

## ANNEXE C

### COMMUNICATIONS PRÉSENTÉES À TITRE DE RÉFUTATION PAR LES PARTIES

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

## ANNEXE C-1

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LA CORÉE

(4 décembre 2004)

#### INTRODUCTION

1. Bien que la présente affaire comporte un dossier factuel complexe et volumineux, elle se résume à une évaluation de la compatibilité des actions des autorités des CE avec les règles de l'OMC. La Corée est d'avis que les CE ont imposé un droit compensateur exorbitant qui ne satisfait pas aux obligations des CE au titre de l'*Accord SMC*.

#### I. QUESTIONS CONCERNANT LE DOMMAGE

##### A. LES CE DONNENT UNE INTERPRÉTATION ERRONÉE DE L'ARTICLE 15.1 ET 15.2 DE L'ACCORD SMC ET DU CRITÈRE D'EXAMEN

2. Les CE font valoir que la *seule* obligation énoncée à l'article 15.1 et 15.2 est que l'autorité nationale "examine" et "prenne en considération" les éléments de preuve. Au contraire, pour satisfaire aux obligations découlant de l'article 15.1 et 15.2, l'autorité chargée de l'enquête doit démontrer que sa détermination est, en fait, fondée sur des *éléments de preuve positifs* et résulte d'un *examen objectif*. En outre, le Groupe spécial doit être autorisé à examiner si les éléments de preuve sur lesquels repose une détermination sont crédibles. Des faits vérifiables ne sont pas nécessairement des éléments de preuve positifs de l'existence d'un dommage et l'examen de données de fait incomplètes ou inadéquates ne constitue pas un examen objectif.

##### B. LES CONSTATATIONS DES CE SONT INADÉQUATES TANT AU TITRE DU PARAGRAPHE 1 QUE DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 15

#### 1. La constatation par les CE de l'existence d'une augmentation notable des importations n'est pas étayée par des éléments de preuve positifs ni par un examen objectif

3. Les CE font valoir que n'ayant pas constaté spécifiquement que LGS recevait des subventions, elles ne pouvaient pas tenir compte des expéditions de LGS à destination des CE en 1998 et 1999. La justification qu'elles proposent est absolument dénuée de sens. La question est de savoir si le volume des importations subventionnées a augmenté dans le temps. La façon correcte d'analyser le volume des importations subventionnées en provenance d'Hynix pendant une période antérieure à la fusion de Hyundai Electronics et de LGS et à l'existence d'Hynix est de combiner les importations de Hyundai Electronics et de LGS pendant la période antérieure à Hynix. Sinon, il ne peut y avoir de comparaison correcte d'éléments de même nature. Les CE disposaient des données concernant LGS, elles ont simplement refusé d'entreprendre une analyse objective.

4. Les CE ne fournissent par ailleurs aucune raison pour laquelle la constatation de l'existence d'une augmentation des importations en chiffres absolus constituerait un élément de preuve positif de l'existence d'une "augmentation notable" au sens de l'article 15.2, alors qu'elles ont compris elles-mêmes qu'une caractéristique essentielle des DRAM est que le nombre de bits fourni par tous les producteurs augmente considérablement chaque année. Ce qui est important lorsqu'on analyse le

volume des expéditions de DRAM, c'est d'examiner l'augmentation des expéditions *par rapport* à la consommation et aux autres fournisseurs. Une augmentation en chiffres absolus, en soi, est très peu significative.

5. Les éléments de preuve dont disposent les CE démontrent clairement que la part de marché d'Hynix, si on l'analyse correctement, *n'a absolument pas augmenté*, mais a plutôt diminué au cours de la période considérée. De plus, à la lumière d'un examen objectif, l'augmentation de valeur et de volume n'était pas non plus notable même dans le cas où les effets de la fusion avec LGS n'avaient pas été correctement examinés. Enfin, même en supposant que l'analyse par les CE du volume des importations subventionnées soit, d'une façon ou d'une autre, conforme à l'article 15.2, l'absence d'éléments de preuve positifs et d'un examen objectif signifie que les CE n'en ont pas moins violé l'article 15.1.

**2. La constatation par les CE d'une sous-cotation notable des prix n'est pas étayée par des éléments de preuve positifs ni par un examen objectif**

6. Les CE ont constaté que la concurrence sur le marché des DRAM portait principalement sur les prix. Cependant, les éléments de preuve montrent qu'Hynix a perdu constamment des parts sur le marché des CE de 1999 à 2001, soit jusque et y compris l'année pendant laquelle Hynix a, selon les allégations, bénéficié de subventions. Cette perte constante de parts de marché ne peut être conciliée avec les propres observations des CE au sujet de la sous-cotation des prix. En dépit de leurs allégations selon lesquelles "il est tout à fait *possible* qu'une société, tout en sous-cotant les prix, perde des parts de marché pour d'autres raisons", les CE ne donnent jamais aucun exemple de ces "autres raisons". Surtout, les CE ne mettent en avant aucun élément de preuve versé au dossier indiquant que ces "autres raisons" expliquaient, en fait, la diminution de la part de marché d'Hynix. De telles conjectures ne satisfont pas aux obligations découlant de l'article 15.1 et 15.2.

7. Les CE défendent leur méthodologie erronée de comparaison des prix – qui consiste à comparer les prix mensuels moyens pratiqués par Hynix aux différents prix quotidiens pratiqués par les producteurs des Communautés – à l'aide d'un truisme, à savoir que l'article 15.2 ne précise aucune méthodologie particulière à appliquer pour analyser les effets des ventes à des prix inférieurs et les effets sur les prix. Elles doivent cependant démontrer en quoi leur approche est correcte et le Groupe spécial doit déterminer si les CE, en concluant à une sous-cotation notable des prix, se sont fondées sur des éléments de preuve positifs.

8. Enfin, même s'il estime que les CE, d'une façon ou d'une autre, se sont conformées à l'article 15.2 dans leur analyse des prix, le Groupe spécial n'en doit pas moins évaluer si cette analyse satisfait en l'espèce à l'obligation indépendante prévue à l'article 15.1. Pour les raisons indiquées ci-dessus, la Corée estime que les CE n'ont pas satisfait à cette obligation.

**C. LES CE N'ONT PAS EXAMINÉ COMME IL CONVIENT LA SITUATION DE LA BRANCHE DE PRODUCTION NATIONALE**

9. L'article 15.4 de l'*Accord SMC* dispose que l'autorité nationale doit examiner tous les facteurs de dommage énumérés. Or les CE n'ont pas pris en considération les salaires, facteur spécifique aux termes de l'article 15.4, et n'ont pas mis à disposition suffisamment de données pour permettre de déterminer ce qu'aurait donné une analyse correcte des "salaires". Par ailleurs, les CE disent en fait qu'elles n'ont pas à examiner les déclarations de leur propre branche de production nationale qui ont un rapport direct avec les facteurs de l'article 15.4. La Corée trouve cette position problématique car elle n'établit aucune obligation de rendre des comptes.

10. Contrairement aux allégations des CE selon lesquelles le "fléchissement économique" sur le marché des DRAM est "une question de lien de causalité plutôt que d'évaluation de la situation de la branche de production nationale", le cycle économique des DRAM est une considération primordiale

qui devrait éclairer une évaluation objective de facteurs économiques plus discrets. Nulle part cependant les CE ne se penchent véritablement sur ce cycle considéré isolément ou en tant que contexte permettant de comprendre d'autres facteurs économiques.

11. Enfin, la Corée réaffirme que les CE n'ont pas expliqué d'une manière appropriée pourquoi seulement trois des 13 facteurs énumérés devraient rendre convaincante leur conclusion selon laquelle la branche de production nationale subissait un dommage important. Alors que cela ferait partie d'un examen objectif des faits et d'une explication motivée de l'analyse, nous ne trouvons rien à cette fin dans la détermination des CE. Cela n'est pas conforme à l'article 15.4.

**D. LES CE N'EXPLIQUENT PAS COMMENT LEUR DÉTERMINATION SATISFAIT À LA PRESCRIPTION JURIDIQUE VOULANT QUE SOIT ÉTABLIE L'EXISTENCE D'UN LIEN DE CAUSALITÉ ET QUE LES AUTRES FACTEURS SOIENT DISSOCIÉS ET DISTINGUÉS**

**1. Les CE ne démontrent pas l'existence d'un lien de causalité**

12. Les CE fondent en grande partie leur analyse de l'existence d'un dommage sur une constatation erronée et inappropriée de l'existence d'une augmentation en quantité absolue des importations en question, que celles-ci comprennent LGS ou pas. Même si elle satisfait aux dispositions de l'article 15.2, cette approche n'est pas conforme à l'article 15.5 lu à la lumière de l'article 15.1. Et même si l'article 15.5 était lu d'une manière si étroite que cela permettrait de constater l'existence d'un lien de causalité dans la situation présente, il n'en demeurerait pas moins que l'analyse n'est pas objective et qu'au minimum, elle ajouterait à la détermination des CE un aspect incompatible avec l'article 15.1.

13. Les éléments de preuve portés à la connaissance des CE démontraient qu'il n'y avait pas de corrélation entre l'évolution de la part de marché d'Hynix et celle de la part de marché ou des résultats financiers de la branche de production nationale. Les CE n'ont donc pas démontré l'existence du lien de causalité requis par l'article 15.5.

**2. Les CE n'ont pas correctement dissocié et distingué les causes**

14. Le *Règlement définitif* des CE était incompatible avec les prescriptions de l'article 15.5 parce que les CE n'ont pas dissocié et distingué les effets dommageables des autres facteurs. Les CE ont considéré à tort comme sans importance le rôle joué par la chute de la demande en 2001, ne tenant pas compte des éléments de preuve convaincants avancés par chaque observateur de la branche de production et indiquant que la chute de la demande et la "liquidation des stocks" qui l'avait accompagnée étaient des facteurs essentiels pour comprendre la chute mondiale des prix en 2001. Les CE n'ont pas tenu compte des éléments de preuve concernant l'évolution de la capacité relative, qui confirmaient le rôle dominant des autres fournisseurs qui augmentaient leur capacité beaucoup plus qu'Hynix. Bien qu'elles aient tenté de prendre en considération le rôle des importations non subventionnées, les CE n'ont pas tenu compte des principaux éléments de preuve ou les ont faussés.

15. La norme imposée par l'article 15.5 n'autorise pas les CE à affirmer simplement leurs conclusions. Les CE étaient tenues d'expliquer comment elles faisaient en sorte que les effets dommageables du ralentissement spectaculaire de la demande ne soient pas inclus dans l'évaluation du dommage imputé aux importations subventionnées. Faute d'apporter cette explication, la détermination des CE est incompatible avec l'article 15.5 de l'*Accord SMC*.

## II. QUESTIONS CONCERNANT LA SUBVENTION

### A. L'INTERPRÉTATION ET L'UTILISATION DES "DONNÉES DE FAIT DISPONIBLES" PAR LES CE SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 12.7

#### 1. **La partie défenderesse n'assume pas la charge ni les conséquences potentielles de l'ambiguïté du Membre procédant à l'enquête**

16. Les CE estiment que les données de fait disponibles sont justifiées lorsque le Membre défendeur n'a pas prévu quels seraient les renseignements que le Membre procédant à l'enquête considérerait comme des "renseignements nécessaires". Cette approche est irrecevable. Le Membre procédant à l'enquête doit définir les "renseignements nécessaires" et faire dûment connaître ses attentes au Membre défendeur. Une constatation différente forcerait le Membre défendeur à assumer la charge et les conséquences potentielles de l'ambiguïté du Membre procédant à l'enquête ou du fait que celui-ci n'a pas demandé ce qu'il considère comme des "renseignements nécessaires".

#### 2. **L'article 12.7 permet de combler une lacune et n'est pas une mesure punitive, ni un moyen de remplacer les faits versés au dossier**

17. Les CE ne présentent aucun texte à l'appui de leur conclusion selon laquelle l'objet de l'article 12.7 ne peut être que de tirer des déductions défavorables. En réalité, le texte de l'Accord va dans le sens d'une conclusion diamétralement opposée. À cet égard, le contexte de l'Annexe V de l'Accord SMC est important pour l'interprétation de l'article 12.7, en conformité avec l'article 3:2 du Mémoire d'accord. En particulier, le paragraphe 7 de l'Annexe V prévoit explicitement l'utilisation de déductions défavorables, alors que l'article 12.7 est muet. De plus, le paragraphe 6 de l'Annexe V distingue "les éléments de preuve dont ... disposera" un Membre de l'utilisation de déductions défavorables, qui reste du domaine de compétence du Groupe spécial. Il s'ensuivrait donc que les "données de fait disponibles" sont également distinctes des déductions défavorables, puisque l'article 12 de l'Accord SMC ne prévoit pas par ailleurs l'utilisation de déductions défavorables.

#### 3. **Les CE ne justifient ni l'application ni l'ampleur de l'application des "données de fait disponibles"**

18. Les CE ont appliqué à tort les données de fait disponibles dans un certain nombre de cas. S'agissant des documents des ministres de l'économie, la présomption des CE selon laquelle ces documents prouvent l'existence d'une action de charger ou ordonner transparait dans leur point de vue sur la question de savoir si les pouvoirs publics coréens ont retenu ces documents. Or une décision d'appliquer les données de fait disponibles ne devrait pas être influencée par l'interprétation intéressée de l'expression "chargent ou ordonnent" que donnent les CE. Ces dernières doivent examiner si la demande de renseignements pourrait être interprétée différemment. Même en supposant que les CE soient habilitées à appliquer les données de fait disponibles et les déductions défavorables, les documents ne devraient pas devenir un prétexte pour mettre en cause tout le financement accordé à Hynix. C'est pourtant précisément ce qui s'est produit en l'espèce.

19. De même, s'agissant de la présence d'un fonctionnaire du FSS, le 10 mars, à une réunion du conseil des créanciers d'Hynix, les CE ont choisi de pénaliser les pouvoirs publics coréens en s'appuyant sur leur propre point de vue intéressé quant à l'importance à accorder à cette présence sur le plan de l'action de charger ou ordonner, plutôt que d'examiner objectivement les circonstances de leur demande de renseignements et/ou de mettre en balance les intérêts de la Corée. Les CE ne devraient pas fonder leur application des données de fait disponibles sur une telle base ni, en particulier, se placer dans une optique punitive. Là encore, les autorités des CE ont tiré des déductions excessives, prenant prétexte de cette présence pour attaquer un financement n'ayant aucun rapport avec la réunion.

20. Les CE déforment en outre les faits entourant le rapport Arthur Andersen. Elles n'ont jamais signalé qu'Hynix n'avait pas coopéré au sujet de ce rapport, n'ont jamais demandé qu'un extrait plus important leur soit communiqué et n'ont jamais cherché à se donner la possibilité d'examiner le contenu du rapport pendant la vérification. Ce n'est que dans leurs conclusions finales que les CE ont soulevé la question. Les actions entreprises par les CE ont été déraisonnables, punitives et incompatibles avec l'obligation, énoncée à l'article 12.7, de s'appuyer sur des "données de fait" et non pas sur des déductions défavorables arbitraires.

21. Enfin, les CE exposent de façon inexacte les faits concernant la Citibank. Ce sont les CE, et non pas la Citibank ou Hynix, qui n'ont pas agi de bonne foi. Étant donné tous les efforts qu'elle a faits pour fournir les renseignements demandés sans enfreindre ses propres règlements internes, la Citibank ne peut raisonnablement pas être considérée comme peu coopérative. Encore une fois, la seule justification que donnent les CE en l'occurrence pour appliquer les données de fait disponibles est que les affirmations de la Citibank ne pouvaient pas être vérifiées. Cette description intéressée des faits ne rend absolument pas compte de ce qui s'est réellement passé. La conduite des CE n'a été ni objective ni raisonnable.

B. L'ARTICLE 1.1 A) 1) IV) IMPOSE DES LIMITES POSITIVES AU CHAMP SÉMANTIQUE DE L'EXPRESSION "CHARGENT OU ORDONNENT"

**1. Le sens de l'expression "charge nt ou ordonne nt" impose des limites juridiques**

22. Le texte de l'Accord est le fondement des obligations de chaque Membre; il ne s'agit pas de lui donner effet uniquement lorsque cela arrange un Membre. Or, les CE choisissent de ne pas tenir compte du sens fondamental des termes "chargent" et "ordonnent" tels qu'ils figurent à l'article 1.1 a) 1) iv). Le sens fondamental du terme "chargent" exige qu'il y ait quelque chose qu'on soit chargé de faire. Lorsqu'une banque accorde un prêt ou remet une dette qui ne relèvent pas d'un programme de l'État, personne n'est chargé de faire quoi que ce soit. De même, le sens fondamental du terme "ordonnent" est la notion d'exiger quelque chose ou de donner un ordre. Tous les doutes que les CE tentent de susciter à l'aide d'autres définitions de ces termes en anglais peuvent être levés par une référence aux textes espagnol et français de la même disposition, qui emploient l'un et l'autre un mot qui se traduit en anglais par "ordre".

23. Les CE tentent de minimiser la pertinence de l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, qui a donné lieu à une analyse approfondie du critère "chargent ou ordonnent", en faisant valoir que dans cette affaire, le Groupe spécial a examiné un contexte factuel différent. Mais cet effort pour établir que l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* est de nature différente échoue à deux niveaux. Premièrement, dans cette affaire, le Groupe spécial présentait clairement sa propre lecture du texte spécifique en question ici. Le contexte factuel pouvant avoir été différent, l'application du critère à ces faits peut aussi différer. Mais le Groupe spécial a d'abord exposé son interprétation textuelle du sens de l'expression "chargent ou ordonnent". Deuxièmement, ce Groupe spécial a par ailleurs expliqué judicieusement les problèmes qui vont de pair avec une lecture trop large de l'expression "chargent ou ordonnent". Il a fait observer que "les pouvoirs publics interv[enaient] sur les marchés de différentes façons" et a soigneusement distingué entre ces interventions et les actions qui, par leur nature, s'élèvent au niveau de la notion de "chargent ou ordonnent".

**2. Le prêt syndiqué de décembre 2000**

24. Les CE allèguent que les pouvoirs publics coréens ont ordonné à la KEB, à la KFB et à la KDB de participer au prêt syndiqué de décembre 2000. En même temps, les CE écartent le fait qu'un certain nombre d'autres organismes privés qui n'avaient pas besoin d'une dérogation concernant le montant maximal des prêts y participaient aussi. Leur participation est révélatrice d'un choix de prêter de l'argent à Hynix. Le choix est en fait l'antithèse de l'action de charger ou ordonner. En outre, rien

dans le dossier des CE n'est révélateur d'un ordre ou même d'une suggestion de la part des pouvoirs publics afin que la KEB, la KDB et la KFB *prêtent* de l'argent à Hynix. Il s'agissait plutôt de donner à ces banques les moyens *de prêter* à Hynix, comme le prévoit la loi coréenne.

25. Les CE cherchent à pallier les faiblesses de son argument en faisant valoir que la FSC conférerait un droit précieux à la KEB et à la KFB en leur accordant des dérogations, qui n'est pas très différent des droits de coupe examinés par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*. Mais les faits sont très différents. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a constaté qu'en accordant un droit de récolter du bois sur pied (propriété des pouvoirs publics), les pouvoirs publics fournissaient ce bois sur pied aux exploitants forestiers. Cependant, ce n'est tout simplement pas la même chose de dire qu'en levant une restriction de crédit pour une banque, les pouvoirs publics accordent un prêt. Les pouvoirs publics n'accordent pas le prêt. En fait, ils n'ont même jamais possédé les fonds qui constituent le prêt. La banque accorde le prêt. Le prêt ne serait une contribution financière que si les pouvoirs publics commandaient à la banque de l'accorder.

### **3. L'assurance octroyée par la KEIC**

26. Si les CE entendent traiter l'assurance octroyée par la KEIC comme un don inclus dans la valeur totale de la ligne de crédit au titre des documents contre acceptation, contrairement à la méthodologie prescrite à l'Annexe I j) de l'*Accord SMC*, les CE doivent démontrer que les créanciers d'Hynix ont été chargés ou ont reçu l'ordre de financer les documents contre acceptation. Or elles déclarent simplement que les banques ont fourni le financement à cause de l'assurance octroyée par la KEIC. L'existence de cette assurance n'équivaut pas à une action de charger ou ordonner à l'égard des banques. Il n'importe pas non plus que la KEIC soit un organisme public. La KEIC a fourni une assurance, elle n'a pas financé les documents contre acceptation. Ce sont les banques qui ont fourni ce financement. Au mieux, les CE ont mis en évidence un effet, et non pas un élément de preuve d'une action de charger ou ordonner. Le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Restrictions à l'exportation* a rejeté un "critère des effets" applicable à l'action de charger ou ordonner et le présent Groupe spécial devrait faire de même.

### **4. Le programme de la KDB**

27. Les CE soutiennent qu'elles peuvent compenser le montant intégral des obligations refinancées par la KDB, ce qu'elles considèrent comme un don octroyé par un organisme public. Ce point de vue est illogique compte tenu de la nature du programme, y compris le partage des charges que celui-ci prévoit explicitement. Selon les modalités pratiques du programme, la KDB devait être le souscripteur initial des obligations refinancées, mais de nombreux autres créanciers participaient immédiatement par l'intermédiaire de leurs engagements financiers et il était entendu qu'ils participeraient immédiatement, avec d'autres investisseurs, au programme de CBO/CLO. Ainsi, quelle que soit leur position en ce qui concerne la KDB, les CE devaient, compte tenu des données de fait du programme, montrer que ces autres créanciers et investisseurs avaient fait l'objet d'une action de charger ou ordonner de la part des pouvoirs publics coréens. Elles ne se sont pas acquittées de la charge de la preuve qui leur incombait. Pour ces raisons, la détermination des CE en ce qui concerne le programme de la KDB était incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 1.1 a) 1) iv).

### **5. L'ensemble de mesures de restructuration de mai 2001**

28. Les constatations des CE en ce qui concerne la restructuration de mai reposent largement sur la non-coopération alléguée des pouvoirs publics coréens, d'Hynix et des créanciers d'Hynix. Les CE écartent des éléments de preuve assez déterminants indiquant que les créanciers d'Hynix ont pris des décisions rationnelles, protégées au moyen du financement qu'ils ont élaboré. En particulier, elles ne mentionnent nulle part les certificats représentatifs de titres (GDR) lorsqu'elles examinent la contribution financière et l'ensemble de mesures de restructuration de mai 2001. Au lieu de cela, les CE font valoir qu'il n'y avait pas de financement, alors que les GDR remplissaient cette fonction.

29. Le seul véritable "élément de preuve" de l'existence d'une action de charger ou ordonner présenté par les CE se limite à la présence d'un fonctionnaire de la FSS à une réunion de créanciers en mars 2001 et au fait que les pouvoirs publics coréens détiennent une participation dans certaines des banques en cause. Mais la Corée ne considère pas que le fait qu'un fonctionnaire de la FSS a assisté à une réunion de créanciers, à la demande de ceux-ci et pour témoigner d'engagements antérieurs pris par ceux-ci, constitue un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. De même, une participation des pouvoirs publics au capital n'équivaut pas à une action de charger ou ordonner. Le simple fait que les pouvoirs publics coréens puissent détenir une partie ou la totalité du capital d'une banque donnée ne démontre pas, en soi, que les pouvoirs publics coréens l'ont chargée d'accorder un financement à Hynix ou lui ont ordonné de le faire. Pour ces raisons, les CE n'ont pas montré qu'il y avait action de charger ou ordonner pour l'ensemble de mesures de restructuration de mai, ce qui est incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 1.1 a) 1) iv).

## **6. L'ensemble de mesures de restructuration d'octobre 2001**

30. S'agissant de la restructuration d'octobre 2001, les CE soulignent le degré de participation des pouvoirs publics au capital des banques. Là encore, de tels éléments de preuve ne peuvent tout simplement pas établir l'existence d'une action de charger ou ordonner. Les CE se tournent en outre vers d'autres éléments de preuve insuffisants pour établir qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Premièrement, elles mentionnent que les banques prennent en compte des considérations de politique publique. Cette approche reflète une interprétation erronée de la règle de droit. Il n'y a rien d'inhabituel dans le fait que les banques tiennent compte d'un large éventail de facteurs lorsqu'elles accordent un prêt. Deuxièmement, les CE allèguent en outre un "schéma de participation continue" mais, ce faisant, énoncent les faits de façon inexacte. Étant donné que l'action de charger ou ordonner suppose une action positive de la part des pouvoirs publics, l'analyse doit se concentrer sur des transactions spécifiques, et non pas sur une "participation" généralisée. Troisièmement, les CE font grand cas de la déclaration du Vice-Premier Ministre coréen, mais à nouveau elles interprètent cet élément de preuve de façon erronée. Au plus, cette déclaration représente un effort pour exercer une influence; elle ne constitue pas un élément de preuve de l'existence d'une action de charger ou ordonner. Enfin, les CE entreprennent ensuite d'analyser des éléments de preuve concernant plusieurs banques précises. Cependant, cet examen des "éléments de preuve" n'offre jamais de base crédible pour constater qu'il y a eu action de charger ou ordonner. Pour ces raisons, les constatations des CE en ce qui concerne la restructuration d'octobre 2001 sont incompatibles avec l'article 1.1 a) 1) iv).

## **C. LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN AVANTAGE FAITE PAR LES CE EST INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 1.1 ET 14**

### **1. L'analyse de l'existence d'un avantage effectuée par les CE doit être jugée sans fondement si elle ne montre pas qu'il y a une contribution financière**

31. En droit, s'il est constaté que les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont incompatibles avec l'*Accord SMC*, alors leurs constatations sur l'existence d'un avantage sont aussi nécessairement sans fondement. Pour qu'une subvention puisse donner lieu à une mesure compensatoire, il faut qu'il y ait une contribution financière, qu'un avantage soit conféré et que cet avantage soit spécifique. Bien qu'il soit éventuellement possible de faire état d'une contribution financière en l'absence d'un avantage ou sans qu'il y ait spécificité, l'*Accord* est conçu de telle sorte qu'il n'est pas possible, lorsque aucune contribution financière n'est constatée, de constater l'existence d'un avantage ou de constater qu'il y a spécificité.

### **2. Les CE avancent une interprétation incorrecte de la relation entre les articles 1.1 et 14**

32. La Corée a dûment contesté à la fois la constatation de l'existence d'un avantage et la mesure de l'avantage au titre des articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*. Les CE allèguent qu'il n'existe aucune définition de l'"avantage" dans l'*Accord SMC* et que l'article 14 se limite au calcul du montant d'une



subvention. Elles oublient le fait que le terme "avantage" est lui-même un terme ayant une fonction de définition dans l'article 1.1 et que l'avantage est un élément essentiel de la constatation de l'existence d'une subvention. Ainsi, lu à la lumière de l'article 1.1, l'article 14 donne des indications très claires sur ce qu'une subvention n'est pas. Aux termes de l'article 1.1, il n'existe aucune subvention n'existe si un avantage n'est pas conféré. Chacun des paragraphes a) à d) de l'article 14 décrit un cas précis dans lequel une conduite donnée "ne sera pas considérée comme conférant un avantage". Autrement dit, l'article 14 n'a pas seulement pour objet de calculer le montant de l'avantage, mais il joue un rôle important dans la détermination de l'existence même d'une subvention, d'une manière compatible avec la prescription énoncée à l'article 1.1.

### **3. La méthodologie employée par un Membre pour calculer l'avantage doit être compatible avec les principes énoncés à l'article 14**

33. L'article 14 utilise des termes très concrets axés sur la conduite "habituelle" ou "existante" sur le marché faisant l'objet de l'enquête, ou sur une conduite "comparable". S'agissant du montant de l'avantage, l'article 14 b) et c), en particulier, dispose que le montant de l'avantage conféré "correspondra à la différence" entre les coûts des instruments comparés. S'agissant de la fourniture de biens, l'article 14 d) prescrit de procéder à une comparaison entre les biens ou les services fournis et la rémunération adéquate à laquelle ceux-ci donneront lieu, qui "sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes".

34. Dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*, l'Organe d'appel a constaté que "la possibilité ménagée à l'article 14 d) aux autorités chargées de l'enquête de considérer un point de repère autre que les prix pratiqués dans le secteur privé du pays de fourniture est *très limitée*". L'autorité ne peut procéder ainsi que "lorsqu'il a été établi que ces prix pratiqués dans le secteur privé sont faussés, en raison du rôle prédominant des pouvoirs publics sur le marché en tant que fournisseur des biens identiques ou semblables". En outre, après avoir établi que le marché est faussé, l'autorité doit encore valider un autre point de repère.

35. Les CE allèguent que l'avis de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux* se distingue par le fait qu'il ne portait que sur la formulation de l'article 14 d) et devait, de ce fait, être limité à cet article. Mais une telle lecture ne tient absolument pas compte de la préférence manifeste pour les points de repère primaires (c'est-à-dire ceux qui sont présents sur le marché faisant l'objet de l'enquête) qui figurent dans les autres paragraphes de l'article 14. Les CE ne peuvent pas exclure du texte de l'Accord des mots tels que "comparable" et "pratique habituelle" concernant les investissements des investisseurs privés sur le territoire".

### **4. Les CE n'ont toujours pas justifié leurs constatations de l'existence d'un avantage en ce qui concerne les différentes transactions en cause en l'espèce**

#### **a) Le prêt syndiqué**

36. S'agissant du prêt syndiqué, les CE n'ont pas défini de point de repère concernant les prêts de la KFB, de la KEB et de la KDB par rapport aux prêts des sept autres banques en cause. En outre, il ressort clairement de la comparaison du Règlement provisoire et du Règlement définitif des CE que celles-ci ont tout simplement brouillé la distinction entre contribution financière et avantage. Lorsqu'une évaluation provisoire présente une analyse de l'avantage qui démontre qu'il n'y a pas d'avantage et que l'autorité modifie cette détermination sur la seule base d'allégations relatives à l'action de charger ou ordonner, il y a un problème évident. Même en supposant que la KEB, la KDB et la KFB aient effectivement reçu l'ordre de participer au prêt syndiqué, ce fait ne permet pas de savoir si la participation des sept autres banques peut servir de point de repère. Ainsi, les CE n'ont pas mesuré ce qu'Hynix avait reçu et ce qu'elle pouvait obtenir sur le marché, ce qui est incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1.1 b) et 14 b).

b) L'assurance octroyée par la KEIC

37. Les CE ont constaté que l'assurance octroyée par la KEIC était une subvention à l'exportation. En tant que subvention à l'exportation, cette assurance serait régie par l'Annexe I de l'*Accord SMC*, et en l'occurrence par le paragraphe j). La mesure de l'avantage, telle qu'elle est prescrite au paragraphe j), est la différence entre la prime versée et la prime nécessaire pour couvrir, à longue échéance, les frais et les pertes au titre de la gestion du programme. Les CE n'ont pas mesuré l'avantage sur cette base. Elles n'ont pas non plus tenu compte d'un problème de calcul plus fondamental, lié à la nature du financement des documents contre acceptation. En résumé, il s'agit d'une facilité de crédit permettant un financement à court terme (en général 90 jours) des transactions à l'exportation. Cela n'a jamais constitué un prêt de 600 millions de dollars EU, ce qui était la limite maximale de la facilité de crédit. En tout cas, les CE n'ont pas mesuré d'une manière appropriée ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché.

c) Le programme de la KDB

38. Les CE mettent beaucoup de soin à discréditer les points de repère potentiels et autres éléments de preuve indiquant que la participation des créanciers et des investisseurs d'Hynix au programme de la KDB avait des motifs commerciaux. Mais elles ne cherchent même pas à prendre en compte les certificats représentatifs de titres de juin 2001 d'une valeur de 1,25 milliard de dollars EU, ni le fait que des investisseurs internationaux étaient désireux de placer d'importants capitaux dans Hynix, ce qui n'est pas sans rappeler l'engagement pris par les créanciers et les investisseurs d'Hynix au moyen du programme de la KDB et du programme connexe de CBO/CLO. Au bout du compte, les CE n'auraient pas dû constater que le programme de la KDB constituait un don à hauteur des obligations refinancées au titre du programme. Les capitaux étaient mis à la disposition d'Hynix de telle sorte que des points de repère auraient pu être utilisés, en conformité avec l'obligation, énoncée aux articles 1.1 b) et 14, de mesurer ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché.

d) La restructuration de mai 2001

39. La manière dont les CE traitent la restructuration de mai 2001 souffre du même vice rédhibitoire que celle dont elles traitent le prêt syndiqué, à savoir l'utilisation d'éléments de preuve concernant l'existence d'une contribution financière au lieu d'un avantage. Pour faire une analyse correcte, les CE auraient dû comparer les taux d'intérêt des obligations convertibles aux taux du marché applicables, conformément aux articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC* et aux conclusions auxquelles a donné lieu l'affaire *Canada – Aéronefs*. En traitant l'avantage allégué conféré par l'achat des obligations convertibles comme un don et en ne comparant donc pas d'une manière appropriée ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché, les CE n'ont pas satisfait à leurs obligations au titre de l'Accord.

e) La restructuration d'octobre 2001

40. S'agissant de la restructuration d'octobre, l'analyse de l'existence d'un avantage faite par les CE se fonde sur des hypothèses concernant une stricte maximalisation des bénéfices, sans aucune considération objective des faits sous-jacents. La situation financière d'Hynix y est examinée en dehors de tout contexte, sans tenir compte du marché des DRAMS, sur lequel intervenait Hynix, ni des circonstances entourant les investisseurs détenant des parts de son capital. En résumé, les CE n'ont établi aucun point de repère approprié concernant la restructuration d'octobre et, au lieu de cela, ont supposé à mauvais escient qu'il s'agissait d'un don. Elles n'ont justifié aucune des actions entreprises, incompatibles avec leurs obligations, au titre des articles 1.1 b) et 14, de mesurer ce qui était reçu par rapport à ce qui était disponible sur le marché, comme l'a précisé encore l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Bois de construction résineux*.

#### D. LES CE N'ONT PAS JUSTIFIÉ LE MAINTIEN DE LEURS ERREURS DE CALCUL

41. Les CE ne justifient pas leurs erreurs de calcul. S'agissant du programme de la KDB, elles font valoir qu'Hynix n'a jamais évoqué le fait qu'elles ont effectivement compté deux fois l'avantage tiré des obligations du programme de la KDB en ne déduisant pas les obligations échangées contre des obligations convertibles dans le cadre de la restructuration de mai 2001. Cela est incorrect. Il ressort très clairement du dossier qu'Hynix a spécialement averti les CE de leur erreur dans ses observations du 30 juin 2003 sur la déclaration finale des CE. Le fait que celles-ci n'ont pas corrigé l'erreur clairement indiquée par Hynix est incompatible avec les articles 1.1 b) et 14.

42. Une autre erreur fondamentale dans la manière dont les CE ont abordé le programme de la KDB a été de traiter les instruments productifs d'intérêts comme des dons. Les CE placent maintenant toute la charge sur la Corée, faisant valoir qu'Hynix n'a jamais allégué que les intérêts devaient être déduits du calcul des obligations de la KDB. Mais l'argument d'Hynix était que la méthodologie relative au don n'aurait jamais dû être appliquée en premier lieu. Les CE auraient dû au moins examiner la question et déduire les intérêts versés.

43. Les CE refusent en outre de reconnaître les problèmes inhérents à leur méthodologie relative au don quand à propos du programme de restructuration d'octobre 2002, elles déterminent que des prêts, avec des modalités concernant les intérêts et des intérêts versés, sont des dons. Parce qu'elles n'ont jamais pris en compte les sommes versées au titre des intérêts, les CE n'ont pas établi avec précision l'avantage conféré à Hynix, selon les allégations, d'une manière incompatible avec les articles 1.1 b) et 14 de l'*Accord SMC*.

44. La position des CE quant au fait qu'elles ont utilisé une valeur erronée en ce qui concerne le montant de la dette reconduit dans le cadre de la restructuration d'octobre 2001 est peut-être l'argument le plus indéfendable. Hynix a signalé aux CE l'erreur dans le montant total utilisé. Le seul moyen de défense apparent des CE est qu'il n'y avait pas lieu pour Hynix d'être surprise, les CE ayant répondu aux observations d'Hynix et informé celle-ci de la valeur qui était utilisée. Cette assertion ne constitue pas un moyen de défense en ce qui concerne l'erreur commise.

#### E. LES ARGUMENTS DES CE CONCERNANT LA SPÉCIFICITÉ SONT INADÉQUATS

45. En droit, s'il est constaté que les constatations des CE sur l'existence d'une contribution financière sont incompatibles avec l'*Accord SMC*, alors leurs constatations concernant la spécificité sont aussi nécessairement sans fondement. Même si l'on présume qu'il y a une contribution financière, les constatations des CE concernant la spécificité sont incompatibles avec les articles 1.2 et 2.

46. S'agissant du programme de la KDB, les CE laissent entendre qu'elles ont examiné tous les facteurs indiqués à l'article 2, ce qui n'apparaît pas clairement dans l'unique paragraphe cité, extrait du *Règlement provisoire* des CE. Pour ces raisons, la Corée réitère son allégation selon laquelle les CE, en constatant que le programme de la KDB était spécifique, ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 1.2 et 2.

47. S'agissant des ensembles de mesures de restructuration de mai et d'octobre, les arguments avancés par les CE à l'appui de leurs constatations concernant la spécificité sont si minces qu'ils enlèvent pratiquement tout sens à la prescription relative à la spécificité. De nombreuses sociétés ont obtenu que leur dette soit restructurée selon la même formule de "renégociation" que celle qu'ont employée Hynix et ses créanciers. Les CE ne tiennent pas compte de ces faits. Leurs constatations en ce qui concerne les transactions qui ont fait partie des ensembles de mesures de restructuration de mai et d'octobre sont donc incompatibles avec les articles 1.2 et 2 de l'*Accord SMC*.

F. LA DÉTERMINATION DES CE EST INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 19.4, 10 ET 32.1 DE L'ACCORD SMC ET L'ARTICLE VI:3 DU GATT DE 1994

48. En choisissant d'utiliser les ventes non consolidées d'Hynix, les CE confondent l'objet de l'enquête (les DRAMS) avec la question de savoir quel produit et quelle entité ont bénéficié des subventions alléguées. Ce n'est pas parce que les CE ont mené une enquête sur le marché des DRAMS que les subventions accordées à Hynix peuvent automatiquement être considérées comme bénéficiant uniquement à Hynix en tant qu'entité mère et uniquement en ce qui concerne les DRAMS. Du fait de l'adoption de cette approche, les droits compensateurs imposés par les CE dépassent les limites fixées à l'article 19.4 de l'*Accord SMC* et à l'article VI:3 du GATT de 1994.

49. En outre, chaque violation des dispositions spécifiques de l'*Accord SMC* indiquée ci-dessus entraîne une violation parallèle des articles 10 et 32.1 une fois prise la décision d'imposer des droits.

**III. CONCLUSION**

50. Pour toutes ces raisons, nous avons l'honneur de demander au Groupe spécial de faire les constatations indiquées au paragraphe 676 de la première communication de la Corée.

## ANNEXE C-2

### RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION PRÉSENTÉE À TITRE DE RÉFUTATION PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

#### I. DONNÉES DE FAIT, ÉLÉMENTS DE PREUVE, CHARGE DE LA PREUVE

1. Les CE aimeraient mettre à nouveau l'accent sur les points ci-après.
2. Dans la présente procédure de groupe spécial, la charge de la preuve incombe à la Corée.
3. L'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée sur la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles.
4. Les faits sont tels qu'ils ont été énoncés dans les règlements, que les CE ont résumés dans leur argumentation.
5. Presque aucune des données de fait n'est contestée par la Corée. Il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial fasse des constatations en ce qui concerne des données de fait incontestées. Il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial examine les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée pour étayer des données de fait incontestées.
6. Lorsque la Corée conteste véritablement des données de fait, elle le fait en général sur la base de simples assertions. Elle ne fournit aucun élément de preuve à l'appui de ses assertions. Dans ces conditions, les assertions de la Corée doivent être rejetées; il n'y a aucune raison pour que le Groupe spécial fasse des constatations en ce qui concerne de telles données de fait; et il n'y a aucune raison pour que le présent Groupe spécial examine les éléments de preuve sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée lorsqu'elle a établi ces faits.
7. En résumé, l'examen auquel procède le présent Groupe spécial n'a pas pour point de départ les éléments de preuve sur lesquels s'est appuyée l'autorité chargée de l'enquête, mais ceux sur lesquels s'est appuyée la Corée au cours de la présente procédure, s'il y en a. En l'absence de tels éléments de preuve, la Corée n'a absolument pas établi la validité de son argumentation, ce qui clôt le débat.
8. Si la Corée fournit véritablement des éléments de preuve et que ceux-ci sont simplement équivalents à ceux sur lesquels l'autorité chargée de l'enquête s'est appuyée, le Groupe spécial doit quand même se prononcer en faveur des CE. Pour réussir, la Corée doit fournir des éléments de preuve qui établissent des éléments *prima facie* à l'appui de son argumentation et ne soient pas réfutés par les éléments de preuve versés au dossier sur lesquels s'est appuyée l'autorité des CE chargée de l'enquête.

#### II. LE TOUT EST SUPÉRIEUR À LA SOMME DES PARTIES

9. Les vues que la Corée continue de propager sont révélatrices d'erreurs de droit fondamentales et alarmantes. Il est probablement temps de prendre du recul par rapport à l'enchevêtrement des faits et de réfléchir sur quelques questions essentielles pour les clarifier.
10. Les articles 1<sup>er</sup> et 14 de l'*Accord SMC* font référence à une subvention, à une contribution financière, à un avantage. Tous ces termes étant au singulier.

11. L'*Accord SMC* ne contient pas de règle expresse au sujet de la période couverte par l'enquête et le choix de l'année 2001 dans la présente affaire, motivé par le fait que cette année coïncide avec l'exercice financier le plus récent en Corée avant l'ouverture de l'enquête, n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

12. Ayant décidé quelle sera la période d'enquête, l'autorité chargée de l'enquête réunit les éléments de preuve et les données de fait sur la base desquels elle fera sa détermination. En général, comme en l'espèce, elle réunira des centaines ou même des milliers de données de fait.

13. Ayant réuni ces données, l'autorité chargée de l'enquête décidera comment les structurer et les qualifier. Rien dans l'*Accord SMC* ne l'empêcherait d'examiner, dans le cadre de la même enquête, plus d'une subvention, plus d'une contribution financière, plus d'un avantage. Et l'autorité chargée de l'enquête peut, si elle le souhaite, *analyser les faits* de cette manière *compartimentée*. Mais rien dans l'*Accord SMC* ne l'oblige à procéder de cette manière. Les articles 1<sup>er</sup> et 14 sont rédigés au singulier. Si l'autorité chargée de l'enquête part du principe qu'il y a une subvention, une contribution financière et un avantage, *même s'ils sont décomposés en différents éléments*, ni un plaignant ni un groupe spécial ne peut simplement présumer qu'en procédant ainsi, l'autorité chargée de l'enquête agit d'une manière incompatible avec les articles 1<sup>er</sup> et 14 de l'*Accord SMC*. Une telle supposition est tout simplement infondée et affirmer sur cette seule base qu'il y a violation de l'*Accord SMC* serait sans nul doute juridiquement erroné.

14. Dans le contexte de l'*Accord antidumping* (qui, la Corée en a convenu, peut être un contexte pertinent), l'Organe d'appel a bien montré, dans l'affaire *CE – Linge de lit* et dans d'autres affaires, que l'autorité chargée de l'enquête fait une (singulier) constatation de dumping relativement à un (singulier) produit concernant une (singulier) branche de production nationale.

15. Qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête en l'espèce? Manifestement, elle a décomposé les centaines de données de fait qu'elle avait réunies pendant l'enquête en un certain nombre d'éléments, afin de faciliter sa tâche. Ce faisant, elle a examiné, en fonction des circonstances propres à l'affaire, les faits relatifs aux différents programmes et aux différentes banques. Cependant, en même temps, l'autorité chargée de l'enquête a déclaré à plusieurs reprises qu'elle fondait sa détermination sur la *totalité des éléments de preuve et des données de fait disponibles*. Elle a fait cette déclaration si souvent que le présent Groupe spécial ne peut tout simplement pas en faire abstraction. Que cela signifie-t-il?

16. Cela signifie qu'en effet, l'autorité chargée de l'enquête a *aussi examiné l'ensemble du tableau*. Un grand tableau. Au singulier. Cela explique en outre pourquoi les CE ont finalement imposé un droit compensateur – et non pas cinq. C'est pourquoi l'autorité chargée de l'enquête a estimé que tous les faits et éléments de preuve qui concernent, par exemple, la question de la contribution financière étaient également ou presque également pertinents par rapport à tous les éléments de la subvention – depuis le prêt syndiqué jusqu'à l'ensemble de mesures de sauvetage d'octobre 2001. Le Groupe spécial ne doit pas se laisser induire en erreur par les tentatives faites par la Corée, sur la base de certains aspects de pure forme de la mesure en cause, pour décomposer la détermination de l'autorité chargée de l'enquête en ce qu'elle n'est pas (plusieurs déterminations juridiquement *compartimentées*). Le Groupe spécial doit regarder au-delà de la forme de la mesure en cause et juger de ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête – c'est-à-dire, outre un examen des faits relatifs aux différents programmes et aux différentes banques, *aussi un examen et une utilisation de la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles*.

17. Ainsi, un problème juridique de taille se pose quand la Corée invite le Groupe spécial à faire ses constatations en examinant, par exemple, si une certaine catégorie limitée de données de fait et d'éléments de preuve – limitée par la Corée – étaye la détermination de l'autorité chargée de l'enquête par rapport à un élément de la subvention. **Cela ne tient tout simplement pas compte de tout ce**

**qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête.** Le Groupe spécial doit examiner ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête.

18. Présentons la question différemment. La Corée voudrait que le Groupe spécial, en dehors de tout examen des questions juridiques pertinentes, impose une sorte de modèle compartimenté aux données de fait réunies par l'autorité chargée de l'enquête; afin d'envisager ces données d'un point de vue différent de celui qu'avait adopté l'autorité chargée de l'enquête; afin d'appliquer une méthodologie différente de celle qu'avait appliquée l'autorité chargée de l'enquête. En résumé, la Corée invite le présent Groupe spécial à refaire l'évaluation, sur la base des propres méthodes et approches de la Corée, différentes de celles qu'ont utilisées les CE, sans aucune autre explication. Le Groupe spécial n'est pas habilité à faire cela, qui constituerait une grave erreur de droit.

19. Une question juridique liminaire se pose dès lors au présent Groupe spécial: l'autorité chargée de l'enquête était-elle habilitée à utiliser la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles? Si la réponse à cette question est affirmative (ce qui ne fait aucun doute pour les CE), alors il est possible de rejeter immédiatement la totalité ou presque des allégations et arguments de la Corée, parce qu'ils se rapportent tout simplement à quelque chose d'entièrement différent de ce qu'a réellement fait l'autorité chargée de l'enquête.

20. La première question qui se pose, et la plus évidente, est la suivante: pourquoi pas? Quelle disposition de l'*Accord SMC* oblige l'autorité chargée de l'enquête à procéder autrement? La Corée n'en mentionne aucune parce qu'il n'y en a aucune. À de nombreux égards, cette observation est suffisante pour classer l'affaire.

21. Si, contrairement à ce que l'autorité chargée de l'enquête a réellement fait, un plaignant dans une procédure de règlement des différends ou, en l'occurrence, un groupe spécial commence à décomposer et à atomiser la totalité des données de fait et des éléments de preuve dont disposait l'autorité chargée de l'enquête, où ce processus s'arrêtera-t-il? En particulier dans une affaire telle que l'affaire en cours, si extraordinairement détaillée et complexe sur le plan factuel.

#### A. JUSQU'AU DERNIER WON

22. Examinons tout d'abord le problème sous un angle documentaire, matériel ou concret. Prenons, par exemple, la garantie de la KEIC. L'autorité chargée de l'enquête a considéré cette garantie comme un élément de la subvention accordée à Hynix. La Corée invite essentiellement le Groupe spécial à évaluer cet élément comme s'il relevait d'un compartiment juridique distinct et isolé des autres éléments de la subvention. Elle va même plus loin et essaie d'amener le Groupe spécial à évaluer cet élément par rapport à chaque banque (bien que cela témoigne d'une incompréhension fondamentale de l'analyse effectuée par l'autorité chargée de l'enquête). Mais pourquoi s'arrêter là? Pourquoi ne pas pousser encore plus loin la décomposition des faits et ne pas examiner chacune des transactions qui ont bénéficié de la garantie de la KEIC dans un cadre juridique séparé? On peut supposer que la Corée ferait alors valoir que l'autorité chargée de l'enquête était tenue de montrer l'existence d'un ordre donné par les pouvoirs publics coréens en ce qui concerne chacune des différentes transactions à l'exportation (il y en a eu sans doute des centaines ou même des milliers). Pourquoi ne pas aller jusqu'au dernier won? De fait, suivre la logique de la Corée reviendrait à placer le seuil de la preuve si haut qu'il deviendrait facile de contourner l'*Accord SMC*. Il n'y a tout simplement rien dans l'*Accord SMC* qui permette à la Corée ou, en l'occurrence, au Groupe spécial d'imposer son point de vue sur l'approche unique à considérer, dans tous les cas, comme l'approche correcte.

#### B. C'EST LE PRÉSENT QUI COMPTE

23. On peut aussi envisager la question sous un angle temporel. La Corée part du principe qu'un fait plus généralement lié à un stade antérieur de l'enquête doit être considéré comme sans rapport

avec un stade ultérieur de l'enquête. Pourquoi? À quelle disposition de l'*Accord SMC* la Corée se réfère-t-elle? Il est parfaitement possible, par exemple, qu'une subvention soit accordée au début de la période couverte par l'enquête et qu'un dommage important n'apparaisse que vers la fin de ladite période. Rien dans l'*Accord SMC* n'empêche l'autorité chargée de l'enquête de lier ces faits entre eux – ou en réalité de constater l'existence d'un *lien de causalité* entre eux. Pourquoi la situation devrait-elle être différente pour d'autres faits, comme ceux qui ont trait à la contribution financière?

24. Dans le cadre de l'*Accord antidumping* (qui, la Corée en a convenu, peut représenter un contexte pertinent), toutes choses égales par ailleurs, les transactions nationales, sur la base desquelles la valeur normale est établie, pourraient avoir lieu vers le début de la période couverte par l'enquête et les transactions à l'exportation vers la fin – cela ne pose aucun problème. L'article 2.4 de l'*Accord antidumping* prescrit à l'autorité chargée de l'enquête de faire la comparaison "à des dates aussi voisines que possible" – et des dates voisines à cette fin peuvent très bien, en l'absence de problèmes tels qu'un environnement hautement inflationniste ou des considérations de taux de change, correspondre à l'année entière de la période couverte par l'enquête, qui peut à cet effet être considérée comme une *singularité temporelle*. L'*Accord SMC* ne contient pas de disposition équivalente parce qu'aucune comparaison de ce type n'y est prévue – mais la question essentielle reste la même: une fois qu'elle a choisi sa période couverte par l'enquête (qui n'est pas sérieusement contestée par la Corée en l'occurrence), rien dans l'*Accord SMC* n'oblige l'autorité chargée de l'enquête à faire des subdivisions temporelles du type de celles que la Corée préconise en l'espèce.

25. Dans la présente affaire, les divers éléments de la subvention se recouvrent à de nombreux égards, comme l'indiquent d'une manière assez détaillée les règlements et la première communication écrite des CE et comme cela ressort par ailleurs du dossier.

#### C. LA CONDUITE D'UN TROUPEAU

26. Des observations similaires peuvent être faites au sujet des tentatives faites par la Corée pour persuader le Groupe spécial d'examiner la situation de chaque banque isolément et de façon compartimentée. Ce n'est pas ce qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête et rien dans l'*Accord SMC* n'oblige celle-ci à procéder de cette manière.

27. Un berger et son chien donnent-ils des ordres à un troupeau de moutons? Oui. Un berger charge-t-il son chien de conduire ses moutons? Oui. Dans la présente affaire, il ressort de la totalité des faits et des éléments de preuve que les pouvoirs publics coréens ont fait tout ce qu'ils pouvaient, tant par la législation que par leur comportement, pour maintenir la cohésion des banques, telle une entité unique, le plus longtemps possible. Cela explique assurément le type de menaces adressées à des banques comme la KFB et la Koram, assez téméraires pour vouloir rompre les rangs, en particulier dans les premiers temps. Cela explique aussi sans aucun doute pourquoi les CFIC ont été structurés de manière à maintenir toutes les banques au bercail, et le plus longtemps possible. Dans ces circonstances, l'autorité chargée de l'enquête est parfaitement autorisée à se fonder sur les faits et les éléments de preuve relatifs à l'action de charger ou ordonner visant le troupeau dans son ensemble. Rien dans l'*Accord SMC* n'oblige l'autorité chargée de l'enquête à examiner la situation en ce qui concerne chaque animal du troupeau d'une manière artificiellement isolée et compartimentée.

28. De fait, à cet égard, la situation rappelle énormément la situation classique de cartel dans laquelle, par exemple, on découvre que les directeurs des ventes d'une douzaine de concurrents se sont rencontrés clandestinement dans un hôtel. Ils protestent tous de leur innocence, mais on trouve des éléments de preuve écrits qui indiquent que plus de la moitié d'entre eux participaient à la fixation des prix. En outre, une grande quantité d'éléments de preuve compromettants portent à croire qu'il en était de même pour les autres. Il est parfaitement raisonnable que compte tenu de la totalité des données de faits et éléments de preuve disponibles, les sociétés restantes puissent aussi être considérées comme ayant participé.



#### D. ET LE RENOUVELLEMENT DES FONDS DICTÉ PAR LES POUVOIRS PUBLICS

29. Dans la présente affaire, comme les CE l'ont expliqué à plusieurs reprises, l'argent qui affluait dans les caisses d'Hynix était essentiellement renouvelé en permanence d'un élément de la subvention à un autre, un peu comme dans un grand jeu de pachinko, ainsi que le résume la pièce n° 38 des CE. À cet égard, l'autorité chargée de l'enquête a principalement considéré que lorsque les dettes d'Hynix du début de la période couverte par l'enquête, dont les intérêts n'ont en fait jamais été servis, ont été reconduites vers la fin de cette même période, cela lui donnait aussi une bonne raison d'examiner l'ensemble du tableau et de fonder sa détermination sur la totalité des données de faits et des éléments de preuve disponibles. Cette façon de procéder était parfaitement raisonnable et il est infondé de constater qu'en procédant ainsi pour son analyse, l'autorité chargée de l'enquête a manqué à l'une quelconque des obligations énoncées dans l'*Accord SMC*.

#### E. RIEN NE PERMET AU GROUPE SPÉCIAL DE CONCLURE QUE L'AUTORITÉ CHARGÉE DE L'ENQUÊTE N'A PAS AGI OBJECTIVEMENT

30. Compte tenu de ces observations et de la totalité des données de fait et des éléments de preuve disponibles et comme l'établissent l'application légale de l'article 12.7 de l'*Accord SMC* et les déductions qui en résultent, les CE sont fermement convaincues que l'autorité chargée de l'enquête a eu parfaitement raison de procéder comme elle l'a fait. Rien dans la communication de la Corée ne peut étayer la conclusion selon laquelle, en agissant comme elles l'ont fait, s'agissant de la présente question liminaire, les CE n'ont pas agi objectivement ou ont agi d'une manière incompatible avec l'une quelconque des dispositions de l'*Accord SMC*.

### III. LA FUSION AVEC LG SEMICON

31. L'article 15.2 de l'*Accord SMC* fait référence à une "augmentation notable des importations subventionnées" (soit en quantité absolue, soit par rapport à la production ou à la consommation du Membre importateur). Pour déterminer s'il y a ou non une "augmentation", il est nécessaire de faire une comparaison – c'est-à-dire de faire au moins deux mesures, une avant et une après, et de les comparer.

32. Manifestement, l'idée fondamentale qui sous-tend l'article 15.2 de l'*Accord SMC* est d'examiner s'il existe ou non des éléments de preuve indiquant que la subvention a eu un effet sur le flux des importations en provenance d'une source particulière. Cela signifie que l'autorité chargée de l'enquête s'attachera essentiellement à prendre une période antérieure à celle durant laquelle la subvention a été accordée et à la comparer à cette dernière. Elle pourra ainsi examiner s'il y a ou non une augmentation des exportations ou des importations qui coïncide avec la subvention.

33. L'*Accord SMC* ne contient pas de règle au sujet de la période de temps globale que l'autorité chargée de l'enquête doit prendre en compte pour examiner cette question. En l'espèce, l'autorité chargée de l'enquête a pris en compte la période de quatre ans allant du 1<sup>er</sup> janvier 1998 au 31 décembre 2001, ce qui était parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

34. L'*Accord SMC* ne contient pas non plus de règle quant à la manière de diviser la période de temps à des fins de comparaison. En l'espèce, l'autorité chargée de l'enquête a essentiellement utilisé des périodes annuelles, ce qui était parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

35. De même, aucune règle ne figure dans l'*Accord SMC* au sujet de la période couverte par l'enquête en ce qui concerne la subvention. L'autorité chargée de l'enquête a choisi l'année 2001, ce qui était raisonnable et parfaitement légal et n'est pas sérieusement contesté par la Corée.

36. Ayant établi ce cadre, l'autorité chargée de l'enquête en l'espèce a commencé par examiner le volume des exportations/importations en provenance de la société subventionnée, Hynix, en 2001,

période pendant laquelle il a été déterminé qu'il y avait une subvention. Elle a ensuite fait un retour en arrière en examinant les importations pendant les trois années précédentes en provenance de la même source.

37. On peut dire à ce stade, pour les besoins de la discussion, que l'autorité chargée de l'enquête était, au moins en théorie, placée devant un choix quant à ce qui constituerait "la même source" à ses yeux. Une option consistait à examiner toutes les importations en provenance de la société Hynix pendant la période des trois années précédentes (et c'est ce que l'autorité chargée de l'enquête a fait en réalité). Une deuxième option consistait, selon la Corée, à examiner toutes les importations en provenance des *installations de production* qui étaient sous le contrôle d'Hynix en 2001, même si elles ne l'étaient pas au cours des années précédentes. Ce choix est, en fait, assez représentatif du type de choix que les autorités chargées des enquêtes doivent faire dans le cadre des enquêtes afférentes au droit économique.

38. La Corée se plaint de ce qu'en ayant choisi la première option, l'autorité chargée de l'enquête a agi d'une manière incompatible avec l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Pourquoi? Quelle disposition de l'*Accord SMC* impose une obligation à cet égard à l'autorité chargée de l'enquête? Il n'y a tout simplement pas de semblable obligation dans l'article 15.2 de l'*Accord SMC*. Tout ce que cette disposition exige est que l'autorité chargée de l'enquête examine s'il y a eu ou non une augmentation. Si les rédacteurs avaient voulu imposer une méthode particulière, cela leur était facile – mais ils ont choisi de ne pas le faire. La Corée pourrait, dans ce cas particulier, affirmer qu'à la place de l'autorité chargée de l'enquête, elle aurait préféré une méthode plutôt qu'une autre – et le Groupe spécial pourrait être d'accord ou pas – mais cela est totalement étranger à la question. Le Groupe spécial ne peut pas refaire l'enquête. Il ne peut rien ajouter ni retrancher aux droits et obligations des Membres tels qu'ils sont prévus dans l'*Accord SMC*.

39. Les CE sont d'avis que, dans ce contexte spécifique, il faut être très prudent lorsqu'on "lève le voile de la personnalité juridique" – entreprise notoirement difficile et susceptible d'introduire un élément de subjectivité. En l'occurrence, elles ont préféré le critère objectif consistant à examiner la société Hynix et son comportement passé. L'article 15.1 de l'*Accord SMC* prescrit un examen objectif et l'approche choisie par l'autorité chargée de l'enquête était bien adaptée – en fait la mieux adaptée – à la réalisation de cet objectif.

40. Généralement parlant, une subvention, de par sa nature même, est le plus souvent accordée à une société (comme Hynix), et non pas à une installation de production. Une subvention passe habituellement du contrôle des pouvoirs publics à celui de la société (en l'espèce Hynix) et c'est ce moment critique (le changement de contrôle de la ressource) qui compte réellement. Il y a souvent un acte juridique (décision, don ou contrat) entre les pouvoirs publics et la société. En cas de désaccord avec les pouvoirs publics, une procédure judiciaire impliquerait la société (Hynix) et non pas l'installation de production. Il en est ainsi même si l'installation de production a été vendue depuis. De plus, ce que devient l'argent en dernier ressort dépend des décisions prises par les personnes qui ont ensuite le contrôle de cet argent, c'est-à-dire les personnes qui ont le contrôle de la société et non pas l'installation de production. Une subvention est souvent une contrepartie – l'argent n'est versé que moyennant une certaine action de la part du bénéficiaire, à savoir la société, et non pas l'installation de production. Souvent, les subventions sont versées à des entités contrôlées par les pouvoirs publics – précisément parce qu'ainsi les pouvoirs publics estiment généralement avoir plus de chances de contrôler l'utilisation finale de la subvention en contrôlant les mécanismes de gestion de la société.

41. Se focaliser dans cet esprit sur l'entreprise n'a rien d'artificiel ni de légaliste. La constitution en société par actions à responsabilité limitée n'est pas simplement un concept juridique formel. La responsabilité limitée est une pierre angulaire du développement de l'activité économique moderne. La société par actions à responsabilité limitée est un centre de responsabilité sur le plan juridique, mais aussi économique, comptable, commercial et autres (politique et marchés financiers). Une

abondante législation s'est édiflée autour de ce concept et on ne peut la rejeter négligemment comme étant "formaliste".

42. Un autre aspect crucial à prendre en considération est le fait qu'en ce qui concerne les trois années précédentes, nous ne savons tout simplement pas si une importation *quelconque* a été ou non subventionnée. Il n'y a aucune constatation de l'existence d'une subvention. Mais il n'y a pas non plus de constatation d'une absence de subvention. En fait, s'il y avait eu des subventions pendant toute la période précédente, cela pourrait signifier qu'aucune augmentation des volumes d'exportation/importation ne serait constatée (le volume pourrait juste avoir été important et constant pendant toute la période). La période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage n'aurait pas remonté assez loin dans le passé. C'est un risque réel en ce qui concerne les Membres pour lesquels il y a de bonnes raisons de penser que la subvention est un phénomène endémique. En particulier dans le cas des fleurons de l'industrie nationale au sujet desquels le Membre concerné a publiquement fait savoir qu'on ne les laisserait pas faire faillite, même s'ils connaissent périodiquement des moments difficiles.

43. En l'espèce, pour tenter d'écartier ce risque ou de le réduire, la période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage a été fixée de façon à remonter quatre ans en arrière. Cela est conforme à la pratique courante des CE. Étant donné que, tout au moins selon la Corée, les sociétés telles qu'Hynix ne sont généralement pas subventionnées en permanence mais seulement périodiquement, on peut être raisonnablement certain, à condition de remonter suffisamment loin en arrière, d'atteindre un stade du cycle de subventionnement de la société où celle-ci n'était pas subventionnée. On obtient ainsi une analyse équitable des tendances. La Corée ne le contesterait probablement pas. Elle ne ferait probablement pas valoir qu'en fait, Hynix était subventionnée durant toute cette période couverte par l'enquête sur l'existence d'un dommage. L'autorité chargée de l'enquête ne peut jamais être certaine d'avoir atteint son objectif, mais c'était une hypothèse raisonnable en l'espèce.

44. C'est à ce type d'incertitude que l'autorité chargée de l'enquête est confrontée lorsqu'elle doit décider de suivre soit l'évolution passée de la société, soit celle des installations de production. Un problème se pose si l'autorité chargée de l'enquête suit l'évolution des installations de production car cela accroît l'incertitude – cela provoque un dédoublement de l'enquête qui, à un moment donné, englobe deux centres de responsabilité entièrement différents, distincts et indépendants – sans aucun lien entre eux. Cela n'aide pas l'analyse. Rien ne garantit que l'autre entité n'ait pas elle-même reçu des subventions – ce qui pourrait gravement fausser l'analyse des tendances. Il se pourrait fort bien que cela se soit produit à un stade différent de son cycle de subventionnement. En fait, si elle a été récemment achetée, il y a toutes chances pour qu'elle ait été en difficulté et ait donc reçu des subventions.

45. Les choses pourraient devenir encore plus inutilement compliquées si l'arbre se ramifiait plus d'une fois – l'autorité chargée de l'enquête pourrait être appelée à examiner plusieurs installations de production différentes, chacune sous contrôle différent et variable au cours de la période considérée. Puisqu'il est tout simplement impossible d'envisager toutes les circonstances avec certitude, mieux vaut s'en tenir à une approche objective consistant à suivre la société (Hynix).

46. En outre, selon l'approche coréenne, s'il fallait, en remontant dans le temps, suivre les "installations de production", cela signifierait que l'autorité chargée de l'enquête devrait tenir compte non seulement de celles qui ont été achetées, mais aussi de celles qui ont été cédées ou fermées. Par exemple, si Hynix avait possédé en 1999 une très grande installation de production, source de nombreuses importations vers les CE, mais avait vendu ou fermé cette installation en 2000, cette installation de production devrait, selon la logique de la Corée, être exclue du calcul pour les années précédentes. Nous n'entendons pas la Corée défendre cette thèse. De plus, il ne faudrait pas sous-estimer les problèmes pratiques que pose l'obtention de renseignements auprès de sociétés qui n'existent plus et d'installations de production qui ont été vendues ou fermées. Les CE estiment que

l'approche de la Corée est excessivement compliquée, irréalisable et inutile et elles la rejettent, comme elles sont en droit de le faire et puisque rien dans l'*Accord SMC* ne les oblige à faire autrement.

#### **IV. INITIÉ/NON-INITIÉ**

47. Les CE ont deux observations à faire au sujet de la théorie de l'investisseur initié.

48. La première observation est que, comme elles l'ont indiqué dans leur première communication écrite, les CE soutiennent, dans le contexte du droit de l'OMC, que la théorie de l'investisseur initié est fautive et que, de toute façon, rien dans l'*Accord SMC* n'imposait à l'autorité des CE chargée de l'enquête une quelconque obligation d'appliquer une telle théorie en l'espèce. De toute façon, la question est largement théorique, parce que quelle que soit la manière d'envisager les actions des banques, celles-ci ne pourraient en aucune circonstance être considérées comme commerciales.

49. La deuxième observation est qu'en affirmant à plusieurs reprises qu'en l'espèce, les banques ont mis en pratique la théorie de l'investisseur initié, la Corée marque en fait un but spectaculaire contre son propre camp. Pourquoi? Parce que ce que disent les sociétés coréennes interrogées, c'est qu'elles et Hynix étaient dans une impasse et qu'elles n'ont rien fait d'autre que ce qui était rationnel du point de vue commercial pour essayer de sortir de cette impasse. Mis à part le fait que les banques, en réalité, ne pouvaient revenir en arrière (d'énormes sommes ont dû être passées par pertes et profits, comme cela avait toujours été entièrement prévisible), cet argument conduit immédiatement à poser la question suivante: comment êtes-vous arrivés dans cette impasse? Il n'est bien sûr pas nécessaire de chercher très loin la réponse: à cause des pouvoirs publics coréens. En 1999, les pouvoirs publics coréens ont forcé Hynix à fusionner avec LG Semicon, fortement endettée. Et les engagements des banques à l'égard d'Hynix au milieu de l'année 2001 étaient entièrement fonction des contributions financières des pouvoirs publics coréens et de leur action de charger et ordonner par l'intermédiaire du prêt syndiqué, de la garantie de la KEIC et du programme obligataire de la KDB. Ce que montre donc l'argument de la Corée c'est qu'il existe de forts liens économiques entre tous les différents éléments de la subvention évalués par l'autorité chargée de l'enquête en ce qui concerne 2001. En présentant cet argument, la Corée tient donc exactement le même discours, en fait, que celui que les CE ont toujours tenu: il faut examiner la totalité des faits et des éléments de preuve – ce qui, en l'espèce, est exactement ce qu'a fait l'autorité chargée de l'enquête.

#### **V. LE RÈGLEMENT PROVISOIRE**

##### **A. LE RÈGLEMENT PROVISOIRE N'EXISTE PLUS**

50. La mesure en cause est le Règlement définitif. Le Groupe spécial ne doit se référer au Règlement provisoire que dans la mesure où celui-ci contient des assertions factuelles, juridiques ou analytiques qui sont incorporées par référence, spécifique ou générale, expresse ou implicite, dans la mesure en cause, qui est le Règlement définitif.

51. Le Règlement provisoire n'existe plus. Il n'est plus en vigueur et ne produit plus d'effets. Il est venu à expiration – ou a été abrogé. Et il n'est pas prévu de le remettre en vigueur ni de le reconduire. Il n'existe plus depuis le 11 août 2003, date à laquelle le Règlement définitif a été adopté. Il n'existait donc pas le 23 janvier 2004, date à laquelle le Groupe spécial a été établi. Le Groupe spécial ne peut donc faire aucune constatation ni aucune recommandation concernant le Règlement provisoire. Par conséquent, toutes les allégations et tous les arguments de la Corée concernant le Règlement provisoire doivent être rejetés. Au minimum, le Groupe spécial n'a pas besoin de faire des recommandations concernant le Règlement provisoire et ne devrait pas en faire.

52. Ce point de vue est confirmé par l'article 3:3 du Mémorandum d'accord, qui dispose que l'objet essentiel du système de règlement des différends est "le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement

des accords visés *se trouve* compromis par des mesures prises par un autre Membre" (pas d'italique dans l'original). Par conséquent, toute recommandation ou décision émanant de l'ORD "visera à ... régler [la question] de manière satisfaisante" (article 3:4 du Mémorandum d'accord) – ce qui ne peut être le cas s'il n'y a pas de question à régler (en l'occurrence si la mesure n'existe pas et n'est pas appliquée). Dans le même ordre d'idée, l'article 3:7 du Mémorandum d'accord dispose qu'"avant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile. Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends".

**B. LA CORÉE N'A FORMULÉ AUCUNE ALLÉGATION AU TITRE DE L'ARTICLE 17 DE L'ACCORD SMC**

53. De toute façon, la Corée n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 17 de l'*Accord SMC*. En l'absence d'une telle allégation, le Règlement provisoire doit être considéré comme compatible avec l'article 17 de l'*Accord SMC* et rien ne permet donc au Groupe spécial de constater que le Règlement provisoire est incompatible avec l'*Accord SMC*. Ce point de vue est confirmé par l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* (qui, la Corée l'a reconnu, peut être un contexte pertinent), selon lequel des mesures provisoires ne peuvent faire l'objet d'une procédure de règlement des différends que si elles sont incompatibles avec l'article 7.1 de l'*Accord antidumping* (qui concerne les mesures provisoires). Pour cette raison également, toutes les allégations et tous les arguments de la Corée concernant le Règlement provisoire doivent être rejetés.