour réunir les renseignements et établir les faits.

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.381 Selon la JIA, il était raisonnable de considérer les 16 établissements financiers qui ont accordé un financement à Hynix comme des "parties intéressées" dans l'enquête.⁵⁶⁷ La JIA a envoyé des questionnaires à ces établissements financiers.⁵⁶⁸ Lorsque certains de ces établissements n'ont pas répondu aux questionnaires ou n'ont pas communiqué autrement les renseignements demandés, la JIA a formulé certaines constatations dans la détermination finale sur la base des données de fait disponibles.⁵⁶⁹

7.382 L'utilisation des données de fait disponibles dans les enquêtes en matière de droits compensateurs est régie par l'article 12.7 de l'*Accord SMC*, qui dispose ceci:

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. (pas d'italique dans l'original)

7.383 Les circonstances dans lesquelles l'autorité chargée de l'enquête peut établir sa détermination sur la base des données de fait disponibles sont limitées, par les termes de l'article 12.7, aux cas où un Membre intéressé ou une "partie intéressée" refuse de donner accès aux renseignements nécessaires ou ne les communique pas dans un délai raisonnable, ou entrave le déroulement de l'enquête de façon notable.

7.384 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.

7.385 Cette allégation soulève deux questions. D'abord, l'autorité chargée de l'enquête doit-elle établir qu'une partie a un intérêt dans l'issue d'une enquête pour considérer cette partie comme une

⁵⁶⁷ Voir l'annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphes 29 et 39.

⁵⁶⁸ Voir l'annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 12. La JIA a traité uniquement les 16 créanciers auxquels elle avait envoyé son questionnaire comme des "parties intéressées".

⁵⁶⁹ La JIA n'a pas eu recours aux données de fait disponibles dans le cas des créanciers qu'elle n'avait pas définis comme des "parties intéressées".

"partie intéressée" dans l'enquête? Dans l'affirmative, la JIA a-t-elle dûment établi que les établissements financiers qu'elle considérerait comme des "parties intéressées" avaient un intérêt, ou auraient pu avoir un intérêt, dans l'issue de l'enquête? Nous traiterons ces questions successivement.

7.386 Nous faisons remarquer d'emblée que ni l'article 12.9 ni aucune autre disposition de l'*Accord SMC* ne dit que l'autorité chargée de l'enquête doit établir qu'une partie a un intérêt dans l'issue d'une enquête pour pouvoir considérer cette partie comme une "partie intéressée". L'absence d'une prescription de cette sorte dans le texte de l'*Accord SMC* indique, selon nous, qu'une telle prescription n'existe pas. Toutefois, nous reconnaissons que ce silence n'exclut pas la possibilité qu'une telle prescription puisse exister par implication, et nous devons encore donner un sens à l'expression "partie intéressée".⁵⁷⁰ La Corée fait valoir que cette prescription découle par implication du sens ordinaire de l'expression "partie intéressée", des types de parties expressément mentionnés à l'article 12.9 i) et ii), de l'utilisation du terme "permettre" dans la deuxième phrase de l'article 12.9, de la nature des droits conférés par l'article 12.3 et 12.8, et par l'article 12.7. Nous examinerons ces affirmations successivement.

7.387 Selon la Corée, une "partie intéressée" doit par définition avoir un "intérêt" dans quelque chose. La Corée soutient aussi que le fait que l'autorité chargée de l'enquête "s'intéresse" à une entité particulière pourrait faire de cette entité un "partenaire", mais qu'il n'en fait pas une "partie intéressée" selon l'usage ordinaire en anglais. Nous notons que le terme "interested" (intéressé) signifie, entre autres choses, "having an interest or involvement" (ayant un intérêt ou une implication).⁵⁷¹ Nous convenons qu'une partie intéressée doit par définition avoir un "intérêt" ou une "implication" dans quelque chose pour pouvoir être une "partie intéressée". Cependant, nous ne pensons pas que ce "quelque chose" doit, par définition, être l'issue de l'enquête. Nous estimons qu'une partie peut être une partie intéressée quand elle est engagée, ou impliquée, dans la question faisant l'objet de l'enquête, dans la mesure où elle a un intérêt dans cette question. Il est donc tout à fait plausible que le "quelque chose" soit plutôt les subventions alléguées en cause dans une enquête en matière de droits compensateurs, en ce sens qu'une partie était impliquée dans l'octroi de ces subventions.⁵⁷²

7.388 La Corée fait valoir que toutes les entités qui sont expressément désignées comme étant des "parties intéressées" à l'article 12.9 i) et ii) sont directement affectées par l'issue des enquêtes, et qu'elles ont donc un intérêt manifeste dans le déroulement de la procédure. À supposer que l'article 12.9 i) et ii) désigne certaines catégories ou classes de parties qui seraient directement affectées par l'issue des enquêtes, rien dans l'article 12.9 ne laisse penser que le sens de l'expression "parties intéressées" devrait être limité aux types de parties mentionnées à l'article 12.9 i) et ii). La première phrase de l'article 12.9 dispose que les "parties intéressées" "seront" les parties mentionnées à l'article 12.9 i) et ii), et établit ainsi certaines prescriptions minimales. La deuxième phrase de l'article 12.9 précise ensuite immédiatement que "[c]ette 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 ne pensons pas que l'article 12.9 i) et ii) est une liste exclusive des parties qui peuvent être considérées comme des "parties intéressées". À notre avis, le fait que les cas les plus évidents dans lesquels des parties seront "intéressées" sont mentionnés aux alinéas i) et ii) ne signifie pas que d'autres formes d'intérêt devraient être exclues de la catégorie des "parties intéressées". On ne peut pas déduire d'une sélection (dans les alinéas i) et ii)) des exemples

⁵⁷⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 65.

⁵⁷¹ Concise Oxford Dictionary, page 737.

⁵⁷² À cet égard, nous faisons observer que l'expression "partie intéressée" est définie ainsi dans la note de bas de page 9 du *Code des subventions issu du Tokyo Round*: "Par "signataire intéressé" ou "partie intéressée", on entend un signataire ou une partie dont les intérêts économiques sont affectés par la subvention en question." (pas d'italique dans l'original) Le fait que les rédacteurs de l'*Accord SMC* ont décidé de ne pas inclure cette définition peut dénoter l'intention des rédacteurs de définir l'expression "parties intéressées" d'une manière plus large aux fins de l'*Accord SMC*.

les plus évidents de "partie intéressée" que des exemples moins évidents ne devraient pas être traités eux aussi comme des "parties intéressées". Nous ne pouvons donc pas admettre l'argument de la Corée selon lequel l'article 12.9 i) et ii) implique nécessairement que des "parties intéressées" doivent par définition avoir un intérêt dans l'issue d'une enquête.

7.389 En outre, nous notons que l'intérêt de telle ou telle partie dans l'issue d'une enquête peut lui être particulier, et que les parties ont des "intérêts" divers. Nous ne voyons pas non plus comment le critère énoncé par la Corée, à savoir qu'une partie doit avoir un intérêt dans l'issue de l'enquête pour être une "partie intéressée", permet de distinguer les parties ayant des intérêts différents. On pourrait tenter d'y remédier en accolant des qualificatifs tels que "direct" ou "notable" au mot "intérêt", mais cela ne fait que conforter l'idée que l'intérêt d'une partie peut être différent de celui d'une autre partie.

7.390 En réponse à une question du Groupe spécial, la Corée a donné à entendre que l'emploi du mot "permettre" dans la deuxième phrase de l'article 12.9 implique qu'une partie doit présenter une demande avant de pouvoir être considérée comme une "partie intéressée". Nous ne sommes pas de cet avis. Le terme "permettre" dans la deuxième phrase de l'article 12.9 pourrait être compris comme indiquant 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. Le terme "permettre" pourrait également être compris comme indiquant que l'autorité chargée de l'enquête peut permettre aux entités en question d'être considérées comme des parties intéressées à la suite d'une demande ou d'une proposition en ce sens de la part d'un demandeur. En outre, comme le Japon l'a fait observer en réponse à la même question du Groupe spécial, l'expression "sur demande" figure dans diverses dispositions de l'Accord SMC⁵⁷³ et, étant donné que les rédacteurs de l'Accord SMC ont employé expressément l'expression "sur demande" dans les cas où une demande était requise ou prévue, le fait que cette expression n'apparaît pas 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.⁵⁷⁴

7.391 La Corée fait valoir que l'article 12.3⁵⁷⁵ et 12.8⁵⁷⁶ de l'Accord SMC présuppose que les "parties intéressées" doivent avoir un "dossier" à présenter et des "intérêts à défendre", ce qui n'aurait pas de sens si l'expression "parties intéressées" était définie de façon à comprendre des entités qui n'ont pas d'"intérêts" dans la procédure. À notre avis, l'article 12.3 et 12.8 concerne les parties

⁵⁷³ Par exemple, l'article 21.2, première phrase, de l'Accord SMC dispose ceci: "Les autorités réexamineront la nécessité de maintenir le droit dans les cas où cela sera justifié, de leur propre initiative ou, à condition qu'un laps de temps raisonnable se soit écoulé depuis l'imposition du droit compensateur définitif, *à la demande de toute partie intéressée* qui justifierait par des données positives la nécessité d'un tel examen." (pas d'italique dans l'original)

⁵⁷⁴ En ce qui concerne l'article 12.9, nous faisons remarquer en outre que, si seules les parties ayant un intérêt dans l'issue d'une enquête pouvaient être considérées comme des "parties intéressées", la deuxième phrase de l'article 12.9 se lirait plutôt comme suit:

Cette liste n'empêchera pas les Membres de permettre aux parties nationales ou étrangères *dont les autorités chargées de l'enquête savent qu'elles ont un intérêt dans l'enquête* autres que celles qui sont mentionnées ci-dessus d'être considérées comme des parties intéressées.

Ce n'est pas comme cela que l'article 12.9 a été rédigé.

⁵⁷⁵ L'article 12.3 dispose ceci: "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."

⁵⁷⁶ L'article 12.8 dit ceci: "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."

intéressées *participant à une enquête*. Les parties intéressées participant à une enquête auront en règle générale un "dossier" à présenter et des "intérêts à défendre". Toutefois, l'article 12.1.2⁵⁷⁷ et 12.2⁵⁷⁸ de l'Accord SMC présupposent qu'il y a des parties intéressées qui ne participent *pas* à une enquête. Selon la logique de l'argument avancé par la Corée, ces parties intéressées ne seraient pas des "parties intéressées". Cela est incompatible avec les termes de l'article 12.1.2 et 12.2. Nous ne pouvons donc pas admettre l'argument de la Corée selon lequel l'article 12.3 et 12.8, qui concerne les parties intéressées participant à une enquête, implique que les "parties intéressées" doivent par définition avoir un intérêt dans l'issue d'une enquête.

7.392 En outre, nous pensons que les rapports antérieurs de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux traitant de l'article 12.7, qui est la disposition de l'Accord SMC régissant l'utilisation des données de fait disponibles, ébranlent plutôt qu'ils n'étayent l'affirmation de la Corée selon laquelle seules les parties ayant un intérêt dans l'issue de l'enquête peuvent être considérées comme des "parties intéressées". Dans l'affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, l'Organe d'appel a expliqué que l'article 12.7 "vise à faire en sorte que le fait qu'une partie intéressée ne communique pas les renseignements nécessaires n'entrave pas l'enquête d'un organisme".⁵⁷⁹ Dans l'affaire *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, le Groupe spécial a dit ceci: "L'article 12.7 de l'Accord SMC est un élément essentiel des pouvoirs d'enquête limités dont disposent les autorités chargées des enquêtes pour obtenir les renseignements qui leur sont nécessaires pour faire des déterminations correctes."⁵⁸⁰ Ainsi, des rapports antérieurs de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux ont souligné le rôle important que joue l'article 12.7 pour faire en sorte que les autorités chargées des enquêtes puissent obtenir les renseignements qui leur sont nécessaires pour établir des déterminations correctes. Demander à l'autorité chargée des enquêtes d'établir qu'une partie a un intérêt dans l'issue de l'enquête comme condition préalable pour traiter cette partie comme une "partie intéressée" pourrait empêcher les autorités chargées des enquêtes d'établir des déterminations correctes. À notre avis, la portée du droit qu'ont les autorités chargées des enquêtes de considérer des parties comme des "parties intéressées" dans les enquêtes doit être interprétée de manière à faire en sorte que les autorités chargées des enquêtes puissent obtenir les "renseignements qui leur sont nécessaires" pour arriver à une détermination.⁵⁸¹ Nous ne pensons pas, par conséquent, que l'article 12.7 implique nécessairement que l'autorité chargée de l'enquête doit établir qu'une partie a un intérêt dans l'issue de l'enquête pour considérer cette partie comme une "partie intéressée" dans l'enquête.

7.393 La Corée fait valoir que les dispositions de l'Accord SMC régissant l'utilisation des données de fait disponibles seraient manifestement inéquitables et contraires aux garanties d'une procédure régulière si les parties qui ont un intérêt dans l'issue de l'affaire pouvaient voir leurs intérêts

⁵⁷⁷ L'article 12.1.2 dispose ce qui suit: "Sous réserve de l'obligation de protéger les renseignements confidentiels, les éléments de preuve présentés par écrit par un Membre intéressé ou par une partie intéressée seront mis dans les moindres délais à la disposition des autres Membres intéressés ou *des autres parties intéressées participant à l'enquête*." (pas d'italique dans l'original)

⁵⁷⁸ L'article 12.2 dit ceci: "Les Membres intéressés et les parties intéressées auront aussi le droit, sur justification, de présenter oralement des renseignements. Dans les cas où les renseignements seront présentés oralement, les Membres intéressés et les parties intéressées seront tenus de les redonner ensuite par écrit. Toute décision des autorités chargées de l'enquête ne pourra être fondée que sur les renseignements et arguments figurant au dossier de ces autorités et qui auront été mis à la disposition des Membres intéressés et *des parties intéressées participant à l'enquête*, la nécessité de protéger le caractère confidentiel de ces renseignements étant dûment prise en considération." (pas d'italique dans l'original)

⁵⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 293.

⁵⁸⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Mesures compensatoires visant les semi-conducteurs pour DRAM*, paragraphe 7.61.

⁵⁸¹ À notre avis, cette considération a un poids considérable dans les affaires impliquant une action de charger ou ordonner, dans lesquelles les renseignements pertinents peuvent être détenus uniquement par les tierces parties qui auraient été visées par une action de charger ou ordonner.

compromis parce que des entités qui n'ont aucun intérêt dans l'issue de l'affaire n'auraient pas répondu. Nous ne voyons pas comment cet argument étaye l'affirmation de la Corée selon laquelle seules les parties ayant un intérêt dans l'issue de l'enquête peuvent être considérées comme des "parties intéressées". Nous estimons plutôt que cet argument a trait aux circonstances dans lesquelles l'autorité chargée de l'enquête peut avoir recours aux données de fait disponibles pour établir des constatations concernant une partie intéressée parce qu'une tierce partie n'a pas communiqué les renseignements nécessaires. Dans certains cas, l'autorité chargée de l'enquête pourrait être obligée de chercher à obtenir des renseignements auprès de tierces parties qui n'ont pas été désignées comme "parties intéressées". Si ces tierces parties ne répondent pas aux demandes de l'autorité chargée de l'enquête, il sera encore nécessaire pour celle-ci d'arriver à ses conclusions sur la base des éléments de preuve versés au dossier. En pareils cas, l'utilisation des faits consignés au dossier n'est pas punitive. Elle traduit simplement la nécessité pour l'autorité chargée de l'enquête de mener à bien son enquête.

7.394 Pour les raisons exposées plus haut, nous ne sommes pas convaincus que seules les parties ayant un intérêt dans l'issue de l'enquête peuvent être considérées comme des "parties intéressées" dans une enquête.⁵⁸² En conséquence, nous ne jugeons ni nécessaire ni approprié de nous prononcer sur la question de savoir si la JIA a dûment établi que les établissements financiers qu'elle considérait comme des "parties intéressées" avaient un intérêt, ou auraient pu avoir un intérêt, dans l'issue de l'enquête.

7.395 La Corée n'a pas contesté pour d'autres motifs le fait que la JIA considérait les établissements financiers comme des "parties intéressées". Elle n'a pas formulé non plus d'allégation relative au choix par la JIA des 16 créanciers sélectionnés pour recevoir le questionnaire (et traités par la suite comme des "parties intéressées").⁵⁸³

7.396 La Corée a fait valoir que la JIA avait indûment eu recours aux données de fait disponibles, et qu'elle avait indûment tiré des déductions défavorables en raison de la coopération insuffisante de parties intéressées. S'agissant des déductions défavorables, le Groupe spécial a demandé à la Corée d'"indiquer précisément, à l'aide de citations, à quelles "déductions défavorables" elle faisait allusion dans cette allégation".⁵⁸⁴ La Corée a répondu en communiquant une liste indiquant l'utilisation faite par la JIA des "données de fait disponibles".⁵⁸⁵ L'expression "déduction défavorable" n'est pas utilisée dans la Partie V de l'*Accord SMC*. Nous croyons comprendre qu'en utilisant cette expression, la Corée évoque la situation dans laquelle l'autorité chargée de l'enquête utilise les données de fait

⁵⁸² Même si l'expression "partie intéressée" était interprétée comme désignant les parties ayant un intérêt dans l'issue de l'enquête, nous rappelons que la JIA avait déterminé au tout début de son enquête quels étaient les autres créanciers pertinents qui pouvaient être considérés comme des parties intéressées, cela afin de savoir à quelles entités elle devait envoyer son questionnaire. À l'époque, 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. Comme la Corée le fait valoir elle-même, le statut exact des autres créanciers n'était "pas clair" (voir le paragraphe 161 de la première communication écrite de la Corée). Dans ces circonstances, 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. Ils ne l'ont pas fait. Cela étant, nous estimons que la JIA pouvait continuer à bon droit à traiter ces autres créanciers comme des parties intéressées pendant le reste de l'enquête. En outre, on peut considérer que les autres créanciers étaient intéressés dans l'issue de l'enquête d'une manière moins directe, en ce sens que les questions faisant l'objet de l'enquête, qui incluaient le caractère raisonnable, d'un point de vue commercial, de leurs décisions d'investissement, pouvaient potentiellement entacher leur réputation commerciale.

⁵⁸³ Même si la Corée a fait état à diverses reprises de la manière dont les 16 créanciers avaient été sélectionnés en l'espèce, il n'y a pas d'allégation distincte (au titre de l'article 12.1, par exemple) ayant trait à cette question dans notre mandat.

⁵⁸⁴ Voir la question n° 56 du Groupe spécial.

⁵⁸⁵ Voir la pièce jointe n° 2 de la deuxième communication écrite de la Corée.

disponibles d'une façon qui lèse délibérément les intérêts de la partie en cause. Tirer une déduction défavorable et utiliser les données de fait disponibles sont donc deux choses différentes. Par conséquent, citer des cas d'utilisation des données de fait disponibles et invoquer des déductions défavorables sont deux choses différentes. Comme la Corée n'a pas tenté d'expliquer comment la JIA aurait tiré des déductions défavorables de l'utilisation des données de fait disponibles dont a fait état la Corée, nous estimons que la Corée n'a pas étayé le bien-fondé d'une quelconque allégation ayant trait aux déductions défavorables qu'aurait tirées la JIA.⁵⁸⁶

7.397 En ce qui concerne l'utilisation induue des données de fait disponibles, selon ce qui est allégué, la Corée n'a pas étayé d'arguments concernant la question de savoir pourquoi l'utilisation des données de fait disponibles dans tel ou tel cas était induue. Nous présumons que la Corée invoque donc un argument général selon lequel l'utilisation des données de fait disponibles était induue parce que les entités pour lesquelles les données de fait disponibles ont été utilisées ne constituaient pas des "parties intéressées". Cet argument ne tient pas, puisque nous avons déjà rejeté l'argument de la Corée selon lequel les autres créanciers pertinents ne constituaient pas des "parties intéressées".

7.398 Nous constatons, en conséquence, que la Corée n'a pas établi que la JIA avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12 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.

J. CAUSE DU DOMMAGE

1. Arguments

a) Corée

7.399 La Corée allègue que la JIA a agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* en ne démontrant pas que les importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*. Elle fait valoir qu'il ne suffit pas que l'autorité chargée de l'enquête démontre que le volume des importations subventionnées s'est accru, ou que les importations subventionnées ont provoqué une baisse des prix, ou même que les importations subventionnées ont causé un dommage important à la branche de production nationale. D'après la Corée, l'article 15.5, lu conjointement avec la note de bas de page 47, exige qu'il soit démontré que le volume ou le prix des importations subventionnées, ainsi que leur incidence sur la branche de production nationale, ont été influencés par les subventions alléguées d'une manière suffisante pour causer un dommage. Si l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas démontrer, en se fondant sur des éléments de preuve positifs, que les subventions alléguées ont modifié le volume ou le prix des importations, alors rien ne vient étayer la constatation selon laquelle le dommage causé par les importations s'est produit "par les effets de la subvention".

7.400 La Corée fait valoir que puisque la note de bas de page 47 figure après le mot "effets", et non après les mots "des subventions", cette note ne peut pas être utilisée pour définir l'ensemble du membre de phrase "les effets des subventions". Elle estime 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 établi pour les membres de phrase "la subvention a pour effet"

⁵⁸⁶ Dans la note de bas de page 144 de sa première communication écrite, la Corée a fait mention d'autres déductions défavorables qui auraient été tirées. Pour la plupart, ces mentions concernent des mesures autres que les deux restructurations en cause en l'espèce. En outre, lorsque ces mentions concernent bien les restructurations d'octobre 2001 ou de décembre 2002, il s'agit de simples évocations de cas dans lesquels la JIA a eu recours aux données de fait disponibles. Comme il est indiqué plus haut, utiliser les données de fait disponibles et tirer des déductions défavorables sont deux choses différentes.

et "la subvention se traduit par" figurant à l'article 6.3 de l'*Accord SMC*. Selon la Corée, une interprétation de l'article 15.5 qui ne prescrirait pas l'existence d'un lien de causalité entre les subventions et le volume ou le prix des importations subventionnées rendrait indûment inutile le membre de phrase "par les effets des subventions" figurant dans cette disposition. La Corée fait valoir que le Groupe spécial ne devrait pas suivre l'approche qui a été retenue pour l'affaire *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien*, dans le cadre de laquelle un Groupe spécial du GATT a rejeté un argument similaire fondé sur le texte similaire de l'*Accord 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* (ci-après dénommé le "*Code des subventions issu du Tokyo Round*").

7.401 La Corée note que la JIA n'a pas contesté l'interprétation que la Corée a donnée des prescriptions de l'article 15.5 au cours de son enquête. Elle soutient que la JIA n'a toutefois pas démontré que l'effet des importations aurait été différent en l'absence des subventions. La Corée rappelle la conclusion de la JIA selon laquelle tout tort causé par les exportations d'Hynix était nécessairement le résultat de la subvention, parce qu'Hynix n'aurait pas été en activité, et n'aurait donc pas été en mesure d'exporter, en l'absence de subventions. Elle estime que la conclusion de la JIA partait d'une "erreur de droit fondamentale".⁵⁸⁷ D'après la Corée, rien ne permet de penser que, si Hynix avait demandé à être mis en faillite, elle aurait cessé ses activités. La Corée fait valoir que, selon toute vraisemblance, la faillite de la société aurait simplement entraîné sa réorganisation devant les tribunaux coréens.

b) Japon

7.402 Le Japon affirme que la JIA a démontré que les importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*, et que les allégations de la Corée au titre des articles 15.5 et 19.1 devraient être rejetées.

7.403 Le Japon fait valoir que la note de bas de page 47 définit le sens des termes "par les effets des subventions" en renvoyant aux analyses des importations subventionnées effectuées au titre de l'article 15.2 et 15.4 de l'*Accord SMC*. Il fait valoir que, dans les deuxième et troisième phrases de l'article 15.5, les termes "effets des subventions" sont équivalents aux termes "effets des importations subventionnées". Le Japon soutient que l'interprétation que donne la Corée de l'article 15.5 est contredite par des rapports de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux précisant qu'il n'y a pas de méthodologie spécifique permettant aux autorités chargées de l'enquête de déterminer les effets des importations subventionnées au titre de l'article 15.2 et 15.5. Il fait valoir que cette interprétation ne rend pas l'article 15.5 superflu. Selon le Japon, il existe des différences fondamentales entre l'article 6.3 et l'article 15.5 qui empêchent d'interpréter le membre de phrase "par les effets des subventions" figurant à l'article 15.5 comme prescrivant le même type d'analyse du lien de causalité que celui établi pour 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*. Le Japon estime que l'interprétation de la Corée est contredite par l'article 11.2 de l'*Accord SMC*, dans lequel il est également question des "effets des subventions".

7.404 Le Japon fait valoir en outre qu'en tout état de cause, la JIA a conclu que tout tort causé par les exportations d'Hynix était nécessairement le résultat de la subvention, parce qu'Hynix n'aurait pas été en activité, et n'aurait donc pas été en mesure d'exporter, en l'absence de subventions.

⁵⁸⁷ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 279.

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.405 La JIA a constaté qu'il existait un dommage important, conformément à l'article 15.1 de l'*Accord SMC*, et que les importations subventionnées avaient causé ce dommage important à la branche de production nationale "par les effets des subventions", conformément à l'article 15.5 de l'*Accord SMC*.⁵⁸⁸ En ce qui concerne la question des "effets des subventions", la JIA a constaté ce qui suit sous la rubrique "Les effets des subventions sur les importations de produits visés":

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 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.⁵⁸⁹

7.406 L'évaluation de la cause du dommage dans les enquêtes en matière de droits compensateurs est régie par l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, qui dispose ce qui suit:

Il devra être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets⁴⁷ des subventions, un dommage au sens du présent accord. La démonstration d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale se fondera sur l'examen de tous les éléments de preuve pertinents dont disposent les autorités. Celles-ci examineront aussi tous les facteurs connus autres que les importations subventionnées qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, et les dommages causés par ces autres facteurs ne devront pas être imputés aux importations subventionnées. 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.

⁴⁷ Tels qu'ils sont indiqués aux paragraphes 2 et 4.

7.407 L'article 19.1 de l'*Accord SMC* dispose ce qui suit:

Si, après que des efforts raisonnables auront été déployés pour mener des consultations à leur terme, un Membre, dans une détermination finale, établit l'existence et le montant d'une subvention et conclut que, par les effets de celle-ci, les importations subventionnées causent un dommage, il pourra imposer un droit compensateur conformément aux dispositions du présent article, à moins que la ou les subventions ne soient retirées.

⁵⁸⁸ Annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 609.

⁵⁸⁹ Annexe 1 (Faits essentiels), paragraphe 550. En réponse aux observations qui ont été formulées, la JIA a réitéré sa constatation: "Hynix a été sauvée de la faillite à cause des subventions. Ainsi, les subventions ont permis à Hynix de continuer à produire et de continuer à exporter. ... l'importation des produits visés était elle-même due à l'effet des subventions." (annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 740)

7.408 La présente allégation soulève deux questions. Premièrement, les articles 15.5 et 19.1 exigent-ils de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle démontre 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 sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4, sont "les effets des subventions"? Dans l'affirmative, la JIA a-t-elle dûment démontré que le volume et les effets sur les prix des importations subventionnées étaient les effets des subventions reçues par Hynix? Nous aborderons ces questions successivement.

7.409 La question de savoir si une analyse du lien de causalité devrait porter sur le dommage causé par le "subventionnement" ou sur le dommage causé par les "importations subventionnées" est une question méthodologique lourde de conséquences.⁵⁹⁰ Nous examinerons pour commencer le sens ordinaire de la première phrase de l'article 15.5 et de la note de bas de page 47. Nous examinerons ensuite le contexte de cette disposition, qui comprend les deuxième et troisième phrases de l'article 15.5, les autres dispositions de l'article 15 ainsi que celles des articles 11.2 et 6.3 de l'*Accord SMC*. Après avoir examiné le sens ordinaire et le contexte de la première phrase de l'article 15.5, nous examinerons l'argument de la Corée selon lequel une interprétation de l'article 15.5 qui ne prescrit pas l'existence d'un lien de causalité entre les subventions et le volume ou le prix des importations subventionnées rendrait indûment inutile le membre de phrase "par les effets des subventions" figurant dans cette disposition.

7.410 Nous commençons par le sens ordinaire des termes en cause. La première phrase de l'article 15.5 et la note de bas de page qui l'accompagne disposent ce qui suit:

Il devra être démontré que les importations subventionnées causent, par les effets⁴⁷ des subventions, un dommage au sens du présent accord.

⁴⁷ Tels qu'ils sont indiqués aux paragraphes 2 et 4.

7.411 En vertu de l'article 15.2⁵⁹¹ de l'*Accord SMC*, il faut examiner s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées ainsi que l'effet des importations subventionnées sur les prix. L'article 15.4⁵⁹² de l'*Accord SMC* exige que soit examinée l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale. À notre avis, le sens ordinaire de la première phrase de l'article 15.5 et de la note de bas de page qui l'accompagne consiste à définir le membre de phrase "par les effets des subventions" pour qu'il signifie les effets des importations subventionnées ("[t]els qu'ils

⁵⁹⁰ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Noix de coco desséchée*, paragraphe 251.

⁵⁹¹ L'article 15.2 dispose ce qui suit: "Pour ce qui concerne le volume des importations subventionnées, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu augmentation notable des importations subventionnées, soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur. Pour ce qui concerne l'effet des importations subventionnées sur les prix, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur, ou si ces importations ont, d'une autre manière, pour effet de déprimer les prix dans une mesure notable ou d'empêcher dans une mesure notable des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites. Un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante."

⁵⁹² L'article 15.4 dispose ce qui suit: "L'examen de l'incidence des importations subventionnées sur la branche de production nationale comportera une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette branche, y compris les suivants: diminution effective et potentielle de la production, des ventes, de la part de marché, des bénéfices, de la productivité, du retour sur investissement ou de l'utilisation des capacités; facteurs qui influent sur les prix intérieurs; effets négatifs, effectifs et potentiels, sur le flux de liquidités, les stocks, l'emploi, les salaires, la croissance, la capacité de se procurer des capitaux ou l'investissement et, s'agissant de l'agriculture, question de savoir s'il y a eu accroissement de la charge qui pèse sur les programmes de soutien publics. Cette liste n'est pas exhaustive, et un seul ni même plusieurs de ces facteurs ne constitueront pas nécessairement une base de jugement déterminante."

sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4"). La Corée fait valoir que le membre de phrase "par les effets des subventions", figurant à l'article 15.5, lu conjointement avec la note de bas de page qui l'accompagne, exige qu'il soit démontré que le volume et les effets sur les prix des importations subventionnées (tels qu'ils sont indiqués à l'article 15.2) et l'incidence de ces importations sur la branche de production nationale (telle qu'elle est indiquée à l'article 15.4), sont "les effets des subventions". Ainsi, la Corée fait valoir qu'il doit être démontré que les *subventions* ont causé l'augmentation du volume et/ou les effets des importations subventionnées sur les prix (article 15.2), qui ont eu à leur tour une incidence sur la branche de production nationale. En d'autres termes, la Corée soutient qu'il doit être démontré que les "*subventions*" causent un dommage *par les effets des importations subventionnées*. À notre avis, l'article 15.5 ne peut pas être interprété de cette manière, car les paragraphes 2 et 4 de l'article 15 amènent le lecteur à examiner les effets des importations subventionnées, et non l'effet de la subvention.⁵⁹³

7.412 Nous notons que le Groupe spécial du GATT qui était chargé de l'affaire *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien*⁵⁹⁴ a examiné la première phrase de l'article 6:4 du Code des subventions issu du Tokyo Round, ainsi que la note de bas de page qui l'accompagne, lesquelles sont pratiquement identiques à la première phrase de l'article 15.5 et à la note de bas de page qui l'accompagne.⁵⁹⁵ Dans cette affaire, la Norvège a soutenu que le membre de phrase "par les effets de la subvention" figurant à l'article 6:4 exigeait qu'il soit 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, tels qu'ils sont indiqués à l'article 6:2 et 6:3 du *Code des subventions issu du Tokyo Round*, étaient "les effets de la subvention". Le Groupe spécial a rejeté l'argument de la Norvège. Il a constaté que les termes pratiquement identiques du *Code des subventions issu du Tokyo Round* "indiquai[ent] clairement que "les importations subventionnées" étaient au centre de l'analyse du lien de causalité exigée par cette disposition".⁵⁹⁶ La Corée prétend que dans l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud*, l'Organe d'appel a rejeté l'"approche générale des questions de causalité" qui avait été retenue par le Groupe spécial *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien*.⁵⁹⁷ Nous ne trouvons dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Acier laminé à chaud* aucun passage où seraient rejetés les constatations du Groupe spécial *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien* en ce qui concerne le membre de phrase "par les effets de la subvention".

7.413 Le contexte de la première phrase de l'article 15.5 confirme que l'analyse du lien de causalité au titre de l'article 15.5 se focalise sur "les effets des importations subventionnées", et non sur les "subventions". La deuxième phrase de l'article 15.5 prescrit que "[l]a démonstration d'un lien de causalité entre les *importations subventionnées* et le dommage causé à la branche de production

⁵⁹³ À notre avis, l'interprétation de la Corée reviendrait effectivement à inverser l'ordre des termes "les importations subventionnées" et "subventions" figurant dans cette disposition, qui se lirait alors ainsi:

Il devra être démontré que les *subventions* causent, par les effets⁴⁷ des *importations subventionnées*, un dommage au sens du présent accord.

⁴⁷ Tels qu'ils sont indiqués aux paragraphes 2 et 4.

⁵⁹⁴ Si nous invoquons cette affaire traitée dans le cadre du GATT, ce n'est pas à titre de précédent contraignant. Nous nous y référons parce que l'examen des questions soulevées dans le cadre de cette affaire nous éclaire sur le fond de la question dont nous sommes saisis en l'espèce.

⁵⁹⁵ Les termes "par les effets de la subvention" ont été employés à l'article 6:4, alors que les termes "par les effets des subventions" sont utilisés à l'article 15.5. Mis à part une numérotation différente dans l'Accord SMC et le Code des subventions issu du Tokyo Round, les notes de bas de page qui accompagnent les articles en question sont identiques.

⁵⁹⁶ Rapport du Groupe spécial du GATT *États-Unis – Droits compensateurs sur le saumon norvégien*, paragraphe 335.

⁵⁹⁷ La Corée se réfère au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphe 226.

nationale se fondera sur l'examen de tous les éléments de preuve pertinents dont disposent les autorités". (pas d'italique dans l'original) La troisième phrase de l'article 15.5, qui concerne la non-imputation, dispose que "[les autorités] examineront aussi tous les facteurs connus *autres que les importations subventionnées* qui, au même moment, causent un dommage à la branche de production nationale, et les dommages causés par ces autres facteurs ne devront pas être imputés *aux importations subventionnées*". (pas d'italique dans l'original)

7.414 Nous trouvons d'autres éléments contextuels étayant notre interprétation de la première phrase de l'article 15.5 à l'article 15.1 de l'*Accord SMC*. Cet article contient la "disposition globale qui énonce l'obligation de fond essentielle d'un Membre" à l'égard des déterminations de l'existence d'un dommage, laquelle "éclaire les obligations plus détaillées énoncées dans les paragraphes suivants".⁵⁹⁸ L'article 15.1 dispose ce qui suit:

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

7.415 Comme il a été noté, l'article 15.2 se rapporte à "*l'effet des importations subventionnées sur les prix*". L'article 15.3⁵⁹⁹, qui concerne le cumul, se rapporte lui aussi aux "*effets des importations*". Comme il a été noté, l'article 15.4 prescrit l'examen "de l'*incidence des importations subventionnées* sur la branche de production nationale". Quant à l'article 15.6⁶⁰⁰, il indique de quelle manière "[l']*effet des importations subventionnées*" doit être évalué. S'agissant de l'article 15.7, l'Organe d'appel estime que "[l']article 3.7 de l'*Accord antidumping* et l'article 15.7 de l'*Accord SMC* conjuguent des prescriptions positives – voulant qu'une telle détermination "soit fondée sur des faits" et montre comment un changement de circonstances "nettement prévu et imminent" entraînerait de nouvelles *importations* faisant l'objet d'un dumping/*subventionnées* causant un dommage dans un avenir proche – et une prohibition expresse d'une détermination fondée "seulement sur des allégations, des conjectures ou de lointaines possibilités".⁶⁰¹

7.416 L'article 11.2 de l'*Accord SMC* fournit d'autres éléments contextuels étayant notre interprétation du membre de phrase "par les effets des subventions" figurant à l'article 15.5. Il dispose

⁵⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 106; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux VI*, paragraphe 7.27; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Enquêtes en matière de droits compensateurs sur les DRAM*, paragraphe 7.217; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 96.

⁵⁹⁹ L'article 15.3 se lit ainsi: "Dans les cas où les importations d'un produit en provenance de plus d'un pays feront simultanément l'objet d'enquêtes en matière de droits compensateurs, les autorités chargées des enquêtes ne pourront procéder à une évaluation cumulative des effets de ces importations que si elles déterminent a) que le montant du subventionnement établi en relation avec les importations en provenance de chaque pays est supérieur au niveau *de minimis* au sens du paragraphe 9 de l'article 11 et que le volume des importations en provenance de chaque pays n'est pas négligeable, et b) qu'une évaluation cumulative des effets des importations est appropriée à la lumière des conditions de concurrence entre les produits importés et le produit national similaire".

⁶⁰⁰ L'article 15.6 dispose ce qui suit: "L'effet des importations subventionnées sera évalué par rapport à la production nationale du produit similaire lorsque les données disponibles permettent d'identifier cette production séparément sur la base de critères tels que le procédé de production, les ventes des producteurs et les bénéfices. S'il n'est pas possible d'identifier séparément cette production, les effets des importations subventionnées seront évalués par examen de la production du groupe ou de la gamme de produits le plus étroit, comprenant le produit similaire, pour lequel les renseignements nécessaires pourront être fournis."

⁶⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux VI (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 96.

qu'une demande en vue de l'ouverture d'une enquête en matière de droits compensateurs "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*". (pas d'italique dans l'original) L'article 11.2 dispose ensuite que la demande contiendra les renseignements qui peuvent raisonnablement être à la disposition du requérant, sur les points suivants:

- iv) 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)

7.417 Ainsi, selon l'article 11.2, les renseignements relatifs aux effets sur le volume, aux effets sur les prix et à l'incidence des *importations subventionnées* servent d'éléments de preuve attestant que le dommage est causé par les importations subventionnées *par les effets des subventions*.

7.418 La Corée estime 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 pour les membres de phrase "la subvention a pour effet" et "la subvention se traduit par" figurant à l'article 6.3⁶⁰² de l'*Accord SMC*. Nous ne voyons pas de quelle manière les termes de l'article 6.3 ou les rapports de groupes spéciaux antérieurs interprétant cette disposition viennent étayer l'interprétation que donne la Corée de l'article 15.5. Comme le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* l'a dit:

Compte tenu du contraste qui existe dans le texte, le contexte, la nature juridique et la raison d'être entre les dispositions figurant dans la Partie III de l'*Accord SMC* qui concernent une évaluation multilatérale de la question de savoir si un Membre cause, en recourant à une subvention, des "effets défavorables" sous la forme d'un "préjudice

⁶⁰² L'article 6.3 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)

grave ... aux intérêts d'un autre Membre" et les dispositions figurant dans la Partie V de l'Accord qui concernent les obligations incombant à un Membre pour mener une enquête unilatérale en matière de droits compensateurs, nous refusons de transposer directement l'élément quantitatif et les obligations méthodologiques plus détaillées de la Partie V dans les dispositions de la Partie III de l'Accord SMC.⁶⁰³

7.419 Ce groupe spécial a constaté en outre, sur la base d'une analyse similaire à la nôtre, que "[c]es références dans le texte des articles 5 c) et 6.3 c) à l'"effet" de la subvention se distinguent des termes employés dans les dispositions en matière de droits compensateurs qui figurent dans la Partie V de l'Accord.⁶⁰⁴

7.420 Enfin, nous contestons l'affirmation de la Corée selon laquelle notre interprétation de l'article 15.5 rend inutile le membre de phrase "effets *des subventions*" figurant à l'article 15.5. L'article VI:6 a) du *GATT de 1994* dispose ce qui suit:

Aucun Membre ne percevra de droits antidumping ou de droits compensateurs à l'importation d'un produit du territoire d'un autre Membre, à moins qu'il ne détermine que *l'effet du dumping ou de la subvention*, selon le cas, est tel qu'il cause ou menace de causer un dommage important à une branche de production nationale établie, ou qu'il retarde de façon importante la création d'une branche de production nationale. (pas d'italique dans l'original)

⁶⁰³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1177.

⁶⁰⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.1227. Ce groupe spécial a fait observer ce qui suit:

"Par exemple, l'article 15 de l'Accord SMC porte sur la détermination de l'existence d'un dommage dans une enquête en matière de droits compensateurs. L'article 15.1 prescrit qu'une détermination de l'existence d'un dommage se fondera "sur des éléments de preuve positifs et comportera un examen objectif a) du volume des importations subventionnées et de l'effet des *importations subventionnées* sur les prix des produits similaires sur le marché intérieur, et b) de *l'incidence de ces importations* sur les producteurs nationaux de ces produits". (pas d'italique dans l'original, notes de bas de page omises) L'article 15.2 dispose notamment ce qui suit: "... Pour ce qui concerne l'*effet des importations subventionnées* sur les prix, les autorités chargées de l'enquête examineront s'il y a eu, dans les importations subventionnées, sous-cotation notable du prix par rapport au prix d'un produit similaire du Membre importateur, ou si *ces importations* ont, d'une autre manière, pour *effet* de déprimer les prix dans une mesure notable ou d'empêcher dans une mesure notable des hausses de prix qui, sans cela, se seraient produites." (pas d'italique dans l'original) D'autres références semblables aux "effets de ces importations", à l'"incidence des importations subventionnées" et à l'"effet des importations subventionnées" existent aussi à l'article 15. L'article 15.5 dispose ce qui suit:

"Il devra être démontré que les *importations subventionnées causent, par les effets des subventions, un dommage* au sens du présent accord. La démonstration d'un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage causé à la branche de production nationale se fondera sur l'examen de tous les éléments de preuve pertinents dont disposent les autorités." (pas d'italique dans l'original, notes de bas de page omises)

D'autres dispositions de la Partie V de l'Accord SMC renferment des références semblables à "par les effets de [la subvention], les importations subventionnées causent un dommage ...", par exemple l'article 19.1. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, note de bas de page 1346)

7.421 Nous notons tout d'abord que l'un des buts de l'*Accord SMC* est d'interpréter et de clarifier des notions figurant à l'article VI du *GATT de 1994*.⁶⁰⁵ Comme le Groupe spécial *Brésil – Noix de coco desséchée* l'a expliqué:

Il convient toutefois de noter que l'article 32.1 fait référence à l'*Accord SMC* dans la mesure où il interprète l'article VI du *GATT de 1994*. L'article VI du *GATT de 1994* énonce une série de concepts fondamentaux qui sont au cœur de la réglementation des mesures compensatoires dans le cadre de l'OMC (par exemple subvention, dommage important, branche de production nationale). Ces concepts ne sont toutefois définis qu'en termes très généraux et peuvent donc donner lieu à de multiples interprétations. De l'avis du Groupe spécial, le Code SMC du Tokyo Round et l'*Accord SMC* qui lui a succédé ont été élaborés en partie pour rendre plus précis et plus prévisibles les droits et obligations relevant de l'article VI.⁶⁰⁶ (souligné dans l'original, pas d'italique dans l'original)

7.422 Nous notons par ailleurs que l'article VI du *GATT de 1994* (dont le paragraphe 6 a), entre autres) et l'*Accord SMC* établissent des obligations *cumulatives*. L'article 10 de l'*Accord SMC* exige des Membres qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que l'imposition d'un droit compensateur à l'égard de tout produit du territoire d'un Membre qui serait importé sur le territoire d'un autre Membre soit conforme "aux dispositions de l'article VI du *GATT de 1994* et aux conditions énoncées dans le présent accord". Comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans le cadre de l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée*:

Il ressort clairement de la lecture de l'article 10 que des droits compensateurs ne peuvent être imposés que conformément à l'article VI du *GATT de 1994* et à l'*Accord SMC*. Un droit compensateur étant une mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre de l'OMC, en vertu de l'article 32.1, il ne peut être imposé que "conformément aux dispositions du *GATT de 1994*, tel qu'il est interprété par le présent accord". Le sens ordinaire de ces dispositions prises dans leur contexte nous amène à conclure que les négociateurs de l'*Accord SMC* entendaient clairement que, dans le cadre de l'*Accord sur l'OMC* intégré, des droits compensateurs ne pourraient être imposés que conformément aux dispositions de la Partie V de l'*Accord SMC* et à l'article VI du *GATT de 1994*, considérés ensemble.⁶⁰⁷

7.423 Compte tenu de tout ce qui précède, nous pensons que le membre de phrase "par les effets des subventions" figurant à l'article 15.5 a pour fonction de préciser que le membre de phrase "*l'effet ... de*

⁶⁰⁵ Nous notons que l'intitulé complet du Code des subventions issu du Tokyo Round est "*Accord 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*". Le préambule du Code précise que les parties au Code sont convenues des termes de celui-ci parce qu'elles étaient désireuses, entre autres choses, "d'appliquer intégralement et d'interpréter ... les dispositions des articles VI, XVI et XXIII" du *GATT*, et "d'élaborer des règles pour leur application en vue d'assurer plus d'uniformité et de certitude dans leur mise en œuvre". L'intitulé complet de l'*Accord SMC* a été abrégé, pour passer d'"*Accord 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*" à "*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*". Comme l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *Brésil – Noix de coco desséchée* l'a expliqué, la raison de cette modification est que l'*Accord SMC* "énonce un ensemble de droits et d'obligations qui vont *largement au-delà de la simple application et de la simple interprétation* des articles VI, XVI et XXIII du *GATT de 1947*" (rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 18). Nous notons que l'article 11.2 de l'*Accord SMC* se réfère au dommage, "au sens où l'entend l'article VI du *GATT de 1994* *tel qu'il est interprété par le présent accord*" (pas d'italique dans l'original) et que l'article 32.1 de l'*Accord SMC* renvoie aux dispositions du *GATT de 1994*, "*tel qu'il est interprété par le présent accord*". (pas d'italique dans l'original)

⁶⁰⁶ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Noix de coco desséchée*, paragraphe 238.

⁶⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 17.

la subvention" figurant à l'article VI:6 a) du *GATT de 1994* s'entend de l'effet des importations subventionnées (tel qu'il est indiqué à l'article 15.2 et 15.4 de l'*Accord SMC*). À notre avis, en l'absence de cette clarification, c'est-à-dire si le membre de phrase "par les effets des subventions" ne figurait pas à l'article 15.5 et n'était pas défini dans la note de bas de page 47, l'application cumulative de l'article VI:6 a) et de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*, aurait pu engendrer une certaine incertitude quant à la question de savoir si une analyse distincte du membre de phrase "par les effets des subventions" était requise en vertu de l'article VI:6 a) du *GATT de 1994*.⁶⁰⁸

7.424 Pour les raisons qui précèdent, nous constatons que l'article 15.5 n'exige pas de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle démontre 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 sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4, sont "les effets des subventions". Aucune des parties n'a avancé d'arguments distincts concernant l'article 19.1. Aucune des parties n'a laissé entendre que le membre de phrase "par les effets de [la subvention]" figurant à l'article 19.1 pouvait être interprété différemment du membre de phrase "par les effets des subventions" figurant à l'article 15.5 et nous ne voyons aucune raison de le faire. Nous constatons donc que l'article 19.1 n'exige pas de l'autorité chargée de l'enquête qu'elle démontre 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 sont indiqués à l'article 15.2 et 15.4, sont "les effets des subventions". Il n'est donc pas nécessaire que nous nous prononcions sur la question de savoir si la JIA a 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.

7.425 Nous constatons donc que la Corée n'a pas établi que la JIA avait agi d'une manière incompatible avec les articles 15.5 et 19.1 de l'*Accord SMC* en ne démontrant pas que les importations dont il est allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, "par les effets des subventions", un dommage au sens de l'*Accord SMC*.

K. TRANSFERT DIRECT DE FOND

1. Arguments

a) Corée

7.426 La Corée allègue que la JIA a agi d'une manière incompatible avec l'article 1.1 a) de l'*Accord SMC* en constatant indûment que les transactions de restructuration d'octobre 2001 et de décembre 2002 comportaient un "transfert direct de fonds". Elle rappelle que la JIA a traité 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 comme des transactions comportant un "transfert direct de fonds". La Corée fait valoir que des transactions qui modifient simplement les conditions de créances existantes et qui ne comportent pas le versement d'argent au bénéficiaire de la subvention alléguée ne peuvent pas être qualifiées de transactions comportant un "transfert direct de fonds", au sens de l'article 1.1 a) 1) i).

⁶⁰⁸ Comme le Groupe spécial *Brésil – Noix de coco desséchée* l'a fait observer: "Il est ... évident pour le Groupe spécial que l'article VI du *GATT de 1994* pris isolément pourrait être interprété différemment de l'article VI pris conjointement avec soit le *Code SMC du Tokyo Round* soit l'*Accord SMC*. En outre, l'application de l'article VI du *GATT de 1994* pris isolément, à l'égard de cette question, pourrait entraîner pour un pays menant une enquête des obligations plus rigoureuses que celles qui sont imposées par l'article VI pris conjointement avec soit le *Code SMC du Tokyo Round* soit l'*Accord SMC*." (Rapport du Groupe spécial *Brésil-Noix de coco desséchée*, paragraphe 251)

7.427 La Corée soutient que pour qu'il y ait "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i), il faut qu'il y ait à tout le moins "transfert" de "fonds". Sur ce point, la Corée a recours aux définitions du dictionnaire indiquant que le terme "transfert" (transfert) signifie "conveyance from one person to another of property" (translation d'un bien d'une personne à une autre) et que le terme "funds" (fonds) signifie "money" (argent). Elle fait valoir que, pour qu'il y ait "transfert" de "fonds", il faut donc que de l'argent change de mains et que, si de l'argent ne change pas de mains, il n'y a pas de "transfert direct de fonds". Selon la Corée, cette conclusion est renforcée par l'analyse des versions française et espagnole de l'article 1.1 a) 1) i).

7.428 La Corée fait valoir que les exemples de transferts directs de fonds donnés à l'alinéa i) de l'article 1.1 a) 1) n'impliquent pas que toutes les transactions portant sur une créance ou une participation constituent des "transferts directs de fonds" s'il n'y a pas eu effectivement "transfert de fonds". La mention des "dons, prêts et participation au capital social" à l'article 1.1 a) 1) i) ne sert qu'à expliciter que tous les "transferts directs de fonds" effectués par les pouvoirs publics constituent des "contributions financières", indépendamment de ce que le bénéficiaire donne aux pouvoirs publics en échange.

7.429 La Corée fait valoir qu'il n'y a pas "transfert" de "fonds" lorsqu'un créancier consent seulement à modifier les conditions de prêts existants ou à échanger des prêts existants contre des participations dans l'entreprise emprunteuse. Elle fait valoir qu'il n'y a "pas translation d'argent" lorsqu'un créancier accepte de reporter l'échéance de prêts existants ou d'abaisser les taux d'intérêt sur des prêts existants. Selon la Corée, dans ce genre de transactions, le créancier convient de modifier la nature de créances existantes sans verser d'argent à l'emprunteur. La Corée estime que la même logique s'applique à l'échange de créances contre des participations: dans ce type de transactions, le créancier échange un ensemble de créances sur l'entreprise (figurant dans la convention de prêt) contre un ensemble de créances différent (figurant dans le plan d'acquisition d'actions).

7.430 La Corée rejette l'argument du Japon selon lequel une définition large de l'expression "transfert de fonds" est nécessaire pour empêcher le contournement des disciplines relatives aux subventions figurant dans l'*Accord SMC*. Selon elle, cet argument se fonde sur l'hypothèse erronée selon laquelle le report de l'échéance de prêts et l'échange de créances contre des participations ne pourraient jamais être considérés comme des "contributions financières" s'ils n'étaient pas assimilés à des "transferts directs de fonds". La Corée fait valoir que la modification des conditions de prêts existants et l'échange de créances contre des participations qui fournissent une "contribution financière" au bénéficiaire pourraient être assimilés à des "recettes abandonnées", au sens de l'alinéa ii) de l'article 1.1 a) 1). En réponse à une question du Groupe spécial, la Corée dit que même si l'alinéa ii) traite des "recettes *publiques*", la décision d'un créancier privé d'abandonner des recettes suite à une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics relèverait de l'alinéa iv), parce que l'action du créancier privé serait une "fonction des types énumérés à l'alinéa ii)" de l'article 1.1 a) 1). En d'autres termes, si les créanciers privés avaient été des organismes publics, le report de l'échéance de prêts et l'échange de créances contre des participations effectués par les créanciers privés auraient relevé de la catégorie des "recettes publiques normalement exigibles [qui] sont abandonnées ou [qui] ne sont pas perçues". La Corée estime qu'en l'espèce, toutefois, la JIA n'a pas formulé les constatations de fait requises pour étayer la détermination selon laquelle les transactions avaient conduit les créanciers à "abandonner" des recettes.

7.431 La Corée fait valoir en outre qu'aucune recette normalement exigible n'a été en fait "abandonnée" dans le cadre des transactions de restructuration en cause dans l'enquête, et cela pour deux raisons. Premièrement, la décision des créanciers de permettre à Hynix de reporter le remboursement, dès lors que celle-ci acceptait de verser des intérêts complémentaires sur les montants impayés pendant une période additionnelle, ne constituait pas des recettes "abandonnées". Deuxièmement, la modification des conditions de prêts existants et l'échange de créances contre des participations, ainsi que l'annulation de la dette décidée par les créanciers d'Hynix dans le cadre des

restructurations, n'a pas eu pour résultat que les créanciers ont reçu un montant moindre que celui qu'ils auraient obtenu si Hynix avait été mise en liquidation; il n'y a donc pas eu de recettes "abandonnées".

7.432 La Corée rappelle que, pour calculer le montant de la subvention lorsque l'échéance d'un prêt est reportée, la JIA a considéré que la dette existante avait été remboursée et qu'un nouveau prêt avait été accordé au moment où le report avait été effectué et que, pour calculer le montant de la subvention quand une créance était échangée contre une participation, elle a considéré que la dette existante avait été remboursée et qu'une nouvelle participation avait été prise au moment où la créance avait été échangée contre une participation. Selon la Corée, toute l'analyse de la JIA partait de sa constatation selon laquelle Hynix était insolvable et ne pouvait pas rembourser ses dettes existantes; compte tenu de cette hypothèse de départ, il était tout à fait incohérent de la part de la JIA de présumer également qu'Hynix avait, dans le cadre de chaque transaction, remboursé toutes ses dettes existantes dans leur totalité avant de recevoir de nouveaux "transferts de fonds" de la part de ses créanciers.

b) Japon

7.433 Selon le Japon, l'interprétation restrictive que donne la Corée de l'expression "transfert de fonds" figurant à l'article 1.1 a) 1) i) est incompatible avec le sens ordinaire du terme "fonds", va à l'encontre du sens à attribuer à ce terme dans son contexte et nierait l'objet et le but de l'*Accord SMC*. Le Japon rappelle que le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* a rejeté un argument très similaire avancé par la Corée dans le cadre de cette affaire.⁶⁰⁹

7.434 Le Japon estime que les définitions du terme "fonds" figurant dans les dictionnaires⁶¹⁰ étayent la conclusion selon laquelle le sens ordinaire de ce terme recouvre plus que "de l'argent". Il ajoute que, même le terme "argent" lui-même ne se limite pas au "numéraire réel", mais englobe également "les avoirs, les possessions, les ressources, etc.", dont il est considéré qu'ils ont une valeur d'échange ou une valeur pouvant être exprimée en termes d'"unités monétaires" ou, d'une manière plus directe, de "gains financiers". Ainsi, selon le Japon, le sens ordinaire du terme "fonds" ne recouvre pas seulement l'argent, mais aussi toutes les ressources financières qui ont une valeur monétaire ou une valeur d'échange ou qui procurent des gains financiers.

7.435 Le Japon fait valoir que l'interprétation extensive selon laquelle le terme "fonds" englobe les "ressources financières" ayant "une valeur monétaire ou une valeur d'échange" est confirmée par la liste exemplative de transferts directs de fonds figurant à l'article 1.1 a) 1) i), qui inclut les "dons, prêts et participation au capital social". Le Japon s'appuie sur la déclaration du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, selon laquelle "[l]e fait que les types de transferts directs de fonds énumérés (dons, prêts et participations au capital social) ne sont indiqués qu'à titre d'exemples montre clairement qu'il peut très bien exister d'autres types d'instruments qui constitueraient également des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i)".⁶¹¹ Pour le contexte, le Japon s'appuie également sur la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle "[l]e concept de subvention défini à l'article premier de l'*Accord SMC* recouvre les situations dans lesquelles quelque chose ayant une valeur économique est transféré par les pouvoirs publics au profit d'un bénéficiaire".⁶¹²

7.436 Le Japon fait valoir qu'une interprétation trop restrictive des termes de l'article 1.1 a) 1) i) nierait l'objet et le but de l'*Accord SMC*. Il fait valoir qu'une interprétation qui circonscrirait les termes "transfert de fonds" à des actes de "translation d'argent", à l'exclusion de l'octroi d'un crédit au

⁶⁰⁹ Le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.413.

⁶¹⁰ Le Japon se réfère aux définitions tirées du Concise Oxford English Dictionary (10^{ème} édition, 2002) et du Oxford English Dictionary (2^{ème} édition, 1989).

⁶¹¹ Le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.412.

⁶¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 51.

moyen de la modification substantielle des conditions de prêts existants ou d'un échange de créances contre des participations d'une valeur monétaire équivalente à la dette existante, ouvrirait la porte aux abus et offrirait un moyen facile de contourner les disciplines de l'*Accord SMC*.

7.437 Le Japon estime que les transactions modifiant les conditions de prêts existants entrent assurément dans le champ des "transferts directs de fonds" prévu par l'article 1.1 a) 1) i). Le Japon fait observer que, dans la pratique, ces modifications des conditions de prêts reviennent à émettre à nouveau un prêt, étant donné que les conditions du prêt initial sont annulées et remplacées par de nouvelles conditions. Le Japon estime que l'échange de créances contre des participations comporte clairement lui aussi un "transfert de fonds", étant donné que la "participation au capital social" est expressément mentionnée à l'article 1.1 a) 1) i) comme exemple de transfert direct de fonds, et que l'échange de créances contre des participations est l'une des méthodes de prise de participation au capital social d'une entreprise.

7.438 Compte tenu de ce qui précède, le Japon considère que les arguments de la Corée ayant trait aux "recettes publiques abandonnées" sont dénués de pertinence.

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.439 Cette allégation soulève la question de savoir si la modification des conditions de remboursement d'un prêt (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 peuvent être qualifiés de transactions comportant un "transfert direct de fonds", au sens de l'article 1.1 a) 1) i). En examinant cette allégation, nous n'excluons pas que certaines des transactions pertinentes puissent être visées simultanément par différents alinéas de l'article 1.1 a) 1).⁶¹³ 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".

7.440 Les parties ont donné un certain nombre de définitions tirées de dictionnaires concernant le sens ordinaire des termes "transfert" et "fonds". Eu égard aux observations finales que la Corée a présentées au Groupe spécial, nous estimons qu'il n'existe en fin de compte aucun désaccord entre les parties quant à l'acceptation première du mot "fonds". En particulier, nous croyons comprendre que la Corée admet que le terme "fonds" puisse être défini d'une manière plus large qu'elle ne l'a indiqué initialement dans sa première communication écrite et qu'il puisse signifier: "argent ou autres actifs financiers qui pourraient faire partie du "capital" d'une personne".⁶¹⁴ Cette définition est très similaire

⁶¹³ À cet égard, nous notons que l'Organe d'appel a dit, au paragraphe 113 de son rapport sur l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*: "[U]n transfert de fonds pourrait être effectué directement par les pouvoirs publics à la personne morale qui est le producteur du produit subventionné, ou [...] il pourrait être effectué indirectement, par exemple, au moyen d'un allègement de l'impôt sur le revenu pour les personnes physiques qui possèdent l'entreprise (pour autant qu'elles investissent dans les activités de production de la personne morale). Dans ces deux cas, le coût supporté par la personne morale qui est le producteur pour lever des capitaux serait réduit." Cela semble indiquer qu'un allègement de l'impôt sur le revenu pourrait, dans certaines circonstances, être considéré à la fois comme un transfert direct de fonds et comme des recettes abandonnées.

⁶¹⁴ Voir les Observations finales de la Corée, paragraphe 22.

à celle proposée par le Japon. Nous ne disconvenons pas que cela soit le sens ordinaire du terme "fonds".⁶¹⁵

7.441 La Corée reconnaît que les parties s'accordent pour l'essentiel sur le sens du terme "fonds", et fait valoir que "la question décisive est de savoir si la transaction en question comporte un "transfert", au bénéficiaire, d'argent ou d'autres actifs monétaires de la part des pouvoirs publics ou de l'entité agissant sur instruction des pouvoirs publics".⁶¹⁶ Selon la Corée, "en cas d'annulation de la dette, d'échange de créances contre des participations ou de report de l'échéance de prêts, il n'y a pas transfert au bénéficiaire d'argent ou d'autres ressources monétaires de la part des pouvoirs publics ou de l'entité agissant sur instruction des pouvoirs publics. Il y a seulement abandon ou modification des créances qui étaient détenues par les pouvoirs publics ou par l'entité agissant sur instruction des pouvoirs publics au titre d'un prêt antérieur".⁶¹⁷

7.442 Nous n'admettons pas que l'abandon ou la modification de créances ne puisse pas, dans certaines circonstances, être traité comme un transfert de nouvelles créances créant de nouveaux droits et obligations. Par exemple, lorsque l'on analyse ce qui se produit réellement au cours de la transaction, la modification d'un prêt existant peut à juste titre être traitée comme le transfert de nouveaux droits au bénéficiaire du prêt modifié. Les anciens droits de l'emprunteur n'existent plus. Ils ont été remplacés par de nouveaux droits. En ce sens, le prêt modifié peut à juste titre être traité comme un nouveau prêt. Ainsi, la modification d'un prêt par l'annulation de la dette suppose le transfert de nouveaux droits à l'emprunteur qui est, à ce moment-là, libéré de l'obligation de rembourser la dette et qui a plutôt le droit d'utiliser l'argent à titre gracieux. De la même façon, la modification d'un prêt par un report de l'échéance du prêt suppose le transfert de nouveaux droits à l'emprunteur, qui peut désormais emprunter l'argent sur une plus longue période de temps. Étant donné que les nouveaux droits qui sont transférés dans ce type de transactions ont une valeur monétaire et peuvent faire partie du capital d'une personne (morale ou physique), nous estimons que de telles transactions peuvent à juste titre être traitées comme des "transferts directs de fonds", au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*. Cette analyse vaut également pour l'échange de créances contre des participations, étant donné que l'abandon et la modification de créances inhérents à ce type de transactions ont aussi pour effet de créer de nouveaux droits ou créances qui sont transférés à l'ancien débiteur.

7.443 En outre, nous notons que dans l'affaire *Corée – Navires de commerce*, la Corée a avancé essentiellement le même argument que celui qu'elle a présenté en l'espèce. Dans cette affaire, la Corée a fait valoir que les conversions de dettes en prises de participation, les réductions du taux d'intérêt, les annulations d'intérêts et les reports d'intérêts en cause ne constituaient pas des "contributions financières", car il n'y avait "pas eu de transfert de valeur pécuniaire" en faveur des sociétés faisant l'objet d'une renégociation de la dette ou d'une réorganisation.⁶¹⁸ Le Groupe spécial a rejeté l'argument de la Corée et il a constaté que toutes ces transactions comportaient un "transfert direct de fonds" au sens de l'article 1.1 a) 1) i):

7.411 Nous ne sommes pas convaincus par les arguments de la Corée selon lesquels les conversions de dettes en prises de participation ainsi que les réductions et reports d'intérêts ne sont pas des contributions financières. Tout d'abord, nous rappelons qu'il y a une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC* s'il y a un "transfert direct de fonds", et que les dons, prêts et participations au capital social

⁶¹⁵ Nous notons que l'Organe d'appel a constaté de même que les subventions passent généralement par des transactions dans lesquelles "quelque chose ayant une valeur économique" est transféré. Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 51.

⁶¹⁶ Voir les Observations finales de la Corée, paragraphe 23.

⁶¹⁷ Voir les Observations finales de la Corée, paragraphe 23.

⁶¹⁸ *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.408.

ne sont énumérés que comme trois exemples possibles de tels transferts. Ainsi, nous estimons que l'article 1.1 a) 1) identifie dans les alinéas respectifs les types d'instruments ou de transactions qui pourraient être considérés comme étant des "contributions financières". Bien entendu, ces instruments seraient visés par l'Accord uniquement s'ils émanaient "des pouvoirs publics ou [d'un] organisme public", et ils seraient des subventions visées par l'Accord uniquement si, à la fois, ils conféraient un avantage et étaient spécifiques. Par conséquent, la notion de contribution financière n'est qu'un élément dans un ensemble d'éléments cumulatifs et indépendants qui doivent tous être présents pour qu'une mesure soit régie par l'Accord SMC.

7.412 Nous estimons que les exemples énumérés à l'article 1.1 a) 1) i) sont éclairants en ce qui concerne la portée de l'expression "transfert direct de fonds". Surtout, considérant le "moyen d'échange" dans les exemples indiqués, nous notons que tous les exemples visent des transferts d'argent ("fonds"), par opposition aux transferts en nature (de biens ou de services, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii)). Le fait que les types de transferts directs de fonds énumérés (dons, prêts et participations au capital social) ne sont indiqués qu'à titre d'exemples montre clairement qu'il peut très bien exister d'autres types d'instruments qui constitueraient également des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i).

7.413 Passant aux cas particuliers des transactions faisant partie de la restructuration, nous constatons qu'elles sont toutes de la même nature que celles qui sont explicitement énumérées à l'article 1.1 a) 1) i). Premièrement, nous notons que les réductions et reports d'intérêts sont analogues à de nouveaux prêts car ils font intervenir une renégociation/prolongation de la durée du prêt initial. Nous ne voyons pas pourquoi les prêts constitueraient des contributions financières alors que les réductions et reports d'intérêts n'en seraient pas. En outre, nous pensons que l'annulation des intérêts/de la dette est comparable à un don en espèces, car les fonds qui étaient précédemment accordés sous forme de prêt, contre intérêt, sont maintenant accordés gratuitement, en raison de la suppression de l'obligation de remboursement. Toutes ces transactions constituent donc des transferts directs de fonds au sens de l'article 1.1 a) 1) i) de l'Accord SMC. S'agissant des conversions de dettes en prises de participation, nous notons que la participation au capital social est explicitement mentionnée comme un type de transfert direct de fonds à l'article 1.1 a) 1) i). Comme nous avons également constaté que l'annulation de la dette constituait un transfert direct de fonds, nous ne voyons pas pourquoi la conjugaison de la participation au capital social et de l'annulation de la dette devrait être exclue du champ d'application de cette disposition. La raison pour laquelle les créanciers acceptent de telles transactions (c'est-à-dire que ce soit ou non pour préserver la valeur d'exploitation) n'est pas pertinente pour le point de savoir si les transactions constituent ou non des contributions financières. En fait, elle est liée à la question de l'avantage (pour ce qui est de savoir si des créanciers agissant selon les principes du marché auraient ou non effectué ces transactions aux mêmes conditions).

...

7.420 ... Les participations au capital social et les conversions de dettes en prises de participation ont le même effet, en ce sens que le capital change de mains en échange d'une contrepartie dans les deux cas (et qu'il y a subventionnement si le montant de la contrepartie est inférieur à ce que le marché aurait proposé). De même, la conversion de dettes en prises de participation comprend un élément participation au capital social.

7.444 Nous souscrivons à cette analyse effectuée par le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*. Nous convenons en particulier qu'il convient de ne pas s'intéresser uniquement à la forme de la transaction et d'en analyser les effets pour déterminer si la transaction constitue ou non un "transfert direct de fonds".⁶¹⁹

7.445 Pour finir, nous notons qu'un élément central de l'allégation de la Corée est l'argument selon lequel la constatation par la JIA de l'existence d'un "transfert direct de fonds" était fondée sur une "fiction juridique"⁶²⁰ qui n'existait pas.⁶²¹ La Corée affirme que la JIA a simplement "considéré" que

⁶¹⁹ Nous notons que l'Organe d'appel semble convenir que, pour établir l'existence d'une contribution financière, les autorités chargées de l'enquête peuvent à bon droit prendre en considération les conséquences des transactions pertinentes: "[N]ous ne souscrivons pas à l'affirmation du Canada selon laquelle l'octroi du droit incorporel de récolter du bois sur pied ne peut pas *être assimilé* à l'acte consistant à fournir ce bois sur pied. En accordant un droit de récolte, les gouvernements provinciaux mettent certains peuplements à la disposition des exploitants forestiers et permettent à ces entreprises, exclusivement, d'utiliser ces ressources. Le Canada affirme que les pouvoirs publics ne fournissent pas d'arbres abattus, de grumes ni de bois d'œuvre par le biais des transactions forestières. À notre avis, cette affirmation passe à côté de l'essentiel parce que les arbres abattus, les grumes et le bois d'œuvre sont tous distincts du "bois sur pied" sur lequel le Groupe spécial a fondé ses conclusions. En outre, ce qui importe, aux fins de déterminer si les pouvoirs publics "fournissent des biens" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii), est *la conséquence de la transaction*." (*États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 75, pas d'italique dans l'original, note de bas de page omise)

⁶²⁰ Voir la deuxième communication écrite de la Corée, paragraphe 55.

⁶²¹ Nous notons que la "fiction juridique" alléguée par la Corée correspondait en réalité à la façon dont Hynix elle-même concevait les transactions:

[Hynix] En ce qui concerne l'échange de créances contre des participations dans le cadre du programme de décembre 2002, sur la base d'une interprétation raisonnable des normes comptables du pays visé par l'enquête, de l'Accord SMC, des Directives, etc., soit il devrait être considéré que la subvention a été reçue en 2002, soit il devrait être constaté qu'une subvention n'existe pas. Dans l'éventualité peu probable où il serait constaté que le programme de décembre 2002 est une subvention, il conviendrait que les pouvoirs publics japonais considèrent que, l'avantage résultant de l'échange de créances contre des participations dans le cadre du programme a été conféré en 2002. L'avis de Micron est inopportun, parce que celle-ci n'a pas compris le fait que *l'échange de créances contre des participations englobe la notion d'extinction de la dette*, et non l'émission des actions elle-même; il s'agit d'une affirmation erronée ayant pour seul but d'allonger la période effective de la subvention et qui n'est fondée ni sur l'Accord SMC, ni sur le droit interne japonais. En d'autres termes, dans la présente affaire, Hynix ne retirerait aucun avantage de l'émission d'actions mais, en revanche, elle aurait l'obligation de verser des dividendes aux actionnaires en raison de l'émission d'actions. Conformément aux Directives 13 (1) iii), en l'occurrence, *on peut dire* que l'investissement provient du *transfert*, pour ainsi dire, des créances existantes au débiteur, et le *transfert de créances* en tant que tel résulte de la décision qui a été prise par le Conseil des établissements financiers créanciers en décembre 2002. Étant donné que le *transfert* a été inscrit dans les états financiers d'Hynix pour l'exercice 2002, les pouvoirs publics japonais devraient s'en tenir à la constatation de fait formulée dans les Faits essentiels selon laquelle l'échange de créances contre des participations dans le cadre du programme de décembre 2002 a été effectué en 2002.

- Le 30 septembre 2002, les établissements financiers créanciers ont pris une décision concernant une proposition de restructuration de la dette qui prévoyait la conversion de 50 pour cent des créances non garanties en participations. Comme elle était exécutoire en vertu de la Loi CRPA, la décision a pris effet immédiatement. Une fois cette décision prise, les établissements financiers créanciers ne pouvaient rien faire d'autre que choisir la méthode pour procéder à l'échange de créances contre des participations. Une fois adopté le plan établi dans la décision, *les obligations assumées par Hynix à l'égard des créances visées se sont éteintes*, et même les établissements financiers créanciers ne pouvaient plus faire valoir leurs droits en tant que créanciers d'Hynix. En particulier, comme il est dit dans la section 2. e) 2) de la proposition du 30 décembre 2002 du Conseil des établissements financiers créanciers que "les intérêts courus sur les créances visées par l'échange de créances contre des participations après la date de la présente décision sont exonérés", les établissements financiers créanciers qui avaient accepté de procéder à l'échange de créances contre des participations ne

les transactions pertinentes constituaient 1) des remboursements suivis par 2) de nouveaux transferts à l'emprunteur, faisant ainsi abstraction du fait qu'en réalité, Hynix était insolvable et ne pouvait pas rembourser ses dettes. Cet argument donne à penser que le vrai problème à la base de l'allégation de la Corée au titre de l'article 1.1 a) 1) i) est le fait que la JIA n'a pas examiné la substance des transactions du point de vue de l'investisseur interne, c'est-à-dire de l'investisseur qui ne pouvait pas escompter un remboursement intégral de la dette. Cette question est dûment traitée ailleurs, dans le cadre de notre évaluation du calcul par la JIA du montant de l'avantage.⁶²²

7.446 Pour les raisons qui précèdent, nous constatons 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).⁶²³

L. MODIFICATION DE LA STRUCTURE DU CAPITAL

1. Allégation

7.447 La Corée allègue que le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'Accord SMC, au motif que celui-ci a imposé et maintenu des droits compensateurs sans avoir déterminé si un avantage continuait d'exister à la suite des modifications de la structure du capital d'Hynix découlant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

7.448 Le Japon soutient que le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation et l'argument de la Corée.

pouvaient plus exercer aucun droit quel qu'il soit en ce qui concerne leurs créances après la date de la décision.

- *Le fait que la dette ait été éteinte après l'échange de créances contre des participations est également illustré par le fait que la dette a diminué au total d'environ 2 200 milliards de won sud-coréens par suite de l'inscription du montant de l'échange de créances contre des participations résultant du programme de décembre 2002 à un poste du bilan concernant l'ajustement du capital à compter de 2002, et également par suite de la réduction des prêts à court terme, des prêts à long terme, des obligations de sociétés et d'autres prêts portés au bilan de 2002. Après la décision prise au sujet du programme de décembre 2002, il n'existait absolument aucune condition annexe qui aurait pu modifier l'échange de créances contre des participations. La série de procédures qui ont été entreprises après la date de la décision, dont Micron fait état dans son avis, se rapportaient toutes à la forme d'émission des actions, laquelle n'a aucun effet sur l'échange de créances contre des participations en vigueur à compter de décembre 2002. La décision prise par les établissements financiers créanciers en décembre 2002 est elle-même une convention conclue par ces établissements pour convertir 50 pour cent de la valeur des créances non garanties en actions d'Hynix. Grâce à cette convention, Hynix a été en mesure d'éliminer la dette de ses états financiers vérifiés de 2002 et d'inscrire simultanément le montant correspondant à un poste concernant l'ajustement du capital. Dès lors, la dette existante des établissements financiers créanciers a été déclarée remboursée à compter du 30 décembre 2002 et inscrite à un poste du bilan concernant l'ajustement du capital au moment du traitement comptable de l'opération. (annexe 3 (Réfutations et contre-réfutations), paragraphe 555, pas d'italique dans l'original)*

Nous notons en outre que les réponses des parties à la question n° 128 du Groupe spécial indiquent que, tant Hynix que les créanciers ont enregistré les échanges de créances contre des participations à titre de remboursements de la dette et de prises de participation, ce qui est compatible avec le traitement de ces transactions par la JIA.

⁶²² Voir la section VII.E.7 c) *supra*.

⁶²³ La question de savoir si un avantage a ainsi été conféré, et le calcul du montant de cet avantage, sont des questions distinctes soumises à des disciplines distinctes de l'Accord SMC.

2. Arguments

a) Corée

7.449 La Corée allègue que les échanges de créances contre des participations entrepris dans le cadre des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 ont entraîné une modification fondamentale de la structure du capital d'Hynix.

7.450 La Corée rappelle la constatation formulée par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des CE*, selon laquelle, quand il y a modification de la structure du capital d'une société à sa juste valeur marchande, les autorités chargées de l'enquête doivent examiner si les subventions reçues avant la modification de la structure du capital ont continué de conférer un avantage après cette modification. La Corée rappelle que l'Organe d'appel a aussi déclaré que la modification de la structure du capital d'une société dans le cadre d'une transaction correspondant à "la juste valeur marchande" crée une présomption réfragable selon laquelle les avantages de la subvention ont cessé d'exister. La Corée rappelle que l'Organe d'appel a constaté dans cette affaire que les autorités chargées de l'enquête avaient agi d'une manière incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 en n'examinant pas si les subventions reçues avant la modification de la structure du capital continuaient de conférer un avantage après cette modification.

7.451 La Corée fait valoir que la JIA n'a pas examiné si les subventions qui auraient été octroyées à Hynix continuaient de conférer des avantages "après la modification de la structure du capital résultant des échanges de créances contre des participations", et que la détermination de la JIA était par conséquent incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21.

b) Japon

7.452 Le Japon fait valoir que l'argument de la Corée relatif à la modification de la structure du capital n'est pas accompagné d'une analyse ni d'une explication de la manière dont les articles 10, 14, 19 et 21 étayaient la conclusion de la Corée, et que celle-ci n'a donc pas établi *prima facie* le bien-fondé de son allégation.

7.453 Le Japon conteste la pertinence des constatations formulées par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des CE*, en faisant valoir que la présente affaire est complètement différente de la situation particulière dans laquelle une subvention est présumée avoir cessé d'exister par suite d'un autre type de modification de la structure du capital. Le Japon fait valoir que les échanges de créances contre des participations dans le cadre des restructurations de la dette d'octobre 2001 et de décembre 2002 ne réunissent aucune des conditions établies par l'Organe d'appel. Le Japon fait valoir que la Corée n'a présenté aucun argument ni élément de preuve concernant la modification de la structure du capital après qu'il eut été constaté qu'un avantage avait été conféré dans le cadre de chacun des programmes. Selon lui, la question que soulève une modification de la structure du capital est celle de savoir si la subvention continue de conférer un avantage après le transfert de toute la propriété ou d'une grande partie de la propriété du bénéficiaire de la subvention (à savoir au moyen d'une privatisation) dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence à la juste valeur marchande.

7.454 Le Japon fait observer en outre que la Corée reprend un argument qui a déjà été rejeté par le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*.⁶²⁴

⁶²⁴ Le Japon se réfère au rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.419.

7.455 Par ailleurs, le Japon fait valoir que les dispositions des articles 1.1 a) 1) i) et 14 a) de l'*Accord SMC* contredisent clairement l'interprétation selon laquelle une prise de participation équivalant à une subvention fait cesser simultanément l'avantage qu'elle comporte.

3. Évaluation par le Groupe spécial

7.456 Nous estimons que l'application de la jurisprudence de l'OMC concernant la transmission de subventions antérieures à une privatisation ne serait pas pertinente en l'espèce. La Corée fait valoir que, "quand il y a modification de la structure du capital d'une société à sa juste valeur marchande, les autorités chargées de l'enquête doivent examiner si les *subventions reçues avant la modification de la structure du capital* ont continué de conférer un avantage après cette modification".⁶²⁵ Étant donné que la modification de la structure du capital à laquelle fait allusion la Corée a eu lieu à la suite des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, respectivement, l'argument de la Corée porterait donc sur l'avantage conféré par les subventions qui auraient été reçues *avant* la modification de la structure du capital. Or, la présente affaire concerne la question de savoir si des subventions qui auraient été octroyées *au moyen* même des modifications de la structure du capital peuvent donner lieu à des mesures compensatoires. Cette question n'a pas été examinée dans la jurisprudence de l'OMC se rapportant à la transmission de subventions antérieures à une privatisation.⁶²⁶

7.457 Le seul point sur lequel la jurisprudence de l'OMC concernant la transmission de subventions au cours d'une privatisation peut avoir de l'importance a trait au principe selon lequel il existe une présomption d'absence de transmission lorsque le *prix du marché* est payé pour l'entité privatisée.⁶²⁷ En d'autres termes, cette jurisprudence indique que l'avantage doit être évalué par rapport au marché et qu'aucun avantage n'est conféré lorsque le prix payé est celui du marché. Si les restructurations d'octobre 2001 et décembre 2002 avaient été effectuées aux conditions du marché, ces restructurations n'auraient pas conféré d'avantage (et la Corée n'aurait pas besoin d'invoquer la jurisprudence de l'OMC concernant les modifications de la structure du capital). Si elles n'avaient pas été effectuées aux conditions du marché, les restructurations auraient conféré un avantage (et la jurisprudence de l'OMC concernant la modification de la structure du capital ne modifierait pas ce résultat, car la présomption d'absence de transmission d'un avantage conféré par des subventions antérieures n'existe que lorsque la privatisation se fait aux conditions du marché).

7.458 Pour les raisons qui précèdent, nous rejetons l'allégation de la Corée selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'*Accord SMC*, au motif que le Japon a imposé et maintenu des droits compensateurs sans avoir déterminé si un avantage continuait d'exister à la suite des modifications de la structure du capital d'Hynix qui résultaient des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002.

⁶²⁵ Voir la première communication écrite de la Corée, paragraphe 261. (pas d'italique dans l'original)

⁶²⁶ Nous approuvons la façon dont le Groupe spécial *Corée – Navires de commerce* a traité un argument similaire ("La Corée invoque la jurisprudence de l'OMC concernant les changements de propriété dans le contexte des privatisations pour faire valoir qu'une contribution financière, comme un avantage, doit être conférée à une personne morale ou physique, et non à des activités de production/actifs. Nous ne sommes pas convaincus cependant que cette jurisprudence soit pertinente vu qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire relative à la privatisation. Dans les affaires relatives à la privatisation en question, la subvention alléguée a eu lieu avant la privatisation, et la question était de savoir si l'avantage découlant de ces subventions antérieures était éteint avec le changement de propriété. Dans lesdites affaires, le changement de propriété avait lieu dans des conditions de libre concurrence et à la juste valeur marchande. En l'espèce, toutefois, le changement de propriété est la subvention alléguée.") (paragraphe 7.419)

⁶²⁷ L'Organe d'appel a confirmé qu'"[u]ne privatisation dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande peut entraîner une résorption de l'avantage. En fait, nous constatons qu'il existe une présomption réfragable selon laquelle un avantage cesse d'exister après une telle privatisation." (*États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des CE*, paragraphe 127.) (italique dans l'original)

M. ARTICLE 32.1

1. Allégation

7.459 La Corée allègue que, par suite de la violation par le Japon d'autres dispositions de l'*Accord SMC*, l'imposition par le Japon de droits compensateurs sur les importations de DRAM en provenance de Corée n'était pas compatible avec les prescriptions de l'article 32.1 de l'*Accord SMC*.

7.460 Le Japon estime que le Groupe spécial devrait rejeter l'allégation et l'argument de la Corée.

2. Disposition applicable

7.461 L'article 32.1 dispose ce qui suit:

"Il ne pourra être prise aucune mesure particulière contre une subvention accordée par un autre Membre, si ce n'est conformément aux dispositions du GATT de 1994, tel qu'il est interprété par le présent accord." (note de bas de page omise)

3. Arguments

a) Corée

7.462 La Corée ne présente aucun argument distinct en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 32.1.

b) Arguments du Japon

7.463 Le Japon note que la Corée n'a pas présenté d'argument distinct concernant l'incompatibilité avec l'article 32.1. Le Japon trouve dans plusieurs rapports de l'Organe d'appel des éléments étayant la thèse selon laquelle une violation de l'article 32.1 est nécessairement tributaire d'une constatation voulant que le Membre ait manqué par ailleurs à ses obligations au titre de l'*Accord SMC*. Le Japon estime que comme l'incompatibilité alléguée au titre de l'article 32.1 dépend entièrement des autres erreurs alléguées mais non étayées par la Corée, cette allégation devrait également être rejetée.

4. Évaluation par le Groupe spécial

7.464 La présente allégation dépend des autres allégations formulées par la Corée. Compte tenu de notre constatation concernant l'incompatibilité de la détermination par la JIA de l'existence d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics et de l'existence d'un avantage en ce qui concerne la restructuration de décembre 2002, et du calcul par la JIA du montant de l'avantage en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 et celle de décembre 2002, et en l'absence de toute argumentation distincte de la Corée à cet égard, nous jugeons qu'il n'est pas nécessaire pour régler le présent différend d'examiner cette allégation de la Corée concernant l'incompatibilité avec l'article 32.1 de l'*Accord SMC*.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION

8.1 Compte tenu des constatations qui précèdent, nous *rejetons* les allégations de la Corée selon lesquelles:

- a. le Japon a indûment constaté que les quatre créanciers ont fait l'objet d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics pour qu'ils participent à la restructuration d'octobre 2001, en violation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;

- b. le Japon a indûment constaté que la restructuration d'octobre 2001 avait conféré un avantage à Hynix, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*;
- c. le Japon a indûment traité certains créanciers d'Hynix comme des "parties intéressées", et a 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*;
- d. le Japon a indûment constaté que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 constituaient des "transfert[s] direct[s] de fonds", en violation de l'article 1.1 a) 1) i) de l'*Accord SMC*;
- e. le Japon a indûment déterminé que les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002 étaient spécifiques, en violation de l'article 2 de l'*Accord SMC*;
- f. le Japon a indûment omis de déterminer si un avantage continuait ou non d'exister par suite des modifications de la structure du capital d'Hynix résultant des restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002; et
- g. la détermination du Japon a indûment omis de démontrer que les importations subventionnées causaient, par les effets des subventions, un dommage, en violation de l'article 15.5 de l'*Accord SMC*;

8.2 Eu égard aux constatations qui précèdent, nous *reconnaissons le bien-fondé* des allégations de la Corée selon lesquelles:

- a. le Japon a indûment constaté que les quatre créanciers ont fait l'objet d'une "action de charger ou ordonner" de la part des pouvoirs publics pour qu'ils participent à la restructuration de décembre 2002, en violation de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'*Accord SMC*;
- b. le Japon a indûment constaté 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*;
- c. le Japon a mal calculé le montant de l'avantage conféré par les restructurations d'octobre 2001 et de décembre 2002, en violation des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*;
- d. le Japon a indûment utilisé, pour calculer le montant de l'avantage conféré au bénéficiaire, des méthodes qui n'étaient prévues ni dans sa législation ni dans ses réglementations d'application nationales, en violation du *texte introductif* de l'article 14 de l'*Accord SMC*; et
- e. 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, alors même que la JIA avait seulement constaté que certaines de ces subventions avaient existé de 2001 jusqu'à la fin de l'année 2005, en violation de l'article 19.4 de l'*Accord SMC*.

8.3 Compte tenu des constatations qui précèdent, nous *nous abstenons de nous prononcer* séparément sur les allégations de la Corée selon lesquelles:

- a. le Japon a agi d'une manière incompatible avec les articles 1^{er} et 2 de l'*Accord SMC* en renversant la charge de la preuve et en fondant ses constatations de "contribution financière" et d'"avantage" sur l'absence d'éléments de preuve;
- b. le Japon a indûment imposé des droits compensateurs sur la base d'une analyse imparfaite de l'avantage, en violation de l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et de l'article VI:3 du *GATT de 1994*; et
- c. le Japon a indûment imposé des droits compensateurs, en violation de l'article 32.1 de l'*Accord SMC*.

8.4 En vertu de l'article 3:8 du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends*, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre des avantages résultant de cet accord. Par conséquent, nous concluons que, dans la mesure où il a agi d'une manière incompatible avec les dispositions de l'*Accord SMC*, le Japon a annulé ou compromis des avantages résultant pour la Corée de cet accord.

8.5 L'article 19:1 du *Mémoire d'accord sur le règlement des différends* est explicite en ce qui concerne la recommandation qu'un groupe spécial doit formuler dans le cas où il détermine qu'une mesure est incompatible avec un accord visé:

il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord. (notes de bas de page omises)

8.6 Nous recommandons donc que l'Organe de règlement des différends demande au Japon de rendre sa mesure conforme à ses obligations au titre de l'*Accord SMC*.⁶²⁸

8.7 La Corée a demandé que le Groupe spécial suggère que les droits compensateurs imposés par le Japon sur les importations de DRAM en provenance de Corée soient immédiatement annulés et que les droits compensateurs perçus par le Japon sur ces importations soient aussitôt remboursés. À cet égard, nous notons que l'article 19:1 dispose également ce qui suit:

Outre les recommandations qu'il fera, le groupe spécial ou l'Organe d'appel pourra suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre ces recommandations.

8.8 Nous estimons par conséquent que l'article 19:1 nous permettrait de faire la suggestion demandée par la Corée. Toutefois, nous avons constaté l'existence de divers manquements aux obligations incombant au Japon en vertu de l'*Accord SMC*, qui peuvent nécessiter des réponses différentes pour que le Japon mette la mesure concernée en conformité avec ses obligations au titre de cet accord. À notre avis, c'est au Japon qu'il appartient en premier lieu de déterminer les modalités de mise en œuvre de notre recommandation. Par conséquent, nous nous abstenons de faire la suggestion demandée par la Corée.

⁶²⁸ La Corée a initialement fait valoir (au paragraphe 48 de sa deuxième communication écrite, et en réponse à la question n° 54 du Groupe spécial) que, puisque la JIA n'avait pas utilisé des méthodes qui étaient compatibles avec la première phrase de l'article 14 pour calculer l'avantage conféré à Hynix, les prescriptions de l'article 1.1 n'étaient pas satisfaites et qu'aucun droit compensateur n'aurait dû être imposé. La Corée a indiqué que le Groupe spécial devrait donc recommander que le Japon annule immédiatement les droits compensateurs qu'il avait imposés. Lors de la deuxième réunion de fond, et en réponse à la question n° 119 du Groupe spécial, la Corée a précisé qu'elle ne faisait que demander au Groupe spécial de recommander que le Japon rende ses mesures conformes. Par conséquent, il n'y a pas lieu que nous examinions la demande initiale de la Corée voulant que nous recommandions que le Japon annule immédiatement les droits compensateurs qu'il a imposés.

ANNEXE A

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE PAR LA CORÉE

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS336/5
19 mai 2006

(06-2460)

Original: anglais

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

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Corée

La communication ci-après, datée du 18 mai 2006 et adressée par la délégation de la Corée au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

Le 27 janvier 2006, le gouvernement japonais ("le Japon") a imposé des droits compensateurs sur les importations de mémoires RAM dynamiques ("DRAM") en provenance de Corée, ainsi qu'il était indiqué dans le Décret interministériel n° 13 et l'Avis n° 35 du Ministère des finances, publiés respectivement dans le n° 4264 et dans le numéro spécial 17 du Journal officiel daté du 27 janvier 2006.

Le gouvernement coréen ("la Corée") estime que les droits compensateurs imposés par le Japon à l'encontre des DRAM en provenance de Corée sont incompatibles avec les obligations du Japon au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1994 et de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (l'"Accord SMC"). En conséquence, la Corée a demandé l'ouverture de consultations avec le Japon au sujet de ces mesures conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (le "Mémorandum d'accord"), l'article 30 de l'Accord SMC, et l'article XXII du GATT de 1994. L'ouverture de consultations a été demandée le 14 mars 2006 en ce qui concerne les mesures compensatoires du Japon. Les consultations ont été tenues avec le Japon à Genève le 25 avril 2006. Elles n'ont pas permis de régler le différend entre les parties.

Le différend n'ayant pas été réglé, la Corée demande l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994 et à l'article 30 de l'Accord SMC au sujet des mesures compensatoires du Japon à l'encontre des DRAM en provenance de Corée. La Corée demande que le Groupe spécial constate que le Japon a agi d'une

manière incompatible avec ses obligations au titre 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 du GATT de 1994. Spécifiquement, la Corée formule des allégations au titre des dispositions suivantes:

1. L'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas démontré l'existence d'une contribution financière de la Corée en ce qui concerne chaque transaction financière distincte en cause dans son enquête antisubvention.
2. L'article 1.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas démontré que chaque institution financière privée impliquée dans son enquête sur l'existence d'une subvention recevait des ordres ou des instructions de la Corée.
3. Les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas démontré qu'un avantage était conféré à l'entreprise interrogée, Hynix Semiconductor Inc. ("Hynix"), compte tenu des points de repère du marché disponibles et des circonstances de la restructuration financière.
4. Les articles 1.1 et 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les analyses de la "rationalité commerciale" des prêts et autres investissements destinés à Hynix, et les autres analyses relatives à la détermination de la contribution financière et de l'avantage octroyés à Hynix, qui ont été effectuées par le Japon, sont incompatibles avec les obligations du Japon au titre de l'Accord SMC.
5. L'article 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas dûment établi que toutes les subventions alléguées étaient spécifiques à Hynix sur la base d'éléments de preuve positifs.
6. Les articles 1^{er} et 2 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a imposé une charge de la preuve indue à Hynix et à la Corée; est parvenu à des conclusions non fondées sur des éléments de preuve adéquats et, de ce fait, n'a pas fondé ses décisions sur des éléments de preuve positifs, objectifs et vérifiables.
7. L'article 12 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a indûment traité des entités qui n'avaient aucun intérêt dans l'enquête comme des "parties intéressées", a indûment appliqué les "données de fait disponibles" au lieu d'examiner les renseignements versés au dossier et a indûment tiré des déductions défavorables aux intérêts d'Hynix de la coopération, dont il a allégué qu'elle était inappropriée, d'autres parties intéressées ou d'autres entités qui n'étaient pas sous le contrôle d'Hynix et qui n'étaient pas tenues de participer à l'enquête.
8. L'article 14 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a utilisé pour calculer l'avantage conféré au bénéficiaire allégué des contributions financières alléguées des méthodes qui n'étaient pas spécifiées dans sa législation ou ses réglementations d'application nationales, et qui n'ont pas été appliquées d'une manière transparente et expliquée de manière adéquate.
9. Les articles 14 et 19.4 de l'Accord SMC et l'article VI:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas dûment mesuré l'avantage conformément aux principes énoncés dans l'Accord SMC, ce qui a entraîné la perception de droits compensateurs dépassant le montant autorisé au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994.

10. L'article 15 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a constaté indûment l'existence d'un dommage important causé par les importations dont il alléguait qu'elles étaient subventionnées, sans se fonder sur des éléments de preuve ou des moyens de droit appropriés.
11. Les articles 15.5 et 19.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, la détermination du Japon n'a pas démontré que les importations dont il était allégué qu'elles étaient subventionnées causaient, par les effets des subventions alléguées, un dommage au sens de l'Accord SMC.
12. Les articles 10 et 32.1 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, les droits compensateurs imposés par le Japon à l'encontre des DRAM originaires de Corée n'étaient pas conformes aux dispositions pertinentes de l'Accord SMC ni aux dispositions pertinentes du GATT de 1994.
13. Les articles 10, 14, 19 et 21 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a imposé et maintenu des droits compensateurs sans déterminer si un avantage continuait d'exister à la suite de changements dans la propriété d'Hynix.
14. Les articles 19 et 21 de l'Accord SMC parce que, entre autres choses, le Japon a indûment perçu un droit compensateur sur les importations alors qu'il n'y avait plus d'avantage conféré par les subventions alléguées et que le droit n'était plus nécessaire pour contrebalancer le subventionnement.
15. Les articles 10, 11, 12, 14, 15, 22 et 32.1 de l'Accord SMC et les articles VI:3 et X:3 du GATT de 1994 parce que, entre autres choses, le Japon n'a pas mené une enquête approfondie et complète et n'a pas mené son enquête ni fait ses déterminations conformément aux prescriptions de fond et de procédure essentielles.

Le gouvernement coréen demande l'établissement d'un groupe spécial doté du mandat type énoncé à l'article 7 du Mémoire d'accord.

Le gouvernement coréen demande en outre que la présente demande soit inscrite à l'ordre du jour de la réunion extraordinaire de l'Organe de règlement des différends qui se tiendra le 30 mai 2006.
