

**ÉTATS-UNIS – MESURES TRAITANT LES
RESTRICTIONS À L'EXPORTATION
COMME DES SUBVENTIONS**

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions" est distribué à tous les Membres conformément au Mémoire d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution générale le 29 juin 2001, en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémoire d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communications *ex parte* avec le Groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

Note du Secrétariat: Le présent rapport du Groupe spécial sera adopté par l'Organe de règlement des différends (ORD) dans les 60 jours suivant la date de sa distribution, sauf si une partie au différend décide de faire appel ou si l'ORD décide par consensus de ne pas l'adopter. Si le rapport du Groupe spécial fait l'objet d'un appel formé devant l'Organe d'appel, il ne sera pas examiné aux fins d'adoption par l'ORD avant l'achèvement de la procédure d'appel. Des renseignements sur la situation à cet égard peuvent être obtenus auprès du Secrétariat de l'OMC.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
A. PLAINTÉ DU CANADA.....	1
B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DU GROUPE SPÉCIAL.....	1
C. PROCÉDURE DU GROUPE SPÉCIAL.....	2
II. ASPECTS FACTUELS	2
A. ARTICLE 771 5) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930, TELLE QUE MODIFIÉE PAR LA LOI SUR LES ACCORDS DU CYCLE D'URUGUAY.....	2
B. L'ÉNONCÉ DES MESURES ADMINISTRATIVES	2
C. LE "PRÉAMBULE" DU RÈGLEMENT DES ÉTATS-UNIS EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS	4
D. LA "PRATIQUE" DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE DES ÉTATS-UNIS.....	5
III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES	6
A. CANADA	6
B. ÉTATS-UNIS	7
IV. DEMANDE DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS	7
A. DEMANDE DES ÉTATS-UNIS.....	7
1. Introduction.....	8
2. Contexte factuel.....	9
3. Argumentation juridique	9
a) À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que l'interprétation que le Canada donne de l'article premier de l'Accord SMC est correcte, l'article 771 5) ne constitue pas un manquement aux obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC parce qu'il ne prescrit pas au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.	9
b) Les allégations du Canada concernant la "pratique des États-Unis" dans le cadre de l'article 771 5) devraient être rejetées	11
c) Le Groupe spécial devrait rejeter les allégations du Canada concernant l'Énoncé et le Préambule parce qu'aucun de ces documents n'a été indiqué comme étant une mesure dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présenté par le Canada et parce que ni l'un ni l'autre document ne constitue une "mesure" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord	14
B. RÉPONSE DU CANADA.....	14
1. La question soulevée par la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada est soumise à bon droit au présent groupe spécial.....	15

2.	La distinction impératif/dispositif n'est pas une "question de procédure" entrant dans la compétence du présent groupe spécial	19
3.	Degré de suffisance des consultations sur la pratique des États-Unis	22
4.	Degré de suffisance de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada	23
5.	Conclusion	24
V.	PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES	24
A.	PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA	24
1.	Introduction	24
2.	La législation des États-Unis en matière de droits compensateurs antérieure et postérieure à la création de l'OMC et les mesures des États-Unis	25
3.	Argumentation juridique	27
a)	Pour être une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, une pratique doit satisfaire à la définition d'une "contribution financière"	27
b)	Le traitement des restrictions à l'exportation comme étant une "subvention indirecte" est incompatible avec les termes exprès de l'Accord SMC	29
c)	La mesure des États-Unis constitue également un manquement à l'obligation qui leur est faite de rendre leur législation conforme aux Accords de l'OMC.	31
B.	PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS	32
1.	Introduction	32
2.	Argumentation juridique	32
a)	C'est au Canada qu'incombe la charge de la preuve	32
b)	L'Accord SMC n'interdit pas de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention	32
i)	<i>En économie, les restrictions à l'exportation sont reconnues comme étant des subventions</i>	<i>32</i>
ii)	<i>Exclure la possibilité que les restrictions à l'exportation constituent des subventions serait incompatible avec l'objet et le but de l'Accord SMC</i>	<i>32</i>
iii)	<i>Le texte et le contexte de l'article 1.1 indiquent qu'une restriction à l'exportation peut constituer une subvention indirecte au sens de l'alinéa iv)</i>	<i>33</i>
iv)	<i>Rien dans l'historique de la négociation de l'Accord SMC n'exclut qu'une restriction à l'exportation puisse constituer une subvention</i>	<i>38</i>
3.	Conclusion	41
C.	PREMIÈRE DÉCLARATION ORALE DU CANADA	41
1.	La demande de décisions préliminaires des États-Unis	41
2.	La définition du mot "subvention" dans l'Accord SMC	41
3.	Les arguments des États-Unis concernant l'"économie" des restrictions à l'exportation sont malvenus	44
D.	PREMIÈRE DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS	45

E.	DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA.....	50
1.	Introduction.....	50
2.	Le rôle de la distinction impératif/dispositif comme moyen de défense dans la jurisprudence de l'OMC.....	51
a)	La jurisprudence GATT/OMC.....	51
b)	Les mesures des États-Unis en cause.....	53
3.	Les affirmations des États-Unis selon lesquelles le Préambule n'a pas d'effet juridique ne rendent pas compte de manière exacte du droit administratif des États-Unis et du rôle du Préambule du texte du Département du commerce.....	54
4.	La "pratique" est une mesure et relève de la notion d'"impératif" appliquée par l'OMC	57
5.	Observations sur la thèse développée par les États-Unis dans leur déclaration orale concernant l'Accord SMC	59
F.	DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS.....	60
1.	Introduction.....	60
2.	La doctrine impératif/dispositif	61
a)	Article 771 5).....	61
b)	L'Énoncé	61
c)	Le Préambule	61
d)	La "pratique" des États-Unis.....	62
e)	Les mesures considérées ensemble	62
3.	Aucune des mesures indiquées par le Canada ne viole l'une ou l'autre des dispositions des Accords de l'OMC que le Canada a invoquées.....	63
4.	Le Canada a échoué dans sa tentative pour démontrer qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention.....	63
a)	Les mots "charge ou ordonne"	64
i)	<i>L'"Instruction officielle"</i>	<i>64</i>
ii)	<i>Les "autres choix possibles"</i>	<i>66</i>
iii)	<i>La "pente glissante"</i>	<i>67</i>
b)	Les mots "organisme privé"	68
c)	Exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement du ressort des pouvoirs publics et qui ne diffèrent pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics.....	68
d)	Objet et but.....	68
5.	Conclusion	69
G.	DEUXIÈME DÉCLARATION ORALE DU CANADA	69
1.	Introduction et Efforts soutenus déployés par les États-Unis pour définir une "subvention" comme étant un "avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire"	69

2.	Les mesures en cause imposent aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme une "contribution financière"	71
3.	Les restrictions à l'exportation ne relèvent pas de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC car dans ce cas un organisme privé n'est pas chargé de fournir des biens	73
H.	DEUXIÈME DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS	75
VI.	ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES	81
VII.	RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	81
VIII.	CONSTATATIONS	82
A.	DEMANDE DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES	82
B.	ALLÉGATION AU TITRE DE L'ARTICLE PREMIER DE L'ACCORD SMC – QUESTIONS DE SAVOIR SI TRAITER LES RESTRICTIONS À L'EXPORTATION COMME DES CONTRIBUTIONS FINANCIÈRES EST INCOMPATIBLE AVEC L'ACCORD SMC ET SI LA LÉGISLATION DES ÉTATS-UNIS IMPOSE UN TEL TRAITEMENT	83
1.	Type de législation qui peut être jugé en tant que tel incompatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC	83
2.	Ordre dans lequel les questions seront abordées	85
3.	Question de savoir si traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec l'Accord SMC	86
a)	Portée des décisions	86
b)	Règles d'interprétation des traités	87
c)	Définition des termes "contribution financière" figurant dans l'Accord SMC	88
d)	Texte et contexte des éléments de la définition d'une "contribution financière" figurant dans l'Accord SMC	90
i)	<i>Les pouvoirs publics "chargent ou ordonnent" (entrusts or directs).....</i>	<i>91</i>
ii)	<i>"Organisme privé" ("Private Body")</i>	<i>98</i>
iii)	<i>"D'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)".....</i>	<i>99</i>
iv)	<i>"Qui sont normalement de leur ressort" et "la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics"</i>	<i>100</i>
e)	Objet et but.....	102
f)	Historique des négociations	103
i)	<i>Historique de la négociation de l'inclusion de la condition de la "contribution financière"</i>	<i>103</i>
ii)	<i>Historique de la négociation de la définition d'une "contribution financière"</i>	<i>106</i>
iii)	<i>Résumé</i>	<i>107</i>
g)	Conclusion	108
4.	Question de savoir si la législation des États-Unis impose de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières	108
a)	Application de la distinction impératif/dispositif.....	108
b)	Les mesures.....	109

c)	Les mesures "séparément" et "considérées ensemble"	110
i)	<i>La Loi</i>	111
ii)	<i>L'Énoncé des mesures administratives</i>	113
iii)	<i>Le préambule du Règlement des États-Unis en matière de droits compensateurs</i>	118
iv)	<i>"Pratique" des États-Unis</i>	122
v)	<i>Résumé</i>	124
d)	Conclusion	125
C.	ALLÉGATIONS AU TITRE D'AUTRES DISPOSITIONS	125
IX.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	125

LISTE DES ANNEXES

ANNEXE A Réponses des parties aux questions écrites

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique des réponses du Canada aux questions posées par le Groupe spécial à sa première réunion de fond	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique des réponses des États-Unis aux questions posées par le Groupe spécial à sa première réunion de fond	A-20
Annexe A-3	Résumé analytique des réponses du Canada aux questions posées par le Groupe spécial à sa deuxième réunion de fond	A-49
Annexe A-4	Résumé analytique des réponses des États-Unis aux questions posées par le Groupe spécial à sa deuxième réunion de fond	A-67
Annexe A-5	Lettre des États-Unis commentant les réponses du Canada aux questions posées à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial	A-85
Annexe A-6	Lettre du Canada au Groupe spécial commentant la lettre des États-Unis du 7 mars 2001	A-89

ANNEXE B Communications des tierces parties

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication écrite des CE en tant que tierce partie	B-2
Annexe B-2	Exposé oral des CE en tant que tierce partie	B-7
Annexe B-3	Réponses des CE aux questions du Groupe spécial posées aux tierces parties	B-15
Annexe B-4	Exposé oral de l'Inde en tant que tierce partie	B-21

I. INTRODUCTION

A. PLAINTES DU CANADA

1.1 Le 19 mai 2000, le Canada a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis 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 XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 et à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("l'Accord SMC"), au sujet des mesures des États-Unis qui traitent une restriction à l'exportation d'un produit comme une subvention accordée à d'autres produits fabriqués avec le produit soumis à restriction ou incorporant ce produit si le prix intérieur du produit soumis à restriction est affecté par la restriction.¹

1.2 Le 15 juin 2000, le Canada et les États-Unis ont tenu les consultations demandées en vue d'arriver à une solution mutuellement satisfaisante de la question, mais les consultations n'ont pas abouti à un règlement du différend.

1.3 Le 24 juillet 2000, le Canada a demandé l'établissement d'un groupe spécial pour examiner la question.²

B. ÉTABLISSEMENT ET COMPOSITION DU GROUPE SPÉCIAL

1.4 À sa réunion du 11 septembre 2000, l'Organe de règlement des différends ("l'ORD") a établi un groupe spécial comme le Canada l'avait demandé dans le document WT/DS194/2.³

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

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par le Canada dans le document WT/DS194/2, la question portée devant l'ORD par le Canada dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.6 Le 23 octobre 2000, les parties sont convenues que le Groupe spécial aurait la composition suivante:

Président: M. Michael Cartland

Membres: M. Scott Gallacher
M. Richard Plender

1.7 L'Australie, les Communautés européennes et l'Inde ont réservé leurs droits de participer en qualité de tierces parties aux travaux du Groupe spécial.⁴

¹ WT/DS194/1.

² WT/DS194/2.

³ Voir le document WT/DSB/M/88 au paragraphe 12.

⁴ WT/DS194/3.

C. PROCÉDURE DU GROUPE SPÉCIAL

1.8 Le Groupe spécial s'est réuni avec les parties les 18 janvier et 21 février 2001. Il s'est réuni avec les tierces parties le 18 janvier 2001.

1.9 Le 27 avril 2001, le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties. Voir la section VII, *infra*.

II. ASPECTS FACTUELS

2.1 Le présent différend concerne le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada allègue que les mesures en cause comprennent l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930* (19 U.S.C. § 1677 5)), telle que modifiée par la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* et interprétée par l'Énoncé des mesures administratives ("Énoncé") accompagnant la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* (H.R. 5110, Doc. 316, Vol. 1, 103d Congress, 2nd Session, 656, 925-926 (1994)) et par l'Explication des Règles définitives ("le Préambule"), Département du commerce des États-Unis, Droits compensateurs, Règle définitive (63 Federal Register, 65348, 65349-51 (25 novembre 1998)), et la pratique des États-Unis qui en découle.

A. ARTICLE 771 5) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930, TELLE QUE MODIFIÉE PAR LA LOI SUR LES ACCORDS DU CYCLE D'URUGUAY

2.2 L'article 251 de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* modifie l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930* afin de mettre en application la définition du terme "subvention" énoncée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Il n'y a pas désaccord entre les parties quant au fait que la définition du terme "subvention" figurant à l'article 771 5), tel que modifié, reprend pour l'essentiel la définition énoncée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Les parties conviennent également que l'article 771 5) ne traite pas expressément des restrictions à l'exportation.

B. L'ÉNONCÉ DES MESURES ADMINISTRATIVES

2.3 Lorsque la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* a été soumise au Congrès des États-Unis pour adoption, elle était accompagnée par l'Énoncé des mesures administratives. Le Congrès a approuvé l'Énoncé en même temps qu'il adoptait ladite loi. Conformément à cette loi, l'Énoncé constitue "une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de [la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*] dans toute action en justice dans laquelle se pose une question concernant une telle interprétation ou application".⁵

2.4 Selon ses termes mêmes, l'Énoncé:

"représente une expression officielle par l'Administration de son opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. Le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici".⁶

2.5 La partie de l'Énoncé que le Canada conteste en tant qu'étant pertinente pour ce qui est du traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la loi est l'analyse qui y est faite de

⁵ Pièce n° 7 du Canada (19 U.S.C. § 3512 d) (1994)).

⁶ Pièce n° 2 du Canada (Énoncé, page 656).

l'article 771 5) B) iii). Cet article traite de la situation dans laquelle les pouvoirs publics "chargent une entité privée d'apporter une contribution financière ou lui ordonnent de le faire". À cet égard, l'Énoncé dispose, entre autres choses, ce qui suit:

"L'un des éléments de la définition d'une subvention aux termes de l'Accord SMC est l'octroi par les pouvoirs publics ou tout organisme public d'une "contribution financière" telle que définie dans cet accord, y compris la fourniture de biens ou de services. De plus, il est expressément indiqué dans l'Accord SMC que l'expression "contribution financière" s'applique notamment aux situations dans lesquelles les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'accorder une subvention ou lui ordonnent de le faire. (L'Administration est d'avis que l'expression "organisme privé" ne désigne pas nécessairement une entité unique, mais qu'elle peut s'appliquer aussi à un groupe d'entités ou de personnes.) De surcroît, l'article VI du GATT de 1994 fait toujours mention des subventions accordées "directement ou indirectement" par les pouvoirs publics. Par conséquent, l'Administration entend voir le critère "chargent ou ordonnent" interprété au sens large. L'Administration prévoit de ne rien changer à sa politique tendant à ne pas tolérer que l'octroi indirect d'une subvention devienne une échappatoire lorsque des importations effectuées à des conditions déloyales pénètrent sur le territoire des États-Unis et causent un dommage à une branche de production nationale.

Dans le passé, le Département du commerce a imposé des droits compensateurs à l'encontre de divers programmes dans le cadre desquels les pouvoirs publics avaient accordé un avantage par l'intermédiaire de parties privées. (*Voir, par exemple*, les affaires Certains bois de construction résineux en provenance du Canada, Cuir en provenance d'Argentine, Viande d'agneau en provenance de Nouvelle-Zélande, Matériels tubulaires pour l'industrie du pétrole en provenance de Corée, Fil machine en acier au carbone en provenance d'Espagne et (certains produits en acier en provenance de Corée). La manière spécifique dont les pouvoirs publics ont agi par l'intermédiaire de la partie privée pour accorder l'avantage a varié considérablement dans les affaires susmentionnées. Le Département du commerce a constaté l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsque les pouvoirs publics avaient pris ou imposé (au moyen d'une action législative, réglementaire ou administrative) une mesure exécutoire formelle ayant directement entraîné l'octroi d'un avantage discernable à la branche de production faisant l'objet de l'enquête.

Dans les cas où les pouvoirs publics agissent par l'intermédiaire d'une partie privée, comme dans l'affaire Certains bois de construction résineux en provenance du Canada et l'affaire Cuir en provenance d'Argentine (dans lesquelles des restrictions à l'exportation avaient directement entraîné une baisse discernable du coût des intrants), l'Administration entend faire en sorte que la loi continue d'être administrée au cas par cas en conformité avec le paragraphe précédent. L'Administration est d'avis que l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord sur les subventions et l'article 771 5) B) iii) visent les pratiques constituant des subventions indirectes comme celles à l'encontre desquelles le Département du commerce a dans le passé imposé des mesures compensatoires, et que les subventions indirectes de ces types doivent continuer de donner lieu à de telles mesures, à condition que le Département du commerce se soit assuré qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii)."⁷

⁷ Pièce n° 2 du Canada (Énoncé, page 926).

2.6 Le Canada soutient, et les États-Unis ne sont pas d'accord, que l'Énoncé fait obligation au Département du commerce des États-Unis ("le DOC") de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

C. LE "PRÉAMBULE" DU RÈGLEMENT DES ÉTATS-UNIS EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS

2.7 En 1998, le DOC a publié un Règlement portant application des modifications apportées à la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs pour tenir compte de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*.⁸ Ce règlement était accompagné d'une "Explication des règles définitives", autrement dénommée le "Préambule". En partie, le Préambule contient les réactions du Département du commerce aux observations communiquées au sujet du projet de Règlement au cours du processus visant à recueillir les observations du public. Les parties conviennent qu'il n'y a pas de règlement spécifique qui porte sur les restrictions à l'exportation. Elles conviennent également que les parties du Préambule qui sont pertinentes pour la question des restrictions à l'exportation figurent dans les explications relatives aux articles 351.102 et 351.501 du Règlement.

2.8 S'agissant de l'article 351.102, le Préambule dispose, entre autres choses, ce qui suit:

"Comme il ressort des nombreuses observations sur ce point, les mots "chargent ou ordonnent" pourraient revêtir des sens très divers. De ce fait, nous ne pensons pas qu'il soit approprié de donner une définition précise de ces mots aux fins du présent règlement. Nous considérons plutôt que nous devrions suivre les directives fournies dans l'Énoncé pour examiner les subventions indirectes au cas par cas. Nous veillerons cependant énergiquement au respect de cette disposition.

Nous sommes d'accord avec les commentateurs qui ont demandé instamment au Département de confirmer que le critère actuel n'est pas plus restrictif que le critère antérieurement appliqué par les États-Unis pour constater l'existence d'une subvention indirecte, tel que ce critère est décrit dans les affaires *Certains produits en acier en provenance de Corée ...* et *Certains bois de construction résineux en provenance du Canada ...* Nous estimons également que les mots "chargent ou ordonnent" recouvrent de nombreux éléments des définitions proposées par les commentateurs. S'agissant de la suggestion selon laquelle nous devrions inclure une liste exemplative des situations qui répondraient au critère "chargent ou ordonnent", nous ne pensons pas que cela soit nécessaire. L'Énoncé, à la page 926, énumère un certain nombre d'affaires dans lesquelles le Département a dans le passé constaté l'existence de subventions indirectes, et ces affaires offrent des exemples des situations dans lesquelles, à notre avis, la loi autoriserait le Département à parvenir aux mêmes conclusions. De même, en ce qui concerne la demande tendant à ce que nous donnions de l'expression "entité privée" une définition incluant des groupes d'entités ou de personnes, il ressort clairement de l'Énoncé que les groupes sont inclus (*voir* l'Énoncé, page 926). En conséquence, nous n'avons pas promulgué de règlement comportant cette définition."⁹

2.9 S'agissant de l'article 351.501, le Préambule dispose, entre autres choses, ce qui suit:

"En ce qui concerne la question de savoir si des subventions indirectes peuvent découler de la fourniture de biens et de services, nous estimons qu'une réponse claire y est donnée dans la Loi. L'article 771 5) D) iii) dispose que les contributions

⁸ Pièce n° 3 du Canada (19 CFR Partie 351, Droits compensateurs, Règle définitive, 63 Fed. Reg. 65348 à 65418).

⁹ *Id.*, pages 65349 à 65350.

financières comprennent la fourniture de biens ou de services. Partant, si une entité privée est chargée de fournir un bien ou un service à des producteurs de la marchandise faisant l'objet de l'enquête, ou s'il lui est ordonné de le faire, il y a une contribution financière. S'agissant des restrictions à l'exportation, s'il arrive qu'elles soient imposées en vue de limiter la possibilité d'exporter des parties, elles peuvent aussi, dans certaines circonstances, conduire ces dernières à fournir le bien soumis à restriction à des acheteurs nationaux moyennant une rémunération moins qu'adéquante. C'est ce qui a été reconnu par le Département du commerce dans les affaires *Certains bois de construction résineux en provenance du Canada ... ("Bois de construction")* et *Cuir en provenance d'Argentine ... ("Cuir")*. En outre, ainsi qu'il est indiqué dans l'Énoncé (page 926) et comme nous le confirmons dans le présent règlement définitif, si le Département devait à l'avenir enquêter sur des situations et des faits analogues à ceux qui ont été examinés dans les affaires *Bois de construction* et *Cuir*, la nouvelle loi l'autoriserait à parvenir aux mêmes conclusions."¹⁰

2.10 Le Canada soutient, et les États-Unis ne sont pas d'accord, que le Préambule fait obligation au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

D. LA "PRATIQUE" DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE DES ÉTATS-UNIS

2.11 Selon le Canada, du point de vue juridique, la "pratique" des États-Unis dans le cadre de la loi, de l'Énoncé et du Préambule, traite les restrictions à l'exportation comme répondant au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii) de la loi. Le Canada cite trois affaires postérieures à la création de l'OMC (*Bovins vivants en provenance du Canada ("Bovins")*, *Feuilles et bandes d'acier inoxydable en rouleaux en provenance de la République de Corée ("Feuilles et bandes d'acier inoxydable")* et *Tôles d'acier inoxydable en rouleaux en provenance de la République de Corée ("Tôles d'acier inoxydable")*) à l'appui de cet argument. Il fait en outre valoir qu'une "pratique" n'est pas une détermination isolée faite dans le cadre d'une affaire de droits compensateurs (même si une détermination est normalement le reflet d'une "pratique"), mais plutôt une volonté institutionnelle de se conformer à des interprétations et à des méthodes déclarées qui se traduit par des déterminations cumulatives. De ce fait, soutient le Canada, une "pratique" se rattache à des précédents, en ce qu'une interprétation ou une méthodologie prend souvent forme lors d'une affaire ou au fil d'affaires successives, et devient la "pratique" à laquelle on se conformera dans les affaires ultérieures. Le Canada estime que, selon le droit des États-Unis, le DOC est lié par les précédents en l'absence d'explication motivée justifiant qu'il s'en écarte.

2.12 Pour les États-Unis, au contraire, il n'y a pas de "pratique" postérieure à la création de l'OMC qu'ils suivraient s'agissant du traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre des enquêtes en matière de droits compensateurs. Ils affirment, et le Canada ne le conteste pas, qu'il n'y a pas eu d'affaire postérieure à la création de l'OMC dans laquelle le DOC a constaté qu'une restriction à l'exportation était une subvention. Les États-Unis font valoir que, selon leur droit interne, la jurisprudence ne lie pas le Département du commerce. En ce qui concerne l'argument du Canada selon lequel une "pratique" est une volonté institutionnelle de se conformer à des interprétations et à des méthodes déclarées, ils nient que cette prétendue volonté existe et affirment de surcroît que même si une telle volonté existait, elle ne lierait pas, selon leur droit interne, le Département du commerce.

2.13 Par conséquent, les parties ne sont pas d'accord tant en ce qui concerne l'existence que la portée juridique de ce que le Canada qualifie de "pratique" des États-Unis.

¹⁰ *Id.*, page 65351.

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

A. CANADA

3.1 Le Canada estime que les "mesures" des États-Unis en cause sont incompatibles avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC. Selon lui, ces "mesures" font obligation aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme répondant à la définition d'une "contribution financière" donnée à l'article 1.1 de l'Accord SMC si, de l'avis des autorités américaines chargées de l'enquête, la restriction à l'exportation a pour effet d'accroître l'offre du bien soumis à restriction. En conséquence, si le produit d'aval incorporant l'intrant soumis à restriction fait l'objet aux États-Unis d'une enquête en matière de droits compensateurs, selon le Canada, les États-Unis considèrent qu'il est satisfait à la condition à remplir pour entrer dans la définition d'une contribution financière (et, si la restriction à l'exportation fait baisser le prix du bien soumis à restriction, qu'il est satisfait à la condition à remplir pour entrer dans la définition d'un "avantage"). Le Canada fait valoir que ce traitement des restrictions à l'exportation comme étant des contributions financières est contraire à l'Accord SMC et, pour les mêmes raisons, allègue-t-il, le droit des États-Unis est lui aussi contraire à l'Accord sur l'OMC et à l'Accord SMC.

3.2 Comme exposé dans la section précédente, les "mesures" des États-Unis que le Canada conteste, parce qu'il considère qu'elles prescrivent ce traitement des restrictions à l'exportation, sont les suivantes:

- i) l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930*¹¹ ("*Loi douanière*"), telle que modifiée par la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, qui est la disposition de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs qui définit l'expression "subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire";
- ii) les parties de l'Énoncé des mesures administratives¹² accompagnant la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* qui interprètent l'article 771 5) s'agissant des restrictions à l'exportation;
- iii) les parties du Règlement du Département du commerce des États-Unis¹³ (en particulier le "Préambule" dudit règlement) qui interprètent et mettent en œuvre l'article 771 5) et l'Énoncé s'agissant des restrictions à l'exportation; et
- iv) la pratique actuelle du DOC qui consiste à traiter une restriction à l'exportation comme une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

3.3 Le Canada indique que la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC exige qu'il y ait une "contribution financière" (ou un soutien des revenus ou des prix) qui confère un "avantage". À son avis, les mesures en cause, considérées ensemble:

- i) sont incompatibles avec l'article 1.1 de l'Accord SMC et, du fait qu'elles prescrivent l'imposition de droits compensateurs à l'encontre de pratiques qui ne sont pas des subventions au sens de l'article 1.1, avec l'article 10 (ainsi qu'avec les articles 11, 17 et 19, dans la mesure où ils se rapportent aux prescriptions de l'article 10) et avec l'article 32.1 de l'Accord SMC; et
- ii) pour les mêmes raisons, constituent également un manquement à l'obligation qui est faite aux États-Unis en vertu à la fois de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de

¹¹ Annexe A de la première communication écrite du Canada – Pièce n° 1 du Canada.

¹² Annexe B de la première communication écrite du Canada – Pièce n° 2 du Canada.

¹³ Annexe C de la première communication écrite du Canada – Pièce n° 3 du Canada.

l'article 32.5 de l'Accord SMC d'assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec leurs obligations au titre des Accords de l'OMC.

3.4 Le Canada demande en conséquence que le Groupe spécial adresse la recommandation ci-après à l'ORD:

- Que les États-Unis rendent leurs "mesures" conformes à l'Accord SMC et à l'Accord sur l'OMC, y compris en cessant de traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières".

B. ÉTATS-UNIS

3.5 Les États-Unis demandent que le Groupe spécial constate:

- i) qu'aucune des mesures indiquées par le Canada (soit dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, soit dans sa première communication écrite) n'est incompatible avec les articles 1.1, 10, 11, 17, 19 ou 32.1 de l'Accord SMC; et
- ii) qu'ils n'ont pas manqué d'assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec leurs obligations au titre des articles 32.5 de l'Accord SMC et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

IV. DEMANDE DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS¹⁴

A. DEMANDE DES ÉTATS-UNIS

4.1 Dans une demande de décisions préliminaires qu'ils ont présentée après la première communication écrite du Canada et avant leur première communication écrite, les États-Unis demandent au Groupe spécial de rejeter la plainte du Canada en rendant les décisions préliminaires ci-après:

- a) puisque ni l'article 771 5), ni l'Énoncé, ni le Préambule, ni aucune "pratique" du DOC n'impose aux autorités des États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, ces mesures alléguées, en tant que telles, ne constituent pas un manquement aux obligations découlant pour les États-Unis de l'une quelconque des dispositions citées par le Canada dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial;
- b) la "pratique" des États-Unis – qu'elle soit passée, présente ou future – ne constitue pas une mesure dont le présent groupe spécial est saisi à bon droit;
- c) étant donné que le Canada n'a pas inclus dans sa demande de consultations la "pratique" des États-Unis dans le cadre de l'article 771 5), que les parties n'ont pas effectivement procédé à des consultations sur cette "pratique" et que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada n'a pas indiqué de façon adéquate la "pratique" en question, les allégations du Canada concernant cette "pratique" ne sont pas conformes aux articles 4:7 et 6:2 du Mémoire d'accord et ne sont pas soumises à bon droit au présent groupe spécial; et

¹⁴ Le Groupe spécial note que les résumés des arguments des parties figurant dans les sections IV, V et VI se fondent sur des résumés analytiques des communications des parties, que celles-ci ont fournis conformément aux procédures de travail qu'il a établies.

d) étant donné que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada n'a pas indiqué l'Énoncé ni le Préambule comme étant des mesures et qu'en tout état de cause, ni l'Énoncé ni le Préambule n'est une mesure, l'inclusion de l'Énoncé et du Préambule en tant que mesures distinctes dans la première communication écrite du Canada n'est pas conforme à l'article 6:2 du Mémoire d'accord et les allégations du Canada concernant l'Énoncé et le Préambule n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial.

4.2 À l'appui de cette demande, les États-Unis avancent les arguments suivants.

1. Introduction

4.3 De l'avis des États-Unis, le Canada demande au Groupe spécial de décider dans l'abstrait que, quelles que soient les circonstances présentes ou futures, une restriction à l'exportation ne peut jamais être considérée comme un programme de subventions – ni même comme un élément d'un tel programme – aux fins de l'Accord SMC. Une telle décision sortirait du cadre de tout différend existant et, partant, se substituerait au "pouvoir exclusif" de la Conférence ministérielle ou du Conseil général de donner de l'article premier des interprétations qui fassent autorité.

4.4 Les États-Unis évoquent ce qu'ils considèrent comme quatre questions liminaires différentes liées à leur demande de décisions préliminaires. Premièrement, aucune des "mesures" que le Canada a indiquées ne prescrit aux autorités américaines de traiter les restrictions à l'exportation comme des "subventions", contrairement à ce que le Canada a allégué dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial ou, comme des "contributions financières". Par conséquent, en vertu de la doctrine impératif/dispositif, aucune de ces "mesures" ne constitue un manquement aux obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC.

4.5 Deuxièmement, selon le droit actuel des États-Unis, il n'y a simplement pas de "pratique" du DOC consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Même si une telle "pratique" existait, elle ne saurait être considérée comme une mesure.

4.6 Troisièmement, étant donné que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada ne les indique pas comme étant des mesures distinctes faisant l'objet du différend, ni l'Énoncé ni le Préambule n'entre dans le cadre du mandat du Groupe spécial. En outre, puisque ni l'Énoncé ni le Préambule n'ont d'effet juridique indépendamment de la loi ou du règlement, ni l'un ni l'autre document ne constitue une mesure se prêtant au règlement d'un différend.

4.7 Quatrièmement, la "pratique" n'était pas mentionnée dans la demande de consultations présentée par le Canada, et les États-Unis et le Canada n'ont pas effectivement procédé à des consultations au sujet d'une "pratique" alléguée. De plus, du moins jusqu'à sa première communication écrite, le Canada n'a pas indiqué de "pratique" particulière dont il se plaignait, et la "pratique" qu'il a maintenant indiquée n'est pas la sorte de mesure qu'il a initialement décrite. Par conséquent, les allégations du Canada concernant une "pratique" ne sont pas soumises à bon droit au Groupe spécial.

4.8 Les États-Unis font valoir que la demande du Canada tendant à ce que le présent groupe spécial se prononce sur des mesures discrétionnaires ainsi que son insistance pour que le Groupe spécial les contraigne à se conformer à une décision concernant leurs actions ou leur "pratique" futures – actions qui peuvent ne jamais se produire – soulèvent de graves préoccupations institutionnelles touchant à la structure fondamentale de l'OMC et à la méthode judiciaire appropriée. S'il décidait que des mesures futures, à supposer qu'il en soit jamais adopté, constituent également un manquement aux obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC, le Groupe spécial adopterait une interprétation prospective contraignante de l'Accord SMC et sortirait très largement du cadre de tout différend existant.

4.9 Pour les États-Unis, les vices de procédure entachant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada impliquent que les allégations de manquements aux règles de l'OMC formulées par le Canada sont nécessairement sans fondement, même à supposer que son interprétation de l'Accord SMC soit correcte, ce qui n'est manifestement pas le cas. Au minimum, les vices que comporte l'argumentation du Canada donnent à penser qu'il faut que le Groupe spécial examine ses allégations avec un soin inhabituel et qu'il se garde d'outrepasser son pouvoir.

2. Contexte factuel

4.10 Les États-Unis affirment que, s'agissant de l'article 771 5), le Canada n'indique en aucune façon que l'article 771 5) proprement dit n'est pas conforme aux obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC ou qu'il doit être modifié. En outre, selon les États-Unis, l'Énoncé, qui est une forme d'historique législatif, n'impose pas au DOC de traiter ces mesures comme des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires. L'Énoncé autorise le DOC à traiter une restriction à l'exportation comme une subvention lorsque cela est justifié par les termes de la loi (et de l'Accord SMC), mais *seulement si* celui-ci détermine que le faire satisferait aux conditions que requiert la nouvelle définition d'une subvention. En ce qui concerne le Préambule, les États-Unis font valoir que les passages que le Canada cite laissent entendre que le DOC était simplement d'avis que l'article 771 5) B) iii) de la *Loi douanière n'empêchait pas* celui-ci de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions dans des circonstances appropriées. Le DOC n'a jamais déclaré que cet article lui *prescrivait* de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. En outre, il n'a *pas* promulgué de règlement sur les "subventions indirectes" en général, ni sur les restrictions à l'exportation en particulier, et les déclarations qu'il a faites visaient à expliquer pourquoi il ne promulguait *pas* de règlement concernant les "subventions indirectes". Pour ce qui est de la pratique, les États-Unis font valoir que l'enquête en matière de droits compensateurs qu'ils ont menée dans le cadre de l'affaire *Bovins vivants* est la seule depuis la mise en œuvre de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* qui ait jamais porté sur la question de savoir si quelque chose dont on pouvait faire valoir qu'il pourrait être considéré comme étant analogue à un programme de restrictions à l'exportation pourrait constituer une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, et le DOC a constaté qu'il n'y avait pas de subvention. Selon les États-Unis, les deux autres affaires citées par le Canada concernaient à la fois un type de contribution financière qui était différent d'une restriction à l'exportation (des prêts par opposition à des biens) et un type différent d'action des pouvoirs publics (action consistant à ordonner l'octroi d'un crédit par opposition à l'action consistant à appliquer des restrictions à l'exportation).

3. Argumentation juridique

- a) À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que l'interprétation que le Canada donne de l'article premier de l'Accord SMC est correcte, l'article 771 5) ne constitue pas un manquement aux obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC parce qu'il ne prescrit pas au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.

4.11 Les États-Unis font observer que, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "le concept de législation impérative par opposition à celui de législation dispositive a été élaboré par un certain nombre de groupes spéciaux du GATT comme étant une considération fondamentale pour déterminer quand une législation en tant que telle – plutôt qu'une application particulière de cette législation – était incompatible avec les obligations d'une partie contractante dans le cadre du GATT de 1947.¹⁵ Cette doctrine s'est maintenue dans le système de l'OMC car les groupes spéciaux et l'Organe d'appel

¹⁵ *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 26 septembre 2000, paragraphe 88 ("*Rapport de l'Organe d'appel sur la Loi de 1916 des États-Unis*").

ont continué de faire la distinction impératif/dispositif pour examiner si la législation d'un Membre est compatible avec les règles de l'OMC. Par exemple, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le Groupe spécial a fait cette distinction pour rejeter plusieurs allégations de subventions prohibées formulées par le Brésil au titre de l'Accord SMC. De même, dans l'affaire *États-Unis – Article 301*, le Groupe spécial a fait la distinction impératif/dispositif, déclarant ce qui suit: notre décision "ne signifie pas que nous infirmons que le critère habituel figurant dans la jurisprudence préexistante, selon lequel seules les lois prescrivant une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou empêchant la compatibilité avec les règles de l'OMC peuvent, en tant que telles, contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC. En vérité, c'est précisément le critère que nous appliquerons aux fins de notre analyse". Les États-Unis font observer que très récemment, dans l'affaire la *Loi de 1916*, l'Organe d'appel a exposé la formulation traditionnelle de la doctrine impératif/dispositif. L'Organe d'appel a procédé à une longue analyse de la doctrine et de son application correcte, estimant en fin de compte que le Groupe spécial avait appliqué correctement la doctrine.

4.12 Selon les États-Unis, le texte de l'article 771 5) impose au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions *seulement si* ces restrictions sont susceptibles de satisfaire à toutes les conditions énoncées dans la loi, qui sont en fait les mêmes que celles qui sont énoncées dans l'Accord SMC. En conséquence, même à supposer (à tort) pour les besoins de l'argumentation que l'article 1.1 de l'Accord SMC empêche de ne jamais traiter une restriction à l'exportation comme une subvention, rien dans le texte de l'article 771 5) ne prescrit au DOC de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention. Cette conclusion ne change pas si l'on interprète l'article 771 5) B) iii) à la lumière de l'Énoncé. Bien que ce dernier soit une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, il y est simplement indiqué, aux pages 925 et 926, que le DOC *peut* imposer des droits compensateurs à l'encontre de restrictions à l'exportation *seulement si* ces restrictions satisfont à toutes les conditions à remplir pour pouvoir donner lieu à des mesures compensatoires conformément à la loi et à l'Accord SMC.

4.13 S'agissant du Préambule, les États-Unis affirment que rien dans le texte n'impose au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Tout au plus, le Préambule exprime l'opinion du DOC selon laquelle l'article 771 5) B) iii) l'"autoriserait" à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Même s'il était déclaré dans le Préambule que l'article 771 5) B) iii) *imposait* au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, une telle déclaration ne lierait pas le DOC selon le droit des États-Unis. Par ailleurs, le DOC n'a *pas* promulgué de règlement sur la question des subventions indirectes en général, ou des restrictions à l'exportation en particulier. Par conséquent, le Préambule ne peut même pas être utilisé comme moyen d'interprétation parce qu'il n'y a pas de règlement à interpréter. Tout au plus, font valoir les États-Unis, il constitue une déclaration non contraignante du DOC concernant son opinion à l'époque sur la portée de l'article 771 5) B) iii).

4.14 Pour ce qui est des allégations du Canada concernant la "pratique" des États-Unis, ces derniers soutiennent qu'aucune détermination du DOC n'a jamais établi qu'une restriction à l'exportation satisfaisait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii); mais même si tel avait été le cas, cela ne prescrirait pas au DOC d'interpréter la loi de cette façon. C'est un principe bien établi du droit administratif des États-Unis qu'un organisme administratif, comme le DOC, n'est pas obligé de suivre ses propres précédents, à condition qu'il explique pourquoi il s'en écarte. Par conséquent, même si dans le cadre d'une procédure antérieure en matière de droits compensateurs, le DOC avait rendu une détermination au titre de l'article 771 5) selon laquelle une restriction à l'exportation constituait une subvention (ce qu'il n'a pas fait), il ne serait pas lié par cette détermination dans une future procédure en matière de droits compensateurs concernant une restriction à l'exportation. La considération essentielle au regard du droit des États-Unis est que les déterminations du DOC soient compatibles avec la loi et le règlement.

4.15 En outre, affirment les États-Unis, les communications écrites présentées par le Canada au cours du processus d'élaboration de règles du DOC démontrent qu'il souscrivait à l'analyse ci-dessus. Le Canada a déclaré que l'article 771 5) de la *Loi douanière* "adopt[ait] une définition du terme "subvention" qui [était] *en substance la même que* celle figurant dans l'Accord [SMC]", et que le DOC "[pouvait] facilement, et devrait, interpréter la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* d'une manière compatible avec les obligations que les États-Unis [avaient] contractées dans le cadre du GATT et qui exige[aient] que les mesures réglementaires soient exclues de la définition du terme subvention" (pas d'italique dans l'original). Il a également déclaré qu'il "[était] conscient que le Département voulait sans doute préserver sa *liberté de manœuvre* et son *pouvoir discrétionnaire* s'agissant de l'application des concepts de "subventions indirectes" ... et avait décidé en conséquence de ne pas proposer à cette époque de règlements qui traitent de ces questions". (pas d'italique dans l'original)

4.16 En d'autres termes, selon les États-Unis, jusqu'à ce qu'il décide d'engager une procédure pour régler le présent différend, le Canada était d'avis que l'article 771 5) n'imposait *pas* au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. De même, jusqu'à ce qu'il décide d'engager cette procédure, le Canada était d'avis qu'en refusant de promulguer un règlement sur la question, le DOC avait préservé "sa liberté de manœuvre et son pouvoir discrétionnaire" s'agissant du traitement des restrictions à l'exportation. Or, font valoir les États-Unis, le Canada allègue soudainement qu'au cours de son processus d'élaboration de règles, le DOC s'est en quelque sorte engagé à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Pour les États-Unis, non seulement les déclarations antérieures du Canada au DOC constituent un aveu aux fins du présent différend, mais aussi son changement radical de position en dit long sur la force (et la finalité) de son argumentation.

b) Les allégations du Canada concernant la "pratique des États-Unis" dans le cadre de l'article 771 5) devraient être rejetées

4.17 Les États-Unis affirment que ce que le Canada qualifie de "pratique" ne consiste en rien de plus que des applications au cas par cas de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. Ces applications elles-mêmes pourraient, prises isolément, constituer des mesures, mais, de par leur nombre, elles ne se muent pas en une "mesure" séparée et distincte qui puisse être qualifiée de "pratique". De fait, la pratique alléguée par le Canada consiste simplement en des déterminations spécifiques dans des procédures spécifiques en matière de droits compensateurs (ou, dans certains cas, uniquement en des "réflexions" exprimées au cours de procédures spécifiques en matière de droits compensateurs) qui n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial et dont le Canada dit qu'il ne les conteste pas. De l'avis des États-Unis, la sorte de "pratique" alléguée par le Canada ne constitue pas une mesure au sens du Mémoire d'accord.

4.18 Toutefois, même si une "pratique" pouvait être considérée comme une mesure, les États-Unis font valoir que les allégations du Canada concernant la "pratique" des États-Unis ne seraient toujours pas soumises à bon droit au présent groupe spécial. Étant donné que le Canada n'a pas indiqué la "pratique" des États-Unis dans sa demande de consultations, que les États-Unis et le Canada n'ont pas effectivement procédé à des consultations sur la "pratique" des États-Unis et que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada n'a pas indiqué de façon adéquate la "pratique" des États-Unis, les allégations du Canada ne sont pas conformes aux articles 4:7 et 6:2 du Mémoire d'accord et doivent être rejetées pour cette raison. En outre, pour autant que la première communication écrite du Canada indique finalement les trois types de "pratique" dont il se plaint, aucun de ces trois types ne peut constituer un manquement aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC: 1) des déterminations en matière de droits compensateurs antérieures à la création de l'OMC ne peuvent pas être contraires à l'Accord sur l'OMC ou à l'Accord SMC; 2) il n'y a pas de "pratique" existante des États-Unis consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions qui soit contraire à l'Accord sur l'OMC ou à l'Accord SMC; et 3) le Groupe spécial n'est pas saisi à bon droit d'une pratique hypothétique future des États-Unis dans

le cadre de l'article 771 5) étant donné que ce n'est pas une mesure et parce que seuls la Conférence ministérielle et le Conseil général ont le pouvoir de donner de l'Accord SMC des interprétations faisant autorité.

4.19 Il ne serait pas non plus avisé, selon les États-Unis, de rendre des décisions sur une pratique future possible. Comme l'a fait observer précédemment le Groupe spécial dans son rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Cassettes audio*, au paragraphe 365: "[I]l ne serait pas approprié de formuler des constatations sur une "pratique" *in abstracto* lorsqu'il avait déterminé que les mesures prises dans une enquête donnée n'étaient pas incompatibles avec l'Accord et que la "pratique" ne découlait pas d'une législation impérative." Plus fondamentalement, la "pratique future" d'un Membre ne peut simplement pas être considérée comme une "mesure" soumise à la procédure de règlement des différends parce qu'elle est purement hypothétique. C'est pourquoi le Mémorandum d'accord ne s'applique qu'aux mesures "prises", et non aux mesures "qui pourraient être prises à l'avenir".

4.20 Pour les États-Unis, une raison additionnelle pour laquelle les allégations du Canada concernant la "pratique" du DOC ne sont pas soumises à bon droit au Groupe spécial tient à ce que ces allégations n'ont pas été formulées en conformité avec les articles 4:7 et 6:2 du Mémorandum d'accord. Dans sa demande de consultations, le Canada a indiqué l'Énoncé et le Préambule comme étant les mesures contestées, alléguant en fait que ces mesures, en tant que telles, constituaient un manquement aux diverses obligations que les États-Unis ont contractées dans le cadre de l'OMC. Le Canada n'a pas allégué qu'une application effective de ces mesures dans une procédure spécifique en matière de droits compensateurs engagée aux États-Unis constituait un manquement aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. De même, lors des consultations qui ont eu lieu le 15 juin 2000, les parties n'ont pas évoqué une application effective de l'Énoncé, du Préambule ou de l'article 771 5) dans une procédure particulière en matière de droits compensateurs engagée aux États-Unis.

4.21 Néanmoins, font valoir les États-Unis, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada, pour la première fois dans le présent différend, a évoqué la pratique des États-Unis dans le cadre de l'article 771 5) comme étant une mesure qu'il contestait. De l'avis des États-Unis, les articles 4:7 et 6:2 du Mémorandum d'accord interdisent au Canada de contester une mesure qui n'a pas été indiquée dans sa demande de consultations et qui n'a pas non plus fait l'objet de consultations.

4.22 Les États-Unis rappellent que dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, l'Organe d'appel était confronté à une situation dans laquelle le Brésil demandait le rejet de la plainte du Canada parce que les instruments réglementaires indiqués dans la demande de consultations de ce dernier – et au sujet desquels le Canada et le Brésil avaient procédé à des consultations – n'étaient plus en vigueur lorsque le Groupe spécial avait été établi, ce qui était dû au fait que les instruments réglementaires en question avaient une courte durée de validité et que, constamment, ils arrivaient à expiration et étaient de nouveau adoptés sous une nouvelle appellation.

4.23 Selon les États-Unis, l'Organe d'appel a rejeté l'argument du Brésil au motif que les instruments réglementaires qui étaient entrés en vigueur après la tenue des consultations n'avaient pas modifié l'essence des subventions à l'exportation dont le Canada se plaignait. Ce faisant, l'Organe d'appel a toutefois réaffirmé le rôle important que les consultations jouaient dans le processus de règlement des différends. À ses yeux, "les articles 4 et 6 du Mémorandum d'accord ... définissent un processus selon lequel une partie plaignante *doit* demander des consultations, et des consultations *doivent* avoir lieu, avant qu'une question puisse être portée devant l'ORD en vue de l'établissement d'un groupe spécial". (pas d'italique dans l'original) L'Organe d'appel a estimé que les articles 4 et 6 du Mémorandum d'accord n'"exige[aient] [pas] une *identité précise et exacte* des mesures spécifiques qui [avaient] fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial". (italique dans l'original) Cette déclaration évoque cependant

implicitement l'idée qu'il doit y avoir *une certaine* identité entre l'objet des consultations et les mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Si tel n'est pas le cas, la demande d'établissement d'un groupe spécial est viciée en droit.

4.24 En ce qui concerne l'article 771 5), les États-Unis n'élèvent pas d'objection à son inclusion dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada, bien qu'il n'ait pas été indiqué dans sa demande de consultations. Dans cette dernière et lors des consultations, le Canada a bien précisé qu'il avait l'intention de contester la législation des États-Unis, en tant que telle. Les consultations ont apporté des éclaircissements quant à la mesure que le Canada devait indiquer s'il voulait élever à bon droit une telle contestation.

4.25 Toutefois, les États-Unis précisent qu'à aucun moment au cours de la phase de consultations le Canada n'a fait savoir qu'il avait l'intention de contester la législation des États-Unis, telle qu'appliquée. À leur avis, il n'y a aucune identité entre une législation, en tant que telle, et une législation, telle qu'appliquée. C'est pourquoi le Groupe spécial devrait constater que le Canada ne s'est pas conformé aux articles 4:7 et 6:2 du Mémoire d'accord et devrait rejeter les allégations du Canada s'agissant de la pratique des États-Unis dans le cadre de l'article 771 5).

4.26 Pour les États-Unis, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada ne satisfait pas non plus aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, parce qu'elle omet d'"indiquer[] les mesures spécifiques en cause ...". En particulier, en se bornant à faire vaguement référence à "la pratique des États-Unis qui en découle" – le membre de phrase "qui en découle" renvoyant à l'article 771 5) – le Canada n'a pas indiqué de façon adéquate les applications particulières de l'article 771 5) dont il se plaint.

4.27 Les États-Unis font valoir que ce n'est qu'après avoir présenté sa première communication écrite que le Canada a donné des exemples de la pratique des États-Unis dont il souhaitait qu'elle fasse l'objet de cette action (alors qu'il aurait pu facilement le faire au cours des consultations), et que même maintenant on ne voit absolument pas très bien ce que précisément le Canada considère comme étant la "pratique" ou s'il a à l'esprit une autre "pratique" qui n'a pas encore été mentionnée. Ils affirment que ces manques leur ont porté préjudice et rendent vain le processus de consultations requis (ce qui compromet le processus global de règlement du différend).

4.28 Enfin, les États-Unis soulignent qu'après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, le DOC n'a jamais eu de pratique qui "traite une restriction à l'exportation d'un produit comme une subvention accordée aux producteurs d'autres produits". L'objet du différend dans l'affaire *Bovins vivants en provenance du Canada* ne saurait être une "mesure[] qui traite[] une restriction à l'exportation d'un produit comme une subvention" de la sorte alléguée dans les demandes de consultations ou d'établissement d'un groupe spécial présentées par le Canada, puisque, dans cette affaire, le DOC a constaté que la mesure canadienne en cause n'était *pas* une subvention parce qu'elle ne conférait pas un avantage. Le DOC n'a pas non plus formulé de constatation selon laquelle une restriction à l'exportation constituait une "contribution financière", la sorte de mesure évoquée dans la première communication écrite du Canada.

4.29 De plus, de l'avis des États-Unis, les deux affaires concernant l'acier coréen citées par le Canada avaient trait à des mesures (action des pouvoirs publics consistant à ordonner l'octroi d'un crédit) qui étaient complètement différentes d'une restriction à l'exportation. En conséquence, aucun des exemples de "pratique" que le Canada a indiqués même dans sa première communication écrite ne constitue la sorte de mesures qu'il a dit contester.

4.30 Pour les États-Unis, la demande vague et inconsistante d'établissement d'un groupe spécial que le Canada a présentée afin que soient examinées des mesures qui n'ont pas encore été prises et qui ne le seront peut-être jamais met en évidence les problèmes que l'on soulève en essayant d'examiner

une pratique purement dans l'abstrait. Le fait que le Canada se garde d'indiquer les "mesures" et la "pratique" précises qu'il désire contester montre bien que sa véritable plainte a trait à une mesure - l'imposition par les États-Unis de droits compensateurs sur les importations de bois de construction en provenance du Canada - qui n'existe pas. Les États-Unis reconnaissent qu'il est certainement possible qu'un jour le DOC constate qu'un certain type de programme de restrictions à l'exportation au Canada ou dans ses provinces, seules ou en association avec d'autres restrictions, revient à charger un "organisme" privé de vendre un intrant à un ou à des producteurs particuliers, ou à lui ordonner de le faire, et satisfait aux autres conditions que doit remplir une subvention pour pouvoir donner lieu à une mesure compensatoire, mais déclarent qu'il est également possible que le DOC ne formule pas une telle constatation lorsqu'il sera confronté à cette question. Or, pour des raisons d'ordre à la fois pratique et juridique, de l'avis des États-Unis, le Groupe spécial serait malavisé de formuler une hypothèse quant aux types de restrictions qui pourraient exister *ou* quant à la manière dont le DOC les traiterait. En conséquence, le Groupe spécial devrait refuser de se prononcer sur la plainte du Canada et il devrait la rejeter.

- c) Le Groupe spécial devrait rejeter les allégations du Canada concernant l'Énoncé et le Préambule parce qu'aucun de ces documents n'a été indiqué comme étant une mesure dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présenté par le Canada et parce que ni l'un ni l'autre document ne constitue une "mesure" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord

4.31 Les États-Unis font observer que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada a indiqué les mesures contestées comme étant: 1) l'article 771 5) (tel qu'interprété par l'Énoncé et le Préambule) et 2) la pratique des États-Unis qui en découle. Si le Canada avait eu l'intention de contester l'Énoncé et le Préambule comme étant des mesures distinctes, le membre de phrase "tel qu'interprété par" n'aurait pas été nécessaire.

4.32 Or, poursuivent les États-Unis, dans sa première communication écrite, le Canada a élargi son argumentation pour y inclure l'Énoncé et le Préambule en tant que "mesures" distinctes. Selon les États-Unis, le Canada ne peut pas le faire parce qu'il est bien établi que le mandat d'un groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial et un plaignant ne peut pas ajouter de nouvelles mesures par la suite.

4.33 Pour les États-Unis, le comportement du Canada est particulièrement aberrant eu égard au fait qu'à la première réunion que l'ORD a tenue pour examiner la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada, ils ont précisé qu'ils interprétaient cette demande comme ayant trait à deux mesures – l'article 771 5) et la pratique des États-Unis qui en découlaient. Le Canada n'a jamais contesté cette interprétation. En fait, à la deuxième réunion de l'ORD, le seul point sur lequel il était en désaccord avec les États-Unis concernait l'objection de ces derniers à ce que le Canada inclue la "pratique" dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.

4.34 Enfin, font valoir les États-Unis, même si la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada pouvait être interprétée comme ayant indiqué séparément l'Énoncé et le Préambule comme étant ce qu'il désirait contester, ces documents ne constituent pas des mesures au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Selon les États-Unis, aucun des deux documents n'a, en lui-même, d'effet juridique indépendant selon leur droit interne et ni l'un ni l'autre n'autorise ni n'impose une action quelconque de la part du gouvernement des États-Unis. De l'avis de ces derniers, des documents de cette nature ne peuvent pas constituer une mesure au sens de l'article 6:2.

B. RÉPONSE DU CANADA

4.35 Le Canada considère que chacune des demandes de décisions préliminaires présentées par les États-Unis est sans fondement et, par conséquent, il demande que le Groupe spécial refuse de rendre les décisions préliminaires demandées par les États-Unis. Il fait valoir que, en s'efforçant d'étayer

leurs demandes, les États-Unis ont présenté de façon erronée son allégation et la nature et l'effet des mesures selon leur droit interne, ainsi que la pertinence de la jurisprudence de l'OMC qu'ils ont citée dans le cadre d'une demande de décision préliminaire.

1. La question soulevée par la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada est soumise à bon droit au présent groupe spécial

4.36 Le Canada fait observer que dans leur demande de décisions préliminaires ("la demande des États-Unis"), les États-Unis ont contesté de diverses façons que la question soulevée par sa demande d'établissement d'un groupe spécial soit soumise à bon droit au présent groupe de travail et reflète un véritable différend. Le Canada estime que sa demande d'établissement d'un groupe spécial mentionne à la fois les mesures spécifiques et les allégations juridiques, en parfaite conformité avec les prescriptions établies par l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*¹⁶, qui traduisent la véritable controverse qui existe entre lui et les États-Unis s'agissant du traitement des restrictions à l'exportation dans la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs.

4.37 Le Canada rappelle que dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, l'Organe d'appel a conclu que la "question" portée devant l'ORD se compose de deux éléments: les mesures spécifiques en cause et le fondement juridique de la plainte (ou des allégations). Selon le Canada, sa demande d'établissement d'un groupe spécial fait mention de quatre mesures en tant que constituant les aspects pertinents de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs qui, considérées ensemble, sont incompatibles avec les dispositions de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC qu'il a indiquées. À ses yeux, ces actions des pouvoirs publics satisfont toutes manifestement au critère de "mesure" défini dans l'affaire *Guatemala – Ciment*.

4.38 Le Canada affirme que ses allégations juridiques sont elles aussi mentionnées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et que ces allégations, qui font écho à sa demande de consultations, ont incontestablement averti les États-Unis, et ce depuis le tout début du présent différend, que le Canada était d'avis que le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs était incompatible avec les diverses dispositions de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC qui avaient été indiquées.

4.39 Le Canada fait valoir que les États-Unis tentent d'isoler les éléments constitutifs de leur législation en matière de droits compensateurs pour en faire des éléments distincts afin d'alléguer que chacun, par lui-même, est vide de sens. En particulier, bien qu'ils ne fassent pas objection à ce que l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930* soit une "mesure", les États-Unis allèguent que c'est la *seule* mesure, et que la question de savoir si les termes de l'article 771 5) proprement dit prescrivent le traitement des restrictions à l'exportation comme des subventions est déterminante pour la présente procédure. Ils allèguent aussi que l'Énoncé et le Préambule sont dépourvus de tout "effet juridique indépendamment de la loi ou du règlement"¹⁷, et qu'il n'y a pas de "pratique" des États-Unis s'agissant des restrictions à l'exportation.

4.40 Pour le Canada, la manière dont les États-Unis présentent le fondement de sa plainte et leur tentative de disséquer les mesures afin que chacune d'elles prise isolément soit vidée de son sens ne sont pas étayées par la jurisprudence de l'OMC. Comme le Canada l'évoque dans sa première communication écrite (voir *infra*), le Groupe spécial, dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, a fait observer qu'une loi nationale peut être "multicouche"

¹⁶ *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS60/AB/R, 2 novembre 1998, paragraphe 75 (ci-après dénommée *Guatemala – Ciment*).

¹⁷ *Id.*, paragraphe 8.

et comprendre un dispositif législatif et d'autres éléments institutionnels et administratifs qui sont "souvent inséparables ... et ne devraient pas être interprétés indépendamment l'un de l'autre lorsque l'on évalue la conformité générale de la loi avec les obligations au regard de l'OMC".

4.41 Le Canada relève que les États-Unis font également valoir que dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, le sens du droit interne est une question de fait à approuver et est constitué non seulement par les dispositions elles-mêmes, mais aussi par les principes de droit interne qui en régissent l'interprétation. Les États-Unis donnent ensuite à entendre qu'il est généralement bon de s'en remettre dans une certaine mesure à l'opinion d'un Membre sur le sens de son propre droit. Le Canada fait cependant observer qu'un groupe spécial a pour obligation indépendante d'analyser le droit interne pour déterminer si le Membre se conforme aux obligations qu'il a contractées dans le cadre de l'OMC. Le Canada fait aussi observer que le droit est bien établi à cet égard et appelle l'attention sur le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*.

4.42 Le Canada relève que, selon les États-Unis, l'article 771 5) reprend en grande partie les termes de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et, partant, n'est pas contraire à cet article. En outre, les États-Unis donnent à entendre que, conformément à leurs principes d'interprétation des lois, l'article 771 5) ne peut pas être interprété d'une manière qui serait contraire à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord parce que, en vertu de la doctrine *Charming Betsy*, une loi des États-Unis qui est ambiguë doit être "interprétée, lorsque cela est possible, de manière à être compatible avec les obligations internationales des États-Unis".

4.43 Le Canada reconnaît que les termes de l'article 771 5) *ont pu* être interprétés d'une manière compatible avec la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC, comme il l'a relevé dans les observations qu'il a communiquées au DOC au cours du processus d'élaboration de règles mené par ce dernier en 1995. Toutefois, à ses yeux, ce n'est pas de cette question dont il s'agit. Au contraire, comme l'Organe d'appel l'a fait observer (*États-Unis – Loi de 1916*), la question qui se pose n'est pas celle de savoir comment une loi pourrait en théorie être interprétée, mais comment elle est interprétée à la lumière des éléments tant législatifs que non législatifs.

4.44 Quant à leur affirmation concernant l'affaire *Charming Betsy*, fait valoir le Canada, les États-Unis omettent de signaler d'autres doctrines de droit en vigueur aux États-Unis qui vident de son sens la doctrine *Charming Betsy* dans ce contexte. En l'espèce, les États-Unis ont bien précisé dans leurs communications au Groupe spécial qu'ils interprétaient l'article 1.1 de l'Accord SMC de manière à leur permettre d'imposer des mesures compensatoires à l'encontre de restrictions à l'exportation et, par conséquent, la doctrine *Charming Betsy* ne les conduise pas à adopter une interprétation différente de leurs obligations.

4.45 De l'avis du Canada, les États-Unis présentent également de manière erronée le rôle et la portée de l'Énoncé. Tout en concédant que d'après les termes de la loi, l'Énoncé est "une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*", les États-Unis affirment dans leur demande que l'Énoncé est simplement "une forme d'historique de la législation". Pour le Canada, cet argument des États-Unis est intrinsèquement contradictoire et est démenti à la fois par les décisions des tribunaux américains et le traitement de l'Énoncé par les États-Unis eux-mêmes.

4.46 Premièrement, déclare le Canada, l'Énoncé n'est pas un historique de la législation dans n'importe quel sens ordinaire, parce qu'il a été prescrit par la loi, convenu à l'avance entre l'Administration des États-Unis et le Congrès des États-Unis, soumis par le Président des États-Unis au Congrès des États-Unis avec le projet de loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay, et approuvé par

le Congrès. L'Énoncé a, dans le droit des États-Unis, une fonction et une portée qui dépassent celles d'un historique ordinaire de la législation.

4.47 Deuxièmement, fait valoir le Canada, l'existence même de l'Énoncé et la déclaration figurant dans la loi selon laquelle il constitue une "expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay ..." montrent clairement que la portée et le sens de la loi doivent être déterminés par l'Énoncé. Ce fait a été reconnu à maintes reprises par les tribunaux des États-Unis.

4.48 Enfin, fait observer le Canada, la tentative des États-Unis de minimiser la portée de l'Énoncé, considérant qu'il se borne à "encourager" certaines interprétations est tout à fait contradictoire avec leur position et leurs assurances indiquées dans l'affaire *États-Unis – Article 301*. Dans cette affaire, les États-Unis ont déclaré que "[l]'Énoncé ... doit, en droit, être considéré comme exprimant l'interprétation officielle de la loi dans toute action en justice". Cela étant, déclare le Canada, le Groupe spécial a formulé une constatation en faveur des États-Unis.

4.49 En ce qui concerne l'effet du Préambule, le Canada affirme qu'il est reconnu dans la demande des États-Unis que les déclarations du DOC concernant les restrictions à l'exportation qui figurent dans son *Avis de règle définitive* l'"auraient lié" si elles avaient été faites dans un "règlement", mais prétend ensuite que l'inclusion de ces déclarations dans le Préambule en fait "[t]out au plus ... une déclaration non contraignante du DOC concernant son opinion à l'époque". Les États-Unis ajoutent qu'ils ne sont pas liés par le Préambule.

4.50 Pour le Canada, l'allégation selon laquelle le Préambule d'un règlement a un statut juridique inférieur ne tient pas compte du cadre administratif dans lequel les organismes gouvernementaux des États-Unis promulguent les règlements. Les règlements du DOC sont publiés conformément à *la Loi sur les procédures administratives*, qui exige que les organismes gouvernementaux incorporent un préambule dans les règles qu'ils publient. Par conséquent, la prétendue distinction entre le Préambule et le reste du règlement sur laquelle les États-Unis insistent est sans fondement. De plus, affirme le Canada, de nombreux tribunaux des États-Unis ont reconnu que le préambule faisait partie intégrante d'un règlement et était de ce fait contraignant.

4.51 Le Canada considère comme n'étant pas non plus valable l'argument des États-Unis selon lequel les dispositions du Préambule relatives aux restrictions à l'exportation ne sont pas contraignantes parce que le Préambule est la seule partie du règlement qui traite de cette question. Premièrement, cet argument laisse supposer que le Département du commerce a fait un travail inutile lorsqu'il a exposé dans le Préambule sa position sur les restrictions à l'exportation. Deuxièmement, de nombreux tribunaux des États-Unis ont traité un préambule comme étant une déclaration contraignante d'un organisme gouvernemental, même lorsque ce préambule était la seule partie du règlement qui traitait de la question. En fait, selon le Canada, c'est ce qu'ont fait les États-Unis dans leurs communications aux groupes spéciaux de l'OMC. Dans l'affaire *États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, les États-Unis ont justifié certaines règles de l'EPA comme étant compatibles avec leur obligation dans le cadre de l'OMC en se référant au Préambule, y compris à ses dispositions qui énonçaient des obligations ne figurant pas dans d'autres parties du règlement.

4.52 Enfin, fait valoir le Canada, il n'y a aucune validité dans l'assertion selon laquelle le Département du commerce lui-même n'a jamais reconnu le caractère contraignant du Préambule. Au contraire, dans ses déterminations en matière de droits compensateurs, le Département du commerce traite *uniformément* le Préambule du règlement en matière de droits compensateurs comme faisant partie intégrante de ses règlements et comme ayant une autorité juridique équivalente à celle des articles du règlement. En fait, déclare le Canada, le Département du commerce fait généralement référence au texte réglementaire figurant dans le Préambule comme étant simplement "le règlement"

et s'appuie sur le Préambule comme étant le fondement juridique de ses interprétations. C'est ce qui ressort clairement des affaires concernant l'acier coréen.

4.53 Le Canada relève l'argument des États-Unis selon lequel leur pratique consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières" n'est pas à proprement parler une "mesure". Il affirme que les États-Unis prétendent que du fait qu'elles ne peuvent pas constituer un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC, les déterminations établies avant la création de l'Organisation ne sont pas pertinentes pour ce qui est de la "pratique" et qu'"il n'y a pas de "pratique" existante des États-Unis consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions qui soit contraire à l'Accord sur l'OMC ou à l'Accord SMC", et aussi que le Canada veut que soit rendue une décision sur une "pratique hypothétique future des États-Unis". Les États-Unis ont tort dans les deux cas.

4.54 Pour le Canada, il est évident qu'il y a une pratique administrative existante des États-Unis qui consiste à traiter les restrictions à l'exportation comme satisfaisant à la condition selon laquelle il doit y avoir une "contribution financière" qui est énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC, pratique qui est définie, en grande partie, par les déclarations des États-Unis figurant dans l'Énoncé qui ont trait à leur pratique antérieure à la création de l'OMC consistant à imposer des mesures compensatoires à l'encontre des restrictions à l'exportation. Le Canada reconnaît que cette pratique antérieure à la création de l'OMC aurait dû ne plus être pertinente après que l'Accord SMC est entré en vigueur, mais l'Énoncé dispose expressément que la pratique des États-Unis dans ces affaires doit se poursuivre dans le cadre de l'Accord SMC et de la législation révisée des États-Unis en matière de droits compensateurs.

4.55 Le Canada affirme que le fait que les États-Unis se sont fondés sur des affaires antérieures à la création de l'OMC, y compris les affaires *Cuir* et *Bois de construction*, pour décrire leur pratique constante de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est confirmé à maintes reprises dans le Règlement. Il ne fait donc aucun doute que la pratique du Département du commerce antérieure à la création de l'OMC est sa pratique postérieure à la création de l'OMC.

4.56 De l'avis du Canada, la tentative faite par les États-Unis d'écarter leur pratique postérieure à la création de l'OMC comme n'étant pas pertinente n'est pas non plus valable. Les affaires *Acier inoxydable coréen* évoquées par le Canada confirment que le Département du commerce adhère tout à fait à l'opinion selon laquelle l'Énoncé indique en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté que le Congrès entendait que la [*Loi douanière de 1930*], telle que modifiée par la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, continuerait de s'appliquer aux types particuliers de subventions indirectes qui avaient été jugés devoir donner lieu à des mesures compensatoires" dans des affaires antérieures, y compris l'affaire *Bois de construction résineux*. Pour le Canada, ces affaires confirment également l'opinion du Département du commerce selon laquelle son Règlement, de même que l'Énoncé, excluent la possibilité de tout examen discrétionnaire de l'existence d'une "contribution financière" dans le cas de "subventions indirectes".

4.57 Les États-Unis ne peuvent pas non plus, fait valoir le Canada, éluder une "pratique existante" en alléguant que leur analyse de l'existence d'une contribution financière dans l'affaire *Bovins vivants* était "tout au plus une opinion incidente". Le Canada reconnaît que dans l'affaire *Bovins vivants*, le Département du commerce n'a pas estimé que le "contrôle" que l'Office canadien du blé exerçait sur les exportations était une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire parce qu'il n'a constaté aucun *avantage*. Or, affirme le Canada, le fait que le Département du commerce a engagé la procédure, uniquement sur la base d'allégations concernant une restriction à l'exportation et un effet sur les prix, de même que ses déclarations au sujet d'une "contribution financière" et d'un "organisme privé" figurant dans sa détermination finale, attestent de sa pratique constante de considérer une restriction à l'exportation comme une "contribution financière". En résumé, il ressort clairement de cette détermination que le Département du commerce n'a pas imposé de mesure compensatoire à

l'encontre de la restriction à l'exportation alléguée, non pas parce qu'il n'estimait pas qu'une restriction à l'exportation était une contribution financière, mais *uniquement* parce qu'il n'a pas constaté d'avantage.

4.58 Plus fondamentalement aux yeux du Canada, la "pratique" en cause n'est pas constituée par telle ou telle détermination faite dans des affaires de droits compensateurs, contrairement à ce que les États-Unis donnent à entendre. Le Canada soutient qu'il ne demande pas une décision annulant les déterminations faites par le passé dans telle ou telle affaire. De fait, comme le reconnaît la jurisprudence de l'OMC, les références faites à des affaires particulières sont un moyen acceptable d'établir une interprétation en droit interne. La contestation par le Canada de la pratique des États-Unis est particulièrement capitale pour ce qui est du respect par les États-Unis d'une décision de l'ORD s'il a gain de cause dans le présent différend. Il estime que d'autres procédures engagées dans le cadre de l'OMC démontrent amplement que les États-Unis peuvent considérer qu'une modification d'une pratique administrative n'est pas un élément nécessaire de ce respect même lorsque, dans leurs rapports, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont clairement constaté que la pratique existante était contraire aux Accords de l'OMC. C'est à la lumière de cela que le Canada conteste la pratique des États-Unis s'agissant des restrictions à l'exportation et qu'il demande une réparation qui se rapporte expressément à la pratique des États-Unis.

2. La distinction impératif/dispositif n'est pas une "question de procédure" entrant dans la compétence du présent groupe spécial

4.59 Le Canada déclare que les États-Unis allèguent que ni l'article 771 5), ni l'Énoncé, ni le Préambule, ni aucune "pratique" du DOC n'impose à leurs autorités de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions et, partant, que les mesures alléguées, en tant que telles, ne constituent pas un manquement à leurs obligations au titre de n'importe laquelle des dispositions qu'il a citées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Toutefois, à ses yeux, cet argument repose sur une présentation erronée de sa plainte. Le Canada ne soutient pas que les mesures des États-Unis les obligent à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Le Canada considère plutôt que ces mesures obligent les États-Unis à déterminer qu'une restriction à l'exportation satisfait à l'élément "contribution financière" de la définition d'une "subvention" et, en conséquence, qu'une restriction à l'exportation peut donner lieu à une mesure compensatoire si le Département du commerce constate qu'elle confère un "avantage". À son avis, c'est incompatible avec la définition figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC, parce qu'une restriction à l'exportation n'entre dans le champ d'aucune des actions des pouvoirs publics indiquées à l'article 1.1, y compris, en particulier, celles visées à l'alinéa a) 1) iv) de cet article.

4.60 Le Canada fait observer qu'à l'appui de leur argument selon lequel le présent Groupe spécial n'est pas saisi à bon droit des mesures en cause parce qu'elles ne sont pas "impératives", les États-Unis citent divers exemples tirés de la jurisprudence du GATT et de l'OMC. Cette analyse aboutit à une allégation des États-Unis selon laquelle la plainte du Canada devrait être rejetée sur cette base en tant que question de procédure. Or, fait valoir le Canada, comme cette question ne ressortit pas à une question de procédure, elle ne peut pas faire l'objet à bon droit d'une décision préliminaire.

4.61 Plus important encore aux yeux du Canada, ces affaires n'ont aucun rapport avec la compétence du présent groupe spécial pour ce qui est de connaître de la "question" dont il l'a saisi. Dans les affaires du GATT citées par les États-Unis, le caractère impératif ou discrétionnaire d'une mesure est un point qui touche à la question de savoir si une mesure en tant que telle est contraire aux dispositions du GATT invoquées, et non à celle de savoir si un groupe spécial a compétence pour connaître d'une question particulière. De l'avis du Canada, c'est ce que l'Organe d'appel a bien précisé dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*.

4.62 Le Canada déclare en outre que, dans une variation sur cet argument, les États-Unis affirment qu'il cherche à obtenir un avis consultatif au titre de l'Accord SMC et, ce faisant, demande au Groupe spécial de se substituer au pouvoir conféré à la Conférence ministérielle et au Conseil général en vertu de l'article IX:2 de l'Accord sur l'OMC. À ses yeux, en avançant ces arguments, les États-Unis s'appuient sur des opinions incidentes concernant le principe d'"économie jurisprudentielle". Le Canada fait observer que ces opinions incidentes portent sur la question de savoir si un groupe spécial devrait refuser d'aborder certains points qui n'ont pas à l'être pour régler la question dont il est saisi, et non sur celle de savoir si le différend aurait dû être examiné dès le départ.

4.63 Le Canada demande au Groupe spécial de constater que les mesures en cause sont contraires aux dispositions existantes de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC en ce sens qu'elles imposent aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme une "contribution financière". Si les restrictions à l'exportation n'entrent pas dans le champ de la définition d'une "contribution financière" figurant dans l'Accord SMC, le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs est donc nécessairement incompatible tant avec l'Accord SMC qu'avec l'Accord sur l'OMC. Le Canada soutient qu'il est en droit d'obtenir une détermination sur ce point de façon que les avantages découlant pour lui de ces accords ne soient, ni ne puissent être, amoindris par l'application d'une approche incompatible avec les règles de l'OMC. En tant que tel, le présent différend est soumis à bon droit au présent groupe spécial.

4.64 Le Canada rappelle qu'aux paragraphes 58 à 69 de la demande des États-Unis, ces derniers font référence à un certain nombre d'affaires portées devant le GATT et l'OMC dans lesquelles un groupe spécial a refusé de constater qu'une mesure en tant que telle était incompatible avec les règles du GATT ou de l'OMC, parce que le pays qui la maintenait était à même d'établir que, bien qu'elle puisse être appliquée d'une manière incompatible avec des obligations internationales, cette mesure ne prescrivait pas une violation.

4.65 Le Canada fait toutefois valoir que les États-Unis ne mentionnent pas que dans la totalité de ces affaires, soit le groupe spécial a tout d'abord formulé une constatation quant aux obligations en question, soit il n'y avait en substance pas de différend concernant ces obligations. En d'autres termes, lorsqu'il y avait un différend quant à la nature de l'obligation en question, les groupes spéciaux ont tout d'abord déterminé le sens de l'obligation avant de voir si la mesure constituait un manquement à cette obligation. De l'avis du Canada, aucune de ces affaires n'étaient la demande des États-Unis.¹⁸

4.66 Le Canada note que dans le présent différend, les États-Unis et lui-même sont en profond désaccord quant aux prescriptions qu'énoncent les règles de l'OMC qu'il invoque. Les États-Unis reconnaissent ouvertement qu'ils ne sont pas d'accord avec son interprétation, et leurs mesures ainsi que leurs communications montrent tout à fait clairement que dans leur législation en matière de droits compensateurs, une restriction à l'exportation est considérée comme une "contribution financière". De l'avis du Canada, il ne pourra être remédié à ces divergences qu'après qu'il aura pleinement exposé le fond de sa cause devant le présent groupe spécial.

4.67 Pour le Canada, non seulement les États-Unis ont tort de s'efforcer de s'appuyer sur la distinction impératif/dispositif pour demander une décision préliminaire, mais ils ont également présenté de manière erronée le caractère "impératif" de l'Énoncé et du Préambule. En réponse à la description qu'il a faite de la manière dont l'Énoncé impose aux États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières", les États-Unis insistent sur la clause conditionnelle de l'Énoncé qui dispose que les types de subventions indirectes indiqués dans l'Énoncé doivent continuer de donner lieu à des mesures compensatoires "à condition que" le Département du commerce soit assuré qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii). Le Canada affirme

¹⁸ Voir la *réponse du Canada à la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis*, paragraphes 49 à 51.

que cette clause conditionnelle doit, cependant, être lue dans son contexte et que le contexte réduit tout pouvoir discrétionnaire du Département du commerce.

4.68 Le Canada relève que la clause conditionnelle est précédée de trois paragraphes qui énoncent des directives essentielles concernant l'interprétation de l'article 771 5) B) iii). Le premier paragraphe du passage de l'Énoncé traitant des "subventions indirectes" dispose que les mots "chargent ou ordonnent" figurant à l'article 771 5) B) iii) "seront interprétés au sens large" de façon à "poursuivre la politique [de l'Administration] tendant à ne pas tolérer que l'octroi indirect d'une subvention devienne une échappatoire" permettant d'éluder l'imposition d'un droit compensateur.¹⁹ Le deuxième paragraphe expose la pratique du Département du commerce antérieure à la création de l'OMC, en prenant expressément comme exemple l'imposition de mesures compensatoires à l'encontre de restrictions à l'exportation dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction*, et conclut que le Département du commerce a constaté l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire "lorsque les pouvoirs publics avaient pris ou imposé (au moyen d'une action législative, réglementaire ou administrative) une *mesure exécutoire formelle* ayant directement entraîné l'octroi d'un avantage discernable ...".

4.69 Le Canada ajoute ensuite que le troisième paragraphe, qui est fondamental et où les restrictions à l'exportation dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction* sont présentées comme des "cas où les pouvoirs publics agissent par l'intermédiaire d'une partie privée", dispose que ces restrictions à l'exportation satisfont au critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'article 771 5) B) iii) et précise qu'en pareils cas, la loi modifiée doit être "administrée au cas par cas en conformité avec" la pratique antérieure à la création de l'OMC décrite au paragraphe précédent. De l'avis du Canada, ce qui contribue à lever le moindre doute qui subsisterait concernant l'interprétation de l'article 771 5) B) iii) réside dans le fait que dans ce paragraphe de l'Énoncé est exposé "l'opinion de l'Administration que l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord sur les subventions et l'article 771 5) B) iii) visent les pratiques constituant des subventions indirectes comme celles à l'encontre desquelles le Département du commerce a dans le passé imposé des mesures compensatoires, et que les subventions indirectes de ces types doivent continuer de donner lieu à de telles mesures ..." (pas d'italique dans l'original) Le Canada affirme que, par conséquent, l'Énoncé donne au Département du commerce un ordre explicite quant à la détermination qu'il lui faudrait rendre conformément à la clause conditionnelle s'agissant des restrictions à l'exportation.

4.70 Dans le même ordre d'idées, fait valoir le Canada, les États-Unis affirment dans leur demande que le Préambule n'impose pas au Département du commerce "de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions"²⁰ (parlant ainsi là encore, à tort, de "subvention" et non de "contribution financière"), mais se bornent pour l'essentiel à alléguer que "tout au plus, le Préambule exprime l'opinion du DOC selon laquelle l'article 771 5) B) iii) l'"autoriserait" à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions".²¹ Comme dans le cas de l'Énoncé, considéré dans son contexte, le mot "autoriserait" ne signifie pas, de l'avis du Canada, ce que les États-Unis donnent à entendre. Ce mot figure à la fin d'un paragraphe qui confirme que "si le Département devait à l'avenir enquêter sur des situations et des faits analogues à ceux qui ont été examinés dans les affaires *Bois de construction* et *Cuir*, la nouvelle loi l'autoriserait à parvenir aux mêmes conclusions".²² Le Canada déclare que la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs elle-même est impérative en ce sens que, lorsque le Département du commerce constate l'existence d'une contribution financière et d'un avantage et qu'il y a spécificité, il doit constater l'existence d'une subvention pouvant donner

¹⁹ Énoncé, pages 925 et 926. (Annexe B de la première communication écrite du Canada – pièce n° 2 du Canada)

²⁰ Demande des États-Unis, paragraphes 48, 80.

²¹ Demande des États-Unis, paragraphe 80.

²² Voir le *Règlement*, page 65351 (Annexe C de la première communication écrite du Canada – pièce n° 3 du Canada), première communication écrite du Canada, paragraphe 50.

lieu à une mesure compensatoire. Étant donné que, selon le Canada, l'Énoncé et le Préambule ont déjà établi qu'une restriction à l'exportation satisfait à la condition selon laquelle il doit y avoir une contribution financière, la portée de tout pouvoir discrétionnaire que laisse supposer le mot "autoriserait" se limite à une analyse par le Département du commerce de l'avantage et de la spécificité.

3. Degré de suffisance des consultations sur la pratique des États-Unis

4.71 Le Canada rappelle que les États-Unis soutiennent que ses "allégations" concernant leur pratique ne sont pas soumises à bon droit au Groupe spécial au motif: 1) qu'il n'a pas inclus dans sa demande de consultations la pratique des États-Unis comme étant une "mesure"; 2) que les parties n'ont pas effectivement procédé à des consultations sur cette pratique et 3) que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, il n'a pas indiqué de façon adéquate la "pratique" des États-Unis en question.

4.72 Le Canada déclare que les États-Unis s'efforcent d'étayer leur position en citant de manière sélective des extraits du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* en tant qu'exprimant le principe selon lequel s'il n'y a pas identité entre l'objet des consultations et les mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, cette demande est viciée en droit.²³ Nonobstant l'assertion erronée des États-Unis quant à l'absence d'identité entre l'objet des consultations et les mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, il juge utile de rendre compte de façon plus approfondie de ce que l'Organe d'appel a effectivement dit dans le rapport sur lequel les États-Unis s'appuient:

"Nous ne pensons pas, toutefois que les articles 4 et 6 du Mémoire d'accord ... exigent une identité *précise et exacte* des mesures spécifiques qui ont fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Comme le Groupe spécial l'a dit, "[l']un des objectifs des consultations ... est de "préciser les faits", et on peut s'attendre à ce que les renseignements obtenus au cours des consultations puissent permettre au plaignant de préciser la portée de la question au sujet de laquelle il demande l'établissement d'un groupe spécial."

4.73 Le Canada déclare que, mis à part le fait qu'ils n'exigent pas une identité *précise et exacte* des mesures spécifiques qui ont fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, les groupes spéciaux ont également eu pour instruction de voir si l'"essence" des questions ayant fait l'objet des consultations est la même que celle des mesures indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. De l'avis du Canada, il ne fait aucun doute que tel est le cas dans la présente affaire.

4.74 Quant à ce qui s'était passé lors des consultations, avant la réunion du 15 juin 2000, le Canada indique qu'il a fait savoir aux États-Unis que, entre autres choses qui seraient traitées lors de la réunion:

"[II] désir[ait] également se renseigner sur les sources de la pratique ... des États-Unis, le cas échéant, qui sont pertinentes pour ce qui est du traitement par le Département du commerce d'une restriction à l'exportation alléguée dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, outre la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, l'Énoncé des mesures administratives accompagnant

²³ Demande des États-Unis, paragraphe 110.

cette loi et l'Explication du Département du commerce (DOC) concernant sa règle définitive." ²⁴ (pas d'italique dans l'original)

4.75 Selon le Canada, cette question a été répétée lors des consultations. Par conséquent, les États-Unis savaient parfaitement qu'il était préoccupé par leur pratique concernant le traitement des restrictions à l'exportation. De plus, déclare le Canada, les déterminations du Département du commerce antérieures à la création de l'OMC qu'il a indiquées à la réunion de l'ORD du 11 septembre 2000 sont, comme exposé plus haut, manifestement pertinentes pour ce qui est de la pratique postérieure à la création de l'OMC, étant donné que l'Énoncé et le Préambule confèrent expressément à ces affaires une pertinence constante.

4.76 Le Canada fait en outre observer qu'il ne conteste pas les applications particulières de la pratique du Département du commerce, mais plutôt la pratique elle-même. À son avis, les États-Unis n'ont nullement été "empêchés ... de prendre connaissance du fondement juridique de la plainte"²⁵, étant donné que dès le début du présent différend il n'a jamais cessé de contester le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs.

4. Degré de suffisance de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada

4.77 Le Canada fait observer que l'argument des États-Unis selon lequel, s'agissant de l'Énoncé et du Préambule, la demande d'établissement d'un groupe spécial qu'il a présentée est viciée parce que 1) l'Énoncé et le Préambule ne sont pas indiqués comme étant des "mesures" et 2) que ni l'un ni l'autre n'est une "mesure". Il affirme qu'il a déjà été démontré plus haut que l'Énoncé et le Préambule sont des "mesures".

4.78 Le Canada déclare en outre que, contrairement au point de vue des États-Unis, dans la phrase de sa demande d'établissement d'un groupe spécial où sont indiquées les mesures en cause, il est fait état de quatre mesures et non de deux. Il précise que cela ressort clairement de sa première communication écrite lorsque, après avoir répété au paragraphe 3 la phrase en question tirée de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, il fait mention des quatre mesures au paragraphe 13 où il explique comment il donnera une description de ces mesures dans la communication. Les quatre mesures peuvent être facilement identifiées dans ce paragraphe.

4.79 Le Canada soutient que la façon dont il a mentionné les mesures en l'espèce est presque identique à celle dont les mesures l'ont été dans l'affaire *CE – Bananes*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a estimé que, pour indiquer les mesures, il suffisait de faire référence au "régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes établi par le Règlement n° 404/93 (Journal officiel L 47 du 25 février 1993, page 1), et par la législation, les règlements et les mesures administratives ultérieurs de la CE, y compris ceux qui reprenaient les dispositions de l'Accord-cadre sur les bananes, mettant en œuvre, complétant et modifiant ce régime".²⁶

²⁴ Lettre adressée par S. Marchi, Ambassadeur du Canada et Représentant permanent à la Mission permanente du Canada auprès de l'Organisation mondiale du commerce, à R. Hayes, Ambassadeur des États-Unis à la Mission permanente des États-Unis auprès de l'Organisation mondiale du commerce, datée du 13 juin 2000 (pièce n° 6 des États-Unis).

²⁵ Demande des États-Unis, paragraphe 115.

²⁶ Voir *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique, WT/DS27/6, 12 avril 1996 (pièce n° 94 du Canada).

4.80 Le Canada estime qu'il est même allé plus loin en l'espèce en notifiant, par sa demande d'établissement d'un groupe spécial, les mesures spécifiques qu'il conteste, demande dont il a déjà démontré qu'elle satisfait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. De plus, il ressort clairement à ses yeux à la fois de la demande des États-Unis et de leur première communication écrite qu'il ne leur a pas été porté préjudice étant donné qu'ils ont été à même de réagir pleinement à ses allégations. En outre, le Canada fait valoir que sa demande d'établissement d'un groupe spécial satisfait manifestement au critère défini dans l'affaire *Corée - Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*.²⁷

5. Conclusion

4.81 Pour les raisons exposées plus haut, le Canada demande au présent groupe spécial de dénoncer les efforts que font les États-Unis dans leur demande pour le détourner de sa véritable mission, à savoir: régler le différend entre les États-Unis et lui-même concernant le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. En conséquence, il demande que le présent groupe spécial constate que les allégations formulées dans la demande des États-Unis sont sans fondement.

V. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES

5.1 Les principaux arguments que les parties ont présentés dans leurs communications écrites et leurs déclarations orales sont résumés ci-après. Les résumés des réponses écrites des parties aux questions écrites sont reproduits ci-joint à l'annexe A.

A. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA

1. Introduction

5.2 Le Canada déclare que ce qui est en cause dans le présent différend c'est le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs qui, à son avis, met les États-Unis en situation de manquement à leurs obligations au titre de l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* (l'Accord SMC) et l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (l'Accord sur l'OMC).

5.3 Selon le Canada, conformément à la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, une action réglementaire des pouvoirs publics qui limite des exportations d'un bien (une restriction à l'exportation) est considérée comme une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. En conséquence, la législation des États-Unis traite une restriction à l'exportation comme une "subvention" si, de l'avis des autorités des États-Unis chargées de l'enquête, cette restriction à l'exportation a pour effet de faire baisser le prix intérieur du bien soumis à restriction pour les utilisateurs d'aval de ce bien. Si ces utilisateurs d'aval de l'intrant soumis à restriction font l'objet aux États-Unis d'une enquête en matière de droits compensateurs, la "subvention" alléguée peut donner lieu à une mesure compensatoire.

5.4 Pour le Canada, c'est incompatible avec l'article 1.1 de l'Accord SMC. La définition du terme "subvention" figurant à l'article 1.1 exige qu'il y ait une "contribution financière" (ou un soutien des revenus ou des prix) qui confère un "avantage". L'élément "contribution financière" de la définition du terme "subvention" donnée dans l'Accord est défini de manière exhaustive à l'article 1.1 a) 1) comme visant uniquement les actions particulières des pouvoirs publics – transfert direct de fonds, abandon de recettes publiques, ou fourniture de biens ou de services ou achat de biens – qui consistent

²⁷ *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS98/AB/R, 14 décembre 1999, paragraphe 123.

à transférer des ressources financières des pouvoirs publics, ou sur l'ordre des pouvoirs publics, à un producteur privé. De l'avis du Canada, une restriction à l'exportation n'entre dans aucune de ces catégories.

5.5 Plus précisément, et contrairement à la législation des États-Unis, fait valoir le Canada, une restriction à l'exportation ne relève pas de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord. Une restriction à l'exportation ne "charge" pas un "organisme privé" de "procéder à la fourniture de biens" ni lui "ordonne" de le faire, et ne satisfait pas aux autres conditions énoncées dans cet article.

5.6 Le Canada affirme que les mesures des États-Unis qui imposent ce traitement des restrictions à l'exportation sont l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930*²⁸, telle que modifiée par la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, les parties de l'Énoncé des mesures administratives²⁹ accompagnant la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* qui interprètent l'article 771 5) s'agissant des restrictions à l'exportation, les parties du Préambule du Règlement définitif du Département du commerce des États-Unis en matière de droits compensateurs³⁰ qui interprètent et mettent en œuvre l'article 771 5) et l'Énoncé s'agissant des restrictions à l'exportation, et la pratique actuelle du Département du commerce qui en découle.

5.7 Pour le Canada, outre qu'elles sont incompatibles avec l'article 1.1 de l'Accord SMC, ces mesures sont incompatibles avec l'article 10 (ainsi qu'avec les articles 11, 17 et 19, dans la mesure où ils se rapportent aux prescriptions de l'article 10) et avec l'article 32.1 de l'Accord, parce qu'elles prescrivent l'imposition de droits compensateurs à l'encontre de pratiques qui ne sont pas des subventions au sens de l'article 1.1. Pour la même raison, ces mesures constituent un manquement à l'obligation qui est faite aux États-Unis en vertu à la fois de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de l'article 32.5 de l'Accord SMC d'assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec leurs obligations au titre des Accords de l'OMC.

2. La législation des États-Unis en matière de droits compensateurs antérieure et postérieure à la création de l'OMC et les mesures des États-Unis

5.8 Le Canada fait observer que l'imposition de droits compensateurs par les États-Unis est régie par la loi des États-Unis en matière de droits compensateurs, reproduite au sous-titre A du Titre VII de la *Loi douanière de 1930* ("la Loi"), telle que modifiée de temps à autre. L'article 701 de la Loi énonce la condition fondamentale que si l'autorité administrante détermine qu'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est accordée à une marchandise faisant l'objet d'une enquête et que la Commission du commerce international des États-Unis constate qu'une branche de production nationale subit un dommage important du fait des importations de cette marchandise, il "sera imposé sur cette marchandise un droit compensateur ...". Par conséquent, déclare le Canada, l'imposition d'un droit est impérative s'il est satisfait aux éléments subvention et dommage de la Loi.

5.9 Le Canada fait en outre observer que la définition d'une "subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire" figure à l'article 771 5) de la Loi. Dans la législation des États-Unis antérieure à la création de l'OMC, il n'y avait pas de définition d'une "subvention" en tant que telle, mais une liste exemplative de subventions. De façon plus générale, une certaine forme d'"action des pouvoirs publics" était habituellement la condition, mais une subvention était définie comme étant un "avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire", qui était propre à des entreprises ou à des branches de production particulières.

²⁸ Codifiée dans 19 U.S.C. § 1677 5) (1994).

²⁹ "Énoncé des mesures administratives" dans H.R. Doc. n° 103-316, vol. 1, en particulier pages 925 et 926 (1994).

³⁰ *Countervailing Duties*, 63 Fed. Reg. 65348, 65349 à 64351 (Département du commerce, 25 novembre 1998) (règle définitive).

5.10 Le Canada fait valoir que, jusqu'aux années 90, le Département du commerce reconnaissait que l'imposition de mesures compensatoires à l'encontre de mesures à la frontière conduirait à des résultats absurdes du fait que de nombreuses pratiques légitimes des pouvoirs publics relèveraient de la législation en matière de droits compensateurs, et il avait toujours déterminé que les mesures à la frontière (y compris les restrictions à l'exportation) n'étaient pas des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires selon le droit des États-Unis.³¹ Le Canada déclare que le Département du commerce s'est radicalement écarté de cette position dans deux affaires de droits compensateurs au début des années 90, les affaires *Cuir en provenance d'Argentine*³² (*Cuir*) et *Certains bois de construction résineux en provenance du Canada*³³ (*Bois de construction*). Selon le Canada, le Département du commerce a conclu que l'embargo frappant les peaux dans l'affaire *Cuir* et les restrictions à l'exportation des grumes dans l'affaire *Bois de construction* étaient des subventions intérieures pouvant donner lieu à des mesures compensatoires parce qu'elles avaient un "effet direct et discernable" sur les prix intérieurs dont les producteurs d'aval tiraient avantage. Le Département du commerce n'a pas expressément estimé que la restriction dans l'une ou l'autre affaire constituait une "fourniture de biens"³⁴, et, dans l'affaire *Bois de construction*, il a rejeté l'argument des défendeurs selon lequel les restrictions à l'exportation ne pouvaient pas donner lieu à des mesures compensatoires parce qu'elles n'impliquaient aucune "contribution financière", au motif que ni le Code des subventions antérieur à la création de l'OMC ni la législation des États-Unis n'exigeait qu'il y ait une "contribution financière" pour qu'une subvention existe.

5.11 En conséquence, déclare le Canada, l'apparition de la définition du terme subvention dans l'Accord SMC, exigeant qu'il y ait une "contribution financière" et qu'en corollaire un "avantage" soit conféré appelait nécessairement une modification de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. Les États-Unis ont entrepris de mettre en application la définition d'une subvention figurant dans la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* en modifiant l'article 771 5) de la Loi. Pour le Canada, bien que cet article, tel que modifié, ne traite pas expressément des restrictions à l'exportation, il constitue le fondement réglementaire des autres mesures qui, considérées ensemble avec la Loi, font obligation aux États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières".³⁵

5.12 Le Canada déclare que l'Énoncé accompagnant la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* expose l'interprétation faisant autorité de cette loi et les obligations incombant à l'Administration des États-Unis pour la mettre en œuvre.³⁶ La quasi-totalité des dispositions de l'Énoncé relatives à une "contribution financière" portent principalement sur ce qui y est qualifié de "subventions indirectes" et sur l'intention de l'Administration qui est que l'article 771 5) B) iii) – dans les cas où les pouvoirs publics "chargent une entité privée d'apporter une contribution financière ou lui ordonnent de le faire" – soit interprété au sens large de manière à viser des pratiques comme celles à l'encontre desquelles le Département du commerce a imposé des mesures compensatoires conformément à la

³¹ Voir les paragraphes 19 et 20 de la première communication écrite du Canada datée du 27 novembre 2000 (première communication du Canada).

³² *Cuir en provenance d'Argentine*, 55 Fed. Reg. 40212 (Département du commerce, 2 octobre 1990) (détermination finale).

³³ *Certains bois de construction résineux en provenance du Canada*, 57 Fed. Reg. 22570, 22610 (Département du commerce, 28 mai 1992) (détermination finale) (ci-après dénommée *Bois de construction*).

³⁴ Voir le paragraphe 24 de la première communication du Canada.

³⁵ Le Canada relève que dans son rapport sur l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, le Groupe spécial a fait observer qu'une loi nationale peut être "multicouche" et comprendre un dispositif législatif et d'autres éléments institutionnels et administratifs qui sont "souvent inséparables ... et ne devraient pas être interprétés indépendamment l'un de l'autre lorsque l'on évalue la conformité générale de la loi avec les obligations au regard de l'OMC". WT/DS152/R, 22 décembre 1999, paragraphes 7.26 et 7.27.

³⁶ Voir les paragraphes 32 à 35 de la première communication du Canada.

législation en matière de droits compensateurs antérieure à la création de l'OMC. En particulier, selon le Canada, l'Énoncé ordonne au Département du commerce de continuer à considérer que les circonstances des affaires *Cuir* et *Bois de construction* peuvent donner lieu à des mesures compensatoires. C'est donc un ordre exprès et impératif donné au Département du commerce pour qu'il applique l'article 771 5) afin de parvenir aux mêmes conclusions, s'agissant des restrictions à l'exportation, que selon sa pratique antérieure à la création de l'OMC.³⁷

5.13 Le Canada fait observer que le Département du commerce a publié en 1998 le Règlement portant application des modifications apportées à la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs pour tenir compte de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, et il fait valoir que ce règlement précise l'interprétation donnée par l'Énoncé selon laquelle une restriction à l'exportation satisfait au critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et à l'article 771 5) B) iii) de la Loi. Premièrement, ce règlement confirme que le "critère" postérieur à la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* "appliqué pour constater l'existence d'une subvention indirecte" est inchangé par rapport à la pratique antérieure à la création de l'OMC. Deuxièmement, il interprète le critère "chargent ou ordonnent" comme étant satisfait lorsque des pouvoirs publics "amènent" une personne privée (ou un groupe de personnes privées non affiliées) à conférer un avantage. Enfin, il y est indiqué que les restrictions à l'exportation constituent une action des pouvoirs publics consistant à charger une entité privée de fournir des biens, ou à lui ordonner de le faire – et, partant, une "contribution financière" – qui peut donner lieu à une mesure compensatoire si cette action "conduit" à faire baisser les prix intérieurs du bien soumis à restriction. Pour le Canada, ce règlement précise donc bien que le Département du commerce constate qu'il est satisfait au critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'article 771 5) B) iii) et constate en conséquence qu'une restriction à l'exportation est une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsqu'il conclut que les producteurs du produit soumis à restriction fournissent ce produit aux utilisateurs d'aval moyennant ce qu'il considère être une "rémunération moins qu'adéquante", c'est-à-dire toutes les fois qu'il constate qu'un "avantage" a été conféré.³⁸

5.14 Le Canada affirme que, de même que l'Énoncé et le Règlement, la pratique des États-Unis en application de ces mesures traite une restriction à l'exportation comme satisfaisant au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii) de la Loi, selon leur droit interne.³⁹

3. Argumentation juridique

- a) Pour être une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, une pratique doit satisfaire à la définition d'une "contribution financière"

5.15 Le Canada fait observer que, conformément à l'Accord SMC, des droits compensateurs ne peuvent être imposée qu'à l'encontre de "subventions".⁴⁰ À ses yeux, les mesures des États-Unis sont incompatibles avec leurs obligations au titre de l'Accord SMC parce que des restrictions à l'exportation ne sont pas des "subventions" au sens de l'article 1.1 de l'Accord.

5.16 Le Canada déclare que la définition du terme "subvention" figurant à l'article 1.1 est d'application selon ses termes mêmes pour toutes les fins qui entrent dans le cadre de l'Accord SMC. Elle est donc d'application pour déterminer si un droit compensateur peut être imposé conformément à l'article 10 de l'Accord, si les éléments de preuve sont suffisants pour ouvrir une enquête en matière de

³⁷ Voir les paragraphes 36 à 41 de la première communication du Canada.

³⁸ Voir les paragraphes 42 à 51 de la première communication du Canada.

³⁹ Voir les paragraphes 52 à 60 de la première communication du Canada.

⁴⁰ Le Canada relève qu'il faut également qu'il soit satisfait aux conditions de la spécificité et du dommage énoncées dans l'Accord SMC avant que des droits compensateurs ne puissent être imposés. Toutefois, à ses yeux, le point litigieux en l'espèce a trait au sens de la définition du terme "subvention".

droits compensateurs conformément à l'article 11 et si un droit compensateur provisoire ou définitif peut être imposé conformément aux articles 17 ou 19. En outre, l'article 32.1 de l'Accord dispose qu'"[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" (pas d'italique dans l'original). De ce fait, pour pouvoir donner lieu à une mesure compensatoire, une pratique doit satisfaire à la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1. Aucune disposition des Accords de l'OMC n'autorise l'imposition de droits compensateurs dans des circonstances ou contre des pratiques qui ne répondent pas à la définition du terme "subvention" figurant dans l'Accord SMC.

5.17 Le Canada affirme que la définition d'une subvention figurant à l'article premier de l'Accord SMC comporte deux éléments distincts, à savoir: 1) qu'il y ait une "contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public"; et 2) qu'"un avantage soit ainsi conféré". Comme l'Organe d'appel l'a déclaré dans l'affaire *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, une "contribution financière" et le fait qu'elle confère un avantage sont des "éléments juridiques distincts de l'article 1.1 ..., qui, *ensemble* déterminent si une subvention *existe*".⁴¹ [italique dans l'original] De plus, aux yeux du Canada, il ressort clairement des termes de l'Accord que la nature de l'action des pouvoirs publics est déterminante quant à la question de savoir s'il y a une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1). Si les pouvoirs publics n'ont pas agi de l'une des manières énumérées à l'article 1.1 a) 1), il n'existe alors pas de "contribution financière" et il ne peut pas y avoir de "subvention".

5.18 Le fait que des types particuliers d'actions des pouvoirs publics sont des conditions préalables de l'existence d'une "subvention" est confirmé pour le Canada par l'historique de la négociation de l'Accord SMC. Selon le Canada, les États-Unis ont proposé de définir le terme "subvention" comme étant *toute* action des pouvoirs publics qui confère un avantage, ce qui permet de ne pas avoir à démontrer l'existence d'une contribution financière.⁴² Toutefois, cette proposition des États-Unis, qui reprenait leur législation antérieure à la création de l'OMC en mettant l'accent uniquement sur l'existence d'un "avantage" et en ne soumettant à aucune limitation la nature de l'action requise des pouvoirs publics, a été rejetée, en faveur du libellé de l'article 1.1 a) 1). Le Canada affirme que la position des États-Unis selon laquelle l'Accord SMC n'a rien changé par rapport à leur législation antérieure à la création de l'OMC n'est donc pas tenable.

5.19 En outre, fait valoir le Canada, la définition des termes "contribution financière" énoncée à l'article 1.1 a) 1) est exclusive et exhaustive comme le démontre le sens ordinaire de ces termes dans leur contexte et comme le confirme l'historique de la négociation. La liste de types de "contributions financières" figurant aux alinéas i) à iv) de l'article 1.1 a) 1) comporte en introduction le membre de phrase "c'est-à-dire dans les cas où", signifiant "autrement dit". Il ressort clairement de cette formulation restrictive que la liste est exhaustive et non exemplative. Par contre, déclare le Canada, dans les cas où les négociateurs de l'Accord SMC entendaient qu'une liste soit exemplative, ils ont plutôt utilisé des expressions telles que "par exemple". Les projets successifs de texte de l'Accord le confirment, montrant que les négociateurs sont rapidement passés d'une formulation exemplative ("par exemple dans les cas où") à la formulation définitive "c'est-à-dire dans les cas où" qui figurent dans le texte final.⁴³

⁴¹ WT/DS46/AB/R, 2 août 1999, paragraphe 157.

⁴² Voir le paragraphe 71 de la première communication du Canada.

⁴³ Voir le paragraphe 75 de la première communication du Canada.

- b) Le traitement des restrictions à l'exportation comme étant une "subvention indirecte" est incompatible avec les termes exprès de l'Accord SMC

5.20 Le Canada relève que l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC définit quatre catégories d'actions des pouvoirs publics qui peuvent constituer une "contribution financière". Les trois premières concernent les cas où les pouvoirs publics ou un organisme public i) procèdent à un transfert direct ou à un transfert direct potentiel de fonds, tels que dons, prêts et garanties de prêt; ii) abandonnent ou ne perçoivent pas des recettes publiques normalement exigibles, telles que crédits d'impôt; et iii) fournissent des biens ou des services (autres qu'une infrastructure générale) ou achètent des biens. En particulier, déclare le Canada, chacun de ces types d'actions des pouvoirs publics implique un transfert de ressources économiques (c'est-à-dire financières) des pouvoirs publics à des producteurs de biens ou de services. Le Canada fait valoir qu'une restriction à l'exportation, en revanche, ne constitue pas un tel transfert de ressources financières par les pouvoirs publics et n'entre dans aucune de ces trois catégories. Il ne s'agit pas d'un transfert direct de fonds, de l'abandon de recettes publiques ni d'une fourniture de biens.

5.21 Le Canada déclare que la quatrième catégorie, mentionnée à l'article 1.1 a) 1) iv), correspond à une contribution financière indirecte. À son avis, pour répondre aux conditions énoncées dans cette disposition, il faut satisfaire à cinq éléments: a) les pouvoirs publics doivent charger; b) un organisme privé; c) d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii); d) qui sont normalement de leur ressort; ou lui ordonnent de le faire; et e) la pratique suivie ne doit pas différer véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics. Pour qu'une pratique réponde aux conditions énoncées à l'article 1.1 a) iv), il lui faut satisfaire à *chacun* de ces éléments. Toutefois, pour le Canada, une restriction à l'exportation ne satisfait à aucun d'entre eux. L'assertion des États-Unis selon laquelle une restriction à l'exportation relève de l'article 1.1 a) 1) iv) en tant qu'action des pouvoirs publics consistant à charger un organisme privé de fournir des biens à des utilisateurs nationaux du produit soumis à restriction, ou à lui ordonner de le faire, est donc foncièrement erronée.

5.22 Premièrement, fait valoir le Canada, une restriction à l'exportation ne "charge" pas qui que ce soit de faire quelque chose de positif, ni ne lui "ordonne" de le faire. Dans leur sens courant, les mots "chargent ou ordonnent" connotent une action positive consistant à commander ou donner pour tâche à quelqu'un de faire quelque chose. Le *New Shorter Oxford English Dictionary* donne du verbe "to entrust" (charger) la définition suivante: "investir d'une charge; confier (à une personne, etc.) la responsabilité d'accomplir une tâche ...".⁴⁴ Ce verbe connote donc fortement l'idée d'un recours à un intermédiaire. Le sens ordinaire du verbe "to direct" (ordonner) est: "donner des instructions impératives à; prescrire, donner ordre (à une personne) ou charger (une personne) de faire (quelque chose) qui doit être fait; exiger l'exécution de".⁴⁵

5.23 Pour le Canada, ces sens sont renforcés par les termes qui suivent immédiatement le mot "chargent", à savoir "d'exécuter". Le sens ordinaire du verbe "exécuter" est "mener à bien, mettre en pratique"⁴⁶ ou "mettre à exécution".⁴⁷ L'ensemble, les mots "chargent d'exécuter ... ou ... ordonnent de le faire" donnent à entendre que l'on notifie une tâche à accomplir ou des instructions à exécuter. Selon le Canada, une restriction à l'exportation ne donne pas pour tâche ou pour mission ou pour instruction impérative aux producteurs du produit soumis à restriction de faire quelque chose; au contraire, elle limite leur possibilité d'exporter.

⁴⁴ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), page 831.

⁴⁵ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1 (Oxford: Clarendon Press, 1993), page 679.

⁴⁶ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, (Oxford: Clarendon Press, 1993), page 343.

⁴⁷ *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, 10^{ème} édition (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), page 176.

5.24 Deuxièmement, affirme le Canada, une restriction à l'exportation ne charge pas un "organisme privé" (ou, comme utilisé dans la législation des États-Unis mais avec le même sens, une "entité privée"), ni ne lui ordonne, parce que l'ensemble des producteurs privés d'un bien ne constitue pas un "organisme privé".

5.25 Au contraire, le sens ordinaire du terme "organisme" est "groupe de personnes ou de choses: ... groupe d'individus organisé à certaines fins ..."⁴⁸ L'expression "organisme privé" connote donc pour le Canada un groupe ou une entité collective privé organisé qui a une existence distincte et indépendante". En d'autres termes, le fait que des individus puissent être décrits par une caractéristique commune – par exemple, les ouvriers des mines d'or, les personnes de moins de 21 ans, les exploitants agricoles ou les médecins – ne fait pas de l'ensemble de ces individus un "organisme privé". En conséquence, selon les termes mêmes de l'article 1.1 a) 1) iv), en tant que producteurs individuels non organisés, les producteurs de peaux et les exploitants forestiers dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction* n'étaient pas des "organismes privés" de l'avis du Canada.

5.26 Troisièmement, fait valoir le Canada, une restriction à l'exportation ne charge pas un organisme privé de "procéder à la fourniture de biens", ni ne lui ordonne de le faire, mais, par définition, limite plutôt la possibilité d'exporter. Elle n'implique aucun transfert de ressources financières par les pouvoirs publics aux producteurs de biens. En fait, comme noté plus haut, le Département du commerce lui-même n'a pas estimé expressément que les restrictions à l'exportation dans les affaires *Cuir* ou *Bois de construction* constituaient la fourniture de biens.⁴⁹ Les producteurs d'un bien livrent ce bien sur le marché intérieur dans la mesure où ils désirent le faire et qu'il y ait ou non une restriction à l'exportation.

5.27 Pour le Canada, selon l'interprétation des États-Unis, toute une gamme de mesures réglementaires des pouvoirs publics qui ne répondent pas aux conditions énoncées à l'article premier de l'Accord SMC et qui n'ont jamais été censées être visées par cet article relèveraient alors de l'Accord. Si l'on assimile une restriction à l'exportation à la fourniture d'un bien parce qu'il *pourrait* en résulter un accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur, alors il faudrait assimiler *toute* mesure propre à amener ou inciter les producteurs nationaux à accroître l'offre d'un produit à la fourniture d'un bien, et, partant, à une contribution financière. De l'avis du Canada, c'est là un élargissement inconcevable de la définition du terme "subvention" figurant dans l'Accord SMC qui irait à l'encontre du compromis auquel les négociateurs étaient arrivés lors du Cycle d'Uruguay et qui réduirait à néant la sécurité et la prévisibilité auxquelles avait permis d'aboutir le succès de la négociation de l'Accord.

5.28 Le Canada déclare que les quatrième et cinquième éléments de l'article 1.1 a) 1) iv) exigent que la "fonction" visée aux alinéas i) à iii) que les pouvoirs publics "chargent un organisme privé d'exécuter ... ou lui ordonnent" d'exécuter soit une fonction qui "[est] normalement de leur ressort", et que "la pratique suivie ne diffère [pas] véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics". Le Canada fait valoir que ces éléments sont des conditions juridiques préalables d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) qui, par définition, ne sont pas remplies si, comme dans le cas des restrictions à l'exportation, aucune des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) n'est impliquée. Mais, et c'est tout aussi essentiel pour le Canada, ces éléments ajoutent un contexte important, ce qui démontre que l'article 1.1 a) 1) iv) n'est pas un fourre-tout dont relèveraient les actions réglementaires gouvernementales qui, dans un certain sens, peuvent avoir des effets bénéfiques sur le plan économique. En réalité, cet article doit permettre de s'assurer que les pouvoirs publics ne puissent pas éluder des disciplines en matière de subventions par ailleurs applicables en chargeant un organisme privé qui se substitue à eux d'apporter l'un des types de contribution

⁴⁸ Merriam-Webster's Collegiate Dictionary, 10^{ème} édition (Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1993), page 128.

⁴⁹ Voir *Bois de construction*, 57 Fed. Reg. pages 22592, 22609.

financière définis aux alinéas i), ii) ou iii) de l'article 1.1 a) qu'ils auraient normalement apportés directement, ou en lui ordonnant de le faire. De l'avis du Canada, une restriction à l'exportation n'est manifestement pas une mesure de ce genre.

5.29 Enfin, estime le Canada, l'historique de la négociation confirme que les restrictions à l'exportation n'entrent pas dans la définition du terme subvention qui figure dans l'Accord SMC. Pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, les États-Unis eux-mêmes ont reconnu que la définition du terme "subvention", qui est devenue l'article 1.1 a) de l'Accord SMC, ne visait pas les restrictions à l'exportation. C'est ce qui ressort à l'évidence des propositions que les États-Unis ont présentées au Groupe de négociation sur les subventions, où les États-Unis ont demandé que des disciplines soient établies en ce qui concerne les pratiques dites de "ciblage industriel", y compris les restrictions à l'exportation, *en plus des subventions définies à l'article 1.1.*

5.30 Le Canada déclare en outre que dans leurs propositions, les États-Unis ont estimé qu'une restriction à l'exportation était une "mesure" de ciblage et que de telles "mesures" étaient séparées et distinctes d'une "subvention". Par conséquent, de l'avis du Canada, les États-Unis ont bien compris qu'une restriction à l'exportation n'entrait pas dans la définition du terme "subvention" et l'ont effectivement reconnu dans le cadre de ce Groupe de négociation.⁵⁰ En outre, ces efforts que les États-Unis ont déployés pour faire entrer les restrictions à l'exportation dans le champ de l'Accord SMC ont échoué, comme l'ont amplement reconnu des groupes d'intérêt privés des États-Unis dans leurs évaluations des négociations du Cycle d'Uruguay.⁵¹

5.31 Le Canada fait valoir que, bien qu'ils aient manifestement échoué dans leur tentative visant à ce que le texte de l'Accord SMC tienne compte de leur législation antérieure, les États-Unis ont néanmoins refusé de modifier le traitement dont faisaient l'objet les restrictions à l'exportation dans le cadre de leur législation lorsqu'ils ont prétendu mettre en œuvre les nouvelles obligations découlant du Cycle d'Uruguay. Ils ont modifié le texte de leur législation en matière de droits compensateurs, mais ont utilisé le moyen que constituaient l'Énoncé et le Règlement pour faire en sorte que le texte soit interprété et mis en œuvre conformément à leur législation antérieure à l'OMC, et d'une manière contraire aux prescriptions de l'Accord SMC.

c) La mesure des États-Unis constitue également un manquement à l'obligation qui leur est faite de rendre leur législation conforme aux Accords de l'OMC.

5.32 Le Canada fait valoir que, pour les mêmes raisons que celles exposées plus haut, le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis est également incompatible avec leurs obligations au titre de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de l'article 32.5 de l'Accord SMC.

5.33 Selon leurs termes, déclare le Canada, les obligations énoncées dans ces articles sont inconditionnelles. Elles reflètent le fait qu'une loi, une réglementation ou une procédure administrative qui constitue un manquement à une obligation contractée dans le cadre de l'OMC crée de l'incertitude et nuit aux possibilités de concurrence des biens ou des services d'autres Membres. Le fait que la législation des États-Unis prévoit l'application de droits compensateurs à l'encontre de pratiques qui ne sont pas des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC signifie que les États-Unis n'ont pas assuré la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec leurs obligations au titre dudit accord. Par conséquent, il faudrait également qu'il soit constaté que les États-Unis ont manqué à leurs obligations au titre des articles XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de l'article 32.5 de l'Accord SMC.

⁵⁰ Voir les paragraphes 96 à 104 de la première communication du Canada.

⁵¹ Voir les paragraphes 105 à 107 de la première communication du Canada.

B. PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

1. Introduction

5.34 De l'avis des États-Unis, pour qu'il formule une constatation en faveur du Canada, le Groupe spécial doit conclure qu'il n'y a aucun ensemble imaginable de circonstances dans lesquelles une restriction à l'exportation puisse avoir l'effet d'une subvention. Les États-Unis considèrent que le Canada ne donne guère d'exemples de restrictions à l'exportation particulières qui existent dans le monde réel. Il est possible, à leur avis, qu'une restriction à l'exportation satisfasse à tous les éléments de la définition d'une subvention indirecte énoncés à l'article 1.1 a) 1) iv). En conséquence, la demande singulière que le Canada a présentée en vue d'obtenir du Groupe spécial une interprétation faisant autorité de l'Accord SMC est nécessairement vouée à l'échec quant au fond.

2. Argumentation juridique

a) C'est au Canada qu'incombe la charge de la preuve

5.35 Les États-Unis font valoir qu'en l'espèce, la charge de la preuve à laquelle le Canada est confronté est redoutable. Le Canada a endossé lui-même la charge de prouver le contraire, à savoir qu'il n'y a pas et qu'il n'y aura jamais de restriction à l'exportation qui puisse être considérée comme une subvention au sens de l'article 1.1. Il a tenté d'assumer cette difficile charge de la preuve en évitant pratiquement de discuter de toutes mesures de restriction à l'exportation effectives qui existeraient aujourd'hui dans le monde, demandant en fait au Groupe spécial de donner une interprétation faisant autorité en l'absence de tous faits.

b) L'Accord SMC n'interdit pas de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention

i) *En économie, les restrictions à l'exportation sont reconnues comme étant des subventions*

5.36 Les États-Unis estiment qu'il n'y a pas de doute qu'en économie, et dans le langage courant, les restrictions à l'exportation sont considérées comme des subventions. Lors de l'examen d'une restriction à l'exportation imposée par l'Indonésie, le Secrétariat de l'OMC a expliqué ce qui suit: "En restreignant les exportations de la ressource primaire, on encourage les activités de transformation en aval car on offre, en fait, aux *industries de transformation une subvention aux intrants*". D'autres institutions internationales partagent largement ce point de vue qu'épousent également de nombreuses études universitaires et de caractère général. Les États-Unis font observer que le Canada soutient que, nonobstant ce point de vue général, les restrictions à l'exportation ne peuvent jamais *d'un point de vue technique* constituer des subventions au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

ii) *Exclure la possibilité que les restrictions à l'exportation constituent des subventions serait incompatible avec l'objet et le but de l'Accord SMC*

5.37 Les États-Unis affirment que les éléments de l'article 31 1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* constituent "une seule règle holistique d'interprétation plutôt [qu']une série de critères distincts qui devraient être appliqués selon un ordre hiérarchique".⁵² Un groupe spécial a décrit récemment comme suit l'objet et le but de l'Accord SMC: "À notre avis, l'objet et le but de l'Accord SMC sont d'imposer des disciplines multilatérales pour les subventions qui faussent les échanges internationaux". Pour les États-Unis, ce point de vue est conforme à l'opinion générale selon laquelle les subventions faussent les échanges internationaux.

⁵² *États-Unis – Article 301*, paragraphe 7.22.

5.38 Les États-Unis affirment que ce but est confirmé par le texte de l'Accord SMC lui-même. Les subventions indirectes sont visées par l'article 1.1 a) 1) iv). Ces mesures n'entraînent pas nécessairement un coût pour les pouvoirs publics, mais elles sont assurément des "formes d'intervention des pouvoirs publics [qui] faussent le commerce international". Si le coût pour les pouvoirs publics était un élément requis, font valoir les États-Unis, l'alinéa iv) serait vide de sens.⁵³

5.39 Pour les États-Unis, selon le sens ordinaire de l'alinéa iv), les subventions indirectes peuvent donner lieu à des mesures compensatoires. Il n'est pas rationnel pour le Canada de prétendre que les subventions indirectes peuvent donner lieu à des mesures compensatoires dans des circonstances appropriées, mais qu'un type particulier de subvention indirecte – les restrictions à l'exportation – ne peut jamais y donner lieu. Si le Groupe spécial déclarait que, quels que soient les faits, cette catégorie particulière de subventions indirectes sortait du cadre de l'Accord SMC, de l'avis des États-Unis, l'objet et le but dudit accord seraient amoindris parce qu'il serait ainsi trop facile pour les Membres de se soustraire à leurs obligations. L'Organe d'appel a averti antérieurement que c'était un résultat à éviter.⁵⁴

iii) *Le texte et le contexte de l'article 1.1 indiquent qu'une restriction à l'exportation peut constituer une subvention indirecte au sens de l'alinéa iv)*

L'interprétation étroite de l'article 1.1 donnée par le Canada est erronée.

5.40 Selon les États-Unis, ni le texte de l'article 1.1 en général ni l'alinéa iv) en particulier n'excluent expressément les restrictions à l'exportation de la définition d'une "subvention"⁵⁵, et l'un et l'autre devraient recevoir une interprétation extensive.⁵⁶ Or, le Canada préconise une interprétation étroite de l'article 1.1. Il se fonde principalement sur l'emploi de l'expression "c'est-à-dire dans les cas où", qui introduit l'énumération des types de contributions financières à l'article 1.1 a) 1).

5.41 Les États-Unis conviennent que "c'est-à-dire" est généralement un terme limitatif. Or, l'expression "c'est-à-dire dans les cas où" figure dans le texte introductif de l'article 1.1 a) 1). Selon eux, si cette expression est limitative, elle limite simplement à quatre les catégories de "contributions financières". Elle ne figure pas à l'alinéa iv) proprement dit. Si elle indique que les subventions appartiennent à un ensemble fini, elle n'indique pas si cet ensemble fini est petit ou grand.

5.42 D'après les États-Unis, le texte de l'alinéa iv) indique que cet ensemble n'est pas aussi limité que le suppose le Canada. L'alinéa iv) dispose qu'il existe une contribution financière lorsque "les pouvoirs publics [...] chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des *types* énumérés aux alinéas i) à iii) [...], ou lui ordonnent de le faire". (pas d'italique dans l'original) Selon les États-Unis, le mot "type" désigne "la forme, la structure ou le caractère général distinguant une catégorie ou un groupe particulier de choses". Ainsi, l'emploi de ce mot laisse entendre que les fonctions ayant la même forme, la même structure ou le même caractère général que celles qui sont énumérées aux alinéas i) à iii) constitueraient également la fourniture indirecte d'une contribution

⁵³ Pour les États-Unis, le concept de "coût pour les pouvoirs publics" est incompatible avec le terme "avantage" parce que cela exclurait du champ de ce terme les situations mêmes décrites à l'article 1.1 a) 1) iv). *Canada – Aéronefs (Organe d'appel)*, paragraphe 160.

⁵⁴ *Canada – Automobiles (Organe d'appel)*, paragraphe 142, où l'Organe d'appel a constaté que l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 3.1 b) de l'Accord SMC serait "contraire à l'objet et au but de l'Accord SMC" parce qu'il serait ainsi trop facile pour les Membres de se soustraire à leurs obligations.

⁵⁵ Les États-Unis n'excluent pas que d'autres dispositions de l'article 1.1 puissent être pertinentes, en fonction des faits.

⁵⁶ Les États-Unis notent que l'Organe d'appel a mis en garde contre les interprétations qui "font passer la forme avant le fond et permettent aux Membres de contourner les disciplines concernant les subventions ...". *Canada – Produits laitiers (Organe d'appel)*, paragraphe 110.

financière. Les États-Unis affirment donc que la définition d'une contribution financière indirecte au sens de l'alinéa iv) n'est pas aussi limitée que le Canada voudrait le faire croire au Groupe spécial.

5.43 Les États-Unis considèrent que l'un des arguments invoqués par le Canada lui-même corrobore cette conclusion. Le Canada prétend que, lorsque les rédacteurs voulaient qu'une liste soit exemplative, ils employaient d'autres termes – "par exemple" ou "tel que". Il se réfère aux autres alinéas de l'article 1.1 a) 1). Selon les États-Unis, cela indique que le Canada reconnaît que l'expression "c'est-à-dire dans les cas où" employée dans la partie introductive de l'article 1.1 a) 1) ne limite pas la teneur des alinéas de cet article aux seuls éléments énumérés dans ces alinéas, dont la formulation est extensive, et non exhaustive. Comme l'alinéa iv) est lui aussi formulé de manière extensive, et non limitative, les États-Unis affirment qu'il faut en donner une interprétation large.⁵⁷

Le texte de l'alinéa iv) corrobore la thèse selon laquelle une restriction à l'exportation pourrait constituer une subvention.

5.44 Les États-Unis font observer que, selon l'article 1.1 a) 1) iv), cinq éléments sont requis pour qu'il y ait une subvention indirecte. Une restriction à l'exportation peut satisfaire à chacun de ces éléments.

5.45 Les États-Unis font valoir que, en ce qui concerne les termes "entrusts or directs" ("chargent ou ordonnent"), le premier signifie notamment "confier une charge; donner (à quelqu'un) la responsabilité d'une tâche". Par conséquent, si les pouvoirs publics donnent à un "organisme privé" la responsabilité d'exécuter ce qui pourrait être sans cela une fonction de subventionnement de leur ressort du type mentionné aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1), il y aurait une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1).

5.46 D'après les États-Unis, le verbe "direct" ("ordonner") signifie, entre autres, "amener à se déplacer dans une certaine direction, ou à s'engager dans une certaine voie; diriger vers une destination ou un but particulier", "donner des instructions impératives; donner (à quelqu'un) l'ordre de faire (quelque chose) qui doit être fait; exiger l'exécution de". Les autres sens de ce mot sont notamment "réguler le cours de"; "amener (quelque chose ou quelqu'un) à prendre une orientation particulière; guider (quelque chose ou quelqu'un); gouverner; commander (quelque chose ou quelqu'un) avec autorité".

5.47 Les États-Unis affirment que l'on ne peut pas dire qu'aucune restriction à l'exportation ne peut répondre à l'une de ces définitions. Il est facile de dire au moins qu'une restriction à l'exportation peut "réguler les activités d'un organisme privé" ou l'"amener" à exécuter l'une des fonctions mentionnées à l'alinéa iv) et à apporter ainsi une contribution financière.

5.48 Les États-Unis supposent, à titre d'exemple, que, pour promouvoir la production et l'exportation de produits à plus forte valeur ajoutée, le gouvernement du Shangri-La décide de soutenir les producteurs nationaux de jus d'ananas. Il achète aux cultivateurs la totalité de leur production d'ananas pour la revendre aux producteurs de jus d'ananas à un prix inférieur à son prix d'achat. Selon les États-Unis, il est évident que dans ce cas il existe une subvention puisque le gouvernement accorde une contribution financière aux producteurs de jus d'ananas en leur fournissant un bien (les ananas) moyennant une rémunération moins qu'adéquate.

5.49 Les États-Unis supposent ensuite que, au lieu d'acheter directement les ananas, le gouvernement contrôle suffisamment les cultivateurs pour leur ordonner de vendre leur production aux producteurs nationaux de jus d'ananas. Dans ce cas, ce sont les cultivateurs, et non le

⁵⁷ Les États-Unis estiment qu'à la lumière de cette analyse, les remarques du Canada sur l'évolution de l'expression "c'est-à-dire dans les cas où" ne sont guère pertinentes, voire pas du tout.

gouvernement, qui fournissent le bien au sens de l'alinéa iii). Selon les États-Unis, une telle situation correspond exactement à celle qui est prévue à l'article 1.1 a) 1) iv). Si les biens sont fournis moyennant une rémunération moins qu'adéquante, il existe une subvention.

5.50 Toutefois, d'après les États-Unis, le gouvernement du Shangri-La pourrait s'y prendre de différentes façons pour ordonner aux cultivateurs de vendre leur production aux producteurs nationaux de jus d'ananas. Il pourrait décréter qu'ils doivent vendre leur production exclusivement aux producteurs nationaux de jus d'ananas. Selon eux, le même résultat pourrait être obtenu si le gouvernement décidait d'interdire l'exportation d'ananas, alors qu'en temps normal, le pays en exporte de grandes quantités. En ordonnant aux cultivateurs de ne pas exporter, il les obligerait à vendre aux utilisateurs nationaux les ananas qu'ils auraient normalement exportés.

5.51 D'après les États-Unis, si l'augmentation de l'offre sur le marché intérieur fait baisser le prix du produit, le résultat est le même que si le gouvernement avait ordonné aux cultivateurs de vendre à un prix inférieur au prix du marché. Ainsi, le fait de leur ordonner de ne pas exporter peut être l'équivalent fonctionnel du fait de leur ordonner de vendre leurs produits aux producteurs de jus moyennant une rémunération moins qu'adéquante. Selon les États-Unis, les deux types de fonctions relèvent directement de l'alinéa iv).⁵⁸

5.52 Les États-Unis notent que le Canada soutient qu'une restriction à l'exportation ne constitue pas un ordre de fournir des biens car "elle ne donne pas pour tâche ou pour mission ou pour instruction impérative aux producteurs du produit soumis à restriction de faire quelque chose; au contraire elle limite leur possibilité d'exporter". Les États-Unis notent en outre que le Groupe spécial n'a pas à se limiter aux définitions choisies par le Canada.⁵⁹

5.53 De l'avis des États-Unis, la distinction faite par le Canada entre une restriction prohibitive et une obligation positive fait simplement passer la forme avant le fond. Les deux sont fonctionnellement équivalentes – si un producteur a le choix entre deux possibilités, interdire l'une est un ordre positif de choisir l'autre. Les États-Unis soutiennent qu'une interdiction d'exporter revient manifestement à ordonner aux producteurs de ne pas exporter et donc à leur ordonner de traiter avec les seuls autres acheteurs auxquels ils peuvent vendre leurs biens.

5.54 Les États-Unis ajoutent que, en ce qui concerne l'expression "organisme privé", ni le terme ni la notion d'"organisé" ne figure dans l'Accord SMC (que ce soit dans la version anglaise, française ou espagnole) et qu'il ne faudrait pas donner de l'Accord une lecture qui inclurait ce terme.⁶⁰

5.55 Selon les États-Unis, le terme "organisme" a plusieurs significations. Il peut désigner, par exemple, quelque chose de singulier, "un individu, ou une personne" ou quelque chose de pluriel, "un ensemble d'individus". Le Canada lui-même propose une autre définition, à savoir "un groupe de personnes ou de choses". Ainsi, dans le cas d'une restriction à l'exportation, on peut dire qu'un

⁵⁸ D'après les États-Unis, il y a, dans les deux cas, un transfert de ressources des cultivateurs aux producteurs de jus et "une "subvention" implique un transfert de ressources économiques de celui qui accorde la subvention au bénéficiaire moyennant une contrepartie non totale". *Canada – Produits laitiers (Organe d'appel)*, paragraphe 87.

⁵⁹ Selon les États-Unis, la *Loi sur les mesures spéciales d'importation du Canada*, S.C. 1984 c. 25, s.2, stipule qu'il existe une subvention indirecte lorsque: "le gouvernement permet ou ordonne à un organisme non gouvernemental de faire l'une des choses mentionnées aux paragraphes a) à c) ..." Le Canada demande donc au Groupe spécial d'appliquer un critère qu'il n'applique pas lui-même aux fins de sa législation en matière de droits compensateurs.

⁶⁰ Les États-Unis font observer que, dans la version espagnole de l'Accord SMC, on parle d'"entidad privada", ce qui se traduit en anglais par "private entity". Le Canada se fonde sur la version française de l'Accord, qui emploie l'expression "organisme privé", et il prétend que cette expression désigne "un groupe organisé". Or, la traduction d'"organisme" en anglais est "organisation" ou "body".

gouvernement ordonne à chaque producteur pris individuellement ou aux producteurs en tant que groupe de ne pas exporter ou d'exporter seulement sous certaines conditions limitées.

5.56 De l'avis des États-Unis, l'argument du Canada, selon lequel le fait que des individus présentent "une caractéristique commune – par exemple, les ouvriers des mines d'or, les personnes de moins de 21 ans, les exploitants agricoles ou les médecins – ne fait pas de l'ensemble de ces individus un "organisme privé", est manifestement erroné. D'après le dictionnaire cité par le Canada lui-même, l'un des sens du terme "organisme" est "assemblage d'éléments présentant une caractéristique commune et formant ainsi un tout; ensemble de personnes ou de choses prises collectivement".

5.57 Les États-Unis font valoir que, selon l'opinion du Canada, une association d'industriels de la sidérurgie serait un organisme privé (sans doute parce qu'elle est "organisée"), mais pas les industriels qui la constituent, bien que chacun d'eux soit lui-même un organisme constitué en société. Les États-Unis soutiennent que, conformément au texte, à l'objet et au but de l'Accord SMC, aucune distinction rationnelle ne peut être faite entre l'association et ses membres. Il n'y a pas non plus de différence entre une banque ou une société de crédit mutuel (dont le Canada admet qu'il s'agit d'organismes privés) et tout autre fournisseur de biens ou de services.

5.58 Selon les États-Unis, s'il y a une entité pouvant constituer un organisme privé, même d'après la définition étroite du Canada (par exemple, une association organisée de producteurs) qui pourrait être chargée ou à qui il pourrait être ordonné de fournir un bien ou un service, par le jeu d'une restriction à l'exportation, on doit considérer que cette restriction peut satisfaire à l'élément de l'alinéa iv) concernant l'"organisme privé".

5.59 Les États-Unis notent que le troisième élément de l'alinéa iv) renvoie aux trois alinéas précédents en disant que l'organisme privé doit être chargé "d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)" ou qu'il doit lui être ordonné de le faire. Les États-Unis indiquent que le sens ordinaire d'"exécuter" est "accomplir, mener à bien, mettre en application". Ainsi, dans le cas d'une restriction à l'exportation, si un "organisme privé" accomplit la fonction dont il est chargé par les pouvoirs publics ou qu'ils lui ordonnent d'accomplir, cela satisfait à cet élément.

5.60 Selon les États-Unis, une restriction à l'exportation relève, conceptuellement, de l'alinéa iii) de l'article 1.1 a) 1) concernant la fourniture de biens ou de services. En imposant une restriction à l'exportation, les pouvoirs publics ordonneraient à un organisme privé (les producteurs d'un bien) de fournir le bien soumis à restriction à la branche de production nationale qui l'utilise en limitant la possibilité des producteurs de le vendre ailleurs.

5.61 Les États-Unis notent que le Canada prétend que chaque type de mesure gouvernementale mentionné aux alinéas i) à iii) "implique un transfert de ressources économiques (c'est-à-dire financières) par les pouvoirs publics à des producteurs de biens ou de services" et qu'une restriction à l'exportation n'est pas un transfert de ressources financières. Les États-Unis pensent que cet argument ne fait que reprendre la position exprimée de longue date par le Canada (et rejetée), selon laquelle une subvention (directe ou indirecte) ne peut exister que s'il y a un coût net pour les pouvoirs publics.

5.62 Les États-Unis notent en outre que le Canada prétend aussi que "les producteurs d'un bien livrent ce bien sur le marché intérieur dans la mesure où ils désirent le faire et qu'il y ait ou non une restriction à l'exportation". À leur avis, c'est tout simplement faux. Si les producteurs continuent assurément d'approvisionner le marché intérieur quand une restriction à l'exportation est appliquée (parce qu'ils n'ont pas le choix), ils n'approvisionnent pas le marché intérieur "dans la mesure où ils désirent le faire".

5.63 Les États-Unis rappellent que le dernier élément de l'alinéa iv) exige que la fonction en question soit "normalement du ressort [des pouvoirs publics] ... la pratique suivie ne différant pas

véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics". Ils considèrent que le Canada n'explique pas pourquoi une restriction à l'exportation ne pourrait jamais satisfaire à cet élément. Au lieu de cela, le Canada s'en tient à ses arguments erronés concernant les trois premiers éléments et affirme (à tort) que, comme une restriction à l'exportation ne pourrait jamais satisfaire aux trois premiers éléments, elle ne satisfait pas non plus au dernier.

5.64 Les États-Unis font valoir que, abstraction faite du manque d'arguments du Canada sur ce point, le texte n'insiste pas sur cet élément. Néanmoins, un rapport d'un groupe spécial du GATT éclaire le sens qu'on a probablement voulu donner à ces termes, en mentionnant en particulier les "fonctions d'imposition et de subventionnement" des pouvoirs publics. Les États-Unis font valoir que le Canada admet que le fait qu'une pratique diffère ou non véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics dépend des circonstances propres aux pouvoirs publics et de la contribution financière en question.

5.65 Selon les États-Unis, le point important est que, lorsqu'un gouvernement s'occupe de la fourniture d'un bien ou d'un service et, au lieu de le faire directement, il charge un organisme privé de fournir ce bien ou ce service sur le marché intérieur, ou lui ordonne de le faire, par le biais d'une restriction à l'exportation ou autrement, il pourrait y avoir une contribution financière au sens de l'alinéa iv). Surtout, l'alinéa iv) fait clairement référence aux fonctions qui sont "normalement" exécutées par les pouvoirs publics dans le contexte de l'octroi d'une subvention; toute autre interprétation viderait cet alinéa de son sens.

5.66 Enfin, de l'avis des États-Unis, une restriction à l'exportation peut conférer un avantage. Selon eux, la question de savoir si une restriction à l'exportation confère un avantage est une question factuelle qui ne peut être tranchée qu'au cas par cas, en appliquant le critère énoncé à l'article 14 d) de l'Accord SMC concernant la fourniture de biens ou de services. Bien que le Canada semble admettre qu'une restriction à l'exportation peut conférer un avantage, il prétend que "si l'on assimile une restriction à l'exportation à la fourniture d'un bien parce qu'il *pourrait* en résulter un accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur, alors il faudrait assimiler *toute* mesure propre à amener ou inciter les producteurs nationaux à accroître l'offre d'un produit à la fourniture d'un bien et, partant, à une contribution financière". En réponse à cet argument ambigu, les États-Unis disent simplement qu'il y a peu de chances, en fait, que l'on constate que toutes les mesures de ce genre apportent une contribution financière, au sens de l'alinéa iv) qui confère un avantage au sens de l'article 1.1 b). Les États-Unis notent d'ailleurs que, dans l'affaire *Bovins vivants en provenance du Canada*, le DOC a déterminé que la mesure en cause ne conférait *pas* d'avantage et, par conséquent, ne constituait pas une subvention.

5.67 Les États-Unis rappellent en outre que seules les mesures gouvernementales qui sont spécifiques au sens de l'article 1.2 de l'Accord SMC peuvent donner lieu à une action. Il est donc évident à leurs yeux que les mesures gouvernementales qui entraînent une augmentation de l'offre d'un produit ne constituent pas toutes des subventions passibles de droits compensateurs. L'histoire montre même que très peu d'enquêtes en matière de droits compensateurs, voire aucune, n'ont porté sur un régime "réglementaire" général d'un gouvernement. De l'avis des États-Unis, l'absence d'affaires de ce genre affaiblit la position du Canada qui préconise une interprétation étroite de l'alinéa iv), compte tenu du nombre prétendument élevé de litiges.

Le contexte de l'alinéa iv) corrobore la thèse selon laquelle une restriction à l'exportation peut constituer une subvention.

5.68 Les États-Unis font valoir que le point d) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation vise également les subventions indirectes et est tout à fait pertinent pour interpréter l'article 1.1 car chaque type de subvention décrit dans la Liste exemplative doit remplir les conditions énoncées à l'article 1.1. Par conséquent, selon eux, la formulation de l'alinéa iv) doit être

suffisamment large pour englober les "programmes imposés par les pouvoirs publics" mentionnés au point d). Les États-Unis affirment qu'il n'est pas difficile au moins de considérer les restrictions à l'exportation comme des programmes imposés par les pouvoirs publics" destinés à avantager les utilisateurs du produit soumis à restriction.

5.69 Les États-Unis rappellent que, dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*, le groupe spécial a examiné le point d) pour déterminer si le système de double prix appliqué par le Canada pouvait constituer une subvention à l'exportation qui n'était pas mentionnée à l'article 9:1 de l'Accord sur l'agriculture. Il a conclu que ce système était un "programme imposé par les pouvoirs publics" du type décrit au point d). D'après le groupe spécial:

[M]ême en admettant que le lait ne soit pas fourni directement par les pouvoirs publics canadiens ou leurs institutions au titre des classes 5 d) et e), à notre avis, il est au moins indirectement fourni par le biais de programmes imposés par les pouvoirs publics. *Pour qu'il existe de tels programmes, nous ne jugeons pas nécessaire, comme le fait valoir le Canada, que le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux ordonnent spécifiquement qu'un certain résultat soit atteint ou que des dispositions soient prises* par la CCL, les offices provinciaux de commercialisation ou le CCGAL. (pas d'italique dans l'original)

5.70 Selon les États-Unis, cette constatation du groupe spécial est tout à fait pertinente en l'espèce car le Canada a prétendu qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais constituer une subvention parce qu'elle "ne donne pas pour tâche ou pour mission ou pour instruction impérative aux producteurs du produit soumis à restriction de faire quelque chose ...". Les États-Unis soulignent que le groupe spécial chargé de l'affaire *Canada – Produits laitiers* a catégoriquement rejeté un tel critère, constatant plutôt que, pour qu'il existe une subvention indirecte, il n'est pas nécessaire que "le gouvernement ... ordonn[e] spécifiquement qu'un certain résultat soit atteint ou que des dispositions soient prises ...".

iv) *Rien dans l'historique de la négociation de l'Accord SMC n'exclut qu'une restriction à l'exportation puisse constituer une subvention*

5.71 Les États-Unis font valoir que le Canada a invoqué l'historique de la négociation de l'Accord SMC pour tenter, en vain, d'éluder la conclusion à laquelle le texte, le contexte, l'objet et le but de l'Accord conduisent inexorablement. À leur avis, rien dans l'historique de la négociation de l'Accord n'indique que les restrictions à l'exportation ne peuvent jamais constituer des subventions.

5.72 Les États-Unis rappellent que le Canada a affirmé que, pendant les négociations du Cycle d'Uruguay, "les États-Unis ont eux-mêmes reconnu que la définition d'une subvention donnée dans l'Accord SMC ... n'englobait pas les restrictions à l'exportation". D'après le Canada, cela ressort clairement des propositions des États-Unis concernant les pratiques de ciblage industriel.⁶¹

5.73 D'après les États-Unis, l'historique de la négociation révèle que, bien qu'ils eussent préféré que l'Accord SMC traite explicitement du "ciblage industriel", ils n'ont jamais dit que le terme "subvention" ne pouvait jamais englober les restrictions à l'exportation. Ce qui est plus important encore à leurs yeux, c'est que les résultats des négociations montrent que les restrictions à l'exportation n'ont fait l'objet d'aucune exclusion ou exception explicite.

⁶¹ Les États-Unis soulignent à cet égard que l'expression "ciblage industriel" désignait un plan ou un train de mesures coordonnées établis par les pouvoirs publics pour aider certaines branches de production orientées vers l'exportation.

5.74 Les États-Unis rappellent que, pour faciliter les travaux, le Secrétariat avait établi une note récapitulant les problèmes soulevés par l'application des positions pertinentes du GATT de 1947. Le Secrétariat avait noté que le Groupe d'experts du calcul du montant d'une subvention avait examiné les critères à appliquer pour déterminer dans quels cas certaines pratiques pouvaient constituer des subventions passibles de droits compensateurs et la façon dont le montant d'une subvention devait être calculé. Le Secrétariat avait mentionné quatre types de subventions examinés par le Groupe d'experts – dont l'une était les "restrictions à l'exportation". De toute évidence, il y avait dans le Groupe d'experts quelqu'un qui pensait que les restrictions à l'exportation pouvaient constituer des subventions.

5.75 Les États-Unis rappellent que leur première proposition concernant les subventions et les mesures compensatoires, présentée en mars 1987, contenait dans sa partie pertinente deux paragraphes, dont l'un était libellé comme suit:

Il s'agit en l'occurrence de plans ou de trains de mesures coordonnées établis par les autorités publiques pour aider certaines branches de production orientées vers l'exportation. *Si certaines mesures de ce type sont manifestement visées par les disciplines concernant les subventions, il n'est pas évident que le Code s'applique à d'autres mesures.* C'est pourquoi le Comité des subventions a longuement débattu la question de savoir si les pratiques de "ciblage" des autorités publiques cadrent avec la définition internationalement admise d'une subvention. Cependant, à ce jour, on n'a pas déterminé d'un commun accord si des mesures relevant de la politique industrielle et qui ont pour effet de canaliser indirectement des ressources vers une branche de production ou un secteur déterminés constituent des subventions passibles de droits compensateurs ou devraient être examinées au titre d'une autre disposition de l'Accord général. (pas d'italique dans l'original)

Selon les États-Unis, ce paragraphe exprime l'opinion commune selon laquelle il n'y avait pas d'accord sur le point de savoir si les pratiques de ciblage des pouvoirs publics constituaient des subventions passibles de droits compensateurs, ainsi que la position des États-Unis qui estimaient que certains éléments de "ciblage" étaient déjà visés par les disciplines en matière de subventions.

5.76 Les États-Unis rappellent que le deuxième paragraphe de leur proposition de mars 1987 était libellé comme suit:

Les États-Unis estiment qu'à la faveur des négociations du Cycle d'Uruguay il faudrait préciser les mesures correctives qui peuvent être prises pour remédier aux distorsions des échanges et aux préjudices économiques associés au ciblage et aux autres mesures de politique industrielle qui affectent le commerce. Les États-Unis déplorent que les règles du commerce international ne traitent pas comme il conviendrait des préjudices commerciaux qui peuvent résulter des programmes de ciblage industriel.

5.77 De l'avis des États-Unis, le Canada demande au Groupe spécial de faire une lecture sélective de ce paragraphe qui signifierait que les États-Unis avaient admis que les restrictions à l'exportation n'étaient pas incluses dans la définition d'une subvention. Mais le texte complet de la déclaration des États-Unis ne corrobore pas l'interprétation du Canada. Au contraire, le souci des États-Unis de préciser que le ciblage et certaines autres mesures de politique industrielle sont assujettis aux règles et

disciplines du commerce international témoigne simplement du fait qu'il n'y avait pas d'accord sur ce point. D'autres documents cités par le Canada l'attestent.

5.78 Les États-Unis font observer que le Canada reproduit trois citations de la note du Secrétariat sur la réunion de juin 1990 comme apportant prétendument la preuve que les États-Unis "avaient bien compris qu'une restriction à l'exportation n'entrait pas dans la définition d'une subvention". Mais, selon eux, le passage plus pertinent est le suivant:

[Les États-Unis ont] relevé que les politiques les plus fréquemment appliquées étaient les suivantes, entre autres: protection du marché intérieur, encouragement à la cartélisation ou tolérance des cartels, pratiques discriminatoires ou préférentielles en matière de marchés publics, orientation de fonds (publics ou privés) vers certaines entreprises, restrictions à l'exportation et manipulation du marché des utilisateurs pour réduire le risque lié à la mise au point et à la commercialisation de produits.

5.79 Les États-Unis notent que le Canada prétend que l'inclusion des "restrictions à l'exportation" dans cette discussion sur le "ciblage industriel" montre "bien" que les restrictions à l'exportation n'étaient pas considérées comme des subventions. En fait, cela montre clairement que certaines des actions faisant partie du ciblage industriel étaient, en soi, des subventions. D'ailleurs, le document cité par le Canada inclut dans la liste des éléments possibles du "ciblage industriel" les "pratiques discriminatoires ou préférentielles en matière de marchés publics" (par exemple, l'achat de biens par un gouvernement moyennant une rémunération plus qu'adéquante) et "l'orientation de fonds (publics ou privés) vers certaines entreprises". Il est évident, aux yeux des États-Unis, que, comme les restrictions à l'exportation, ces mesures peuvent être des subventions pouvant donner lieu à une action au titre de l'article 1.1, bien que les États-Unis les aient présentées comme des éléments possibles du "ciblage industriel".

5.80 Selon les États-Unis, le Canada présente aussi de manière inexacte les positions prises au cours de procédures judiciaires au moment du Cycle d'Uruguay. Citant partiellement des déterminations en matière de droits compensateurs établies à l'époque par le DOC, le Canada affirme que les États-Unis ont admis qu'une restriction à l'exportation ne peut pas constituer une contribution financière. Selon les États-Unis, ces déterminations ne font manifestement pas partie de l'historique de la négociation de l'Accord SMC et, partant, sont dépourvues de pertinence. Les États-Unis estiment cependant que l'inexactitude des déclarations du Canada est si flagrante qu'elle appelle des éclaircissements.

5.81 Les États-Unis font valoir que, dans l'affaire *Bois de construction*, le Canada a prétendu qu'une restriction à l'exportation ne constituait pas une subvention parce que ce n'était pas une contribution financière au sens d'un transfert de ressources du gouvernement au bénéficiaire. Selon les États-Unis, il était clair que les déclarations citées par le Canada reposaient sur sa définition d'une "contribution financière". Conformément à la position de négociation qu'il avait adoptée pendant le Cycle d'Uruguay, le Canada assimilait une "contribution financière" à un coût pour les pouvoirs publics. Selon les États-Unis, cela apparaît clairement à la lecture du texte complet de la détermination du DOC, que le Canada ne cite que partiellement.

5.82 Les États-Unis font valoir que, dans une dernière tentative pour défendre sa position, le Canada cite des déclarations d'industriels américains concernant les résultats des négociations du Cycle d'Uruguay. Bien que bon nombre de ces parties aient seulement exprimé la crainte que les restrictions à l'exportation "pourraient" ne plus être passibles de droits compensateurs, les opinions d'industriels américains ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de l'historique de la *négociation*. De plus, même si certains industriels américains ont pensé (à tort) que la définition de

l'article 1.1 pouvait empêcher de considérer les restrictions à l'exportation comme des subventions, d'autres n'étaient manifestement pas de cet avis.

5.83 En conséquence, selon les États-Unis, la seule chose qui démontre l'historique de la négociation, c'est qu'ils ont tenté en vain de faire insérer dans l'Accord SMC des dispositions traitant des pratiques de ciblage. Mais il n'ont jamais admis que les restrictions à l'exportation ne pouvaient jamais constituer des subventions en soi, et l'Accord SMC ne renferme aucune exception explicite concernant les restrictions à l'exportation, ni aucune disposition indiquant que les restrictions à l'exportation ne peuvent jamais, en aucun cas, constituer des subventions. C'est pourtant à cette conclusion que le Canada voudrait amener le Groupe spécial, mais celui-ci ne devrait pas l'accepter.

3. Conclusion

5.84 Les États-Unis considèrent que le Canada n'a pas démontré qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais, en aucun cas, constituer une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. Ils affirment qu'eux-mêmes ont démontré, au contraire, que, conformément aux principes habituels d'interprétation des traités, l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1) – qui est la disposition citée par le Canada – peut concerner les restrictions à l'exportation. En conséquence, les États-Unis font valoir que le Canada ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait.

C. PREMIÈRE DÉCLARATION ORALE DU CANADA

1. La demande de décisions préliminaires des États-Unis

5.85 Le Canada renvoie à sa réponse à la demande des États-Unis (*voir infra*, section IV.B).

2. La définition du mot "subvention" dans l'Accord SMC

5.86 Le Canada fait valoir que, dans leur première communication écrite, les États-Unis donnent de la définition du mot "subvention" contenue dans l'Accord SMC une interprétation inexacte sur plusieurs points, à commencer par leurs affirmations sur l'économie et la version erronée qu'ils donnent de l'objet et du but de l'Accord. Selon le Canada, même si les États-Unis prétendent appliquer les règles de la Convention de Vienne, ils le font en déformant le sens ordinaire des mots pour pouvoir continuer à agir à l'encontre de pratiques susceptibles de conférer un avantage.

5.87 Le Canada rappelle que l'Organe d'appel a précisé dans *Canada – Aéronefs* que la tâche de l'interprète d'un traité commence par l'"[examen du] sens ordinaire du texte". Le Canada, en accord avec ce principe, commence par l'examen du texte de l'article 1.1 a) 1).

5.88 Le Canada affirme que les États-Unis conviennent avec lui que l'article 1.1 de l'Accord SMC définit l'ensemble des actes qui constituent une "subvention". Les deux pays, selon lui, sont donc d'accord pour dire que l'existence d'une "subvention" au sens de l'article 1.1 de l'accord est une condition préalable à l'imposition de mesures compensatoires. Le point sur lequel ils diffèrent, d'après lui, est l'étendue de cet "ensemble" des actes des pouvoirs publics qui correspondent à la définition de l'expression "contribution financière" contenue dans l'article 1.1 a) 1) de l'Accord.

5.89 Le Canada déclare que, en appliquant la méthode d'interprétation des traités énoncée dans la Convention de Vienne, il considère qu'une mesure réglementaire qui restreint les exportations n'est pas visée par l'article 1.1 a) 1) iv) lorsqu'on attribue aux termes de cette disposition leur sens ordinaire. En restreignant les exportations, ajoute le Canada, les pouvoirs publics ne "chargent" pas un "organisme privé" de faire une contribution financière sous l'une des formes énumérées aux alinéas i) à iii), pas plus qu'ils ne lui "ordonnent" de le faire, et ils ne satisfont pas non plus aux autres

conditions fixées par l'alinéa iv). Chacune de ces trois raisons suffit à elle seule pour que les mesures des États-Unis soient incompatibles avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC.

5.90 En ce qui concerne l'élément "charge ou ordonne", le Canada relève que les États-Unis centrent leurs arguments sur la notion d'"ordonner" ("to direct") plutôt que sur celle de "charger" ("to entrust"), reconnaissant ainsi apparemment qu'il n'est pas possible d'assimiler l'action de restreindre la capacité d'exporter d'un producteur avec celle de confier à un producteur le soin ou la responsabilité d'exécuter une fonction relevant de la compétence des pouvoirs publics.

5.91 Mais, singulièrement selon le Canada, les États-Unis prétendent que, en anglais, "to direct" est synonyme de "to cause". Or, rétorque le Canada, non seulement ces mots ont couramment des sens très différents, mais le sens de "cause" que les États-Unis mettent en avant est extrait, entièrement hors contexte, des définitions trouvées dans les dictionnaires, définitions auxquelles, de toute évidence, la restriction à l'exportation ne correspond pas. Par exemple, si l'on donne à "to direct" un sens causal, celui d'"amener quelqu'un à s'engager dans une voie spécifique", on ne peut pas dire qu'une restriction à l'exportation amène à s'engager dans une "voie" au sens de l'article 1.1 a) 1 iv), parce qu'il faudrait que la voie spécifique à suivre soit d'"exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)". Or, soutient le Canada, la "voie spécifique" à suivre, dans le cas d'une restriction à l'exportation, est *non pas* de fournir des biens, mais de "ne pas exporter". Le résultat est d'ailleurs le même si l'on donne à "to direct" le sens d'"amener (quelque chose ou quelqu'un) à prendre une orientation particulière". Dans le cas d'une restriction à l'exportation, cette "orientation particulière" est de "ne pas exporter", et *non pas* de faire une contribution financière en fournissant des biens.

5.92 Bref, dit le Canada, le sens ordinaire de "to direct" est "donner des instructions officielles à quelqu'un" ou "enjoindre quelqu'un de faire quelque chose", et même les définitions que les États-Unis ont empruntées aux dictionnaires ne peuvent pas être élargies au point de transformer le sens évident de "to direct" en "to cause". Le Canada fait valoir que les rédacteurs connaissaient certainement la notion de causalité, et que l'on doit considérer que, s'ils avaient voulu l'introduire dans l'alinéa iv) de la définition de la "contribution financière", ils l'auraient fait expressément.

5.93 Pour le Canada, en suivant les États-Unis sur ce terrain, on arriverait à des résultats absurdes et imprévisibles, et on élargirait la définition que donne l'Accord SMC du mot "subvention" au point de la rendre méconnaissable, puisque, en conséquence de cette définition, l'exercice par les gouvernements de leur pouvoir réglementaire pourrait donner lieu à des mesures compensatoires. Par exemple, dans l'hypothèse où un gouvernement soumettrait à restriction les importations d'acier, ou augmenterait les droits de douane sur l'acier dans le cadre de ses consolidations tarifaires, et où cela entraînerait une hausse des prix de l'acier sur le marché intérieur, le gouvernement, selon l'approche des États-Unis, aurait "amené" des personnes privées (les acheteurs d'acier) à fournir aux producteurs d'acier des fonds qui n'auraient pas été fournis sinon, et donc à fournir une contribution financière. Cela n'était certainement pas l'intention des rédacteurs, selon le Canada.

5.94 De l'avis du Canada, l'interprétation que les États-Unis donnent des mots "private body" ("organisme privé" dans le texte français de l'Accord SMC) cherche de même à restreindre le sens ordinaire des termes du traité et non à leur donner effet et, pour la même raison, elle est également fallacieuse. Les États-Unis soutiennent que l'on peut entendre par "private body", notamment, un grand nombre d'individus n'ayant aucune relation entre eux, et vont par exemple jusqu'à prétendre que "toutes les personnes de moins de 21 ans" peuvent constituer un "private body", en citant des définitions de dictionnaires qui parlent d'"assemblage" ou d'"ensemble". Le Canada fait valoir que les États-Unis n'essayaient nullement d'expliquer pourquoi les rédacteurs ont utilisé les termes "private body" si, comme le prétendent les États-Unis, ils voulaient dire "personne ou personnes privées". Enfin, selon le Canada, les États-Unis n'énoncent aucun principe qui permettrait de distinguer les cas dans lesquels des personnes privées constituent un "body" et les autres cas. Le point de vue des

États-Unis - associé à l'interprétation assimilant "to direct" à "to cause" - signifie que toute mesure des pouvoirs publics ayant des effets sur le marché (c'est-à-dire sur les acheteurs et vendeurs individuels) reviendrait à "charge[r] un organisme privé" de faire quelque chose ou à lui "ordonner" de le faire ("entrust or direct a private body"). Si telle avait été l'intention des rédacteurs, maintient le Canada, rien ne les empêchait de le dire.

5.95 Le Canada relève que le troisième élément de l'article 1.1 a) 1) iv) porte sur ce qu'un organisme privé doit être chargé de faire ou ce qu'il doit lui être ordonné de faire – à savoir fournir une contribution financière au sens des alinéas i) à iii). Le Canada déclare qu'une restriction à l'exportation limite la capacité d'exporter du producteur, et qu'elle ne "charge" pas celui-ci, pas plus qu'elle ne lui "ordonne" de "fournir des biens" comme le prétendent les États-Unis. En fait, de l'avis du Canada, l'argument contraire des États-Unis ne repose absolument pas sur les termes du traité, mais n'est qu'une simple affirmation de l'existence d'une identité "conceptuelle" entre une restriction à l'exportation et la fourniture de biens. Même si cela était vrai, selon le Canada, l'article 1.1 a) 1) iii) ne dit pas "... fournissent des biens *ou autre chose de conceptuellement semblable*"; il fait au contraire de la fourniture de biens la fonction pertinente aux fins de l'alinéa iii).

5.96 Pour le Canada, l'argument des États-Unis selon lequel les mesures des pouvoirs publics peuvent donner lieu à des mesures compensatoires lorsqu'elles sont ce que les États-Unis appellent l'"équivalent fonctionnel" des contributions financières énumérées aux alinéas i) à iii) est également fallacieux. L'"équivalence fonctionnelle" et la "similitude conceptuelle" sont des notions de portée illimitée, qui suppriment les limites qu'impose le texte de l'article 1.1 a) 1), et qui introduisent dans la définition de la contribution financière une subjectivité, et donc une incertitude, que les rédacteurs n'ont certainement pas voulues.

5.97 Enfin, déclare le Canada, les quatrième et cinquième éléments de l'article 1.1 a) 1) iv) confirment que l'interprétation extensive que les États-Unis veulent donner de cette disposition n'est pas autorisée par le texte. De l'avis du Canada, ces éléments montrent bien que l'alinéa iv) n'étend pas la définition de la subvention aux actes réglementaires qui ne sont pas des contributions financières au sens des alinéas i) à iii), mais que son but est d'éviter qu'un gouvernement puisse se soustraire aux disciplines en matière de subventions, en chargeant un organisme privé de faire une contribution financière que les pouvoirs publics n'auraient normalement pas faite directement, ou en lui ordonnant de le faire.

5.98 Pour le Canada, l'exemple fictif des ananas de Shangri-La proposé par les États-Unis illustre parfaitement pourquoi une restriction à l'exportation ne relève pas de l'article 1.1 a) 1) iv). Selon lui, si l'on s'en tient au sens ordinaire des mots "charge ou ordonne", la restriction à l'exportation prise comme exemple ne "charge" pas un organisme privé de fournir des ananas aux fabricants de jus de fruit, et elle ne le lui "ordonne" pas non plus: elle empêche simplement l'exportation des ananas en question. En outre, dit le Canada, les producteurs qui fournissent déjà des ananas sans en avoir reçu l'ordre des pouvoirs publics peuvent continuer à le faire dans la même mesure, ou opérer d'autres choix économiques. Dans cet exemple, les producteurs d'ananas n'agissent pas non plus en tant qu'ensemble organisé, ils prennent des décisions individuelles et probablement divergentes. Enfin, le Canada fait valoir que, lorsque les États-Unis allèguent qu'une restriction à l'exportation d'ananas est l'"équivalent fonctionnel" d'un ordre donné aux producteurs de vendre aux fabricants de jus de fruits "moyennant une rémunération moins qu'adéquate", ils allèguent en fait que, dès lors qu'elle a un effet sur les prix, une restriction à l'exportation peut être présumée constituer une contribution financière.

5.99 En d'autres termes, déclare le Canada, ils affirment qu'un avantage peut "conférer" une contribution financière. Or, comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans *Canada – Aéronefs*, c'est la contribution financière qui cause ou entraîne l'avantage conféré, et non l'inverse: un avantage ne peut ni causer, ni entraîner une contribution financière.

5.100 Le Canada considère que son interprétation du texte de la définition de la subvention est confirmée par l'objet et le but de l'Accord SMC. Il rappelle à cet égard ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*: "C'est dans les termes qui constituent [une] disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doivent d'abord être cherchés". C'est pourquoi, fait valoir le Canada, les États-Unis n'ont pas seulement déformé l'objet et le but de l'Accord SMC, ils ont aussi privé le texte de l'article 1.1 de son sens véritable en partant d'un point de vue erroné et en construisant toute leur analyse à partir de ce point de vue.

5.101 De l'avis du Canada, s'il est vrai que l'un des objectifs de l'Accord SMC est de soumettre à des disciplines certaines mesures des pouvoirs publics qui peuvent fausser le commerce international, cela n'est pas son objet et but unique. Il a aussi pour objet de soumettre à des disciplines l'utilisation des mesures en matière de droits compensateurs, d'où son titre d'"Accord sur les subventions *et les mesures compensatoires*". Si, grâce à l'Accord, il existe désormais des disciplines à l'égard de ces deux "objets", affirme le Canada, la question fondamentale à se poser dans la mise en œuvre de l'Accord demeure la suivante: "Quelles sont les formes d'action des pouvoirs publics qui sont soumises à ces disciplines?"

5.102 Le Canada note que la première communication écrite des États-Unis commence par un extrait de la "*Déclaration de la délégation du Canada à la réunion des 28-29 juin 1988*". Le Canada affirme que les États-Unis ont cependant tronqué l'extrait qu'ils citent et que, lorsque l'on replace celui-ci dans le contexte de la déclaration, qui figure dans une partie intitulée "Paramètres définissant la portée et l'application des mesures compensatoires"⁶², il est évident que le Canada y expliquait pourquoi, à son avis, il fallait instituer des disciplines relatives aux mesures compensatoires dans l'Accord SMC.

5.103 Cela dit, le Canada convient que l'Accord SMC soumet à des disciplines l'usage de subventions qui faussent les échanges. Cependant, selon le Canada, il le fait en définissant la notion de subvention, en précisant les subventions qui sont prohibées, celles qui peuvent donner lieu et celles qui ne peuvent pas donner lieu à une action, et en fixant des règles sur la manière d'appliquer les mesures compensatoires à l'encontre de subventions pouvant donner lieu à une action. Il est donc évident que l'Accord soumet à des disciplines non seulement l'utilisation des subventions, mais aussi l'adoption des mesures compensatoires. C'est grâce à cet équilibre notamment que l'on a pu aboutir à un résultat négocié.

5.104 Enfin, les États-Unis prétendent que, avec l'interprétation que donne le Canada de l'article 1.1 de l'Accord SMC, il serait "trop facile pour les Membres de se soustraire à leurs obligations", alors que, selon le Canada, pour savoir si une restriction à l'exportation est une manière de se soustraire à l'Accord SMC, il faudrait d'abord savoir si les restrictions à l'exportation entrent dans le champ d'application de l'accord: si ce n'est pas le cas, une restriction à l'exportation ne peut être un moyen de se soustraire aux obligations découlant de l'Accord. Pour le Canada, les États-Unis tombent donc dans un raisonnement circulaire, parce qu'ils présument la conclusion qu'ils cherchent à prouver.

3. Les arguments des États-Unis concernant l'"économie" des restrictions à l'exportation sont malvenus

5.105 Le Canada note que les États-Unis commencent par affirmer qu'"il n'y a pas de doute qu'en économie, et dans le langage courant, les restrictions à l'exportation sont considérées comme des subventions" parce qu'elles peuvent avoir des effets sur les prix. Cela revient selon lui à admettre *a priori* qu'un effet économique potentiel permet de conclure à l'existence d'une contribution

⁶² Le texte intégral de la déclaration a été joint à la déclaration orale du Canada et constitue la pièce n° 106 du Canada.

financière au sens de l'article 1.1 a) 1). Pour le Canada, l'opinion que peuvent avoir les États-Unis de ce que le "langage courant" entend par "subvention" est sans intérêt pour le sens de la définition du mot subvention dans l'Accord SMC, et aucune des sources sur lesquelles s'appuient les États-Unis n'aborde la question de savoir si le texte de l'article 1.1 de l'Accord SMC peut viser une restriction à l'exportation.

5.106 Plus précisément, fait valoir le Canada, les États-Unis prétendent que, face à une restriction à l'exportation, les producteurs nationaux n'ont qu'un seul choix économique, qui est de vendre le bien soumis à la restriction aux acheteurs nationaux. Du point de vue économique, selon le Canada, cela est absolument faux. Une restriction à l'exportation n'a pas inévitablement pour effet de forcer les producteurs nationaux à vendre le bien considéré sur le marché intérieur. De plus, comme le Département du commerce l'a lui-même reconnu dans l'affaire *Ammoniac anhydre et aqueux originaire du Mexique*, le fait que le prix d'un bien baisse sur le marché intérieur après que ce bien a été frappé d'une restriction à l'exportation ne signifie pas nécessairement que la baisse soit due à la restriction à l'exportation.⁶³

5.107 De l'avis du Canada, c'est sur cette même approche erronée de l'économie que repose l'argument que les États-Unis prétendent prouver avec le cas hypothétique des producteurs de Shangri-La à qui l'on interdit d'exporter leurs ananas. Selon l'analyse des États-Unis, les producteurs d'ananas de Shangri-La seraient contraints de vendre leurs ananas aux fabricants nationaux de jus de fruits. Pour le Canada, cela est tout simplement faux, car les producteurs d'ananas auraient le choix entre différentes réactions possibles à la restriction frappant l'exportation de leurs produits. Ils pourraient décider de cultiver un autre fruit, ou de se reconvertir dans une autre culture adaptée à leurs terres. Ils pourraient opter pour l'intégration de la production, en fabriquant du jus d'ananas à partir de leur propre récolte ou de celle d'autres producteurs, ou bien fournir les ananas à d'autres utilisateurs, ou faire d'autres choix encore. Tout en reconnaissant qu'une restriction à l'exportation limite la capacité du producteur d'exporter la marchandise soumise à restriction, le Canada soutient qu'il est faux de prétendre qu'une restriction à l'exportation "oblige" ou "force" le producteur d'un bien à le vendre à un prix inférieur à des utilisateurs déterminés. Elle ne "charge" donc pas les producteurs de quoi que ce soit, et elle ne leur "ordonne" rien non plus.

5.108 De l'avis du Canada, les États-Unis ont donc tort d'affirmer qu'une restriction à l'exportation est l'"équivalent fonctionnel" d'un ordre qui serait donné aux producteurs d'un bien soumis à restriction de vendre ce bien aux utilisateurs nationaux. Pour le Canada, cette affirmation n'est justifiée ni sur le plan économique, ni par des arguments tirés du texte de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC. Selon lui, les efforts des États-Unis pour élargir le sens ordinaire des termes de cette disposition au point d'en donner une interprétation déraisonnable ne sauraient aboutir.

D. PREMIÈRE DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS

5.109 Les États-Unis font valoir que l'OMC ne réglemente pas les idées, et que son mécanisme de règlement des différends ne s'applique pas aux "crimes d'opinion". Ce que l'OMC réglemente – et ce à quoi s'applique son mécanisme de règlement des différends – ce sont des mesures. À propos de l'objet de ce différend, les États-Unis soutiennent que les mesures qui seraient pertinentes seraient ou bien 1) l'imposition de droits compensateurs d'une manière incompatible avec l'Accord SMC, ou bien 2) l'adoption d'une loi, d'un règlement ou d'une procédure obligeant les pouvoirs publics à imposer des droits compensateurs de manière incompatible avec l'Accord SMC. Les États-Unis relèvent que le Canada n'allègue pas l'existence d'une mesure du premier type, et ils affirment qu'eux-mêmes n'ont pas pris de mesure du second type.

⁶³ Voir première communication écrite du Canada, paragraphe 19, note 8.

5.110 Les États-Unis font valoir que, non content d'essayer de faire interdire au DOC d'exprimer des opinions indicatives, le Canada veut le faire en demandant au Groupe spécial de décider *in abstracto* que jamais, quelles que soient les circonstances présentes ou à venir, une restriction à l'exportation ne peut constituer une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC.

5.111 Pour les États-Unis, cette extraordinaire demande d'avis consultatif faite par le Canada peut avoir des conséquences dangereuses pour le système de règlement des différends de l'OMC. Les États-Unis ne craignent pas d'aborder les questions de fond soulevées par le Canada, mais ils se sentent obligés de traiter d'abord des questions de caractère plus général.

5.112 Les États-Unis affirment qu'ils ne cherchent à nier au Canada aucun de ses droits, mais que le fait est simplement qu'ils n'ont pris aucune mesure qui compromette les droits du Canada découlant des Accords de l'OMC. Ils font valoir que, si jamais il leur arrivait de prendre de telles mesures, le droit du Canada de les contester serait intégralement préservé.

5.113 De l'avis des États-Unis, il existe une méthode bien établie permettant au Groupe spécial de rejeter la tentative du Canada pour amener les groupes spéciaux à entreprendre de régler les opinions des Membres et à donner des interprétations faisant autorité: c'est celle qui consiste à appliquer la doctrine impératif/dispositif.

5.114 Les États-Unis notent que le Canada ne conteste pas que la doctrine impératif/dispositif ait gardé sa validité, et ne conteste pas non plus l'interprétation qu'en donnent les États-Unis. Cependant, disent-ils, le Canada avance un argument démenti par les faits, à savoir que les divers documents qu'il cite *font obligation* au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières). Le Canada fait valoir un autre argument, inédit, à savoir que, même si ces documents n'obligent pas le DOC à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières), le Groupe spécial ne pourra pas faire de constatation dans ce sens s'il n'a pas d'abord établi, dans l'abstrait, qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances présentes ou à venir, constituer une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC. Selon les États-Unis, le Canada a tort sur ces deux points.

5.115 En ce qui concerne l'article 771 5), affirment les États-Unis, le Canada a toujours reconnu que, à première vue, cet article n'oblige pas le DOC à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières). Il semble donc que les parties s'entendent sur le fait que l'article 771 5) ne prescrit aucune action incompatible avec les règles de l'OMC.

5.116 S'agissant de l'Énoncé, selon les allégations du Canada, les États-Unis auraient essayé de présenter sous un faux jour la nature juridique de ce document. Les États-Unis s'en défendent et renvoient aux explications qu'ils ont données au paragraphe 75 de leur demande.

5.117 Les États-Unis affirment que leur désaccord avec le Canada ne porte pas sur la nature de l'Énoncé (encore qu'ils contestent que celui-ci constitue en soi une "mesure"), mais bien sur sa signification. À leur avis, l'Énoncé ne peut être compris que comme une décision, prise par le Congrès et l'Administration, de s'abstenir de définir exactement quelles mesures, jusque-là qualifiées de "subventions indirectes", pourraient être considérées comme des subventions aux fins de la nouvelle définition contenue dans l'article 771 5) B) iii) de la *Loi douanière* et dans l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.

5.118 Selon les États-Unis, dans leur droit interne, le Préambule est, tout au plus, une déclaration non contraignante du DOC concernant son opinion, à l'époque, sur la portée de l'article 771 5) B) iii). Les États-Unis rappellent que le DOC n'a *pas* promulgué un règlement sur les subventions indirectes en général, ou les restrictions à l'exportation en particulier. Si, dans le Préambule, il a exprimé l'opinion que les restrictions à l'exportation pourraient être des subventions, dans des circonstances

données, il n'a pas dit catégoriquement qu'elles en sont, et il ne s'est en aucune manière engagé à se tenir à cette opinion.

5.119 Les États-Unis notent que le Canada cite un petit nombre d'affaires – dont aucune ne met en cause la réglementation du DOC, ni même la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs – pour étayer l'argument selon lequel les déclarations des organismes gouvernementaux contenues dans les préambules aux avis de règles définitives sont toujours obligatoires à l'égard de l'organisme concerné. Pour les États-Unis cependant, toutes les affaires citées soit sont d'une nature différente, soit ne corroborent pas l'argument à l'appui duquel elles sont citées, comme le montrent les pièces n° 26 à 29 des États-Unis. Ce qui est particulièrement significatif aux yeux des États-Unis, c'est que le Préambule n'a pas été incorporé dans le *Code of Federal Regulations*. Selon les États-Unis, cela s'explique par le fait que, conformément aux dispositions régissant ce code, le DOC n'entendait pas conférer au Préambule un effet juridique.

5.120 Les États-Unis font valoir à propos de ce préambule que, pour le DOC, il était parfaitement conforme aux principes de la transparence et de la bonne administration d'exprimer son point de vue indicatif sur la question des subventions indirectes, et que ce serait un comble que le Groupe spécial pénalise un Membre pour avoir fait preuve de transparence en dévoilant son opinion.

5.121 Comme les tribunaux du monde entier, relèvent les États-Unis, le DOC peut, dans une affaire donnée, invoquer des documents très divers à l'appui d'une détermination, y compris ses propres déterminations antérieures et des articles de doctrine, sans qu'aucun n'ait d'effet contraignant à son égard. Ainsi, du point de vue des États-Unis, le fait que le DOC invoque le Préambule ne confère pas à celui-ci un caractère contraignant.

5.122 Selon les États-Unis, la définition que le Canada donne de la "pratique" change constamment, le Canada soutenant aujourd'hui que, par ce terme, il entend "une volonté ou une politique administrative visant à adhérer à une conception juridique particulière ou à se conformer à une interprétation ou une méthodologie particulière". Mais, quelle que soit la manière dont le Canada la définit, la "pratique", selon les États-Unis, n'oblige pas le DOC à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières).

5.123 Aux yeux des États-Unis, le Canada semble soutenir que, quand bien même les mesures qu'il a indiquées n'entraîneraient pas, individuellement, une violation des règles de l'OMC, cela cesserait d'être vrai lorsqu'on considère ces mesures ensemble. Cependant, disent les États-Unis, le Canada n'explique pas comment cette conclusion est justifiée sur la base d'une disposition du Mémorandum d'accord ou d'un autre accord de l'OMC.

5.124 De manière étonnante, selon les États-Unis, le Canada soutient que le Groupe spécial devrait donner une interprétation faisant autorité de l'article 1.1 avant de se pencher sur la doctrine impératif/dispositif. Pourtant, d'après les États-Unis, l'analyse que fait le Canada des rapports des groupes spéciaux du GATT et de l'OMC à ce sujet ne confirme pas cette position. Dans aucune des affaires analysées le défendeur n'avait, semble-t-il, demandé de décision préliminaire. Les États-Unis affirment que rien dans le Mémorandum d'accord, ni dans les procédures de travail du Groupe spécial, n'enferme les décisions préliminaires dans les limites indiquées par le Canada et que, en outre, dans aucune des affaires citées il n'a été décidé qu'un groupe spécial doive trancher des questions de fond avant d'invoquer la doctrine impératif/dispositif.

5.125 Les États-Unis soutiennent qu'il existe une différence fondamentale entre les précédents cités par le Canada et la présente espèce. Dans les affaires citées par le Canada, les groupes spéciaux avaient été appelés à se prononcer sur des mesures particulières prises par le défendeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les mesures qui sont vraiment en cause ici, disent les États-Unis, comprennent seulement les textes contestés par le Canada, mais aussi un nombre indéfini de restrictions à

l'exportation présentes et futures. Selon les États-Unis, le Groupe spécial ne peut pas faire ce que lui demande le Canada sans émettre, dans l'abstrait et en l'absence de tout élément de fait, l'opinion qu'il n'y a jamais eu et qu'il n'y aura jamais de restrictions à l'exportation qui puissent correspondre à la définition du mot "subvention" contenue dans l'article 1.1 de l'Accord SMC.

5.126 Si le Groupe spécial constate – comme il ne peut manquer de le faire, selon les États-Unis – que les mesures en question n'imposent pas ce que prétend le Canada, cela devrait mettre fin à l'affaire, de l'avis des États-Unis: tout ce que pourrait dire par ailleurs le Groupe spécial aurait la nature d'opinions incidentes.

5.127 Les États-Unis font valoir que le Canada soutient maintenant que la "pratique" n'est pas constituée par les déterminations faites dans telle ou telle affaire relative à des droits compensateurs, mais par l'état d'esprit du DOC en tant qu'institution, ce que le Canada appelle une "volonté ou politique administrative". L'état d'esprit du DOC ne constitue pas, aux yeux des États-Unis, une mesure "prise", au sens du Mémoire d'accord. En outre, l'état d'esprit du DOC ne saurait en aucun cas violer les dispositions invoquées par le Canada.

5.128 Pour les États-Unis, l'article 1.1 est un article consacré aux définitions. En conséquence, à strictement parler, la "pratique" des États-Unis – quelle que soit la définition qu'on donne à ce terme – ne peut violer l'article 1.1. Les États-Unis soutiennent que l'article 10 n'est pas applicable en l'espèce, puisque le Canada dit ne pas contester une mesure effective par laquelle les États-Unis auraient imposé des droits compensateurs en vertu de l'article 771 5) après avoir constaté qu'une restriction à l'exportation constitue une subvention, et que les articles 11, 17 et 19 sont inapplicables pour la même raison. Les États-Unis relèvent que le Canada n'a pas contesté – et que les États-Unis n'ont d'ailleurs pas pris – de "mesures particulières" en vertu de l'article 771 5) à l'encontre d'une restriction à l'exportation, et l'état d'esprit du DOC ne peut pas constituer une "mesure particulière". Donc, selon les États-Unis, l'article 32.5 de l'Accord SMC est également inapplicable.

5.129 En ce qui concerne l'article 32.5, les États-Unis soutiennent que la loi, les règlements et les procédures administratives des États-Unis sont parfaitement conformes à l'Accord SMC. Une "volonté ou politique administrative" ne relève pas de l'article 32.5. De l'avis des États-Unis, la même conclusion vaut pour l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. En effet, il ne peut y avoir de violation de l'article 32.5 ni de l'article XVI:4 sans une loi, un règlement ou une procédure administrative qui imposent de violer une autre disposition de l'Accord SMC.

5.130 Les États-Unis élèvent une objection vigoureuse au paragraphe 40 de la réponse du Canada dans lequel, selon eux, le Canada essaie de faire croire qu'ils ne se conforment pas aux décisions de l'ORD. Les États-Unis affirment que jamais un groupe spécial de l'OMC n'a déterminé que les États-Unis n'avaient pas mis en œuvre une décision de l'ORD, et l'article 23 du Mémoire d'accord interdit au Canada de faire unilatéralement une telle détermination.

5.131 Selon les États-Unis, le Canada affirme essentiellement que la "pratique" – quelle que soit la manière de la définir – devrait être considérée comme une mesure prise, parce qu'il faut présumer que les Membres de l'OMC agiront de mauvaise foi. Les États-Unis rappellent que l'Organe d'appel a expliqué qu'une telle présomption n'est pas autorisée.

5.132 De l'avis des États-Unis et pour les raisons exposées dans leur demande, les allégations du Canada concernant la "pratique" devraient aussi être rejetées, le Canada n'ayant pas respecté les articles 4:7 et 6:2 du Mémoire d'accord. En acceptant pour les besoins du raisonnement la doctrine du "préjudice" que l'Organe d'appel et les groupes spéciaux ont greffée en équité, sur les dispositions du Mémoire d'accord, les États-Unis font valoir qu'ils ont subi un préjudice. Qui plus est, ils soutiennent qu'un préjudice leur est causé et qu'un préjudice est aussi causé au système de règlement des différends de l'OMC lorsque les dispositions relatives à la notification et aux

consultations ne sont respectées que dans la forme, ce qui empêche une description détaillée et exacte de ce que le plaignant conteste.

5.133 Les États-Unis font observer, sur la question de savoir pourquoi l'Énoncé et le Préambule ne sont pas des mesures, que ni l'un ni l'autre de ces textes n'a un effet juridique indépendant en droit américain.

5.134 Quant au point de savoir si l'un ou l'autre de ces textes relève du mandat du Groupe spécial, les États-Unis notent que, dans sa réponse, le Canada n'essaie même pas d'expliquer comment l'on pourrait interpréter sa demande de constitution d'un groupe spécial comme visant aussi l'Énoncé et le Préambule en tant que mesures indépendantes. De plus, les États-Unis rappellent que, au cours de deux réunions de l'ORD, ils se sont dits convaincus que le Canada avait substitué l'article 771 5) à l'Énoncé et au Préambule en tant que mesure contestée, et le Canada n'a pas contesté la véracité de leur affirmation.

5.135 Les États-Unis disent qu'ils ont montré, dans leur première communication, qu'une restriction à l'exportation est susceptible de satisfaire à tous les éléments de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. La question de savoir si une restriction à l'exportation donnée réunit tous les éléments d'une subvention ne peut être déterminée que sur la base d'un examen des preuves concrètes produites dans chaque espèce. Dans la présente affaire, du point de vue des États-Unis, il suffit de dire que le Canada n'a pas démontré qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, satisfaire à tous ces éléments.

5.136 Selon les États-Unis, il ressort de la lecture de leur première communication qu'ils se sont livrés à une analyse approfondie du texte de l'alinéa iv). Il n'en demeure pas moins que l'objet et le but de l'Accord SMC sont pertinents pour l'interprétation de l'alinéa iv), et qu'il est pertinent aussi que l'interprétation du Canada soit incompatible avec cet objet et ce but, ainsi qu'avec ce qui est habituellement considéré comme étant ou n'étant pas une subvention.

5.137 Les États-Unis font valoir qu'ils n'ont pas dit que *toutes* les interventions des pouvoirs publics qui faussent le commerce international peuvent être considérées comme des subventions. Au contraire, ils ont souligné que toute intervention des pouvoirs publics aurait à satisfaire à tous les éléments de la définition d'une subvention pouvant donner lieu à une action.

5.138 Selon les États-Unis, l'argument de la "pente glissante" avancé par les Communautés européennes est sans valeur parce que, dans les exemples proposés, il est difficile de voir où serait la contribution financière. De plus, les États-Unis font valoir que, dans les dix années écoulées depuis la détermination faite par le DOC dans l'affaire du *Cuir en provenance d'Argentine*, toutes les "horreurs" annoncées ne se sont pas produites.

5.139 Au paragraphe 90 de la première communication du Canada, rappellent les États-Unis, le Canada déclare qu'une restriction à l'exportation ne peut pas être considérée comme une subvention parce qu'elle "n'implique pas de transfert de ressources financières des pouvoirs publics aux producteurs de biens". Les États-Unis ne considèrent donc pas qu'ils ont déformé le point de vue du Canada. Au contraire, le Canada continue à soutenir la position fondée sur le coût net pour les pouvoirs publics, qui a déjà été rejetée à maintes reprises.

5.140 Enfin, affirment les États-Unis, il a été soutenu que les restrictions à l'exportation ne peuvent jamais constituer des subventions parce que, même si elles limitent peut-être les possibilités du producteur et peuvent faire baisser le prix que celui-ci demande pour un intrant (comme le Canada l'a admis en l'espèce), elles n'obligent pas les producteurs à vendre leurs biens sur le marché intérieur à des clients ciblés et à des prix ou dans des quantités préalablement définies. Selon ce raisonnement,

notent les États-Unis, il n'y aurait pas "ordre" des pouvoirs publics puisque, bien que la liberté d'action du producteur soit limitée, ni la quantité ni le prix ne sont imposés.

5.141 Pour les États-Unis, ce raisonnement est complètement fallacieux, pour plusieurs raisons. Premièrement, rien dans le texte des alinéas iii) ou iv) de l'article 1.1 a) 1) n'impose que le prix ou les quantités des biens fournis aux bénéficiaires de la subvention soient précisés. Deuxièmement, il n'est pas prescrit non plus que les bénéficiaires de la subvention en cause doivent être des "clients ciblés", bien que certains types de restrictions à l'exportation puissent satisfaire à cette condition. Troisièmement, rien ne vient étayer l'argument selon lequel, pour qu'il y ait subvention, il faut que les pouvoirs publics définissent exactement la portée et l'étendue de l'avantage qu'ils souhaitent conférer, ainsi que la catégorie de ses bénéficiaires, au moment où ils adoptent cette mesure: le Groupe spécial *Canada – Produits laitiers* a d'ailleurs rejeté cet argument. Quatrièmement, l'argument selon lequel les producteurs qui exporteraient sinon, pourront peut-être s'adapter aux nouvelles conditions du marché, par exemple en se convertissant à une autre activité, est dépourvu de pertinence. En ce qui concerne le cas fictif des producteurs d'ananas imaginé par les États-Unis, les États-Unis pensent qu'il a été concédé que, si les pouvoirs publics donnaient aux producteurs d'ananas l'ordre de vendre aux fabricants de jus de fruits à un prix déterminé ou dans des quantités préalablement définies, il y aurait subvention indirecte. Or, dans ce scénario aussi, soutiennent les États-Unis, les producteurs d'ananas seraient libres de renoncer à la production d'ananas, pour commencer à fabriquer des jus de fruits ou se livrer à une activité complètement différente (à cultiver les bananiers par exemple). Les États-Unis ne voient pas comment, dans ce cas, cette faculté théorique de s'adapter aux conditions n'empêcherait pas de conclure à une subvention indirecte, alors qu'une telle conclusion serait impossible dans le cas où l'ordre donné par les pouvoirs publics ne préciserait pas les prix ou les quantités.

5.142 En outre, affirment les États-Unis, il y a peut-être des circonstances dans lesquelles un producteur, face à une restriction à l'exportation, n'a pas d'autre choix que de vendre à l'industrie nationale de transformation - par exemple lorsque la restriction à l'exportation s'applique à une matière première. En d'autres termes, il peut exister des situations dans lesquelles le producteur ne peut pas se convertir à une autre activité. Du point de vue des États-Unis, c'est là une question de fait, qui doit être tranchée dans chaque espèce sur la base des éléments de preuves, et non par des spéculations abstraites.

5.143 En résumé, les États-Unis estiment que le Canada n'a pas établi, comme la preuve lui en incombait, qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais constituer une subvention. Toutefois, selon eux, le Groupe spécial n'a même pas à pousser si loin son analyse, parce que la contestation du Canada porte essentiellement sur des opinions et non sur des mesures. Les États-Unis affirment que, même s'il peut être tentant d'aborder la question abstraite de fond posée par le Canada, on dénaturerait ce faisant l'objet et le rôle du système de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, les États-Unis estiment que l'issue appropriée de cette affaire serait que le Groupe spécial se borne à constater qu'aucune des mesures invoquées par le Canada n'impose au DOC de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention (ou une contribution financière).

E. DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DU CANADA

1. Introduction

5.144 Le Canada note que sa deuxième communication écrite répond à la première déclaration orale des États-Unis. À titre préliminaire, il relève que les États-Unis continuent à prétendre que ce que cherche le Canada dans ce différend, c'est un "avis consultatif" dans le cadre de l'Accord SMC. Le Canada le conteste, faisant valoir qu'il cherche au contraire à obtenir une décision à l'encontre des mesures en cause des États-Unis qui traitent une restriction à l'exportation comme une "contribution financière". En fin de compte, selon le Canada, une telle décision suppose la résolution des divergences de vues entre les États-Unis et le Canada sur la question de savoir si ces mesures des

États-Unis sont incompatibles avec les dispositions de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC invoquées par le Canada. Le Canada déclare que la résolution de ces divergences est particulièrement importante pour lui, à cause des conséquences directes que le traitement des restrictions à l'exportation prévu par la législation américaine en matière de droits compensateurs a eues et continue d'avoir pour le Canada et l'industrie canadienne. On trouve un exemple de ces conséquences dans la demande de consultations que le Canada a adressée à l'OMC dans l'affaire des *Bovins vivants* et, comme il ressort à l'évidence des discussions qui ont eu lieu à la première réunion de fond, dans la menace immédiate que les États-Unis font peser sur les exportations canadiennes de bois de construction, en menaçant d'entreprendre une enquête en matière de droits compensateurs après l'expiration, imminente, de l'Accord sur les bois de construction résineux.

2. Le rôle de la distinction impératif/dispositif comme moyen de défense dans la jurisprudence de l'OMC

5.145 Le Canada fait valoir qu'il a déjà établi que la question de savoir si une mesure contestée a un caractère dispositif s'agissant d'une violation alléguée des règles de l'OMC, ou dans quelle mesure elle l'est, n'est pas à proprement parler une question de procédure ou de compétence. En outre, déclare-t-il, il a démontré dans sa réponse que, à l'examen, il s'est avéré que les affaires du GATT et de l'OMC invoquées par les États-Unis ne portaient pas sur la question de savoir si une mesure était, entièrement ou partiellement, impérative ou dispositive dans l'abstrait. Au contraire, dans ces affaires, les groupes spéciaux, après avoir résolu les controverses qui pouvaient exister sur le contenu des règles en cause du GATT/de l'OMC, ont constaté que la partie défenderesse avait établi de façon satisfaisante qu'elle avait un pouvoir discrétionnaire suffisant pour se conformer à ces règles. De plus, dans tous ces cas, il était explicite ou implicite que la partie défenderesse non seulement pouvait exercer ce pouvoir pour se conformer avec les règles pertinentes convenablement interprétées, mais aussi qu'il allait le faire.

5.146 Le Canada dit que les États-Unis n'ont pas cessé de prétendre que la distinction impératif/dispositif signifie que les mesures contestées des États-Unis ne peuvent pas être jugées incompatibles avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC, quelle que soit l'interprétation qu'il convient de faire de ces accords; ils s'appuient pour cela sur un raisonnement qui est faux à la fois par son interprétation des précédents GATT et OMC et par la valeur juridique qu'il attribue aux mesures américaines selon le droit interne des États-Unis. De l'avis du Canada, l'argumentation des États-Unis concernant la "doctrine impératif/dispositif" dans ce différend peut être résumée comme suit: i) les États-Unis considèrent que l'OMC ne permet pas de trancher des différends sur la conformité de mesures contestées avec les règles de l'OMC si ces mesures, en droit interne, n'"imposent" pas et ne "prescrivent" pas l'action qui est alléguée comme étant incompatible avec les règles de l'OMC; ii) les États-Unis considèrent que, en droit américain, les mesures contestées par le Canada n'"imposent" pas, ni séparément, ni considérées ensemble, qu'une restriction à l'exportation soit traitée comme une contribution financière. Le Canada n'est pas d'accord avec l'argumentation des États-Unis, ni en ce qui concerne le droit de l'OMC, ni en ce qui concerne le droit des États-Unis.

a) La jurisprudence GATT/OMC

5.147 Le Canada affirme qu'il est bien établi qu'un Membre de l'OMC peut contester la législation d'une autre partie, indépendamment de toute application concrète qui peut être faite de cette législation, au motif que cette législation, en soi, est incompatible avec les règles de l'OMC. Le but, en permettant de telles contestations, était de garantir la prévisibilité des conditions du commerce, en autorisant les parties à contester des mesures qui entraîneront nécessairement des actes incompatibles avec les obligations assumées dans le cadre du GATT/de l'OMC. S'il en est ainsi, selon le Canada, c'est parce que de telles mesures peuvent elles-mêmes paralyser le commerce en forçant les Membres à modifier leur comportement de manière à se conformer à une mesure que, raisonnablement, ils peuvent s'attendre à voir appliquer à leurs exportations. Le Canada rappelle que, dans l'affaire

États-Unis – Loi antidumping de 1916, l'Organe d'appel a cité en l'approuvant ce qu'avait dit le Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial*, à savoir que les dispositions du GATT de 1947 ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs, et que les parties contractantes doivent donc avoir la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général sans attendre que ces législations soient effectivement appliquées à leur commerce.

5.148 Le Canada déclare qu'il a déjà établi dans ses communications antérieures pourquoi les mesures qu'il conteste obligent à traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières" au regard de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, et pourquoi ce traitement est incompatible avec les obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC. Le Canada note que les États-Unis font valoir que l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916* et d'autres affaires dans lesquelles a été examinée la distinction entre législation impérative et législation dispositive confirment leur thèse selon laquelle le Groupe spécial ne peut pas constater que les mesures des États-Unis en cause sont incompatibles avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC, parce qu'elles n'imposent pas le traitement dont se plaint le Canada (que les États-Unis n'estiment d'ailleurs pas incompatible avec les obligations en question). De l'avis du Canada, cependant, les précédents cités par les États-Unis ne confirment pas cette thèse.

5.149 Selon le Canada, il ne suffit pas, pour qu'un défendeur puisse invoquer avec succès la distinction impératif/dispositif comme moyen de défense, qu'il existe un pouvoir discrétionnaire, quelles qu'en soient la nature ou l'étendue. Dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, selon le Canada, l'Organe d'appel a déclaré que, compte tenu de la jurisprudence qui avait élaboré et appliqué la distinction impératif/dispositif, le pouvoir discrétionnaire dont jouissait le Département de la justice des États-Unis d'engager ou non des procédures pénales, "par sa nature ou son importance ne transform[ait] pas la Loi de 1916 en une législation dispositive ..." ⁶⁴ De même, dans l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt*, le Groupe spécial a constaté que le pouvoir discrétionnaire de ne pas mettre en application une loi incompatible avec le GATT ne rendait pas la loi en soi compatible avec le GATT. ⁶⁵

5.150 En ce qui concerne les mesures en cause dans ce différend, le Canada note que l'article 771 5) B) iii) ne traite pas expressément des restrictions à l'exportation. L'article 771 5) B) iii) peut être considéré comme "dispositif" en ce sens, limité, que le Département du commerce, en tant qu'autorité chargée de l'enquête, doit déterminer si une restriction à l'exportation, ou toute autre pratique faisant l'objet d'une enquête en matière de droits compensateurs, est une contribution financière. Cependant, le Canada souligne que l'article 771 5) B) iii) n'existe pas isolément. Selon la logique du raisonnement du Groupe spécial *États-Unis – Article 301*, l'article 771 5) B) iii) est "inséparable" de l'Énoncé, du Préambule et de la pratique des États-Unis et, par conséquent, ne peut pas être considéré isolément.

5.151 Dans chacune des affaires citées par les États-Unis dans lesquelles une mesure a été jugée avoir un caractère "dispositif", dit le Canada, le Groupe spécial a constaté, non seulement qu'il existait un pouvoir discrétionnaire suffisant pour que l'exécutif puisse appliquer la loi de façon conforme aux obligations découlant pour lui du GATT, mais aussi que le défendeur, d'une part pouvait user de ce pouvoir discrétionnaire pour agir de manière conforme avec la règle du GATT en cause, d'autre part soit l'avait déjà fait soit était d'une façon ou d'une autre tenu de le faire. ⁶⁶ Le Canada affirme que, dans chacune de ces affaires, le Groupe spécial avait vérifié, souvent sur la base des assurances données par le défendeur quant à l'interprétation qu'il ferait de sa législation, que la législation

⁶⁴ *Id.*, paragraphe 91.

⁶⁵ *États-Unis – Boissons à base de malt*, paragraphe 5.60.

⁶⁶ Voir la deuxième communication écrite du Canada, paragraphes 12 à 14.

contestée donnait aux organes de l'exécutif un pouvoir discrétionnaire suffisant pour éviter toute violation du GATT.

5.152 En outre, soutient le Canada, le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Article 301* a constaté qu'un Membre pouvait "réduire son pouvoir discrétionnaire" de violer une obligation de l'OMC par l'interprétation qu'il donnait de ce pouvoir discrétionnaire dans l'Énoncé et dans ses mesures ultérieures. Selon le Canada, l'inverse aussi doit être vrai, et un Membre, s'il est plaignant, doit de même avoir le droit de demander si un autre Membre a "réduit son pouvoir discrétionnaire" de ne pas violer un engagement pris dans le cadre de l'OMC. Or, si l'article 771 5) B) iii) en soi ne fait pas obligation d'agir de façon incompatible avec les règles de l'OMC, en ce sens qu'il peut être interprété et appliqué de façon conforme avec ces règles (et qu'il devrait l'être) l'Énoncé et le Préambule, aux yeux du Canada, "réduisent le pouvoir discrétionnaire" de l'exécutif dans le cadre de ce différend de telle manière que la législation sera interprétée et appliquée de façon incompatible avec les règles de l'OMC.

b) Les mesures des États-Unis en cause

5.153 Pour le Canada, les différences entre les affaires susmentionnées et les circonstances de la présente espèce sont évidentes. Dans le présent différend, au lieu de donner l'assurance que les États-Unis ne traiteront pas les restrictions à l'exportation comme une contribution financière, les mesures des États-Unis, de l'avis du Canada, montrent que l'exécutif américain s'est obligé à interpréter sa législation d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC. Tout en notant que les États-Unis font valoir qu'ils pourraient interpréter leur législation différemment, le Canada considère que les mesures et les déclarations des États-Unis font apparaître clairement qu'ils ne le feront pas, à défaut du moins d'une décision de l'ORD confirmant que les obligations des États-Unis l'exigent.

5.154 Pour le Canada, cela ne veut pas dire que les États-Unis agissent de mauvaise foi. Au contraire, dans cette affaire, contrairement à ce qui se passait dans les affaires que les États-Unis invoquent comme précédents, il est évident pour le Canada que les États-Unis croient, à tort mais de bonne foi, que leur interprétation n'est pas incompatible avec les obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC: l'Énoncé, le Préambule et la pratique des États-Unis le prouvent. De l'avis du Canada, vu l'importance que les groupes spéciaux GATT/OMC ont attachée dans le passé aux déclarations des États-Unis sur la manière dont ils comptaient interpréter leur législation (en particulier dans les affaires *États-Unis - Fonds spécial*, *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabacs sur le marché intérieur* et *États-Unis – Article 301*), l'interprétation exposée dans les mesures des États-Unis en cause dans ce différend, qui impose de traiter les restrictions à l'exportation de manière incompatible avec les règles de l'OMC, doit aussi se voir accorder un poids important. Pour le Canada, cette interprétation montre que le Département du commerce est obligé d'agir de manière incompatible avec les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. En conséquence, fait valoir le Canada, les mesures des États-Unis en cause annulent et compromettent les avantages résultant pour le Canada de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC.

5.155 Le Canada déclare que, lorsqu'ils invoquent la distinction impératif/dispositif comme moyen de défense dans ce différend, les États-Unis prétendent que les mesures en cause laissent au Département du commerce un pouvoir discrétionnaire suffisant pour ne pas traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières, tout en affirmant que les traiter ainsi ne serait pas incompatible avec les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. Pour le Canada cependant, ce pouvoir discrétionnaire qui, selon les États-Unis, est prévu par la disposition restrictive de l'Énoncé et l'expression "la loi autoriserait" qui figure dans le Préambule est tellement réduit que la possibilité pour le Département du commerce d'agir de manière conforme aux règles de l'OMC est en fait supprimée. En d'autres termes, dans la mesure où il existe un quelconque élément de pouvoir discrétionnaire dans ces mesures, celui-ci, de l'avis du Canada, n'est pas de nature à

permettre aux États-Unis d'invoquer la distinction impératif/dispositif comme moyen de défense dans ce différend, parce que l'Énoncé contient des instructions sur la manière d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, et que le Préambule et la pratique des États-Unis sont le reflet de ces instructions.

5.156 Le Canada dit avoir établi dans sa réponse que l'Énoncé donne au Département du commerce des instructions expresses sur la détermination qu'il devrait faire en vertu de la disposition restrictive en ce qui concernent les restrictions à l'exportation. De l'avis du Canada, si cette disposition restrictive laisse un quelconque pouvoir discrétionnaire au Département du commerce, ce pouvoir se limite à vérifier qu'une subvention indirecte alléguée implique une "mesure exécutoire formelle". Si tel est le cas, fait valoir le Canada, le Département du commerce est obligé de conclure que la condition prescrite à l'article 771 5) B) iii) est remplie. Une restriction à l'exportation impliquant par nature une mesure exécutoire formelle, comme cela est d'ailleurs dit expressément dans l'Énoncé, le Canada en déduit que l'Énoncé fait obligation au Département du commerce de conclure, dans le cas d'une restriction à l'exportation, que la condition de l'article 771 5) B) iii) de la Loi et de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC est remplie, et de constater l'existence d'une subvention donnant lieu à des mesures compensatoires si, dans son enquête, il constate qu'il y a bien un "avantage" pour la branche de production objet de l'enquête.

5.157 De même, pour le Canada, les termes du Préambule qui, prétendent les États-Unis, donnent au Département du commerce un pouvoir discrétionnaire suffisant pour ne pas traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières – autrement dit, l'expression "la loi autoriserait" – ne donnent pas aux États-Unis un pouvoir discrétionnaire suffisant pour qu'ils puissent se prévaloir ici avec succès de la distinction impératif/dispositif. Parce que, selon le Canada, l'Énoncé et le Préambule ont déjà déterminé qu'une restriction à l'exportation répond à la condition de la contribution financière, l'étendue du pouvoir discrétionnaire que pourrait donner au Département du commerce l'expression "la loi autoriserait" est donc limitée à l'analyse de l'avantage et de la spécificité.

5.158 Pour le Canada, la mesure dans laquelle les États-Unis ont réduit leur pouvoir discrétionnaire dans le contexte des restrictions à l'exportation ressort de façon particulièrement évidente du passage dans lequel l'Énoncé donne impérativement pour instruction au Département du commerce de considérer les circonstances similaires à celles des affaires du *Cuir* et du *Bois de construction* comme relevant de l'article 771 5) B) iii). En démontrant que, dans ces circonstances particulières, le Département du commerce doit traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière, ce passage, de l'avis du Canada, réfute absolument la position des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial doit en fait donner raison aux États-Unis s'il conclut qu'il peut exister des circonstances dans lesquelles une restriction à l'exportation pourrait être une contribution financière. Le Canada, tout en considérant qu'une restriction à l'exportation ne constitue pas une contribution financière, fait valoir qu'il est bien établi qu'une mesure est incompatible avec les règles de l'OMC si elle impose une action incompatible avec ces règles dans des circonstances particulières, quand bien même, dans d'autres circonstances, cette action ne serait pas nécessairement incompatible avec ces règles.⁶⁷

3. Les affirmations des États-Unis selon lesquelles le Préambule n'a pas d'effet juridique ne rendent pas compte de manière exacte du droit administratif des États-Unis et du rôle du Préambule du texte du Département du commerce

5.159 Selon le Canada, les diverses affirmations des États-Unis selon lesquelles le Préambule du règlement définitif relatif aux droits compensateurs ne sont que le reflet d'"opinions indicatives" ou "tout au plus une déclaration non contraignante du DOC concernant son opinion à l'époque" sont

⁶⁷ Voir *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*, WT/DS56/AB/R, 27 mars 1998.

contraires au droit administratif des États-Unis et ne rendent pas compte de façon exacte du rôle du Préambule. Le Canada note que, selon le droit américain, le Département du commerce est tenu de se conformer à l'interprétation de la loi qu'il a déclarée dans le Préambule, sauf "raison impérieuse de s'en écarter".⁶⁸

5.160 Le Canada déclare que les États-Unis mettent en avant en particulier l'argument selon lequel seul un règlement publié dans le Code of Federal Regulations (CFR) est généralement applicable et doté d'un effet juridique, et prétendent que le défaut de publication du Préambule au règlement définitif du Département du commerce est "une indication sérieuse du fait qu'il est dépourvu d'effet juridique". De l'avis du Canada, cette publication n'est toutefois pas obligatoire selon le droit administratif des États-Unis. Kenneth Culp Davis, spécialiste renommé de ce droit, écrit dans son traité que "les tribunaux ne devraient pas tenir compte de la publication ou du défaut de publication dans le Code des règlements fédéraux pour conclure qu'une déclaration d'un organe gouvernemental est, ou n'est pas, de nature réglementaire". Critiquant la décision rendue dans l'affaire *American Portland Cement Alliance c. EPA* parce que le tribunal y avait invoqué la publication au CFR, le professeur Davis note que, dans cette affaire, le tribunal s'était fondé sur une jurisprudence dépassée, et qu'il lui avait "apparemment échappé" que, dans une affaire ultérieure, la Cour d'appel avait souligné que "la publication ou le défaut de publication au Code des règlements fédéraux n'est rien de plus qu'un "fragment de preuve de l'intention de l'organisme gouvernemental intéressé"". ⁶⁹ En outre, selon le Canada, l'affirmation des États-Unis concernant l'importance de la publication au CFR n'est même pas confirmée par les affaires que citent les États-Unis, qui portaient l'une et l'autre sur la possibilité de réviser un *projet* de règlement, et non un règlement *définitif*. Le Département du commerce a promulgué son règlement relatif aux droits compensateurs, y compris le Préambule, comme définitif et prenant effet à la date de la publication au *Federal Register*. Bien que certaines parties du règlement aient par la suite été codifiées et publiées dans le CFR, cette publication ultérieure, pour le Canada, n'enlève ni n'ajoute rien à la valeur juridique du règlement, y compris le Préambule, tel que publié au *Federal Register*.

5.161 Le Canada fait valoir que l'autre argument essentiel sur lequel se fondent les États-Unis pour demander au Groupe spécial de ne pas tenir compte du texte du Préambule est que, comme ils l'ont affirmé au Groupe spécial, le Département du commerce n'*entendait* pas donner au Préambule un effet juridique. Le Canada affirme cependant qu'il n'a pas pu trouver de déclaration antérieure dans ce sens, et que cette affirmation n'est pas corroborée par les déterminations du Département du commerce, par les décisions des tribunaux américains saisis de ces déterminations, ni par le fait que les États-Unis ont invoqué ce préambule devant d'autres groupes spéciaux de l'OMC en affirmant qu'il avait un effet juridique.

5.162 Le Canada fait valoir que, depuis le 1^{er} janvier 1995, le Département du commerce a invoqué le Préambule du règlement relatif aux droits compensateurs (soit le projet, soit le texte définitif) dans pas moins de 103 déterminations en matière de droits antidumping et de droits compensateurs. Dans aucune de ces affaires, selon le Canada, le Département du commerce n'a fait savoir qu'il ne considérait pas que le Préambule ait un effet juridique ou qu'il invoquait de simples "opinions indicatives" pour fixer les droits dans le cadre de mesures commerciales correctives. Au contraire, il a toujours dit que le Préambule représentait la règle ou l'interprétation applicable, et il l'a purement et simplement appliqué pour déterminer les droits des parties à la procédure. Dans certaines de ces affaires, selon le Canada, le passage cité du Préambule était accompagné d'une disposition réglementaire, dont il donnait un commentaire critique ou à l'interprétation de laquelle il signalait des exceptions, mais, dans beaucoup d'autres, le passage qu'invoquait le Département du commerce figurait dans le Préambule *seulement*. Le Canada rappelle qu'il a indiqué un certain nombre

⁶⁸ *NMB Singapore c. États-Unis*, 780 F. Supp. 823, 827 (Ct. Int'l Trade 1991).

⁶⁹ Kenneth Culp Davis et Richard J. Pierce Jr., *Administrative Law Treaties*, 3^e éd. Supp. 2000 (Boston, Mass.: Little, Brown and Co., 2000) pages 167 et 168.

d'exemples dans lesquels, à son avis, le Département du commerce s'est fondé uniquement sur le Préambule pour établir ses déterminations.⁷⁰

5.163 Pour le Canada, on trouve les exemples les plus frappants de la manière dont le Département du commerce a appliqué les interprétations et méthodes du Préambule, en leur donnant un effet juridique certain dans le débat sur la question de savoir si un avantage est transféré lorsqu'une privatisation est effectuée dans des conditions de pleine concurrence, ainsi que dans les affaires des *Bovins vivants* et de l'*Acier inoxydable* coréen. Parallèlement à ses longs développements sur les restrictions à l'exportation, le Préambule, selon le Canada, traite en détail de la question de savoir si une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence fait disparaître un avantage conféré par une subvention accordée avant la privatisation.⁷¹ À ce sujet, le Département du commerce a déclaré qu'il ne promulguait pas de règlement, en soulignant que la loi lui laissait le pouvoir discrétionnaire de déterminer cas par cas les conséquences du transfert de propriété. Selon le Canada, le Département du commerce a néanmoins déclaré son intention de poursuivre sa pratique antérieure à la création de l'OMC consistant à examiner l'avantage uniquement au moment de l'octroi de la subvention, et que la "méthode de remboursement ou réattribution" qu'il appliquait avant la création de l'OMC, et par laquelle est transmise une partie de l'avantage conféré par les subventions passées "permet d'atteindre l'objectif" consistant à lui conserver son pouvoir discrétionnaire d'établir des déterminations cas par cas. En d'autres termes, selon le Canada, le Département du commerce a tranché la question de droit fondamental – à savoir qu'au moins une partie de l'"avantage" survit à une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence – en déclarant dans le Préambule que les méthodes antérieures à la création de l'OMC restaient applicables, et il a limité l'exercice de son "pouvoir discrétionnaire" à l'application d'une formule servant à calculer le montant de l'avantage. Le Canada déclare que le Département du commerce a continué par la suite à appliquer ses méthodes antérieures à la création de l'OMC à de nombreuses affaires de privatisation postérieures.

5.164 Pour le Canada, les affaires de l'*Acier inoxydable* coréen offrent un autre exemple frappant de la manière dont le Département du commerce a fait application du Préambule pour trancher une question, et dans des circonstances qui montrent à quel point les renvois contenus dans le Préambule aux affaires du *Cuir en provenance d'Argentine* et du *Bois de construction résineux* sont déterminants. Dans un passage du Préambule, le Département du commerce interprète l'article 771 5) D) iii) de la Loi, qui met en application l'article 1.1 a) 1) iii) de l'Accord SMC et cite comme exemple de contribution financière "la fourniture de biens ou de services autres qu'une infrastructure générale". Le Canada dit que, en déclarant que les routes ou les ponts peuvent profiter à des branches de production particulières plutôt qu'à l'ensemble de la société, le Département du commerce renvoie à l'affaire *Certains produits en acier en provenance de Corée*, qui est antérieure à la création de l'OMC – affaire à laquelle renvoient aussi les passages de l'Énoncé et du Préambule concernant les subventions indirectes – dans laquelle le Département du commerce avait conclu que les installations portuaires de Kwangyang Bay ne constituaient pas une "infrastructure générale" aux fins du critère de "spécificité" qu'il appliquait avant la création de l'OMC et ne pouvaient donc pas donner lieu à des mesures compensatoires.⁷² Lorsque la question s'est à nouveau posée dans les affaires de l'*Acier inoxydable* postérieures à la création de l'OMC, note le Canada, le Département du commerce a déclaré:

"L'infrastructure fournie à Kwangyang Bay n'était pas fournie dans l'intérêt général; ... elle ne constitue donc pas une "infrastructure générale". ... L'infrastructure de Kwangyang Bay peut donc donner lieu à des mesures compensatoires. D'ailleurs, l'"Explication des Règles définitives" (le Préambule) accompagnant la nouvelle

⁷⁰ Voir la deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 34.

⁷¹ *Regulations*, 63 Fed. Reg. 65351 à 355 (Annexe C de la première communication écrite du Canada - pièce n° 3 du Canada).

⁷² *Id.*, 65, page 378.

législation en matière de droits compensateurs ... cite expressément l'exemple de l'infrastructure de Kwangyang Bay tiré de l'affaire des produits en acier inoxydable en provenance de Corée comme un exemple des parcs industriels, routes, lignes de chemin de fer et ports qui, ne constituant pas une "infrastructure générale", peuvent donner lieu à des mesures compensatoires ... Voir Règles définitives de la législation en matière de droits compensateurs, 63 FR, 65 pages 378 et 379.⁷³

5.165 Ainsi, selon le Canada, le Département du commerce, en tranchant une question importante dans des affaires postérieures à la création de l'OMC, a conclu que l'interprétation que donne le Préambule de l'expression "infrastructure générale", et en particulier le renvoi qu'il fait à une affaire antérieure à la création de l'OMC dans laquelle il a été décidé que Kwangyang Bay ne constituait pas une "infrastructure générale" ont un caractère réglementaire. De l'avis du Canada, il est difficile de concevoir en conséquence comment le Département du commerce pourrait ne pas considérer que l'interprétation du Préambule concernant les restrictions à l'exportation, et le renvoi à l'affaire des *Bois de construction résineux en provenance du Canada*, ont le même caractère réglementaire lorsque la question en cause est identique.

5.166 Enfin, pour le Canada, l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Préambule n'est que le reflet d'"opinions indicatives" est démentie par la jurisprudence des tribunaux américains et par le fait que les États-Unis ont eux-mêmes invoqué un préambule dans des procédures de règlement des différends de l'OMC. Selon le Canada, devant les tribunaux américains, le Département du commerce invoque le Préambule comme la base légale de ses déterminations, et les tribunaux les confirment sur cette même base.

4. La "pratique" est une mesure et relève de la notion d'"impératif" appliquée par l'OMC

5.167 Le Canada affirme que, comme les États-Unis le savent bien, la "pratique" d'un organisme gouvernemental est une notion d'usage extrêmement fréquent dans le droit des États-Unis. Le Département du commerce renvoie couramment et expressément à sa "pratique" dans ses déterminations relatives aux droits antidumping et aux droits compensateurs, et il donne à cette "pratique" un effet juridique déterminant pour les interprétations et les méthodes qu'il applique, comme le montrent les affaires citées par le Canada.⁷⁴ De plus, fait valoir le Canada, la pratique se rattache aux précédents, en ce sens qu'une interprétation ou une méthodologie prend souvent forme lors d'une affaire ou au fil d'affaires successives et devient la "pratique" à laquelle on se conformera dans les affaires ultérieures. Pour le Canada, donc, une pratique n'est pas une détermination isolée faite dans le cadre d'une affaire de droits compensateurs (même si une détermination est normalement le reflet d'une "pratique"), mais plutôt une volonté institutionnelle de se conformer à des interprétations et à des méthodes déclarées qui se traduit par des déterminations cumulatives.

5.168 Le Canada déclare que, lorsque le Département du commerce publie des règlements en matière de droits compensateurs et de mesures antidumping, il expose sa pratique dans ces textes, y compris dans leur préambule. Cependant, il arrive souvent que sa pratique ne soit pas incorporée dans des règlements. En fait, fait valoir le Canada, jusqu'à la publication des règles de fond définitives sur les droits compensateurs en 1998, le Département du commerce n'avait jamais publié de règlement définitif présentant ses interprétations de la législation américaine quant au fond et les méthodes qu'il appliquerait. En conséquence, pendant une grande partie des 20 dernières années, les interprétations et méthodes qui ont dicté les déterminations du Département du commerce dans les affaires de droits

⁷³ *Feuilles et bandes d'acier inoxydable en rouleaux en provenance de la République de Corée*, 64 Fed. Reg. 30636 et 659 (Département du commerce, 8 juin 1999) (détermination finale) (pièce n° 23 du Canada); *Tôles d'acier inoxydable en rouleaux en provenance de la République de Corée*, 64 Fed. Reg. 15530 et 548 (Département du commerce, 31 mars 1999) (détermination finale) (pièce n° 24 du Canada).

⁷⁴ Voir la deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 40.

compensateurs étaient simplement fonction de sa "pratique". Donc, conclut le Canada, même si cette "pratique" est consignée dans les règlements du Département du commerce lorsque ces derniers sont publiés, elle n'en constitue pas moins pour le Département du commerce une base de décision indépendante, qui est dotée d'un effet juridique qu'elle soit ou non incorporée par ailleurs dans des règlements.

5.169 Que la pratique soit indépendante des règlements, cela ressort à l'évidence pour le Canada de la publication par le Département du commerce d'un *Règlement modifié concernant l'abrogation des ordonnances imposant des droits compensateurs et des droits antidumping*, en réponse à la détermination du Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire des mémoires RAM dynamiques (DRAM) en provenance de Corée.⁷⁵ Dans le préambule de ce règlement, relève le Canada, le Département du commerce a déclaré que, si la décision de l'OMC nécessitait une modification d'une norme, elle n'ôtait rien à la validité de plusieurs aspects de la "pratique" du Département du commerce, qui continueraient d'être appliqués.

5.170 En outre, affirme le Canada, c'est un principe fondamental du droit des États-Unis qu'un organisme gouvernemental ne peut s'écarter de sa pratique et de ses précédents que dans des circonstances étroitement définies, et lorsque le revirement par rapport aux politiques et normes antérieures est exprès, délibéré et dûment expliqué. De l'avis du Canada, ces circonstances étroitement définies ne peuvent être réunies ici, les États-Unis n'ayant manifestement pas l'intention de changer leur manière de traiter les restrictions à l'exportation qui, répètent-ils avec insistance, est licite.

5.171 Le Canada fait valoir que la "pratique" contestée ici est la volonté du Département du commerce de se tenir à un point de vue juridique particulier et d'appliquer une interprétation ou une méthode particulières. En ce qui concerne l'assimilation d'une restriction à l'exportation à une contribution financière, cette pratique comprend d'abord, selon le Canada, celle qui a été suivie par le Département du commerce, avant la création de l'OMC, dans l'affaire du *Cuir en provenance d'Argentine* et du *Bois de construction résineux en provenance du Canada*, celle-ci avant été expressément incorporée dans la pratique actuelle des États-Unis par l'Énoncé et par le Préambule. Elle comprend en outre la pratique suivie par le Département du commerce après la création de l'OMC, et confirmée dans les affaires *Bovins vivants* et *Acier inoxydable en provenance de Corée*, qui sont des exemples cumulatifs illustrant la volonté du Département du commerce d'appliquer la pratique exposée dans le Préambule, et notamment d'appliquer "un critère qui ne soit pas plus étroit que le critère utilisé antérieurement par les États-Unis pour constater l'existence d'une subvention indirecte".

5.172 De l'avis du Canada, parce que le Département du commerce a énoncé sa "pratique" concernant les restrictions à l'exportation dans le Préambule à un règlement définitif relatif aux droits compensateurs qui est en vigueur, il n'y a plus de distinction véritable entre la manière dont le Département du commerce traite les restrictions à l'exportation en vertu de l'Énoncé et du Préambule, et la manière dont il les traite en vertu de sa "pratique". En outre, l'Énoncé et le Préambule sont incompatibles avec les obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord SMC, indépendamment de la "pratique" que le Canada conteste. En ce sens, et bien qu'il considère que la "pratique" est une mesure susceptible de règlement des différends au même titre que n'importe quel loi, règlement ou autre instrument adopté par un Membre, le Canada estime qu'il n'est pas essentiel que le Groupe spécial fasse une constatation relative à la "pratique" pour constater que les autres mesures des États-Unis sont incompatibles avec les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

⁷⁵ 64 Fed. Reg. 51, 239 (Dep't Commerce 22 Sept. 1999) (règle définitive) (pièce n° 109 du Canada).

5.173 Pour le Canada, cependant, la "pratique" est pertinente en ce qui concerne la mise en œuvre par les États-Unis d'une décision de l'OMC en faveur du Canada. Autrement dit, si le Groupe spécial constate que la Loi des États-Unis, telle qu'elle est interprétée par l'Énoncé, le Préambule et la pratique des États-Unis, est incompatible avec l'Accord SMC parce qu'elle impose aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière, le Canada considère que les États-Unis devront, notamment, modifier leur pratique en cessant de traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière pour engager des procédures et faire des déterminations en matière de droits compensateurs. Le Canada déclare qu'il a donc inclus la "pratique" dans les mesures en cause pour souligner ce point, et il demande au Groupe spécial de recommander expressément aux États-Unis de mettre leurs mesures en conformité avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC, y compris en cessant de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

5. Observations sur la thèse développée par les États-Unis dans leur déclaration orale concernant l'Accord SMC

5.174 De l'avis du Canada, la question centrale dans ce différend, depuis le début, est de savoir si traiter les restrictions à l'exportation comme le prescrivent les mesures des États-Unis est incompatible avec la définition de l'expression "contribution financière" à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC; cette question dépend nécessairement de la manière dont on interprète cette disposition en donnant aux mots leurs sens ordinaire, et en tenant compte du contexte, ainsi que de l'objet et du but de l'Accord. Le Canada fait valoir que, comme il l'a expliqué dans sa première déclaration orale, la tentative des États-Unis pour faire entrer les restrictions à l'exportation dans la définition de la contribution financière dénote une application profondément défectueuse de ces principes d'interprétation des traités.

5.175 Le Canada affirme que les États-Unis redéfinissent purement et simplement le mot critique "to direct" pour lui donner le sens de "to cause" dans son acception la plus large, par extrapolation de définitions extraites hors contexte des dictionnaires. Le Canada déclare que le mot "directs" à l'article 1.1 a) 1) iv) signifie que les pouvoirs publics doivent donner à l'"organisme privé" l'instruction impérative d'exécuter une action donnée, alors que la définition de ce mot retenue par les États-Unis – "réguler le cours de, ou amener quelque chose ou quelqu'un à se déplacer dans une direction spécifique" – a un sens tout différent. En outre, selon le Canada, et comme il l'a expliqué dans sa première déclaration orale, il est évident que le mot "directs", même dans la définition qu'en donnent les États-Unis, ne peut pas s'appliquer à une restriction à l'exportation. Et, ce qui est encore plus important, le mot "causes" ne figure pas du tout dans le texte de l'alinéa iv).

5.176 En outre, note le Canada, les États-Unis font valoir que la question de savoir si une certaine restriction à l'exportation remplit toutes les conditions requises pour constituer une "subvention au sens de l'article 1.1" ne peut être tranchée que sur la base d'un examen des preuves concrètes produites dans chaque espèce. Si, pour le Canada, il est vrai que la question de savoir si "un avantage est ainsi conféré" au sens de l'article 1.1 b) nécessiterait un examen des preuves, ce n'est pas l'"avantage" qui est en cause ici. Le Canada soutient que, si le Groupe spécial convient avec lui qu'une restriction à l'exportation n'est pas "une contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), la question de l'"avantage" ne se posera jamais, puisque aucune action ne pourra jamais être régulièrement introduite au motif qu'une restriction à l'exportation constitue une "subvention".

5.177 Le Canada note que les États-Unis prétendent aussi qu'il n'y a pas de risque de s'engager sur une "pente glissante", ce qui amènerait à conclure qu'une multitude de mesures réglementaires des pouvoirs publics relèvent de l'alinéa iv) tel qu'ils l'interprètent. De l'avis du Canada, un simple exemple permettra de démontrer leur erreur. Que l'on suppose que, en réaction à la réduction ou à l'élimination d'un droit, les importateurs accroissent leurs importations d'un produit, et que cela entraîne éventuellement un accroissement de l'offre intérieure et, dans certaines conditions

économiques, la baisse du prix du marché de ce produit pour les utilisateurs en aval: selon l'interprétation que les États-Unis donnent de l'alinéa iv), et la façon dont ils conçoivent les restrictions à l'exportation, le gouvernement, en réduisant le droit, aurait alors "chargé" les importateurs de "fournir des biens" aux utilisateurs nationaux, ou le leur aurait "ordonné". Pour le Canada, comme pour les Communautés européennes, des mesures des pouvoirs publics telles que la réduction des droits d'importation ne sont absolument pas au nombre de celles qui constituent une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1).

5.178 Enfin, dit le Canada, en réponse aux arguments avancés à la fois par le Canada et les Communautés européennes concernant la capacité des producteurs soumis à une restriction à l'exportation de s'adapter aux conditions du marché, les États-Unis continuent de prétendre qu'une restriction à l'exportation n'en est pas moins une action des pouvoirs publics consistant à "charger ou ordonner" de "fournir des biens" qui peut donner lieu à une mesure compensatoire si elle remplit les conditions de l'avantage et de la spécificité. Le Canada note que la liberté des producteurs de s'adapter à l'imposition d'une restriction à l'exportation fait ressortir à l'évidence qu'il n'y a pas d'action consistant "à charger ou ordonner" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv). De l'avis du Canada, l'ordre donné par les pouvoirs publics de ne pas entreprendre une action ne suffit pas à constituer, au sens de l'alinéa iv), un ordre d'entreprendre une autre action.

F. DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

1. Introduction

5.179 Pour résumer, les États-Unis soulignent que, ce qui est en cause, c'est une catégorie de mesures – les restrictions à l'exportation – qui sont considérées comme des "subventions" dans le sens normal, économique, du terme. Selon les États-Unis, c'est ainsi que le Secrétariat de l'OMC et les organismes des Nations Unies, pour ne citer que quelques exemples, les ont qualifiées. Malgré cela, le Canada cherche à prouver que, techniquement, une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention aux fins de l'Accord SMC. De l'avis des États-Unis, le Canada avance cet argument sans fournir le moindre élément de preuve concernant la nature et le fonctionnement des restrictions à l'exportation dans le monde réel, et il le fait bien que, en tant que plaignant, ce soit à lui qu'incombe le fardeau de la preuve qui, dans cette espèce, est une preuve négative.

5.180 Deuxièmement, pour les États-Unis, il n'y a pas ici de différend réel, tangible. Le Canada ne conteste pas l'imposition d'un droit compensateur. En fait, depuis la création de l'OMC, le DOC n'a imposé de droits compensateurs à l'égard d'aucune restriction des exportations, ni à l'encontre du Canada ni à l'encontre d'autres Membres. Le Canada ne prétend pas non plus qu'il y ait une loi ou un règlement des États-Unis qui, à première vue, serait incompatible avec un accord de l'OMC. Ce que fait valoir réellement le Canada, selon les États-Unis, c'est sa conviction que, si le DOC avait jamais à se poser la question, il interpréterait sa loi qui est conforme aux règles de l'OMC de telle façon qu'elle s'appliquerait aussi aux restrictions à l'exportation. Mais il ne s'agit pas là, selon les États-Unis, de la contestation d'une mesure "prise" au sens du Mémoire d'accord.

5.181 Troisièmement, les États-Unis, nonobstant le fait que la demande devrait être rejetée pour des raisons de procédure, et malgré le caractère abstrait de la contestation du Canada, font valoir que le Canada a tort sur le fond. Les États-Unis disent qu'ils ont démontré, par l'analyse du texte de l'Accord SMC et de son contexte, ainsi que de l'objet et du but de l'Accord, que le Canada prétend à tort qu'une restriction à l'exportation ne saurait jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention. C'est pourquoi, bien qu'ils pensent que le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner au fond les allégations du Canada, les États-Unis considèrent aussi que, si le Groupe spécial décidait de les examiner, il lui faudrait les rejeter.

2. La doctrine impératif/dispositif

5.182 Ni le Canada ni les Communautés européennes – et cela est significatif pour les États-Unis – ne contestent que la doctrine impératif/dispositif conserve sa validité. Ainsi, la seule vraie question dont est saisi le Groupe spécial est de savoir si les prétendues "mesures" indiquées par le Canada font obligation au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.

a) Article 771 5)

5.183 En ce qui concerne l'article 771 5) de la *Loi douanière de 1930*, les États-Unis notent que le Canada concède que la Loi, à première vue, "ne traite pas expressément des restrictions à l'exportation".⁷⁶ Il a été obligé de le concéder, selon les États-Unis, parce qu'il avait reconnu en 1995, dans ses observations au DOC, que l'article 771 5) "adopt[ait] une définition du terme "subvention" qui était en substance la même que celle figurant dans l'Accord sur les subventions".⁷⁷ Pour les États-Unis donc, selon la doctrine impératif/dispositif, l'article 771 5) ne viole pas les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

b) L'Énoncé

5.184 Les États-Unis soutiennent que les parties conviennent aussi que l'Énoncé représente l'interprétation "officielle" de l'article 771 5). Cependant, les États-Unis pensent avoir démontré que tout ce que l'Énoncé dit de manière "officielle", c'est que le DOC doit se conformer à la norme fixée à l'article 771 5) de la Loi qui, comme le reconnaît le Canada, est conforme aux règles de l'OMC.⁷⁸ Pour les États-Unis donc, selon la doctrine impératif/dispositif, même si l'Énoncé constituait une mesure distincte, relevant du mandat du Groupe spécial, il ne violerait pas les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

c) Le Préambule

5.185 Les États-Unis notent que les parties conviennent que le préambule d'un texte réglementaire peut servir à interpréter un règlement d'un organisme gouvernemental. Plus précisément, la jurisprudence des États-Unis montre que le préambule d'un texte réglementaire peut être utilisé comme preuve de la façon dont un organisme gouvernemental comprend les règles qu'il propose au moment où il les propose.⁷⁹ Cependant, en ce qui concerne le préambule en cause, affirment les États-Unis, le DOC n'a pas promulgué un règlement, et le préambule n'a pas non plus été repris dans le *Code of Federal Regulations*. Les États-Unis déclarent qu'ils ont démontré que, selon le droit des États-Unis, le Préambule en cause n'a pas un caractère obligatoire à l'égard du DOC.⁸⁰

5.186 En outre, ce que fait oublier le débat sur un principe obscur du droit administratif des États-Unis c'est que, selon les États-Unis, le Préambule, quand bien même il aurait un caractère obligatoire à l'égard du DOC, n'exprime pas une interprétation du DOC selon laquelle l'article 771 5) lui *impose* de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières). Au contraire, le Préambule exprime simplement l'opinion indicative du DOC selon laquelle la loi "autoriserait" celui-ci à traiter une restriction à l'exportation comme une subvention

⁷⁶ Première communication du Canada, paragraphe 32.

⁷⁷ *Demande de mesures préliminaires des États-Unis* ("*Demande des États-Unis*"), paragraphe 43, citant la pièce n° 11 des États-Unis.

⁷⁸ Voir, par exemple, la *demande des États-Unis*, paragraphes 35 à 39 et 75 à 79, ainsi que les réponses des États-Unis à la question n° 1 (première série) et aux questions n° 15, 27 et 31 à 33 (deuxième série).

⁷⁹ *Demande des États-Unis*, paragraphe 81 et affaire citée dans ce paragraphe.

⁸⁰ *Id.*, paragraphes 80 à 83 et affaires citées dans ces paragraphes, *déclaration orale des États-Unis*, paragraphes 17 à 31 et affaires citées dans ces paragraphes.

- autrement dit, il serait possible d'interpréter la loi notamment d'une manière qui permette de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention.⁸¹

5.187 Pour les États-Unis donc, conformément à la doctrine impératif/dispositif, le Préambule ne viole pas les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC parce que 1) il n'a pas un caractère obligatoire à l'égard du DOC et que 2) même s'il avait un caractère obligatoire, il n'oblige pas le DOC à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.

d) La "pratique" des États-Unis

5.188 Les États-Unis notent que le Canada ne conteste pas le fait que, dans aucune affaire postérieure à la création de l'OMC, le DOC n'a décidé qu'une restriction à l'exportation était une subvention. Les États-Unis disent encore que le Canada ne conteste pas non plus le fait que, même si le DOC avait adopté une telle décision, celle-ci ne le lierait pas selon le droit des États-Unis.⁸² Pour les États-Unis donc, en vertu de la doctrine impératif/dispositif, la "pratique" des États-Unis – ce terme étant compris dans le sens habituel de précédent d'un organisme gouvernemental – ne violerait, aucune obligation qu'auraient assumée les États-Unis dans le cadre de l'OMC de ne pas traiter une restriction à l'exportation comme une subvention.

5.189 Cependant, font valoir les États-Unis, la définition que le Canada a donnée de la "pratique" a fluctué tout au long de ce différend. Selon eux, dans son dernier avatar, cette "pratique" est une prétendue "volonté administrative" de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, en d'autres termes, l'état d'esprit prétendu du DOC en tant qu'institution. Cependant, dans aucune de ses communications, le Canada n'a expliqué comment une "volonté administrative" – quoi qu'on entende par là – a un caractère obligatoire selon le droit des États-Unis. Donc, même si cette "volonté administrative" pouvait constituer une mesure aux fins du Mémoire d'accord, le Canada, pour les États-Unis, n'a pas démontré le "quelque chose" en question fait obligation au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.⁸³ Ainsi, selon la doctrine impératif/dispositif, affirment les États-Unis, une "volonté administrative" comme celle qui a été alléguée ne viole pas les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

e) Les mesures considérées ensemble

5.190 Pour les États-Unis, le Canada a fait valoir que, même si individuellement les textes qu'il a indiqués n'obligent pas le DOC à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, ils l'obligent à le faire lorsqu'ils sont "considérés ensemble".⁸⁴ Cependant, les États-Unis font valoir que, dans les communications du Canada, on ne trouve pas la moindre explication – et encore moins une démonstration – de la manière dont, selon le droit des États-Unis en général, des mesures qui, individuellement, n'obligent pas un organisme gouvernemental à agir d'une certaine manière peuvent le faire lorsqu'elles sont considérées collectivement. On n'y trouve pas non plus de démonstration de la manière dont, selon le droit des États-Unis, les textes précis en cause font collectivement obligation au DOC de traiter des restrictions à l'exportation comme des subventions. Pour les États-Unis, cette lacune dans l'argumentation du Canada est due au fait que l'affirmation fondamentale du Canada est purement et simplement fausse en ce qui concerne le droit américain. Ainsi, en vertu de la doctrine

⁸¹ *Demande des États-Unis*, paragraphe 80.

⁸² Les États-Unis renvoient, pour des explications sur le caractère non obligatoire des précédents des organismes gouvernementaux, aux paragraphes 84 et 85 de la demande des États-Unis, et à la réponse des États-Unis à la question n° 16 d) (deuxième série).

⁸³ Les États-Unis renvoient à la réponse des États-Unis à la question n° 16 d) (deuxième série) expliquant pourquoi une "volonté administrative" ne saurait avoir de caractère obligatoire dans le droit des États-Unis.

⁸⁴ *Déclaration orale du Canada*, paragraphe 8.

impératif/dispositif, les mesures considérées ensemble ne violent pas, selon les États-Unis, les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

3. Aucune des mesures indiquées par le Canada ne viole l'une ou l'autre des dispositions des Accords de l'OMC que le Canada a invoquées

5.191 Les États-Unis rappellent l'explication qu'ils ont donnée aux paragraphes 44 à 51 de la *déclaration orale des États-Unis* et dans leur réponse à la question n° 17 (deuxième série), à savoir que la plupart des "mesures" indiquées par le Canada ne sauraient constituer une violation d'une des dispositions des Accords de l'OMC que le Canada a invoquées dans cette affaire.

5.192 De l'avis des États-Unis, aucune de ces mesures ne peut violer l'article 1.1, parce que cet article est un article consacré aux définitions et qui, en soi, n'impose pas d'obligations. De même, aucune de ces mesures ne peut violer l'article 10 (ni les articles 11, 17 et 19, puisqu'ils se rapportent aux prescriptions de l'article 10), parce que ces dispositions visent les mesures qui sont prises dans le cadre d'une procédure concrète en matière de mesures compensatoires, et que le Canada ne conteste aucune mesure de ce genre. L'article 32.1 n'est pas non plus applicable, parce qu'il vise des "mesure[s] particulière[s] contre une subvention accordée par un autre Membre", et que le Canada ne conteste pas non plus de mesure de ce type.

5.193 Les États-Unis affirment donc que les seules dispositions qui puissent, peut-être, s'appliquer à la contestation de mesures "en tant que telles" sont les articles 32.5 de l'Accord SMC et XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, qui tous deux visent les "lois, réglementations et procédures administratives". De manière générale, pour qu'il y ait violation de l'une ou l'autre de ces dispositions, il faudrait qu'une loi, réglementation ou procédure administrative viole une autre disposition d'un accord conclu dans le cadre de l'OMC. Dans le contexte de la présente affaire, selon les États-Unis, une loi, réglementation ou procédure administrative ne violerait ces dispositions que si elle prescrivait impérativement des mesures incompatibles avec les articles 1.1, 10 (ou 11, 17 et 19), ou encore 32.1 de l'Accord SMC.

5.194 De l'avis des États-Unis, la seule mesure en cause dans cette affaire qui puisse peut-être relever de l'article 32.5 ou de l'article XVI:4 est l'article 771.5), qui est une "loi". Cependant, font valoir les États-Unis, le Canada concède que cet article, à première vue, n'est contraire à aucune des dispositions qu'il a invoquées, et les États-Unis ont montré que cette conclusion reste la même si l'on interprète l'article 771.5) à la lumière de l'Énoncé. Donc, concluent les États-Unis, l'article 771.5) ne viole ni l'article 32.5, ni l'article XVI:4.

5.195 En ce qui concerne les autres "mesures", les États-Unis affirment qu'elles ne relèvent en aucun cas de l'article 32.5 ou de l'article XVI:4. Ni l'Énoncé, ni le Préambule, ni la "pratique" définie de façon inconsistante par le Canada ne constituent une "loi", une "réglementation" ou une "procédure administrative" au sens de ces dispositions.

4. Le Canada a échoué dans sa tentative pour démontrer qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention

5.196 En ce qui concerne l'allégation du Canada selon laquelle une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention au sens de l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1), les États-Unis réitèrent leur point de vue, qui est que le Groupe spécial n'a pas à aborder cette question, et qu'il ne doit pas l'aborder.⁸⁵ Si le Groupe spécial décidait néanmoins de le faire, les États-Unis affirment qu'ils ont démontré qu'une restriction à l'exportation est susceptible de satisfaire au critère de l'alinéa iv).

⁸⁵ Voir par exemple la réponse des États-Unis à la question n° 39 (deuxième série).

a) Les mots "charge ou ordonne"

5.197 Les États-Unis relèvent que, pour l'essentiel, l'argumentation du Canada porte sur la condition "charge ou ordonne" de l'alinéa iv). Les États-Unis affirment cependant qu'ils ont déjà démontré que, dans des circonstances appropriées, une restriction à l'exportation peut satisfaire à cette condition si l'on attribue à ces termes leur sens ordinaire. "To direct" signifie "amener à s'engager dans une voie spécifique", "amener (quelque chose ou quelqu'un) à prendre une orientation particulière".⁸⁶ Selon les États-Unis, le Canada ne peut rien trouver dans ces définitions qui puisse en exclure les restrictions à l'exportation.

5.198 Les États-Unis notent que la thèse du Canada en ce qui concerne le critère "charge ou ordonne" est essentiellement articulée autour de trois arguments. Premièrement, le Canada élève des objections aux définitions des dictionnaires qui donnent à "directs" un sens causal, et il cherche à y ajouter un élément supplémentaire, à savoir qu'il faut "une instruction impérative de faire quelque chose" de positif, et pas seulement de s'abstenir de faire quelque chose.⁸⁷ Deuxièmement, le Canada, de même que les Communautés européennes, fait valoir qu'une restriction à l'exportation ne peut jamais satisfaire au critère "charge ou ordonne", parce que le producteur du bien soumis à restriction a d'autres solutions que de vendre ce bien sur le marché intérieur – il peut par exemple produire un autre bien, produire un produit d'aval ou changer d'activité. Troisièmement, le Canada fait valoir que, si l'approche qu'il préconise n'est pas acceptée, on se trouvera entraîné sur une "pente glissante" qui conduira à prendre des mesures compensatoires à l'encontre de toutes les mesures réglementaires des pouvoirs publics.

i) *L'"Instruction officielle"*

5.199 En ce qui concerne le premier argument du Canada, les États-Unis rappellent que le Canada affirme que, dans le cas d'une restriction à l'exportation, l'ordre qui est donné, la "voie" qui doit être suivie, n'est pas de fournir des biens sur le marché intérieur, mais de "ne pas exporter". Chose intéressante, selon les États-Unis, le Canada admet que les restrictions à l'exportation indiquent une "voie" à suivre.⁸⁸ Le Canada fait valoir, cependant, qu'il doit y avoir une "instruction impérative" ou un "ordre ... de faire quelque chose" pour que l'on puisse parler de "voie à suivre".⁸⁹ Selon les États-Unis, le Canada ne cite aucun texte appuyant cette affirmation, se contentant d'affirmer que les définitions des dictionnaires à retenir sont celles qu'il préfère.⁹⁰

⁸⁶ *Première communication des États-Unis*, paragraphe 31. À cet égard, les États-Unis ne concèdent pas, comme le dit le Canada au paragraphe 19 de sa *déclaration orale*, que l'on peut ne pas tenir compte du mot "entrusts" (charge): il peut très bien se produire des cas où une restriction à l'exportation constitue le mécanisme par lequel les pouvoirs publics "chargent" un organisme privé de fournir une contribution financière au sens de l'alinéa iv). Si, cependant, comme les États-Unis l'ont démontré, le mot "directs" (ordonne) peut s'appliquer à une restriction à l'exportation, il n'y a plus de controverse au sujet du mot "entrusts" en ce qui concerne les allégations du Canada dans le présent différend.

⁸⁷ Les États-Unis font valoir que, de façon significative, cette approche est incompatible avec l'interprétation que le Canada lui-même faisait, à l'époque, de l'adoption de sa loi, de l'expression "charge ou ordonne", parce que la loi canadienne en matière de droits compensateurs n'exige pas une "instruction impérative", et considère au contraire qu'il y a contribution financière si un gouvernement "autorise ou charge" un organisme privé de faire quelque chose. Voir la *première communication des États-Unis*, paragraphe 37, note 34.

⁸⁸ *Déclaration orale du Canada*, paragraphe 20 (or, la "voie spécifique" à suivre dans le cas d'une restriction à l'exportation, est, *non pas* de fournir des biens, mais de "ne pas exporter"). (les italiques sont dans l'original)

⁸⁹ *Id.*, paragraphe 21.

⁹⁰ Les États-Unis affirment que le Canada cherche à soutenir que, parce que les rédacteurs ont aussi utilisé le mot "cause" dans d'autres dispositions de l'Accord SMC, cela signifie qu'ils ont voulu attribuer à "direct" un sens différent de son sens ordinaire. À propos de cet argument, les États-Unis font trois observations. Premièrement, l'Organe d'appel a reconnu que des mots différents peuvent avoir des significations

5.200 De plus, disent les États-Unis, le Canada ne tient pas compte des diverses formes que peut revêtir une restriction à l'exportation (problème qui ne se poserait pas si le Canada avait présenté une plainte reposant sur des faits concrets). On peut supposer que, même dans l'interprétation du Canada, il serait satisfait au critère "charge ou ordonne" si une restriction à l'exportation était accompagnée d'une instruction du gouvernement selon laquelle le produit soumis à restriction doit être transformé dans le pays. Au mieux, selon les États-Unis, le Canada cherche à faire prévaloir la forme sur le fond. Lorsqu'un producteur national a pour activité de vendre un produit, une restriction à l'exportation, selon les États-Unis, *peut être* un ordre de vendre (c'est-à-dire de fournir des biens) aux acheteurs nationaux dans n'importe quel contexte commercial normal.

5.201 En outre, selon les États-Unis, le mot "directs", au sens où il est employé à l'alinéa iv), contient des éléments de causalité, comme cela est reconnu dans la question n° 11 c) (deuxième série). Pour les États-Unis, la question de savoir si une restriction à l'exportation amène ou non un producteur à vendre sur le marché intérieur est une question de fait, à laquelle il ne peut être répondu que concrètement dans chaque espèce. Ce qui est important pour les États-Unis aux fins du présent différend, c'est que le Canada et les États-Unis semblent d'accord pour penser qu'une restriction à l'exportation est susceptible d'entraîner l'effet requis. Dans sa déclaration orale, le Canada a affirmé ce qui suit:

"Plus précisément, les États-Unis prétendent que, face à une restriction à l'exportation, les producteurs nationaux n'ont qu'un seul choix économique, qui est de vendre le bien soumis à restriction aux acheteurs nationaux. Du point de vue économique, cela est absolument faux. Une restriction à l'exportation *n'a pas inévitablement pour effet* de forcer les producteurs nationaux à vendre le bien considéré sur le marché intérieur."⁹¹

5.202 Pour les États-Unis, par le membre de phrase "n'a pas inévitablement pour effet", le Canada reconnaît implicitement qu'une restriction à l'exportation "pourrait" avoir pour effet de forcer les producteurs nationaux du bien soumis à restriction à vendre sur le marché intérieur. Selon les États-Unis, le Canada cherche à gagner sur les deux tableaux. D'une part, il reconnaît que, en théorie, une restriction à l'exportation pourrait obliger un producteur national du bien soumis à restriction à vendre ce bien sur le marché intérieur. D'autre part, il affirme essentiellement que cela ne pourrait jamais se produire dans le monde réel, sans offrir une parcelle de preuve à l'appui de cette affirmation factuelle.

interchangeables ou des sens qui se recoupent. *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 25 septembre 1997, paragraphe 203 (l'Organe d'appel a conclu que, malgré des différences dans la formulation de l'article 1.3 de l'*Accord sur les licences* et de l'article X:3 a) du GATT de 1994, ces deux dispositions avaient un champ d'application identique). Deuxièmement, dans la mesure où le Canada soutient que le mot "directs" à un sens particulier à l'alinéa iv), il lui appartient, selon les principes coutumiers du droit international public, de prouver que telle était l'intention des rédacteurs. *Convention de Vienne sur le droit des traités*, article 31 4). Troisièmement, les États-Unis font observer que la note 1 de l'*Accord SMC* prouve que les rédacteurs savaient comment procéder pour exclure certaines pratiques du champ d'application de l'article 1.1, mais qu'ils ne l'ont pas fait en ce qui concerne les restrictions à l'exportation.

⁹¹ *Déclaration orale du Canada* (18 janvier 2001), paragraphe 42. (les italiques ne sont pas dans l'original) Les États-Unis font valoir que, bien entendu, ils n'ont pas affirmé qu'une restriction à l'exportation aura toujours l'effet supposé. Leur position est simplement que l'on ne peut pas dire qu'une restriction à l'exportation ne pourrait jamais avoir l'effet supposé.

ii) *Les "autres choix possibles"*

5.203 Les États-Unis font valoir que la deuxième tentative du Canada pour contourner par des arguties le sens ordinaire des termes "charge ou ordonne" repose sur son argument des "autres choix possibles". Le Canada et les Communautés européennes font valoir que, face à une restriction à l'exportation, les producteurs ont le choix, et peuvent décider de produire un autre produit, de ne pas produire du tout ou de se mettre à produire le produit d'aval.⁹²

5.204 Cependant, disent les États-Unis, il peut y avoir des situations dans lesquelles, dans les faits, le producteur du produit soumis à restriction n'a pas ce choix. D'ailleurs, comme il est expliqué dans la section précédente, le Canada a, de l'avis des États-Unis, admis implicitement cette possibilité, et il n'a pas prouvé que, dans la réalité, il ne pourra jamais se produire de cas où les possibilités théoriques qu'il évoque n'existent pas.

5.205 De toute façon, selon les États-Unis, hormis peut-être le cas d'un régime d'économie dirigée, c'est-à-dire d'une économie qui n'est pas une économie de marché (cas qu'il est inutile d'aborder dans la présente affaire qui ne porte que sur des hypothèses), un producteur a toujours le choix. Si un gouvernement "ordonne" à une banque de consentir un prêt à une société, la banque peut toujours refuser. Certes, son refus peut avoir des conséquences, mais elle a quand même le choix. Pour les États-Unis, cette réalité commerciale n'est pas différente s'agissant d'une restriction à l'exportation.

5.206 En fait, soutiennent les États-Unis, même si l'on applique le critère du Canada et des CE – une instruction officielle de vendre à des conditions préalablement définies –, le producteur aura encore le choix entre produire un produit différent, cesser son activité ou commencer à produire le produit d'aval. Cependant, si l'existence d'une possibilité de choix dans ce genre de situations signifiait qu'il ne peut y avoir subvention, alors, pour les États-Unis, l'alinéa iv) serait vraiment dépourvu de sens – il ne pourrait y avoir de subventions financées par les producteurs.⁹³

5.207 Pour les États-Unis, l'argument selon lequel il ne peut y avoir de subvention parce qu'il existe un choix théorique vide l'Accord SMC de son sens. Les États-Unis notent que le Canada a déclaré que les subventions faussent l'avantage comparatif⁹⁴ et, selon les États-Unis, c'est précisément ce que peut faire une restriction à l'exportation. Tout en notant qu'ils ne peuvent raisonner que dans l'abstrait, parce qu'il n'y a pas de faits en cause, les États-Unis proposent un exemple: celui d'un marché reposant sur l'avantage comparatif et libre de toute restriction à l'exportation, dans lequel un intrant serait exporté vers un marché différent pour y être transformé parce que c'est financièrement avantageux. À cause d'une restriction à l'exportation, le producteur de cet intrant (pour qui il n'y aurait autrement aucune justification économique à le faire) commence à transformer le produit, augmentant ainsi artificiellement la production intérieure du produit d'aval au détriment des producteurs étrangers. Selon les États-Unis, le Canada prétend que tout cela ne relève en rien de l'Accord SMC, parce que le producteur a des choix.

5.208 Pour les États-Unis, le vrai problème est qu'une restriction à l'exportation peut amener le producteur à fournir à l'industrie nationale de transformation des biens qui n'auraient pas été fournis sans la restriction à l'exportation. Donc, de l'avis des États-Unis, la question principale, telle qu'elle est posée dans la question n° 11 c) (deuxième série) est celle de savoir s'il y a un lien de causalité

⁹² *Id.*, paragraphe 40. Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes ajoutent la condition que le bien soit fourni à des conditions préalablement définies. *Communication des CE*, paragraphes 25 à 27. Les États-Unis pensent avoir suffisamment répondu à cet argument des CE dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial.

⁹³ Les États-Unis notent que le Canada dit qu'il a maintenant renoncé à soutenir, comme il le faisait auparavant, qu'il ne peut y avoir de subvention s'il n'y a pas de coût pour le gouvernement. *Id.*, paragraphe 27.

⁹⁴ Pièce n° 106 du Canada.

suffisant entre d'une part l'action des pouvoirs publics lorsqu'ils instaurent et appliquent une restriction à l'exportation, et d'autre part la fourniture du bien par le producteur national dans des conditions où elle n'aurait pas sinon eu lieu sur le marché.

iii) *La "pente glissante"*

5.209 Les États-Unis disent que, pour appuyer sa position selon laquelle il ne faut pas tenir compte du sens ordinaire des termes "charge ou ordonne", le Canada avance un dernier argument, celui de la "pente glissante" ou de la "catastrophe".⁹⁵ Selon les États-Unis, une partie de la tactique du Canada consiste à extraire quelques mots des communications des États-Unis, par exemple "équivalence fonctionnelle" et "similitude conceptuelle", en les qualifiant de "notions de portée non limitée".⁹⁶ Cependant, disent les États-Unis, les arguments du Canada débordent largement le domaine des restrictions à l'exportation, pour s'étendre à toutes les subventions indirectes.

5.210 De toute façon, pour les États-Unis, il n'y a absolument aucun fait à l'appui des prédictions catastrophes du Canada. Ce qui le montre bien, c'est que, dix ans après l'affaire du *Cuir en provenance d'Argentine* et les six ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, la catastrophe n'a pas eu lieu. En fait, affirment les États-Unis, le Canada ne peut même pas trouver de faits réels sur lesquels fonder sa plainte. En fait, en ce qui concerne les restrictions à l'exportation, les États-Unis n'ont même jamais eu l'occasion d'examiner, selon le droit postérieur à la création de l'OMC, si une restriction à l'exportation donnait lieu à une contribution financière. Et même, font valoir les États-Unis, si l'on remonte encore plus loin dans le passé, et que l'on se penche sur les déterminations rendues avant la création de l'OMC, on constate que dans l'affaire *Bois de construction III*, le DOC a constaté que les restrictions à l'exportation, dans trois des quatre provinces considérées, ne satisfaisaient pas au critère qu'appliquait le DOC à l'époque, critère que le Canada et les Communautés européennes prétendent faussement être celui qui est appliqué en vertu du droit actuel.

5.211 Pour les États-Unis, le plus important à propos de l'argument de la "pente glissante", cependant, est que le critère "charge ou ordonne" – qui figure à la fois dans la loi des États-Unis et à l'alinéa iv) – exige une relation de causalité. Les États-Unis font valoir que certaines restrictions à l'exportation peuvent satisfaire à ce critère, et certaines autres non. Même pour les restrictions à l'exportation qui pourraient satisfaire à ce critère, les conditions de l'avantage et de la spécificité auront pour effet d'exclure certaines restrictions à l'exportation et certains autres types de mesures indirectes prises par les pouvoirs publics de la catégorie des subventions donnant lieu à une action.⁹⁷

⁹⁵ Voir, par exemple, la déclaration orale du Canada, paragraphe 25 ("le point de vue des États-Unis signifie que toute mesure des pouvoirs publics ayant des effets sur le marché (c'est-à-dire sur les acheteurs et vendeurs individuels) reviendrait à "charge[r] un organisme privé" de faire quelque chose ou à lui "ordonner" de le faire ("entrust or direct a private body")).

⁹⁶ *Id.*, paragraphe 27.

⁹⁷ Selon les États-Unis, les CE emploient une espèce d'"argument inversé de la pente glissante" lorsqu'elles prétendent que les restrictions à l'exportation peuvent relever de l'article XI du GATT de 1994. En droit, selon les États-Unis, cet argument est manifestement erroné et contraire aux positions prises précédemment par les CE. Les États-Unis notent que, dans l'affaire *Indonésie – Certaines mesures affectant l'industrie automobile*, WT/DS54/R-WT/DS55/R-WT/DS59/R-WT/DS64/R, rapport du Groupe spécial adopté le 23 juillet 1998, paragraphes 14.29 à 14.36, le Groupe spécial avait convenu avec les États-Unis, le Japon et les CE qu'une mesure pouvait donner lieu à la fois à une action en vertu de l'Accord SMC et à une action en vertu de l'article III du GATT de 1994. Le Groupe spécial avait relevé en particulier l'existence de la note 56 de l'article 32.1 de l'Accord SMC, qui précise qu'il reste possible de prendre des mesures contre des subventions en vertu d'autres dispositions du GATT de 1994. *Id.*, paragraphe 14.36, note 659. Pour les États-Unis, sur le plan des faits, l'argument du Canada est manifestement erroné, parce que toutes les restrictions à l'exportation ne violent pas l'article XI et que même celles qui le violent peuvent éventuellement faire l'objet d'une ou de plusieurs exceptions au titre de l'article XX du GATT de 1994.

b) Les mots "organisme privé"

5.212 Les États-Unis affirment qu'ils ont déjà montré que les définitions des dictionnaires dans de multiples langues détruisent complètement l'interprétation singulière que le Canada fait de l'expression "organisme privé"⁹⁸, et ils font aussi valoir que même les Communautés européennes ne suivent pas le Canada dans sa tentative pour ajouter la condition, inventée de toutes pièces, d'un "ensemble organisé".⁹⁹

c) Exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement du ressort des pouvoirs publics et qui ne diffèrent pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics

5.213 En ce qui concerne les derniers éléments de l'alinéa iv), disent les États-Unis, le Canada n'explique pas pourquoi une restriction à l'exportation n'est pas susceptible d'y satisfaire.¹⁰⁰ Il se contente d'affirmer que tel est le cas, sans donner d'explication de ce que ces éléments signifient.

5.214 Les États-Unis rappellent que ces éléments sont étudiés plus en détail dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial. Ils rappellent que, à leur avis, les expressions "normalement de leur ressort" et "pratique normale des pouvoirs publics" visent les fonctions en matière de perception des impositions et de subventions, et affirment que cette position est confirmée par le seul texte pertinent à cet égard, le *Rapport sur l'Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*, qui parle du "soin de percevoir les impositions et de verser les subventions".

d) Objet et but

5.215 Les États-Unis disent que le Canada et les Communautés européennes reprochent aux États-Unis de se fonder sur l'objet et le but de l'Accord SMC, en avançant faussement que les États-Unis se fondent sur cet objet et ce but, à l'exclusion du texte.¹⁰¹ Selon les États-Unis, ils ont tort.

5.216 De l'avis des États-Unis, les communications des États-Unis se passent de commentaires, et montrent, non seulement que les États-Unis n'ont pas négligé le texte, mais qu'ils ont en fait démontré que le texte confirme leur position. Cependant, font valoir les États-Unis, conformément aux principes coutumiers du droit international public, repris dans l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, l'objet et le but font partie d'une seule et même règle d'interprétation des traités. Pour les États-Unis, dans cette affaire en particulier, l'objet et le but donnent des indications sur la manière d'interpréter le texte.

5.217 Selon les États-Unis, ce qui est particulièrement révélateur, c'est que ni le Canada, ni les Communautés européennes ne peuvent contester de manière plausible que l'objet et le but de l'Accord SMC – quel que soit le poids qu'on leur accorde – confortent la position des États-Unis. Les États-Unis rappellent qu'ils ont dit que l'objet et le but essentiels de l'Accord SMC est de soumettre à des disciplines certaines mesures des pouvoirs publics qui faussent le commerce international.¹⁰²

⁹⁸ Première communication des États-Unis, paragraphes 40 à 44.

⁹⁹ Communication des Communautés européennes, paragraphe 28.

¹⁰⁰ Voir la première communication du Canada, paragraphe 93, et la déclaration orale du Canada, paragraphe 28.

¹⁰¹ Les États-Unis affirment que l'accusation des CE est particulièrement troublante, puisque dans leurs communications, elles n'ont pas même procédé à une analyse du texte de l'article 1.1 en général, ou de son alinéa iv) en particulier.

¹⁰² Première communication des États-Unis, paragraphes 13 à 20, réponses des États-Unis aux questions n° 18 et 19 (deuxième série).

5.218 Les États-Unis protestent contre le fait que le Canada cherche à qualifier leur position d'"unidimensionnelle", en renvoyant uniquement à un paragraphe de la *déclaration de la délégation du Canada à la réunion des 28 et 29 juin 1988*, pièce n° 106 du Canada, dans lequel le Canada indiquait qu'il était nécessaire de prévoir des limites à l'utilisation des mesures compensatoires.¹⁰³ Les États-Unis reconnaissent que l'Accord SMC régit aussi l'utilisation des mesures compensatoires, mais il est évident que cela n'est pas son objectif essentiel. En fait, d'après les États-Unis, la pièce n° 106 du Canada porte presque entièrement sur la nécessité de soumettre à des disciplines l'utilisation des subventions en tant que mesures faussant le commerce. Les États-Unis invitent le Groupe spécial à lire cette pièce dans son intégralité, et relèvent que, même lorsqu'il parle des disciplines relatives aux mesures compensatoires, le Canada explique clairement qu'il faut prendre grand soin de ne pas créer d'échappatoire.

5.219 Les États-Unis soulignent aussi que, à leur avis, ni le Canada ni les Communautés européennes ne contestent l'objet et le but de l'alinéa iv), qui est d'empêcher les gouvernements de faire indirectement ce qu'ils ne peuvent pas faire directement. Pour les États-Unis, si le Groupe spécial, en l'absence de tous faits, excluait catégoriquement les restrictions à l'exportation de la définition de l'article 1.1, l'objet et le but de l'alinéa iv) seraient compromis.

5.220 Enfin, font valoir les États-Unis, le Canada prétend que la méthode utilisée dans l'Accord SMC, qui consiste à classer les pratiques en pratiques prohibées, pratiques donnant lieu à une action et pratiques ne donnant pas lieu à une action, confirme le point de vue qu'il défend, à savoir que les restrictions à l'exportation ne doivent pas relever de la définition de l'article 1.1.¹⁰⁴ Selon les États-Unis, c'est plutôt le contraire qui serait vrai. Si les restrictions à l'exportation étaient catégoriquement exclues de l'article 1.1, cela reviendrait à dire qu'elles ne donnent pas lieu à une action et, en admettant cela, le Groupe spécial réécrirait en fait l'Accord SMC. De l'avis des États-Unis, on peut présumer que les rédacteurs de l'Accord SMC ont donné une définition du mot "subvention" permettant d'évaluer chaque mesure individuelle (et non chaque catégorie de mesures) prise par les pouvoirs publics en tenant compte pour chacune de ses caractéristiques et des circonstances.

5. Conclusion

5.221 Compte tenu de ce qui précède, les États-Unis renouvellent leur demande tendant à ce que le Groupe spécial rejette la plainte du Canada en rendant les décisions préliminaires exposées au paragraphe 125 de leur demande. Si le Groupe spécial refusait de rejeter la plainte du Canada, les États-Unis renouvellent leur demande tendant à ce que le Groupe spécial fasse les constatations énoncées au paragraphe 87 de la *première communication des États-Unis*.

G. DEUXIÈME DÉCLARATION ORALE DU CANADA

1. Introduction et Efforts soutenus déployés par les États-Unis pour définir une "subvention" comme étant un "avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire"

5.222 Le Canada affirme qu'il a démontré que les mesures en question traitaient une restriction à l'exportation comme une contribution financière et qu'une restriction à l'exportation n'était pas une contribution financière au titre de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Le Canada fait observer que les États-Unis ont répondu ce qui suit: premièrement, les mesures en question n'"imposent" pas aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière, mais laissent au Département du commerce le soin de le déterminer au cas par cas; et, deuxièmement, les

¹⁰³ *Déclaration orale du Canada*, paragraphe 34.

¹⁰⁴ *Id.*, paragraphe 36.

restrictions à l'exportation peuvent constituer une contribution financière s'il existe simplement un "lien de causalité" entre une restriction à l'exportation et une fourniture du bien aux utilisateurs nationaux. Selon le Canada, ces points de vue entraînent une refonte de la loi américaine comme de l'Accord SMC.

5.223 En ce qui concerne leur premier argument, déclare le Canada, les États-Unis se fondent principalement sur les affirmations selon lesquelles, en tout état de cause, les mesures laissent au Département du commerce une liberté de manœuvre suffisante pour décréter qu'une restriction à l'exportation n'est pas une contribution financière. Pour le Canada, cette liberté de manœuvre alléguée est illusoire étant donné que les mesures ont déjà déterminé qu'une restriction à l'exportation satisferait à la condition de la contribution financière.

5.224 Le Canada estime que bien que les États-Unis fassent valoir que les mesures peuvent être interprétées au cas par cas, ils ne cessent de déclarer qu'ils ne peuvent pas dire comment *toute* restriction à l'importation serait traitée dans le cadre de la législation américaine en matière de droits compensateurs et n'ont pas indiqué au Groupe spécial un seul exemple de restriction à l'exportation qu'ils ne considéreraient pas comme une contribution financière. Selon le Canada, chaque cas de liberté de manœuvre alléguée se révèle être un exemple dans lequel une restriction à l'exportation n'était pas considérée comme étant une *subvention* étant donné qu'il n'y avait pas d'*avantage* ou qu'il n'y avait pas initialement de restriction à l'exportation.

5.225 Le Canada note que la deuxième partie de l'argument des États-Unis repose sur l'allégation selon laquelle il est satisfait à l'alinéa iv) s'il existe un lien de causalité entre une action des pouvoirs publics et la fourniture d'un bien. De l'avis du Canada, l'analyse des États-Unis n'est pas soutenable si l'on s'en tient au sens ordinaire des termes de l'alinéa iv), considérés dans leur contexte, et compte tenu de l'objet et du but de l'Accord. Il n'existe simplement aucune manière d'expliquer pourquoi l'alinéa iv) est rédigé comme il l'est s'il est destiné à signifier ce que les États-Unis allèguent.

5.226 Dès lors que les mesures contiennent un élément de pouvoir discrétionnaire, affirme le Canada, cet élément n'est pas de nature à permettre aux États-Unis d'invoquer comme moyen de défense la distinction entre législations impératives et législations dispositives. Cette manière de traiter les restrictions à l'exportation est incompatible avec l'alinéa iv) puisqu'une restriction à l'exportation ne correspond pas à la signification ordinaire de cette disposition. Pour le Canada, les allégations contraires des États-Unis traduisent les efforts soutenus qu'ils déploient pour maintenir la définition illimitée d'une "subvention" qu'ils ont essayé, en vain cependant, d'obtenir pendant la négociation de l'Accord SMC.

5.227 Pour le Canada, le présent différend fait apparaître une divergence de vues fondamentale en ce qui concerne les actions des pouvoirs publics qui relèvent de la définition d'une "contribution financière" donnée à l'article 1.1. D'une part, le Canada et les Communautés européennes ont présenté un point de vue qui repose sur le sens ordinaire des termes, considérés dans leur contexte, et assure certitude et prévisibilité au fonctionnement de l'Accord SMC. D'autre part, les États-Unis ont avancé une interprétation de la "contribution financière" qui est si large que toute action des pouvoirs publics qui confère un avantage sera considérée comme une "contribution financière", donnant ainsi une lecture qui exclut l'élément "contribution financière" de l'Accord. Pour le Canada, cela étend la portée de l'Accord à un tel point qu'il en découle une disparition de la certitude et de la prévisibilité obtenues par les négociateurs.

5.228 Le Canada fait observer que l'approche fondamentale adoptée par les États-Unis est résumée de manière appropriée au paragraphe 2 de leur deuxième communication écrite, dans laquelle ils affirment que les restrictions à l'exportation "sont considérées comme des "subventions" dans le sens économique normal du terme", ce qui signifie que ces restrictions *doivent* pouvoir faire l'objet de droits compensateurs. Selon le Canada, cette logique correspond à l'effort déployé en vain par les

États-Unis pendant le Cycle d'Uruguay pour définir une "subvention" comme étant une action des pouvoirs publics qui confère un "avantage". De l'avis du Canada, l'un des plus importants résultats du Cycle a été la définition d'une subvention, résultat que les États-Unis cherchent à ignorer délibérément. Les États-Unis commencent par donner au terme "subvention" le sens qu'il a dans le "langage courant" et font marche arrière pour conclure qu'une restriction à l'exportation doit être considérée comme une subvention au titre de l'Accord. Le Canada affirme que les États-Unis, dans le cadre des restrictions à l'exportation, ont en fait mis en œuvre l'accord qu'ils ont tenté de négocier au lieu de mettre en œuvre celui qui a été conclu.

2. Les mesures en cause imposent aux États-Unis de traiter une restriction à l'exportation comme une "contribution financière"

5.229 Le Canada note que les États-Unis font valoir que l'Énoncé, le Préambule et la pratique du Département du commerce ne sont pas du tout des mesures et que, même s'ils l'étaient, ce qu'ils ordonnent concernant les restrictions à l'exportation n'a pas une incidence réelle vu qu'ils n'imposent pas une action particulière de la part du Département du commerce. Pour le Canada, ces mesures *sont* à l'évidence des mesures dans le cadre de la législation du GATT et de l'OMC. Si elles n'ont pas d'importance, estime le Canada, les États-Unis ont déployé de grands efforts pour donner de leur loi des interprétations dénuées de sens. Le Canada estime qu'il ne s'agit pas de mesures dépourvues de signification. Elles ordonnent de manière impérative au Département du commerce de traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière.

5.230 Le Canada avance que les États-Unis essaient de maintenir les mesures séparées cliniquement les unes des autres, mais il recommande néanmoins que le Groupe spécial examine comment les mesures "sont liées les unes aux autres dans le cadre de la législation intérieure". Pour le Canada, cette approche repose à la fois sur le bon sens et la jurisprudence de l'OMC. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 301* a indiqué que les éléments réglementaires et non réglementaires de la législation intérieure d'un Membre sont "souvent inséparables et ne devraient pas être interprétés indépendamment l'un de l'autre lorsque l'on évalue la conformité générale de la loi avec les obligations au regard de l'OMC".

5.231 Le Canada note que l'Énoncé est l'"expression officielle" des vues de l'Administration américaine et du Congrès concernant "l'interprétation et l'application" des Accords de l'OMC et doit être considéré comme tel dans les procédures judiciaires des États-Unis. Le Canada fait observer que l'Énoncé donne au Département du commerce des instructions explicites sur la manière dont il doit traiter les restrictions à l'exportation. On le voit très clairement dans la déclaration qui figure dans l'Énoncé selon laquelle "l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord sur les subventions et l'article 771 5) B) iii) visent les pratiques constituant des subventions indirectes comme celles à l'encontre desquelles le Département du commerce a imposé des mesures compensatoires" (c'est-à-dire les restrictions à l'exportation dans les affaires *Cuir et Bois de construction*). Le Canada fait valoir que dans cette déclaration ne figurent pas les termes "peuvent viser" ou "pourraient viser". Malgré cette clarté et l'instruction bien claire donnée dans l'Énoncé et selon laquelle le critère "charge ou ordonne" doit être interprété au sens large, fait valoir le Canada, les États-Unis insistent sur le fait que l'Énoncé ne donne pas au Département du commerce d'instructions sur la manière dont la loi doit être interprétée. De l'avis du Canada, les États-Unis minimisent l'importance de l'Énoncé à cause de ce qu'ils appellent la "liberté" de décision du Département du commerce.

5.232 Les États-Unis affirment, note le Canada, que "tout ce que l'Énoncé dit avec "autorité" est que le DOC doit suivre le critère énoncé à l'article 771 5)" et que l'Énoncé n'exprime aucune position concernant les subventions indirectes. Pour le Canada, les États-Unis semblent être d'avis que, dans l'Énoncé, tout ce qui traite de ce que *visent* l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et l'article 771 5) B) iii) devrait être interprété comme étant le fait que le Congrès s'abstient de préjuger de l'examen des restrictions à l'exportation. Le Canada estime que cette affirmation est démentie par

l'objet même de l'Énoncé, qui est l'expression positive officielle de la manière dont la législation doit être interprétée et appliquée.

5.233 Le Canada fait valoir que les États-Unis minimisent en outre l'importance de l'Énoncé en qualifiant simplement les déclarations faites dans les affaires *Acier inoxydable* qui ont opposé la Corée aux États-Unis d'expression de "l'opinion non contraignante [du Département du commerce] selon laquelle les résultats découlant du nouveau critère énoncé à l'alinéa iv) pourraient ne pas différer notablement de ceux qui auraient été obtenus selon le critère antérieur à la création de l'OMC [appliqué par le Département du commerce]". Cependant ce que le DOC a en fait dit, fait observer le Canada, c'était que "l'Énoncé indique en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté que le Congrès entendait que [la nouvelle loi] continuerait de s'appliquer aux catégories particulières de subventions indirectes qui avaient été jugées devoir faire l'objet de mesures compensatoires" dans les affaires antérieures à la création de l'OMC précitées. Pour le Canada, il s'agit de l'indication claire et dépourvue d'ambiguïté de la position du Département du commerce, en réponse directe à l'argument selon lequel les prêts consentis par les banques privées étrangères ne pourraient pas constituer des contributions financières.

5.234 Selon le Canada, il est impossible de faire concorder l'indication selon laquelle le Congrès a simplement laissé au Département du commerce le soin de décider de la question avec les déclarations très claires contenues dans l'Énoncé et confirmées par d'autres textes législatifs précédents tels que le Rapport de la Commission mixte du Sénat concernant la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*¹⁰⁵ et plus récemment par les déclarations faites il y a seulement deux semaines au Congrès au sujet du bois de construction résineux en provenance du Canada.¹⁰⁶

5.235 Le Canada fait valoir que la description du Préambule donnée par les États-Unis, à savoir qu'il exprime les "opinions indicatives" du Département du commerce, est en contradiction avec ce que le Préambule dit. Pour le Canada, le Préambule ne laisse entendre nulle part que les vues qui y sont exprimées sont d'une manière quelconque "indicatives" ou préliminaires et le fait que le DOC a eu par le passé recours au Préambule dans les affaires *Acier inoxydable* opposant la Corée aux États-Unis montre que le DOC n'a pas considéré le Préambule comme étant "indicatif". Selon le Canada, cet argument des États-Unis est également démenti par la jurisprudence des tribunaux américains et par le fait que les États-Unis ont eux-mêmes invoqué un préambule dans les procédures de règlement des différends de l'OMC. Il n'y a rien d'"indicatif" dans la conclusion du DOC selon laquelle le critère énoncé dans la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* n'est pas plus restrictif que celui qui est appliqué dans le cadre de la législation antérieure à la création de l'OMC et dans le fait qu'il se fonde, pour faire cette déclaration, sur la manière dont est traitée dans l'Énoncé la jurisprudence antérieure à la création de l'OMC concernant les restrictions à l'exportation. Le Canada fait valoir que le Préambule ne peut pas être considéré comme étant "indicatif" lorsqu'il dispose clairement que le Département du commerce veillera vigoureusement au respect de la disposition "chargent ou ordonnent" et qu'il est d'accord avec "les commentateurs qui ont demandé instamment au Département de confirmer que le critère actuel n'est pas plus restrictif que le critère antérieurement appliqué par les États-Unis pour constater l'existence d'une subvention indirecte, tel que ce critère est décrit dans les affaires ... [*Bois de construction*]".

5.236 Le Canada avance que, compte tenu du cadre administratif dans lequel les organismes gouvernementaux américains promulguent leurs règlements, la prétendue distinction entre le Préambule et le reste du règlement est dénuée de fondement. De même, le Canada juge non fondée

¹⁰⁵ *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay: Rapport conjoint de la Commission des finances, de la Commission pour l'agriculture, la nutrition et la foresterie et de la Commission des affaires gouvernementales*, Sénat des États-Unis, 103^{ème} Congrès, S. Rep. 103-412, page 91 (1994) (pièce n° 134 du Canada).

¹⁰⁶ 147 Congressional Record S1158 (édition quotidienne, 7 février 2001) (déclaration du Sénateur Snowe) (pièce n° 135 du Canada).

l'allégation selon laquelle, dans le cadre de la législation américaine, le Préambule du règlement définitif du Département du commerce doit être publié dans le CFR pour avoir un effet juridique.

5.237 Le Canada estime que les États-Unis font valoir à tort qu'il n'existe aucune pratique américaine en ce qui concerne le traitement des restrictions à l'exportation. La pratique américaine pertinente comprend la pratique suivie par le Département du commerce avant la création de l'OMC, qui est expressément incorporée dans la législation américaine par le biais de l'Énoncé et du Préambule, et la pratique postérieure à la création de l'OMC (par exemple affaire *Bovins vivants* et affaires *Acier inoxydable* opposant la Corée aux États-Unis), qui témoignent de la détermination du DOC à appliquer "un critère qui n'est pas plus restrictif que le critère antérieurement appliqué par les États-Unis pour constater l'existence d'une subvention indirecte". Pour le Canada, les affaires *Acier inoxydable* opposant la Corée aux États-Unis n'ont laissé subsister aucun doute concernant le fait que la pratique du DOC en matière de subventions indirectes, y compris les restrictions à l'exportation, suit les prescriptions de l'Énoncé et du Préambule et ne permet pas de s'écarter du critère qui y est indiqué.

5.238 Le Canada fait valoir que l'affaire *Bovins vivants* est un autre élément de preuve montrant que pour le Département du commerce une restriction à l'exportation satisfait à la condition de la "contribution financière" énoncée à l'article 771 5) B) iii). Le Canada note que dans le Mémoire sur l'ouverture de l'enquête, le DOC a expressément indiqué que le requérant avait fourni "la preuve selon laquelle la CBB exerçait un contrôle sur les exportations d'orge", que le requérant alléguait que "la CBB limitait le volume [d'orge fourragère] exporté vers les États-Unis" et que le requérant avait présenté des "éléments de preuve empiriques montrant que la CBB limitait les exportations à destination des États-Unis". De l'avis du Canada, la décision du Département du commerce d'ouvrir une enquête au sujet de cette allégation sur la base de l'élément de preuve susmentionné signifie qu'il a nécessairement conclu que le "contrôle" exercé par la CBB sur les exportations d'orge, s'il était démontré, répondrait au critère relatif à l'existence d'une contribution financière énoncé à l'article 771 5) B) iii). Par ailleurs, note le Canada, dans sa détermination finale, le Département du commerce a exprimé son opinion selon laquelle, dans le cadre des restrictions à l'exportation, "la fourniture d'un bien, qu'elle soit directe ou indirecte, moyennant une rémunération moins qu'adéquante constituait une contribution financière".

5.239 Pour le Canada, si les mesures comportent un élément quelconque de pouvoir discrétionnaire, cet élément n'est pas de nature à permettre aux États-Unis d'invoquer, comme moyen de défense, la distinction entre législations impératives et législations dispositives. Le pouvoir discrétionnaire qui, selon les allégations des États-Unis, existe dans l'Énoncé et le Préambule a été réduit de telle manière que le Département du commerce est obligé d'appliquer la loi américaine de manière incompatible avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC. Selon le Canada, pour recourir efficacement à ce moyen de défense, les États-Unis auraient dû démontrer que le Département du commerce était libre de ne pas tenir compte de l'Énoncé et du Préambule et de déterminer qu'une restriction à l'exportation ne constituait pas une contribution financière. Pour le Canada, cependant, tous les éléments de preuve présentés établissent le contraire.

3. Les restrictions à l'exportation ne relèvent pas de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC car dans ce cas un organisme privé n'est pas chargé de fournir des biens

5.240 Le Canada note que la définition d'une "subvention" donnée à l'article 1.1 de l'Accord SMC est l'élément fondamental sur lequel reposent toutes les actions relevant de l'Accord SMC. Une mesure qui met en œuvre la définition de manière incompatible avec l'Accord annule et compromet les droits des autres Membres de l'OMC. Selon le Canada, l'alinéa iv) de l'article 1.1 est correctement interprété lorsqu'il est conclu que cet alinéa, tel qu'il est libellé, ne vise pas les restrictions à l'exportation. La nécessité de démontrer l'existence d'un avantage et de la spécificité ne peut justifier l'annulation de l'élément contribution financière.

5.241 Selon le Canada, les États-Unis ne tiennent pas compte du mot "charge" et ne tiennent donc pas compte du fait que ce mot établit le contexte qui donne son sens au mot "ordonne". Bien que les termes "charge" et "ordonne" ne soient pas synonymes, fait valoir le Canada, ils partagent la même qualité essentielle d'une communication adressée par les pouvoirs publics à un organisme privé. Toutefois, en ce qui concerne l'alinéa iv), les États-Unis remplacent effectivement le mot "ordonne" par le mot "amène à" (en anglais "cause"). Pour le Canada, "ordonner" ne signifie pas "amener à". Le simple fait que quelque chose s'est produit ne veut pas dire que les pouvoirs publics ont ordonné à quelqu'un de faire cette chose.

5.242 Par ailleurs, déclare le Canada, les rédacteurs de l'Accord SMC savaient comment utiliser le terme anglais "cause" ou le terme "lien de causalité", comme ils l'ont fait à l'article 15.5, mais ils ont choisi pour l'alinéa iv) le terme plus restrictif "chargent". Le Canada fait valoir que les États-Unis rejettent les différents usages qui sont faits du terme anglais "cause" dans l'Accord, indiquant que les mots ont des significations qui sont interchangeable ou qui se chevauchent. Ils se fondent sur l'affaire *CE – Bananes*, mais dans ce cas, fait valoir le Canada, la comparaison visait des termes similaires figurant dans deux accords liés l'un à l'autre, et non des termes différents figurant dans le même accord. De l'avis du Canada, bien que différents accords puissent recourir à des formulations différentes pour exprimer des concepts similaires, il est logique de conclure que, dans le même accord, l'emploi d'un terme différent témoigne de l'intention des rédacteurs d'exprimer un concept différent.

5.243 Selon le Canada, les différents sens donnés dans le dictionnaire relativement à des instructions impératives conviennent en l'occurrence car ils correspondent au libellé de l'alinéa iv). Le *Concise Oxford Dictionary* est précis à cet égard. Pour le verbe "direct" (ordonner) suivi de "to et de l'infinitif", il donne le sens suivant: "donner l'ordre formel ou l'instruction formelle de". Le Canada note qu'à l'alinéa iv), le terme "charge" est suivi de l'infinitif "exécuter".

5.244 Le Canada déclare que, dans le cas d'une restriction à l'exportation, un organisme privé n'est pas chargé de fournir des biens à quiconque et que les États-Unis eux-mêmes considèrent qu'une restriction à l'exportation "... limite les options qui s'offrent aux producteurs du bien soumis à restriction". Selon le Canada, une restriction à l'exportation limitera l'exportation de biens mais elle n'équivaut pas au fait d'ordonner à quelqu'un de fournir ces biens. Le Canada affirme que les États-Unis admettent qu'un producteur a toujours le choix entre plusieurs options, mais qu'il opère son choix en fonction de la réalité commerciale, ce qui est le propre argument du Canada. En particulier, en l'absence d'une mesure qui ordonne véritablement à un producteur de fournir des biens à quelqu'un, ce producteur fera le choix qui servira le mieux ses intérêts.

5.245 Selon le Canada, si la position des États-Unis était correcte, toute action des pouvoirs publics qui, d'une manière ou d'une autre, a entraîné une baisse des prix deviendrait une contribution financière puisqu'il existerait un certain lien de causalité entre cette action et le comportement des intervenants privés sur le marché. De l'avis du Canada, si telle avait été l'intention des rédacteurs de l'Accord SMC, ceux-ci auraient simplement défini une subvention comme étant une action des pouvoirs publics qui confère un avantage et qui est spécifique. Le Canada déclare que la nécessité de démontrer l'existence d'un avantage et de la spécificité ne peut pas justifier l'annulation de l'élément contribution financière.

5.246 Les États-Unis font valoir, indique le Canada, que le fait que les producteurs ont le choix entre plusieurs options est compatible avec la position selon laquelle une restriction à l'exportation constitue un ordre de fournir un bien et ils sont parvenus à cette conclusion par le biais d'une *reductio ad absurdum* voulant que même lorsqu'un producteur reçoit réellement l'ordre de fournir des biens, il a la possibilité d'enfreindre la loi. Le Canada note que les États-Unis font valoir (et le

Canada en convient) qu'il ne s'agit pas d'un choix réel. Les choix décrits par le Canada étaient économiques et, de surcroît, des choix *juridiques* offerts au producteur.

5.247 Pour le Canada, les États-Unis interprètent de façon erronée la partie de l'alinéa iv) se rapportant à "... une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) ...", lorsqu'ils déclarent que ce membre de phrase doit être interprété comme incluant les fonctions présentant le même "caractère général" que celles énoncées à ces alinéas, bien que la disposition établisse un lien direct entre les fonctions indiquées à l'alinéa iv) et celles qui sont définies aux alinéas i) à iii). Le Canada déclare que, pour les États-Unis, le terme anglais "illustrated" ("énumérés" en français) désigne également par connotation des fonctions non définies qui partagent les caractéristiques générales de celles qui sont énoncées aux alinéas susmentionnés. Autrement dit, au lieu de donner au terme "illustrated" le sens de "rendre clair ou évident au moyen d'exemples", on élargit ce sens de manière à inclure des fonctions qui ne relèvent pas des alinéas en question. Pour le Canada, cela a pour effet d'imposer des disciplines à toute une série d'actions privées qui ne sont pas assujetties à de telles disciplines lorsqu'elles ont été effectuées par les pouvoirs publics, ce qui constitue un résultat qu'il est impossible de soutenir.

5.248 Le Canada affirme qu'il n'a pas dit, contrairement aux arguments présentés par les États-Unis, que la Liste exemplative interdisait les mesures des pouvoirs publics qui n'étaient pas des subventions relevant de l'article 1.1. Le Canada fait plutôt valoir que les éléments figurant sur la Liste exemplative doivent être interprétés comme étant compatibles avec la définition d'une "subvention". De même, le Canada estime que l'alinéa iv) s'applique aux fonctions énumérées à l'alinéa iii) lorsqu'il y a une action de charger de fournir des biens ou des services ou d'acheter des biens, critère que les restrictions à l'exportation ne remplissent pas.

H. DEUXIÈME DÉCLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS

5.249 Les États-Unis font valoir que si "de mauvais faits font une mauvaise loi", "l'absence de faits rend la loi plus mauvaise". Ils font valoir que le Canada demande au Groupe spécial de décréter, en l'absence de faits, qu'une catégorie particulière de mesures ne peut jamais, en aucune circonstance, constituer une contribution financière. Pour les États-Unis, c'est là non seulement la recette d'une mauvaise loi, mais aussi la recette d'une loi "plus mauvaise". Selon les États-Unis, le Groupe spécial peut éviter de rendre la loi "plus mauvaise" en constatant que les soi-disant "mesures" identifiées par le Canada n'imposent pas au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Une telle constatation est déterminante dans ce différend et c'est la seule constatation susceptible d'être établie par le Groupe spécial qui serait étayée par des éléments de preuve.

5.250 Pour les États-Unis, l'affirmation du Canada selon laquelle il ne sollicite pas une "opinion consultative" est absurde. Les États-Unis font valoir que, selon le Canada, même si le Groupe spécial constate que le Canada n'a droit à aucun recours, il doit cependant établir des constatations concernant le statut des restrictions à l'exportation, bien que de telles constatations n'aient pas d'effet juridique. De l'avis des États-Unis, cela constitue la substance d'une demande "d'opinion consultative".

5.251 Les États-Unis affirment que le Canada essaie de glisser subrepticement l'idée selon laquelle il incombe aux États-Unis la charge de prouver que les "mesures" en cause n'imposent pas une action incompatible avec les règles de l'OMC et font valoir que le Canada a tort pour au moins deux raisons. Premièrement, le Canada a présenté l'allégation factuelle selon laquelle les "mesures" en cause *imposent* au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou des contributions financières). En tant que plaignant, il incombe au Canada la charge d'étayer cette allégation, tant pour ce qui est de présenter des arguments que pour ce qui est de la charge finale de convaincre. Deuxièmement, dans l'affaire *Loi de 1916*, l'Organe d'appel n'a pas constaté que la doctrine impératif/dispositif constituait une "défense positive". Ainsi, font observer les États-Unis, rien dans l'affaire *Loi de 1916* ne libère le Canada de la charge qui lui incombe d'étayer l'allégation

selon laquelle les "mesures" en cause imposent au DOC de traiter des restrictions à l'exportation comme des subventions.

5.252 S'agissant de la doctrine impératif/dispositif même, le Canada affirme, notent les États-Unis, que dans chacun des cas cités par les États-Unis, le Groupe spécial a statué en faveur de la partie défenderesse uniquement parce que celle-ci avait appliqué une législation dispositive d'une manière compatible avec le GATT ou était "d'une façon ou d'une autre tenue de le faire". Selon les États-Unis, le Canada n'a pas tenu compte des affaires relevant du GATT et de l'OMC citées par les États-Unis qui contredisent directement son affirmation. Dans l'affaire *CEE – Pièces détachées*, le Groupe spécial a constaté que l'application par la CEE de la législation anticcontournement était incompatible avec l'article III:2, mais il a constaté que la législation, en tant que telle, n'était pas incompatible avec le GATT car elle n'imposait pas une action incompatible avec le GATT. Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le Groupe spécial a constaté qu'un financement particulier sous forme de crédits accordés au titre du Compte du Canada constituait une subvention à l'exportation prohibée, mais il a constaté que le Compte du Canada n'était pas, en tant que tel, incompatible avec les règles de l'OMC parce qu'il ne prescrivait pas l'octroi de subventions subordonnées à l'exportation. Bien que le Groupe spécial ait constaté que le Canada avait appliqué le système du Compte du Canada d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC, il a constaté qu' "[é]tant donné la distinction que les groupes spéciaux du GATT/de l'OMC ont toujours faite entre le droit facultatif et le droit impératif, nous estimons que nous ne pouvons pas rendre de constatations au sujet du programme de la SEE [Compte du Canada] en tant que tel".

5.253 Selon les États-Unis, le Canada a émis une autre proposition erronée, à savoir qu'un Membre doit avoir le droit de demander si un autre Membre a "réduit son pouvoir discrétionnaire" de ne *pas* violer un engagement pris dans le cadre de l'OMC. Les États-Unis estiment que cette proposition n'est pas justifiée, comme l'a reconnu précédemment le Canada. Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, le Canada a déclaré ce qui suit: "Il n'existe *aucun élément* dans les constatations du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel, l'Accord SMC ou le droit international qui permette d'imposer au Canada l'obligation de prouver que des lois dispositives ne pourraient pas être appliquées pour accorder des subventions à l'exportation." (pas d'italique dans l'original) Les États-Unis notent que l'Organe d'appel a partagé le point de vue du Canada.

5.254 En ce qui concerne l'application de la doctrine impératif/législatif aux "mesures" en cause, les États-Unis affirment que le Canada semble s'offusquer du fait qu'ils n'ont pas reconnu dans le présent différend que s'il doit y avoir une affaire *Bois de construction IV*, le DOC constatera que les restrictions appliquées par le Canada à l'exportation de grumes constituent des subventions. Selon les États-Unis, aucun des membres de la délégation américaine présents à la réunion du Groupe spécial - en fait, aucun employé de l'USTR (Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales) ou du DOC - n'est en mesure de dire ce qui pourrait se produire s'il devait y avoir une affaire *Bois de construction IV*. Par ailleurs, du point de vue juridique, ce que le DOC *pourrait* faire dans une future affaire n'entre pas en ligne de compte. Ce qui compte pour les États-Unis, c'est ce que, si tant est que cela existe, la législation américaine *prescrit* au DOC de faire. À cet égard, les États-Unis sont d'avis que si le Secrétaire adjoint à l'administration des importations déterminait, dans une procédure en matière de droits compensateurs, qu'une restriction appliquée au niveau provincial à l'exportation de grumes ne constitue *pas* une contribution financière, aucun tribunal américain ou groupe spécial binational de l'ALENA n'infirmerait cette détermination au motif que l'Énoncé, le Préambule ou un vague "engagement administratif" *imposent* un résultat différent.

5.255 S'agissant de la façon dont le Canada analyse l'Énoncé, les États-Unis font valoir qu'aucun tribunal américain ne donnerait une interprétation de manière à supprimer la disposition restrictive comme le fait le Canada. De surcroît, les États-Unis rappellent que dans les commentaires relatifs aux procédures normatives du DOC qu'il a présentés au DOC, le Canada a adopté la position selon laquelle la Loi et l'Énoncé n'imposaient pas au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme

des subventions et qu'il a également adopté cette position dans l'affaire *Bovins vivants* de 1999, comme indiqué dans la pièce n° 32 des États-Unis. Pour les États-Unis, l'exposé général présenté par le Canada dans l'affaire *Bovins* appelle également l'attention sur une autre partie importante de l'Énoncé qui n'a pas été à ce jour examinée dans la présente affaire, à savoir le paragraphe figurant en haut de la page 925 de l'Énoncé. Selon les États-Unis, cette partie de l'Énoncé exprime l'intention générale du Congrès et de l'Administration, à savoir que la pratique antérieurement appliquée par le DOC en ce qui concerne la définition d'une "subvention" ne doit continuer à être appliquée que dans la mesure où elle est compatible avec la nouvelle définition d'une "subvention" compatible avec les règles de l'OMC énoncée dans la loi.

5.256 En ce qui concerne le Préambule, les États-Unis sont d'avis que le Canada donne à tort au Préambule la même valeur que celle d'un règlement. Les États-Unis font valoir que le Canada doit encore citer un cas, quel qu'il soit, qui indique que le DOC est lié par tout autre texte qu'un règlement. Le Canada affirme, notent les États-Unis, que "les tribunaux américains constatent fréquemment que des déclarations d'organismes gouvernementaux figurant dans des préambules qui interprètent une loi sont déterminantes et susceptibles d'être révisées comme tout règlement ..." et, comme précédents, le Canada cite simplement des cas dont les États-Unis ont précédemment expliqué qu'ils étaient différents ou n'étaient pas la proposition à l'appui de laquelle ils sont présentés.

5.257 Les États-Unis notent que le Canada cite le professeur Davis pour la proposition voulant que la publication dans le *CFR* ne devrait pas constituer un élément de preuve démontrant qu'une déclaration faite par un organisme gouvernemental est ou n'est pas une règle. Selon les États-Unis, le Canada incite le Groupe spécial à compromettre la crédibilité de son propre rapport en adoptant les vues exprimées par des universitaires au sujet de la façon dont la législation américaine devrait l'emporter sur les avis rendus par une cour d'appel fédérale à propos de ce qu'est la législation américaine. Par ailleurs, s'agissant des pièces n° 33 et 34 des États-Unis, les États-Unis font valoir que lorsque l'on considère ce que les professeurs Davis et Pierce ont à dire d'autre, il est évident qu'ils ne sont pas d'avis qu'il n'est pas nécessaire de publier une règle législative dans le *CFR*. En outre, les États-Unis maintiennent que si l'on devait recourir au critère appliqué dans l'affaire *American Mining Congress* sans appliquer le critère de la publication dans le *CFR*, le Préambule ne remplirait pas les conditions requises pour constituer une règle législative contraignante valable. Enfin, déclarent les États-Unis, la mention par le Canada de l'affaire *Wiggins Brothers, Inc.* (pièce n° 124 du Canada) n'est pas pertinente car le tribunal avait clairement établi qu'il serait impossible de ne pas tenir compte du préambule car celui-ci faisait partie de "l'historique législatif" du règlement qui était interprété. Le tribunal n'a pas dit que le préambule en question était lui-même une règle législative contraignante, statut que le Canada essaie en l'espèce d'attribuer au Préambule du DOC en cause. De même, poursuivent les États-Unis, le Canada n'a pas traité de l'affaire *Clean Air Implementation Project v. EPA* (pièce n° 26 des États-Unis), qui étaye la proposition selon laquelle un préambule n'est pas une "déclaration contraignante d'un organisme gouvernemental" lorsque cet organisme ne considère pas ce préambule comme tel.

5.258 Selon les États-Unis, le DOC a expressément indiqué dans le Préambule du projet de règles qu'il ne promulguait pas un règlement sur les "subventions indirectes" pour préserver "sa liberté de manœuvre et son pouvoir discrétionnaire". Dans le Préambule des règles définitives, notent les États-Unis, le DOC a expressément déclaré que "les mots "chargent ou ordonnent" pourraient revêtir des sens très divers. De ce fait, nous ne pensons pas qu'il soit approprié de donner une définition précise de ces mots aux fins du présent règlement". Ainsi, pour les États-Unis, l'explication donnée par le DOC dans la partie du Préambule en cause établit clairement que le DOC n'avait pas l'intention de s'engager sur la question des subventions indirectes en promulguant un règlement. Les États-Unis font valoir qu'il est tout simplement absurde d'affirmer, comme le Canada le fait, qu'en même temps qu'il exprimait son intention de ne pas s'engager par le biais d'un règlement, le DOC entendait s'engager en faisant une déclaration dans un préambule pour expliquer pourquoi il ne s'engageait pas.

5.259 Pour les États-Unis, le fait que le DOC pourrait citer le Préambule dans une détermination particulière ne fait pas du Préambule un règlement contraignant pas plus que la citation d'un article qui analyse une loi ne transforme cet article en un règlement contraignant. Les États-Unis ne contestent pas le fait que les tribunaux et les organismes gouvernementaux se fondent sur des préambules réglementaires pour interpréter les règlements de ces organismes. En l'espèce cependant, les États-Unis font valoir qu'il n'y a pas de règlement à interpréter. De surcroît, le Canada *n'a pas identifié un seul cas* dans lequel le DOC a déclaré qu'il suivait un principe énoncé dans le Préambule parce qu'il était juridiquement tenu de le faire. Il s'agit pour les États-Unis d'un point crucial. Il existe une grande différence entre citer le Préambule afin d'expliquer brièvement les raisons pour lesquelles le DOC établit une détermination particulière et citer le Préambule comme texte contraignant. Les États-Unis font valoir que dans la première situation, le DOC cite, en matière de pouvoir discrétionnaire, le raisonnement indiqué dans le Préambule car il juge ce raisonnement convaincant. Dans la deuxième situation, le DOC suivrait le Préambule parce qu'il n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'agir autrement. De même, les États-Unis maintiennent que le Canada a été incapable de citer un seul cas dans lequel un tribunal a déclaré qu'une partie d'un préambule réglementaire du DOC non lié à un règlement avait force de loi.

5.260 Les États-Unis font valoir qu'en ce qui concerne la "pratique" du DOC – quelle qu'elle puisse être, le Canada n'a pas été en mesure de citer une seule décision des tribunaux américains à l'appui de la proposition voulant que la pratique des organismes gouvernementaux en général, ou celle du DOC en particulier, est contraignante. Par ailleurs, selon les États-Unis, l'affirmation du Canada selon laquelle un organisme gouvernemental peut s'écarter des précédents antérieurs uniquement dans des "circonstances étroitement définies" est contredite par les experts mêmes du droit administratif américain auxquels le Canada a recouru en l'espèce. Les États-Unis font valoir que, ainsi qu'il est indiqué dans la pièce n° 34 des États-Unis, les professeurs Davis et Pierce sont d'avis qu'un organisme gouvernemental est libre d'ignorer un précédent qu'il a établi.

5.261 Pour les États-Unis, il convient de s'arrêter brièvement sur la référence faite par le Canada à l'*Appendice sur les subventions*, car l'historique de cet appendice est en totale contradiction avec les arguments présentés en l'espèce par le Canada. L'*Appendice sur les subventions* était joint à la détermination finale en matière de mesures compensatoires rendue en 1984, qui annonçait la nouvelle pratique appliquée par le DOC pour de nombreuses questions méthodologiques liées aux mesures compensatoires à une époque où il n'existait pas de règlement. Bien que le DOC n'ait pas appliqué à l'*Appendice sur les subventions* le processus de publication des avis et de présentation des observations exigé par la *Loi sur les procédures administratives* pour en faire une règle législative contraignante valable, il a néanmoins commencé à traiter cet appendice comme s'il s'agissait d'une règle législative. En 1988, le Tribunal du commerce international des États-Unis a mis fin à cette pratique, ainsi qu'il est expliqué dans le préambule du projet de règlement du DOC de 1989 (pièce n° 5 du Canada). Le tribunal appelé à examiner les déterminations du DOC lui a indiqué qu'il ne pourrait pas continuer à agir comme si sa pratique administrative était contraignante car elle ne l'était pas selon les principes établis du droit administratif des États-Unis. Le tribunal a dit au DOC que s'il voulait donner force obligatoire à sa pratique, il devrait la codifier sous forme de règlement.

5.262 Le Canada allègue, notent les États-Unis, que l'article 10 de l'Accord SMC s'applique au présent différend car il impose l'obligation "de prendre "toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte ..." que l'imposition d'un droit compensateur soit conforme à l'Accord SMC et à l'article VI du GATT de 1994". Selon les États-Unis, le Canada allègue qu'en vertu de l'article 10 même (et des dispositions connexes), un Membre a l'obligation d'assurer la conformité de sa législation en matière de droits compensateurs avec l'Accord SMC et l'article VI. Cependant, si l'on considère l'article 10 dans son intégralité, il est évident pour les États-Unis que cet article était destiné à s'appliquer aux actions des Membres dans des procédures en matière de droits compensateurs. La référence faite dans la première phrase au terme "imposition" indique qu'il s'agit d'une détermination au cas par cas, tout comme la référence faite dans la deuxième phrase aux termes "enquêtes lancées et menées". Par

ailleurs, font valoir les États-Unis, si l'interprétation du Canada était acceptée, l'article 10 ferait double emploi avec l'article 32.5, qui impose expressément l'obligation d'assurer la conformité des lois, des réglementations et des procédures administratives. De l'avis des États-Unis, cela a été implicitement reconnu par le Canada dans l'ensemble des communications qu'il a précédemment présentées dans le cadre du présent différend. On peut attribuer un sens à chacun des articles 10 et 32.5 en considérant l'article 10 comme celui qui régit les actions effectivement adoptées par un Membre dans une procédure en matière de droits compensateurs et l'article 32.5 comme celui qui régit la conformité des lois, réglementations et procédures administratives d'un Membre.

5.263 Selon les États-Unis, mis à part la question de savoir si l'Énoncé, le Préambule et l'"engagement administratif" allégué du DOC constituent des "mesures", même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que ces "mesures" doivent être considérées ensemble, le Canada doit encore citer *tout* précédent à l'appui de la proposition voulant que, dans le cadre de la législation américaine, les "mesures" qui individuellement n'imposent pas une action particulière à un organisme gouvernemental imposent une telle obligation lorsqu'elles sont considérées ensemble.

5.264 En ce qui concerne les termes "charge ou ordonne", les États-Unis affirment que le Canada demande tout simplement au Groupe spécial d'ignorer délibérément les définitions données dans le dictionnaire pour le mot "ordonner" qui lui sont défavorables. Le Canada allègue que la détermination de la question de savoir si une restriction à l'exportation constitue une "contribution financière" est une question juridique et non factuelle. Cependant, les États-Unis maintiennent que cela n'est le cas que si l'on ne tient pas compte du sens ordinaire du mot "ordonner". Tous les dictionnaires dont il est question dans le présent différend donnent des définitions comportant un élément de causalité. Pour les États-Unis, il est significatif que le Canada a admis qu'une restriction à l'exportation constituait un "ordre" des pouvoirs publics et qu'il se contente de faire valoir que l'"ordre" est "de ne pas exporter". Pour les États-Unis, il s'agit ni plus ni moins que d'un jeu sémantique.

5.265 Enfin, font valoir les États-Unis, le Canada répète un argument usé selon lequel "la liberté des producteurs de s'adapter à l'imposition d'une restriction à l'exportation" signifie qu'il n'y a pas d'action de charger ou d'ordonner au sens de l'alinéa iv). Les États-Unis estiment que la "liberté" alléguée "des producteurs" de s'adapter n'est étayée par *aucun* élément de preuve factuel. Pour tenter d'occulter ses faiblesses en matière de preuve, affirment les États-Unis, le Canada donne une description erronée de la position adoptée en l'espèce par les États-Unis, affirmant que ceux-ci font valoir qu'une restriction à l'exportation est assujettie à l'alinéa iv) "parce qu'il *pourrait* en résulter un accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur ...". Selon les États-Unis, leurs précédentes communications établissent clairement qu'ils sont d'avis que la restriction à l'exportation ne pourrait être assujettie à l'alinéa iv) que s'il en est *effectivement* résulté un accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur. Pour les États-Unis, c'est le Canada qui fonde sa position sur une spéculation théorique quant à ce qu'une restriction à l'exportation *pourrait* faire, par peur de ce que les faits pourraient révéler dans des cas réels.

5.266 Enfin, l'inconsistance, selon les États-Unis, de l'argument du Canada concernant la "liberté des producteurs" apparaît dans la dernière phrase de sa réponse à la question n° 6 (deuxième série de questions), dans laquelle il déclare qu'il serait "loisible" à un producteur "de réduire sa production ou de l'arrêter", autrement dit, de cesser ses activités. Pour les États-Unis, s'il s'agit là du type de "liberté" qui permet d'exclure une mesure des pouvoirs publics du champ d'application de l'alinéa iv), cet alinéa est réellement dépourvu de signification. Dans un scénario dans lequel les pouvoirs publics ordonnent à un producteur de vendre un produit à des clients nationaux déterminés à des conditions prédéfinies (scénario qui, le reconnaissent le Canada et la CE, devrait relever de l'alinéa iv)), le producteur aurait la même "liberté" de cesser ses activités.

5.267 En ce qui concerne l'expression "organisme privé", les États-Unis ne voient pas du tout quelle est la position du Canada à cet égard. Dans sa réponse, le Canada dit qu'"une loi, une réglementation ou une directive administrative prescrivant à "l'ensemble des banquiers" d'accorder (en lieu et place des pouvoirs publics) des prêts à telle ou telle branche de production pourrait faire d'eux "un organisme privé" ...". Les États-Unis ne voient aucune différence de fond entre ce scénario et celui dans lequel les pouvoirs publics, par le biais d'une restriction à l'exportation, ordonnent aux producteurs d'un intrant de vendre uniquement aux clients nationaux.

5.268 Pour ce qui est du texte de l'alinéa iv) dans lequel figure l'expression "normalement de leur ressort", les États-Unis font valoir, comme indiqué dans leur réponse à la question n° 26 a), qu'ils n'ont pas une position définitive au sujet de la signification de ces termes, qui doivent encore être examinés par le DOC. Toutefois, il leur semble que ces termes proviennent du *Rapport sur l'Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*, qui se rapporte aux fonctions d'imposition et de subventionnement. Ainsi, ces termes indiquent pour les États-Unis qu'il convient d'enquêter sur la question de savoir si la pratique qu'un organisme privé a reçu l'ordre d'appliquer relève des types de pratiques que les pouvoirs publics suivent normalement pour accorder une subvention.

5.269 Il semble aux États-Unis qu'il existe plusieurs interprétations possibles de l'expression "normalement de leur ressort". Sur la base du fait que les fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) sont expressément reconnues comme étant des mécanismes utilisés par les pouvoirs publics pour accorder directement des contributions financières, l'une des interprétations possibles de l'expression "normalement de leur ressort" consiste à dire que ce texte reconnaît que les fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) sont normalement du ressort des pouvoirs publics et imposent la même limitation aux fonctions de même "type". En conséquence, si l'on s'en tient à cette interprétation, l'alinéa iv) vise les fonctions énumérées aux alinéas i) à iii), qui sont normalement du ressort des pouvoirs publics, ainsi que les fonctions de ce "type", pour autant qu'elles soient aussi normalement du ressort des pouvoirs publics.

5.270 Une autre interprétation possible, selon les États-Unis, consiste à dire que l'expression "normalement de leur ressort" permet d'exclure les actions des pouvoirs publics qui, de prime abord, pourraient apparaître comme étant un ordre donné par les pouvoirs publics à une entité d'exécuter une fonction énumérée aux alinéas i) à iii). Ainsi, dans l'exemple donné par le Canada d'une action des pouvoirs publics visant à démanteler un monopole, on serait tenté de dire, après un examen superficiel, qu'il pourrait en découler le type de fourniture d'un bien à prix réduits sur ordre des pouvoirs publics qui répond aux critères d'une subvention. Toutefois, on pourrait dire d'un point de vue différent que les pouvoirs publics n'accordent généralement pas des subventions en démantelant des cartels et en rétablissant les conditions normales du marché.

5.271 Enfin, notent les États-Unis, les États-Unis croient comprendre que, selon l'interprétation du Canada, les termes précités exigent que les pouvoirs publics en question exécutent habituellement la fonction qu'ils ordonnent à l'organisme privé de mener à bien.

5.272 Les États-Unis font valoir qu'il n'est pas rare, dans le cadre de négociations multilatérales, que soient produits des documents juridiques qui ne sont pas rédigés de manière parfaite. Avec tout le respect dû aux rédacteurs, les États-Unis tendraient à reconnaître que les termes "normalement de leur ressort" ne constituent pas un modèle de clarté, ce qui rend d'autant plus important l'historique de leur négociation.

5.273 Cependant, les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'a pas à résoudre le problème que pose la signification précise de ces termes car, même si son interprétation est adoptée, le Canada doit quand même perdre. Du point de vue factuel, le Canada n'a pas démontré qu'il n'existe et n'existera pas de situations dans lesquelles une administration qui a jusqu'ici directement fourni un bien en limite l'exportation d'une manière qui amène un organisme privé à commencer à fournir ce bien.

VI. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

6.1 Les arguments des tierces parties, les Communautés européennes et l'Inde, figurent dans les communications et les déclarations orales qu'elles ont adressées au Groupe spécial et qui sont jointes au présent rapport (Annexe B). L'Australie n'a pas présenté de communication écrite ni de déclaration orale. (*Voir la liste des annexes, page vi, supra*).

VII. RÉEXAMEN INTÉrimAIRE

7.1 Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties le 27 avril 2001. Le 11 mai 2001, les deux parties ont demandé par écrit le réexamen d'aspects spécifiques de ce rapport. Le 16 mai 2001, chaque partie a présenté des observations sur la demande de réexamen intérimaire de l'autre. Aucune des parties n'a demandé de réunion dans le cadre du réexamen intérimaire.

7.2 Le **Canada** fait valoir que nous avons rendu compte de façon inexacte de sa position concernant la distinction impératif/dispositif. Nous avons allongé, au paragraphe 8.6, la citation tirée d'une réponse du Canada à une question et nous avons mentionné sa réponse à une autre question au paragraphe 8.8 afin de situer dans un contexte plus complet ce qui, selon ce que nous croyons comprendre, est la position du Canada.

7.3 Le Canada suggère aussi de légères modifications rédactionnelles aux paragraphes 8.23 et 8.50 afin que ses arguments soient présentés de façon plus exacte. Les États-Unis proposent un texte différent pour le paragraphe 8.50. Nous avons modifié le libellé de ces paragraphes.

7.4 Le Canada suggère aussi de supprimer au paragraphe 8.75 un mot qu'il juge inutile et présente une observation générale à propos de notre utilisation de l'expression "statut opérationnel indépendant" aux paragraphes 8.85, 8.99, 8.113 et 8.126. Nous ne sommes pas d'accord avec la première observation et ne modifions donc pas le paragraphe 8.75. Nous ne pensons pas que le Canada ait demandé d'apporter une modification particulière aux autres paragraphes cités et ne jugeons pas non plus que cela soit nécessaire. Nous n'avons donc pas modifié ces paragraphes non plus.

7.5 Les **États-Unis** demandent que nous supprimions les sections VIII.B.2 et VIII.B.3 de nos constatations, c'est-à-dire la partie des constatations portant sur les allégations du Canada au titre de l'article premier de l'Accord SMC. Les États-Unis estiment, dans la logique de ce qu'ils ont fait valoir tout au long de la procédure de groupe spécial, que ces sections ne sont pas nécessaires puisque nous avons constaté à la section VIII.B.4 que leur législation n'imposait pas au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme une subvention. Les États-Unis maintiennent en outre que cet aspect du rapport, si d'autres groupes spéciaux s'y conformaient, aurait des conséquences extrêmement graves et regrettables pour le système de règlement des différends de l'OMC. Le Canada exprime son désaccord et fait observer que nous avons examiné si le traitement en cause constituait un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC, puis si les mesures en cause prescrivaient un tel traitement. En outre, le Canada précise que l'Organe d'appel a critiqué des groupes spéciaux parce qu'ils n'avaient pas achevé leur analyse dans les cas où leurs constatations sur certains points ont été infirmées. Nous avons donné les raisons pour lesquelles nous avons choisi cette approche et indiqué les précédents sur lesquels nous nous sommes appuyés. Nous n'avons apporté aucune modification à ces sections.

7.6 Les États-Unis présentent d'autres observations spécifiques à propos de la section VIII.B.3 au cas où nous déciderions de la maintenir. Premièrement, ils indiquent que nous avons mal compris leur position au sujet de l'objet et du but de l'Accord SMC et que nous n'avons pas concilié notre interprétation de l'article premier avec l'objet et le but de cet accord. Nous avons complété la citation

de l'article 32 de la *Convention de Vienne* figurant au paragraphe 8.64 à la suite de la réponse du Canada à cette observation des États-Unis. Nous avons aussi apporté certaines modifications au libellé des paragraphes 8.62 et 8.63 afin de préciser la position des États-Unis ainsi que notre opinion concernant le rapport entre notre analyse de l'article premier et l'objet et le but de l'Accord.

7.7 Les États-Unis indiquent que nous avons mal interprété leurs arguments concernant les définitions du mot "ordonnent" ("directs") données par les dictionnaires et que nous n'avons que partiellement examiné dans nos constatations les définitions données par les dictionnaires à propos du mot "directs" employé avec la construction grammaticale particulière qui est utilisée à l'article 1.1 a) 1) iv). Nous avons changé le libellé du paragraphe 8.27 pour présenter plus complètement l'argument des États-Unis et nous avons précisé notre opinion sur ce point de grammaire au paragraphe 8.28. Nous avons aussi légèrement modifié le paragraphe 8.44 pour clarifier notre réponse à l'argument des États-Unis.

7.8 Les États-Unis font valoir que nous avons décrit leur position de façon incorrecte en indiquant qu'ils ne reconnaissaient pas la "contribution financière" en tant qu'élément juridique distinct et important d'une subvention. Nous avons allongé les citations tirées de réponses des États-Unis à des questions pour mieux préciser leur position sur ce point et nous avons clarifié le libellé du paragraphe 8.39 concernant notre opinion sur les incidences de la position des États-Unis. Ceux-ci s'interrogent aussi sur la place de la note de bas de page 135 dans le rapport. Nous n'avons apporté aucune modification en réponse à cette observation.

7.9 Les États-Unis font aussi valoir que nous avons mal décrit leurs arguments concernant l'expression "fonctions des types" aux paragraphes 8.51 et 8.52. Nous avons modifié notre description des arguments des États-Unis dans ces paragraphes, ainsi que notre phrase de conclusion sur cette question figurant au paragraphe 8.55, afin de présenter leur argument de façon plus exacte et avons apporté des modifications au libellé du paragraphe 8.53 en conséquence.

7.10 Les États-Unis ont aussi relevé des erreurs matérielles dans les notes de bas de page 177, 186 et 187, que nous avons corrigées.

7.11 Nous avons aussi apporté des corrections matérielles et techniques dans les sections IV et V ainsi que des modifications rédactionnelles au paragraphe 8.6 et au titre de la section VIII.B.4 a).

VIII. CONSTATATIONS

A. DEMANDE DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES

8.1 Nous rappelons que les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de rejeter les allégations du Canada en rendant les décisions préliminaires ci-après (voir la section IV.A, *supra*):

a) puisque ni l'article 771 5), ni l'Énoncé, ni le Préambule, ni aucune "pratique" du DOC n'impose aux autorités des États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, ces mesures alléguées, en tant que telles, ne constituent pas un manquement aux obligations découlant pour les États-Unis de l'une quelconque des dispositions citées par le Canada dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial;

b) la "pratique" des États-Unis – qu'elle soit passée, présente ou future – ne constitue pas une mesure dont le présent groupe spécial est saisi à bon droit;

c) étant donné que le Canada n'a pas inclus dans sa demande de consultations la "pratique" des États-Unis dans le cadre de l'article 771 5), que les parties n'ont pas effectivement procédé à des consultations sur cette "pratique" et que dans sa demande

d'établissement d'un groupe spécial, le Canada n'a pas indiqué de façon adéquate la "pratique" en question, les allégations du Canada concernant cette "pratique" ne sont pas conformes aux articles 4:7 et 6:2 du Mémoire d'accord et ne sont pas soumises à bon droit au présent groupe spécial; et

d) étant donné que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada n'a pas indiqué l'Énoncé ni le Préambule comme étant des mesures qu'en tout état de cause, ni l'Énoncé, ni le Préambule n'est une mesure, l'inclusion de l'Énoncé et du Préambule en tant que mesures distinctes dans la première communication écrite du Canada n'est pas conforme à l'article 6:2 du Mémoire d'accord et les allégations du Canada concernant l'Énoncé et le Préambule n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial.

8.2 Nous estimons que les exceptions préliminaires soulevées par les États-Unis, en particulier s'agissant de ce qui constitue les mesures en cause et la question de savoir si ces mesures sont impératives ou dispositives en ce qui concerne le traitement allégué des restrictions à l'exportation, portent sur le fond de la question dont nous sommes saisis. Nous ne jugeons donc pas approprié d'examiner les exceptions soulevées par les États-Unis en tant que questions préliminaires. Nous examinerons plutôt ces questions dans le cadre de notre analyse des allégations quant au fond.

B. ALLÉGATION AU TITRE DE L'ARTICLE PREMIER DE L'ACCORD SMC – QUESTIONS DE SAVOIR SI TRAITER LES RESTRICTIONS À L'EXPORTATION COMME DES CONTRIBUTIONS FINANCIÈRES EST INCOMPATIBLE AVEC L'ACCORD SMC ET SI LA LÉGISLATION DES ÉTATS-UNIS IMPOSE UN TEL TRAITEMENT

8.3 Les mesures en cause en l'espèce sont les éléments du droit des États-Unis: la législation de ce pays, les instruments auxquels il faut se référer pour interpréter cette législation et la pratique découlant de cette législation. Le Canada ne conteste pas un cas particulier dans lequel une restriction à l'exportation a fait l'objet d'une enquête en matière de droits compensateurs. Il maintient que les mesures contestées des États-Unis ont séparément et conjointement pour effet d'imposer lors des enquêtes en matière de droits compensateurs un certain traitement des restrictions à l'exportation qui est contraire aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

1. Type de législation qui peut être jugé en tant que tel incompatible avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC

8.4 Il existe une longue pratique en matière de règlement des différends dans le cadre du GATT comme de l'OMC en faveur du principe selon lequel seule une législation qui *prescrit* un manquement aux obligations contractées dans le cadre du GATT/de l'OMC peut être jugée en tant que telle incompatible avec ces obligations. Ce principe a récemment été noté et appliqué par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916* ("Loi de 1916"):

"[L]e concept de législation impérative par opposition à celui de législation dispositive a été élaboré par un certain nombre de groupes spéciaux du GATT comme étant une considération fondamentale pour déterminer quand une législation en tant que telle – plutôt qu'une application particulière de cette législation – était incompatible avec les obligations d'une partie contractante dans le cadre du GATT de 1947."¹⁰⁷

. . .

¹⁰⁷ *Loi de 1916*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, paragraphe 88.

"[L]es groupes spéciaux ont élaboré le concept selon lequel la législation impérative et la législation dispositive devraient être distinguées l'une de l'autre, considérant que seule une législation qui impose une violation des obligations contractées dans le cadre du GATT peut être jugée incompatible avec ces obligations."¹⁰⁸

8.5 Avant l'affaire *Loi de 1916*, le Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur* ("*États-Unis – Tabac*") a résumé la pratique des groupes spéciaux du GATT dans ce domaine de la façon suivante:

"[D]es groupes spéciaux avaient toujours jugé qu'une législation qui rendait obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général pouvait être contestée en tant que telle, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif d'une partie contractante la faculté d'agir de façon incompatible avec l'Accord général ne pouvait pas en soi être contestée; seule l'application effective de cette législation de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée."¹⁰⁹

8.6 Dans leur demande de décisions préliminaires, les États-Unis font valoir que la distinction impératif/dispositif – que nous désignerons ci-après sous le nom de "critère habituel" – devrait être appliquée dans le présent différend. Le Canada ne conteste pas que le critère habituel reste valide (les Communautés européennes en tant que tierce partie au différend non plus). En d'autres termes, le Canada ne fait pas valoir qu'une législation dispositive puisse être jugée incompatible avec les obligations contractées dans le cadre du GATT. Au contraire, il déclare explicitement qu'aucune violation ne peut être constatée en pareil cas:

"Comme le Canada l'a dit dans ses communications, il estime que les mesures qu'il a indiquées, considérées ensemble, *imposeraient* aux États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières au sens de l'article premier de l'Accord SMC. Si toutefois elles ne faisaient qu'*autoriser* un tel traitement, en ce sens qu'elles ne feraient en aucune façon obligation aux États-Unis d'interpréter l'article 771 5) B) iii) de façon à traiter les restrictions à l'exportation comme des "contributions financières", alors il n'y aurait pas lieu de conclure que les mesures en cause sont incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC".¹¹⁰

8.7 En outre, les arguments du Canada sont formulés eu égard au critère habituel. En d'autres termes, le Canada fait valoir que les mesures qu'il a indiquées (c'est-à-dire la législation des États-Unis) *imposent* un certain traitement des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs, traitement qui, selon le Canada, constitue une violation de l'Accord SMC, rendant ainsi la législation incompatible avec cet accord et avec l'Accord sur l'OMC.

8.8 Enfin, le Canada présente deux arguments concernant la distinction impératif/dispositif: i) la loi "telle qu'interprétée par" l'Énoncé et le Préambule est une *législation impérative qui impose* au DOC de manquer à ses obligations dans le cadre de l'Accord SMC; et ii) bien que la loi en elle-même

¹⁰⁸ *Id.*, paragraphe 60.

¹⁰⁹ *États-Unis – Tabac*, rapport du Groupe spécial, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, paragraphe 118.

¹¹⁰ Réponse du Canada à la question n° 5 posée par le Groupe spécial à la première réunion. (italique dans l'original)

soit dispositive, en ce sens qu'il serait possible de l'interpréter d'une façon compatible avec les règles de l'OMC, l'Énoncé et le Préambule "réduisent le pouvoir discrétionnaire" qu'a le DOC d'agir de façon compatible avec ces règles. Dans sa réponse à notre question sur le point de savoir s'il s'agissait là de deux formulations d'un même argument ou de deux arguments différents ou subsidiaires l'un par rapport à l'autre, le Canada déclare: "Ces arguments ne diffèrent en rien l'un de l'autre puisque tous deux tendent à établir que les mesures arrêtées par les États-Unis n'ont pas un caractère "dispositif", au sens de la distinction impératif/dispositif utilisée dans la jurisprudence du GATT et de l'OMC, autrement dit que les États-Unis n'ont pas démontré qu'ils avaient un pouvoir discrétionnaire suffisant pour se conformer aux obligations contractées par eux dans le cadre de l'OMC".¹¹¹

8.9 Comme il a été noté, le critère habituel est soutenu de longue date, et a assez récemment été utilisé par l'Organe d'appel, dans l'affaire *Loi de 1916*. Fait plus important, la distinction entre législation impérative et législation dispositive a un objectif rationnel qui est d'assurer la prévisibilité des conditions régissant le commerce. Elle permet aux parties de contester des mesures qui entraîneront nécessairement une action incompatible avec les obligations contractées dans le cadre du GATT/de l'OMC *avant* qu'une telle action ait effectivement lieu. En conséquence, nous appliquerons le critère habituel dans le présent différend afin de déterminer si la législation des États-Unis est du type de celles qui peuvent être jugées en tant que telles incompatibles avec les obligations dans le cadre de l'OMC, c'est-à-dire si la législation est impérative en ce qui concerne le traitement des restrictions à l'exportation lors d'enquêtes en matière de droits compensateurs.¹¹²

2. Ordre dans lequel les questions seront abordées

8.10 Bien qu'il ne conteste pas le critère habituel, le Canada considère que la question de savoir si une mesure contestée est dispositive s'agissant d'une violation alléguée des règles de l'OMC, ou dans quelle mesure elle l'est, n'est pas à proprement parler une question de procédure ou de compétence générale. Il considère que l'Organe d'appel, en revanche, a confirmé, dans l'affaire *Loi de 1916*, que c'était une question qui pouvait se poser lors de l'examen par un groupe spécial des allégations juridiques formulées dans une affaire particulière. Les États-Unis, d'un autre côté, font valoir que toute décision sur le fond concernant le sens des dispositions de l'OMC, si la législation est finalement jugée dispositive, constituerait un "avis consultatif" inapproprié ou inadmissible.¹¹³ Ils soutiennent donc que nous devons d'abord voir si la législation des États-Unis est impérative ou dispositive avant d'examiner le sens de l'article premier.

8.11 Nous n'avons connaissance d'aucun précédent du GATT/de l'OMC qui imposerait à un groupe spécial de voir si une législation est impérative ou dispositive *avant* d'examiner les dispositions en cause quant au fond. Au contraire, nous relevons qu'un certain nombre de groupes spéciaux, dans des différends concernant la compatibilité d'une législation, n'ont *pas* examiné la question impératif/dispositif de façon abstraite et en tant que question nécessairement préliminaire. Dans ces affaires, les groupes spéciaux ont en revanche commencé par régler toute controverse concernant ce qu'imposaient les obligations en cause du GATT/de l'OMC et ont ensuite seulement abordé, *à la lumière de ces constatations*, la question de savoir si la partie défenderesse avait démontré de façon

¹¹¹ Réponse du Canada à la question n° 17 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

¹¹² Nous relevons que le Groupe spécial *Article 301* a constaté que même une législation dispositive pouvait constituer un manquement à certaines obligations contractées dans le cadre de l'OMC (*voir États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, rapport du Groupe spécial, WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, paragraphe 7.53). Nous rappelons que dans ce différend, l'analyse du Groupe spécial portait sur la nature des obligations imposées par l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord. Aucune partie n'a donné à entendre que des considérations analogues s'appliquaient en ce qui concerne les dispositions de l'Accord SMC qui, selon ce qu'allègue le Canada, sont violées dans le présent différend.

¹¹³ Demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 55.

adéquate qu'elle avait un pouvoir discrétionnaire suffisant pour se conformer à ces règles. En d'autres termes, la distinction impératif/dispositif a été appliquée *dans un contexte donné quant au fond*.¹¹⁴

8.12 Nous estimons qu'une telle approche est appropriée en l'espèce. En particulier, commencer par définir et examiner les obligations pertinentes contractées dans le cadre de l'OMC nous permettra d'évaluer plus facilement la façon dont la législation traite ces obligations et la question de savoir s'il y a violation. En d'autres termes, c'est après avoir examiné à la fois les allégations relatives aux dispositions de l'OMC quant au fond et les dispositions pertinentes de la législation en cause que nous serons le mieux placés pour déterminer si la législation impose un traitement des restrictions à l'exportation qui viole ces dispositions.

8.13 Enfin, qu'un groupe spécial considère ou non la question impératif/dispositif comme une question nécessairement préliminaire ou, comme l'a donné à entendre le Canada, comme une question qui peut se poser lors de l'examen des allégations juridiques par un groupe spécial, nous relevons qu'il reste vrai – tout au moins au regard du critère habituel que nous emploierons – que la législation en tant que telle ne peut être jugée incompatible avec les obligations contractées par un Membre dans le cadre de l'OMC à moins qu'elle ne soit de nature impérative. Ainsi, en tout état de cause, l'ordre dans lequel les deux questions – la question du type de la législation et le fond de l'affaire – sont examinées ne modifierait pas une constatation finale de compatibilité ou d'absence de compatibilité.

8.14 Pour les raisons indiquées ci-dessus, nous examinerons tout d'abord si traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec l'Accord SMC et nous déterminerons ensuite si la législation des États-Unis impose un tel traitement.

3. Question de savoir si traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec l'Accord SMC

a) Portée des décisions

8.15 Avant d'examiner si traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec l'Accord SMC, il importe d'indiquer ce que, selon notre interprétation, signifient exactement les mots "restriction à l'exportation" dans le présent différend. En d'autres termes, nous devons tout d'abord examiner les caractéristiques essentielles définissant la mesure décrite en tant que

¹¹⁴ Voir, par exemple, *États-Unis – Fonds spécial*: Le mécanisme en question prévoyait notamment une taxe de pénalisation discriminatoire qui était imposée si l'importateur ne fournissait pas les renseignements demandés. Le Groupe spécial a constaté tout d'abord qu'une telle taxe de pénalisation, si elle était imposée, violerait l'article III:2, et a ensuite constaté que la Loi sur le Fonds spécial n'exigeait pas en fait l'imposition de la taxe puisqu'elle prévoyait la possibilité que les États-Unis adoptent des règlements qui élimineraient la nécessité de l'imposer (*États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation ("Fonds spécial")*, rapport du Groupe spécial, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, paragraphe 5.2.9); *Thaïlande – Cigarettes*: Après avoir constaté que les taux d'imposition discriminatoires prévus dans la législation violeraient les règles du GATT, le Groupe spécial a constaté que les autorités thaïlandaises avaient un pouvoir discrétionnaire suffisant en matière réglementaire pour mettre en œuvre la législation d'une façon compatible avec les règles du GATT et avaient effectivement utilisé ce pouvoir discrétionnaire de cette façon (*Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, rapport du Groupe spécial, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214, paragraphe 84); *États-Unis – Tabac*: La législation des États-Unis prescrivait au Département de l'agriculture des États-Unis de fixer des redevances d'inspection "comparables" pour le tabac importé et le tabac d'origine nationale et le Groupe spécial a d'abord examiné le sens du mot "comparable" à la lumière de la prescription pertinente du GATT selon laquelle ces redevances devaient "correspondre" au coût des services rendus pour le tabac importé. Le Groupe spécial a ensuite conclu que les États-Unis avaient le pouvoir discrétionnaire d'interpréter le terme "comparable" comme signifiant "correspondant" (et l'avaient fait en pratique), c'est-à-dire que la législation n'imposait pas une violation (*États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, rapport du Groupe spécial, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, paragraphe 123).

"restriction à l'exportation", qui fait l'objet des allégations dont nous sommes saisis, puisque cette mesure détermine la portée à la fois des allégations dont nous sommes saisis et de nos décisions concernant ces allégations.

8.16 Le Canada indique qu'"une restriction à l'exportation est une mesure à la frontière se présentant sous la forme d'une loi ou d'un règlement adopté à l'initiative des pouvoirs publics en vue de limiter expressément les quantités exportées ou de fixer des conditions explicites concernant les circonstances dans lesquelles les exportations sont autorisées. De telles mesures pourraient également revêtir la forme d'un droit ou d'une taxe imposé par les pouvoirs publics sur les exportations d'un produit et calculé pour limiter les quantités exportées".¹¹⁵ Les États-Unis indiquent pour leur part que "le sens ordinaire de "restriction" est "une action ou un acte consistant à restreindre ("restrain") quelque chose ou quelqu'un". "Restrain" est à son tour défini comme signifiant "hold back or prevent from some course of action" (faire obstacle à une certaine ligne d'action ou empêcher cette ligne d'action). Ainsi, une "restriction à l'exportation" désignerait une action ou un acte qui fait obstacle aux exportations ou empêche les exportations".¹¹⁶ Nous relevons que le Canada et les États-Unis n'ont pas la même opinion en ce qui concerne les éléments essentiels qui constituent une restriction à l'exportation, bien que tous deux semblent considérer qu'il soit possible que ces restrictions prennent diverses formes (restrictions quantitatives, taxes, etc.). En particulier, la définition proposée par les États-Unis est plus large et viserait peut-être toute action ayant pour résultat de limiter les exportations. En revanche, la définition proposée par le Canada comprend des éléments supplémentaires et est donc de portée plus étroite.

8.17 Nous partageons entièrement l'avis des États-Unis selon lequel "[i]l n'est ni possible ni souhaitable que le Groupe spécial tente de définir, dans l'abstrait, une expression qui ne figure pas dans l'Accord SMC".¹¹⁷ D'un autre côté, il est nécessaire de définir clairement la portée des questions dont nous sommes saisis. Nous relevons que, comme dans tout différend, la portée des allégations est déterminée par le plaignant. Nous appliquerons donc les dispositions de l'Accord SMC à l'ensemble de faits particuliers cités par le Canada, c'est-à-dire une mesure à la frontière se présentant sous la forme d'une loi ou d'un règlement adopté à l'initiative des pouvoirs publics en vue de limiter expressément les quantités exportées ou de fixer des conditions explicites concernant les circonstances dans lesquelles les exportations sont autorisées, ou qui revêt la forme d'un droit ou d'une taxe imposé par les pouvoirs publics sur les exportations d'un produit et calculé pour limiter les quantités exportées. Ce sont ces caractéristiques essentielles – que nous désignerons ci-après pour plus de commodité sous les termes "restriction à l'exportation" – qui délimitent la portée des allégations du Canada et de nos décisions concernant ces allégations.

b) Règles d'interprétation des traités

8.18 L'article 3:2 du *Mémoire d'accord* indique que les Membres reconnaissent que le système de règlement des différends a pour objet de clarifier les dispositions des accords visés "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". À cet égard, l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, mentionne "une règle fondamentale de l'interprétation des traités [qui] a été formulée de manière succincte dans un texte qui fait autorité, la

¹¹⁵ Réponse du Canada à la question n° 1 posée par le Groupe spécial aux deux parties à la première réunion.

¹¹⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 1 posée par le Groupe spécial aux deux parties à la première réunion. (notes de bas de page omises, italique dans l'original)

¹¹⁷ *Id.*

*Convention de Vienne sur le droit des traités (la "Convention de Vienne")*¹¹⁸ et cite l'article 31.1 de la Convention¹¹⁹ qui est ainsi libellé:

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.

L'Organe d'appel indique que "[c]ette règle générale d'interprétation est devenue une règle du droit international coutumier ou général. En tant que telle, elle fait partie des "règles coutumières d'interprétation du droit international public"¹²⁰. Nous commencerons donc notre analyse de l'allégation du Canada au titre de l'article premier de l'Accord SMC sur la base du texte de cette disposition dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord SMC.

c) Définition des termes "contribution financière" figurant dans l'Accord SMC

8.19 L'allégation du Canada au titre de l'article premier de l'Accord SMC est centrée sur la question de savoir si une restriction à l'exportation peut constituer une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Le Canada fait valoir que conformément à leur législation en matière de droits compensateurs, les États-Unis traitent les restrictions à l'exportation comme des contributions financières prenant la forme d'une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé un organisme privé de procéder ou à qui ils ont ordonné de le faire, ainsi qu'il est prévu à l'article 1.1 a) 1) iii) et iv) de l'Accord SMC, et que, si les restrictions à l'exportation confèrent des avantages, les États-Unis les traitent comme des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire. Selon le Canada, une telle interprétation de ces dispositions de l'Accord SMC n'est pas admissible. Les États-Unis font valoir que les restrictions à l'exportation peuvent (tout au moins dans certaines circonstances factuelles) constituer une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé un organisme privé de procéder ou à qui ils ont ordonné de le faire. Ainsi, la définition figurant à l'article 1.1 a) 1) d'une "contribution financière", et en particulier les dispositions de l'article 1.1 a) 1) iii) et iv), est au cœur de l'allégation du Canada.

8.20 L'article 1.1 de l'Accord SMC est ainsi libellé:

1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:

a) 1) s'il y a 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 prêts);

¹¹⁸ *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("États-Unis – Essence")*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996, page 18.

¹¹⁹ (1969), 8 *International Legal Materials* 679.

¹²⁰ *États-Unis – Essence*, rapport de l'Organe d'appel, note de bas de page 118, *supra*, pages 18 et 19. (note de bas de page omise)

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); (note de bas de page omise)

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;

ou

a) 2 s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATTT de 1994;

et

b) si un avantage est ainsi conféré.

Ainsi, l'article 1.1 indique clairement que la définition d'une subvention comporte deux éléments distincts: i) une contribution financière (ou un soutien des revenus ou des prix), ii) qui confère un avantage. L'Organe d'appel a insisté sur ce point dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, déclarant que la contribution financière et l'avantage étaient des "éléments juridiques distincts de l'article 1.1 ... qui ensemble détermin[ai]ent si une subvention exist[ait]"¹²¹ et que le Groupe spécial, dans cette affaire, avait à tort mélangés en introduisant la notion d'avantage dans la définition d'une contribution financière.

8.21 La question au titre de l'article premier, telle qu'elle nous est présentée par les parties, est limitée à la définition d'une contribution financière. Il ne se pose aucune question à propos de l'avantage, notamment parce que les parties conviennent qu'une restriction à l'exportation pourrait conférer un avantage.¹²² Ainsi, notre analyse au titre de l'article 1.1 a)1) de l'Accord SMC est limitée

¹²¹ *Brésil – Aéronefs*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 157. (italique dans l'original)

¹²² Les États-Unis font valoir que "les acheteurs nationaux d'un produit soumis à restriction sont peut-être en mesure d'acheter ce produit à un prix plus bas que cela ne serait le cas si le marché de ce produit n'était pas artificiellement limité par les pouvoirs publics. En pareil cas, les acheteurs nationaux du produit soumis à restriction recevraient un avantage sous forme d'un abaissement du coût de leurs intrants" (première communication écrite des États-Unis, paragraphe 55). Les États-Unis font aussi valoir, se référant à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada, que "le Canada n'allègue pas qu'une restriction à l'exportation ne puisse créer un "avantage" au sens de l'Accord SMC" (réponse des États-Unis à la question n° 1 posée par le Groupe spécial à la première réunion, citation omise). Le Canada avance, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, qu'[e] en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, il est considéré qu'une restriction à l'exportation répond à l'élément "contribution financière" de la définition de "subvention" énoncée à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Cela signifie qu'une restriction à l'exportation qui a un effet sur les prix entraînant un avantage pour les utilisateurs du produit soumis à restriction sur le marché soumis à restriction fera l'objet de droits compensateurs si les autres conditions énoncées dans la législation des États-Unis sont remplies (notamment la spécificité et le dommage important)" (WT/DS194/2, pas d'italique dans l'original). Le Canada fait aussi valoir que "lorsque les États-Unis allèguent qu'une restriction à l'exportation d'ananas est l'"équivalent fonctionnel" d'un ordre donné aux producteurs de vendre aux fabricants de jus de fruits moyennant "une rémunération moins qu'adéquate", ils allèguent en fait

à la question de savoir si une restriction à l'exportation pourrait constituer une "contribution financière" au sens de cette disposition.

8.22 Sur ce point, les États-Unis estiment qu'une restriction à l'exportation peut constituer une contribution financière sous la forme d'une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) et iv), puisqu'une limitation ou une interdiction pure et simple des exportations du produit en question ne diffère que sur le plan sémantique d'un ordre positif donné à une entité privée de fournir des biens (davantage qu'auparavant ou exclusivement) aux producteurs nationaux. En d'autres termes, les États-Unis font valoir qu'une restriction à l'exportation est "fonctionnellement équivalente" à une action consistant à charger un organisme privé de fournir des biens sur le marché intérieur ou à lui ordonner de le faire.¹²³

8.23 Selon le Canada, en revanche, compte tenu du sens courant des mots "charger" et "ordonner", pour qu'il y ait action des pouvoirs publics consistant à charger ou à ordonner de fournir des biens, les pouvoirs publics doivent donner pour instructions explicites et positives à l'entité privée de fournir les biens. Pour le Canada, l'argument des États-Unis selon lequel la différence est purement sémantique n'est pas convaincant car, dans le scénario présenté par les États-Unis, les producteurs des biens en question, face à une restriction à l'exportation, n'auraient qu'une seule possibilité, à savoir vendre aux acheteurs nationaux, alors que, selon le Canada, cela ne serait jamais le cas. Au contraire, un producteur face à une restriction à l'exportation aurait de multiples possibilités, dont la vente à des acheteurs nationaux, mais aussi, par exemple, l'intégration verticale ou le passage à un type d'activités entièrement différent.

8.24 Ainsi, la question spécifique dont nous sommes saisis est de savoir si une restriction à l'exportation pourrait constituer une contribution financière sous la forme d'une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, au sens de l'article 1.1 a) iii) et iv). Nous passons maintenant à une analyse détaillée du texte de ces dispositions.

d) Texte et contexte des éléments de la définition d'une "contribution financière" figurant dans l'Accord SMC

8.25 La définition d'une contribution financière figurant à l'article 1.1 a) 1) iv) contient cinq conditions:

- i) les pouvoirs publics "chargent ou ordonnent"
- ii) "un organisme privé"
- iii) "d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés" aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) (en l'espèce la fourniture de biens)
- iv) "qui sont normalement de leur ressort" et

que, dès lors qu'elle a un effet sur les prix, une restriction à l'exportation peut être présumée constituer une contribution financière. En d'autres termes, ils affirment qu'un *avantage* peut "conférer" une contribution financière" (déclaration orale du Canada à la première réunion, paragraphe 30, pas d'italique dans l'original).

¹²³ Les États-Unis font valoir par exemple qu'une restriction à l'exportation et un ordre positif de fournir des biens sur le marché intérieur "sont fonctionnellement équivalents – si un producteur a le choix entre deux possibilités, interdire l'une est un ordre positif de choisir l'autre. Une interdiction d'exporter revient manifestement à ordonner aux producteurs de ne pas exporter, et donc à leur ordonner de traiter avec les seuls autres acheteurs auxquels ils peuvent vendre leurs biens" (première communication écrite des États-Unis, paragraphe 38).

- v) "la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics"

Selon le Canada, dans le cas où les restrictions à l'exportation sont traitées comme des contributions financières, ces conditions requises ne sont pas remplies. Pour les États-Unis, il *est* possible qu'une restriction à l'exportation réponde à tous les éléments de la définition énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) et, par conséquent, "la demande singulière [que le Canada a présentée] en vue d'obtenir du Groupe spécial une interprétation faisant autorité de l'Accord SMC est nécessairement vouée à l'échec quant au fond ".¹²⁴

i) *Les pouvoirs publics "chargent ou ordonnent" (entrusts or directs)*

8.26 Les États-Unis font valoir que les restrictions à l'exportation peuvent relever de la définition d'une "contribution financière" figurant à l'article 1.1 a) 1) étant donné qu'elles constituent (ou peuvent constituer) une action des pouvoirs publics consistant à "charger" un organisme privé ou à lui "ordonner", au sens de l'article 1.1 a) 1) iv) (de "fournir des biens" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii)), car les États-Unis ne voient aucune différence de fond, mais seulement une différence sémantique, entre une restriction à l'exportation d'un produit et l'instruction de vendre ce produit sur le marché intérieur. Pour les États-Unis, les deux sont "fonctionnellement équivalents". Le Canada conteste cette interprétation de la notion de "chargent ou ordonnent". Selon lui, le sens courant de "chargent ou ordonnent" est actif, c'est-à-dire que cela signifie commander ou donner pour tâche à quelqu'un de faire quelque chose. Pour le Canada, ce sens ordinaire est renforcé par les termes qui suivent immédiatement, dans la version anglaise les mots "entrustment or directs" à l'article 1.1 a) 1) iv), à savoir "to carry out" ("d'exécuter"). Selon lui, les termes "charge ... d'exécuter ... ou ... ordonne de le faire" donnent à entendre que l'on notifie une tâche particulière à accomplir ou une instruction particulière à exécuter. Le Canada fait valoir qu'une restriction à l'exportation ne répond pas à cette définition car elle ne donne pas pour tâche ou pour mission ou pour instruction impérative aux producteurs du produit soumis à restriction de faire quelque chose; au contraire, elle limite leur possibilité d'exporter.

8.27 Les États-Unis se réfèrent à un certain nombre de définitions données dans les dictionnaires des mots "entrust" ("charger") et "direct" ("ordonner") (dont certaines sont plus larges que celles qui ont été utilisées par le Canada), y compris "donner la responsabilité de"; "amener à se déplacer dans une direction spécifique ou à s'engager dans une voie spécifique"; "réguler le cours de"; "guider (quelqu'un ou quelque chose)"; "commander (quelqu'un ou quelque chose) avec autorité", "donner des instructions impératives à; prescrire, donner ordre (à une personne) *de faire* (quelque chose) qui doit être fait; exiger l'exécution de". Pour les États-Unis, il est impossible de dire *qu'aucune* restriction à l'exportation ne peut répondre à l'une de ces définitions. Au minimum, selon eux, une restriction à l'exportation peut "réguler les activités d'un organisme privé" ou l'"amener" à exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) et donc à apporter une contribution financière. Les États-Unis soutiennent qu'"une restriction à l'exportation *est* un ordre de fournir un bien aux acheteurs nationaux quand il peut être montré, en tant que point de fait, qu'il existe un rapport de causalité immédiat entre cette restriction et le comportement des producteurs du bien soumis à restriction. Bien entendu, l'existence d'un tel rapport ne peut être déterminée qu'au cas par cas".¹²⁵ En particulier, les États-Unis font valoir que si la restriction a pour résultat que le producteur n'a pas d'autre solution, en pratique ou sur le plan commercial, que de vendre (ou d'accroître ses ventes) sur le marché intérieur, elle équivaut à un ordre de vendre sur ce marché. Les États-Unis donnent des précisions

¹²⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 5.

¹²⁵ Observations des États-Unis à propos de la question n° 9 posée par le Groupe spécial au Canada après la première réunion. (italique dans l'original, non souligné dans l'original)

supplémentaires sur ce point, indiquant qu'"il faudrait un rapport de causalité démontré"¹²⁶ entre une restriction à l'exportation et une action d'un organisme privé (par exemple la fourniture d'un bien) pour qu'il y ait contribution financière.

8.28 Selon nous, la condition énoncée selon laquelle il doit y avoir une action de "charger" ou d'"ordonner" à l'alinéa iv) renvoie à la situation dans laquelle les pouvoirs publics mènent une politique particulière en agissant par l'intermédiaire d'un organisme privé. La question dans le présent différend a trait aux conditions dans lesquelles les pouvoirs publics peuvent être considérés comme agissant par l'intermédiaire d'un organisme privé, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa iv). Le sens du mot "entrust" ("charger"), donnée par les dictionnaires, est notamment de "donner (à une personne, etc.) la responsabilité d'accomplir une tâche ... confier ... à une personne le soin d'exécuter (une tâche) ...".¹²⁷ Le mot "direct" ("ordonner") est défini notamment comme signifiant "donner des instructions impératives à; donner ordre (à une personne) *de faire* ... exiger l'exécution de".¹²⁸ À cet égard, nous jugeons significatif le fait que quand le mot "direct" est suivi de "to" et d'un infinitif (c'est-à-dire d'un verbe), le dictionnaire indique comme sens "donner l'ordre ou le commandement formel de"¹²⁹, étant donné que c'est précisément la construction qui est utilisée à l'alinéa iv) ("... entrusts or directs a private *body to carry out* ...").

8.29 Il résulte du sens ordinaire des deux mots "charger" et "ordonner" que l'action des pouvoirs publics doit comporter une notion de délégation (dans le cas de l'action de charger) ou de commandement (dans le cas de l'action d'ordonner). Selon nous, l'action de charger comme celle d'ordonner comportent donc nécessairement les trois éléments suivants: i) une action explicite et positive, qu'il s'agisse de délégation ou de commandement; ii) visant une partie particulière; et iii) dont l'objet est une tâche ou une mission particulière. En d'autres termes, le sens ordinaire des verbes "charger" et "ordonner" comprend ces éléments - *quelque chose* est nécessairement délégué, et nécessairement délégué à *quelqu'un* et, de la même façon, *quelqu'un* a nécessairement reçu un commandement, et a nécessairement reçu le commandement *de faire quelque chose*. Nous ne croyons donc pas que l'on puisse dire qu'il y ait soit action de charger, soit action d'ordonner à moins que chacun de ces trois éléments ne soit présent.

8.30 Cela dit, c'est clairement le premier élément – une action explicite et positive de délégation ou de commandement – qui est déterminant. Les deuxième et troisième éléments – visant une partie particulière et concernant une tâche particulière – sont des *aspects* du premier. Toute évaluation de la question de savoir s'il y a eu délégation ou commandement se ferait nécessairement compte tenu de ce qui a été délégué ou commandé et compte tenu de la personne à qui cela a été délégué ou commandé. Les deuxième et troisième éléments, en tant qu'aspects du premier élément et découlant de celui-ci, viennent étayer notre opinion selon laquelle l'action doit être un acte explicite et positif de délégation ou de commandement. Nous relevons à cet égard que les mots "entrusts or directs" figurant à l'alinéa iv) de la version anglaise sont suivis des termes "a private body to carry out ..." ("un organisme privé d'exécuter ..."), qui sont analogues à ceux que nous avons utilisés pour décrire les deuxième et troisième éléments de la définition de l'action de charger ou d'ordonner. Ainsi, ces termes figurant à l'alinéa iv) confirment notre opinion quant à la condition selon laquelle il doit y avoir une action explicite et positive.

8.31 L'action des pouvoirs publics consistant à charger ou à ordonner est donc très différente de la situation dans laquelle ils 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

¹²⁶ Observations des États-Unis à propos de la question n° 11 posée par le Groupe spécial au Canada après la première réunion.

¹²⁷ *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, 1993, Clarendon Press, Oxford.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *The Concise Oxford Dictionary*, Ninth Edition, 1995, Clarendon Press, Oxford.

le marché et de l'exercice de leur liberté de décision par les agents présents sur ce marché. En fait, les pouvoirs publics interviennent sur les marchés de différentes façons et avec des objectifs différents en matière de politique générale ou de rentabilité, et ces interventions peuvent avoir des résultats différents, y compris des résultats qu'ils ne recherchaient pas ou même qu'ils n'estiment pas souhaitables. Nous ne voyons pas comment un scénario de ce type pourrait englober les trois éléments que nous estimons pertinents pour la définition de l'action de charger ou d'ordonner. En d'autres termes, le fait qu'il peut arriver que deux actions différentes des pouvoirs publics aient le même *résultat* dans une situation donnée ne change pas la *nature* de ces actions, c'est-à-dire que cela ne signifie pas que les deux actions ne constituent en fait qu'une seule et même action. Autrement dit, la distinction que nous faisons entre l'action de charger ou d'ordonner et une intervention des pouvoirs publics qui peut avoir ou non un effet particulier sur un marché particulier à un moment particulier n'est pas purement sémantique.

8.32 Le membre de phrase "entrusts or directs" à l'article 1.1 a) 1) iv) est immédiatement précédé du membre de phrase "a government makes payments to a funding mechanism *or*" ("les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, *ou*"). Nous considérons que ces deux membres de phrase visent à désigner des actions *équivalentes* des pouvoirs publics. Il s'agit dans les deux cas d'actions des pouvoirs publics consistant à faire en sorte qu'un intermédiaire (soit un mécanisme de financement, soit un organisme privé) fasse une contribution financière qui aurait sinon été faite directement par les pouvoirs publics. En d'autres termes, l'action des pouvoirs publics consistant à faire des versements à un mécanisme de financement et celle qui consiste à charger un organisme privé d'exécuter les fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) ou à lui ordonner de le faire sont des actions *équivalentes* des pouvoirs publics. Cela apporte un nouvel appui contextuel à notre opinion selon laquelle l'action de charger ou d'ordonner constitue une action explicite et positive, comparable à celle qui consiste à faire des versements à un mécanisme de financement.

8.33 Notre interprétation de l'opinion des États-Unis est que, quand une restriction à l'exportation a pour *effet* d'amener les producteurs nationaux à vendre leur produit (en plus grandes quantités ou exclusivement) aux acheteurs/utilisateurs nationaux de ce produit, cela revient au même que si les pouvoirs publics avaient donné l'ordre explicite et positif aux producteurs nationaux de le faire et qu'il y a donc contribution financière sous la forme d'une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder. En avançant cet argument de l'"équivalence fonctionnelle" ou de l'"équivalence conceptuelle", les États-Unis centrent essentiellement leur attention sur les *effets* ou les *résultats* d'une action des pouvoirs publics plutôt que sur la *nature* de l'action, afin de déterminer si cette action constitue une contribution financière. Ainsi, selon l'approche des États-Unis, l'existence d'une contribution financière dans le cas d'une restriction à l'exportation dépend entièrement de la réaction des producteurs du produit soumis à restriction face à cette restriction et, en particulier, de la mesure dans laquelle ils accroissent leurs ventes intérieures du produit soumis à restriction en raison de celle-ci. Par conséquent, selon l'approche des États-Unis, l'existence d'une contribution financière dans le cas d'une restriction à l'exportation *ne peut pas* en fait être déterminée sur la base de la nature de cette action (la restriction à l'exportation) en tant que telle.

8.34 Nous estimons qu'il n'est pas possible que la nature d'une mesure prise par les pouvoirs publics d'un Membre au regard de l'Accord SMC doive être déterminée uniquement en fonction de la réaction des personnes touchées par cette mesure face à celle-ci. Au contraire, l'existence d'une contribution financière des *pouvoirs publics* doit être prouvée par référence à l'action des *pouvoirs publics*. Déterminer s'il existe une contribution financière conformément à l'alinéa iv) uniquement par référence à la réaction des entités touchées signifierait en pratique que le critère qui s'appliquerait au titre de cette disposition serait différent de celui qui est prévu aux alinéas i) à iii), qui suppose que c'est en premier lieu l'action des pouvoirs publics qui est prise en compte. De même, nous ne voyons pas comment la réaction d'entités privées face à une mesure donnée des pouvoirs publics peut servir de base pour établir le respect par un Membre des obligations conventionnelles qu'il a contractées dans le cadre de l'OMC.

8.35 En outre, appliquer l'approche des "effets" à la question de savoir s'il existe une contribution financière aurait des incidences considérables. En particulier, cela semblerait donner à entendre que toute mesure des pouvoirs publics créant des conditions commerciales favorisant ou entraînant l'accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur constituerait une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, et donc une contribution financière. Si les États-Unis se semblent pas faire valoir que c'est là le résultat qu'ils recherchent, ils n'indiquent aucun fondement juridique sur la base duquel les restrictions à l'exportation pourraient être distinguées des autres mesures causant les mêmes sortes d'effets sur le marché. En réponse à une question concernant ce que pourrait être un tel fondement juridique selon l'approche des États-Unis, ceux-ci ont soutenu ce qui suit:

"Premièrement, selon le sens ordinaire du verbe "ordonner", pour qu'il y ait contribution financière, il faudrait qu'il existe le rapport de causalité nécessaire entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement des acteurs privés ... C'est donc dans l'alinéa iv) lui-même que se trouve le fondement juridique. Deuxièmement ... ce serait faire montre d'une courte vue que de ne considérer que le seul élément "contribution financière" d'une mesure pouvant donner lieu à une action ... Il doit être tenu compte du fait que l'application des concepts d'"avantage" et de "spécificité" permet d'écarter des mesures des pouvoirs publics dont on pourrait sinon faire valoir qu'elles répondent à la définition d'une "contribution financière."¹³⁰

8.36 Ainsi, le seul "fondement juridique" cité par les États-Unis est le "rapport de causalité entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement des acteurs privés". Étant donné qu'un tel rapport de causalité pourrait exister en ce qui concerne une grande variété de mesures prises par les pouvoirs publics, les États-Unis semblent reconnaître implicitement dans cet argument que, selon leur approche, toute mesure des pouvoirs publics qui *causait* un accroissement de l'offre intérieure d'un produit constituerait, pour cette seule raison, une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder et donc une contribution financière.

8.37 Un exemple fictif permet de mieux illustrer les difficultés créées par l'approche des États-Unis fondée sur les "effets". Supposons que les pouvoirs publics imposent des droits de douane extrêmement élevés sur les importations de charbon. Il s'ensuit que le prix du charbon importé sur le marché intérieur devrait augmenter et que l'offre de ce produit pourrait diminuer. Les utilisateurs de charbon en aval, tels que les producteurs d'acier, jugeraient probablement plus économique d'acheter le charbon à des producteurs nationaux, qui verraient donc le volume de leurs ventes s'accroître et pourraient aussi probablement obtenir de meilleures conditions de vente. Une mesure des pouvoirs publics – l'imposition de droits de douane élevés sur le charbon – aurait avantagé les producteurs de charbon en amenant les utilisateurs de ce produit en aval à accroître, par rapport à ce qui se passait avant l'imposition de ces droits de douane, la part de leurs achats aux producteurs nationaux au détriment des producteurs étrangers. On ne peut certainement pas considérer que c'est une situation dans laquelle les pouvoirs publics "chargent" un organisme privé (les utilisateurs de charbon) d'acheter des biens au sens de l'alinéa iii), ou lui "ordonnent" de le faire – ou "chargent" un organisme privé (les producteurs de charbon) de fournir des biens au sens de l'alinéa iii), ou lui "ordonnent" de le faire – et donc que cela constitue une contribution financière, bien que ce soit précisément le résultat que donnerait l'application de l'approche des États-Unis fondée sur les "effets". Si cela était le cas, les droits de douane constitueraient des contributions financières et, puisqu'ils conféreraient nécessairement un avantage à certains acteurs présents sur le marché, ils constitueraient des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC.

¹³⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 36 a) posée par le Groupe spécial après la première réunion.

8.38 Dans l'exemple concernant l'exposé ci-dessus, l'imposition de droits de douane, il pourrait bien se poser la question de la compatibilité avec l'article II du GATT de 1994, qui porte sur les listes de concessions des Membres. Il est toutefois douteux que le concept de contribution financière contenu à l'article I.1 a) de l'Accord SMC vise à faire entrer une telle action des pouvoirs publics dans le champ d'application de l'Accord SMC. Au contraire, en adoptant la notion de contribution financière, les rédacteurs ont exclu la possibilité de traiter *toute* action des pouvoirs publics entraînant un avantage comme une subvention.¹³¹ En fait, on peut faire valoir que c'est là la principale importance du concept de contribution financière, qui peut être défini comme l'un des moyens de se prévaloir de l'Accord SMC, de même que les concepts d'avantage et de spécificité. Considérer que le concept de contribution financière concerne les effets, plutôt que la nature, d'une action des pouvoirs publics constituerait une interprétation qui exclurait en fait ce concept de l'Accord, dont la portée ne serait plus déterminée que par les concepts d'avantage et de spécificité.

8.39 Nous relevons dans ce contexte que la position adoptée par les États-Unis lors du Cycle d'Uruguay était que l'avantage constituait le facteur essentiel dans la détermination du type de mesure qui constituait une subvention.¹³² De même, dans le présent différend, en réponse aux questions posées par le Groupe spécial concernant la détermination du sens des mots "chargent ou ordonnent" et l'importance juridique éventuelle des concepts d'"avantage" et de "spécificité" pour l'interprétation des termes "contribution financière", les États-Unis soutiennent ce qui suit:

"[S]elon le sens ordinaire du verbe "ordonner", pour qu'il y ait contribution financière, il faudrait qu'il existe le rapport de causalité nécessaire entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement des acteurs privés ..."¹³³

et aussi:

"Les conditions selon lesquelles il doit y avoir "avantage" et "spécificité" sont pertinentes [pour la question de l'interprétation juridique du concept de "contribution financière"] parce que le Canada et les Communautés européennes ... tentent d'inciter le Groupe spécial à adopter une interprétation indûment étroite de l'alinéa iv) en se fondant sur des allégations non justifiées concernant toutes les horreurs qui étaient censées se produire si leur interprétation étroite n'était pas acceptée. Toutefois, le fait est que les éléments "avantage" et "spécificité" auront pour effet que de nombreuses subventions indirectes alléguées ne pourront plus donner lieu à une action ni par conséquent à une mesure compensatoire."¹³⁴

Nous croyons comprendre que la réponse des États-Unis à notre question concernant l'interprétation juridique est essentiellement que les conséquences pratiques d'une interprétation large du concept de contribution financière seraient limitées parce que, dans la pratique, une telle interprétation ne convertirait pas une énorme quantité de mesures réglementaires des pouvoirs publics en subventions, car, dans bien des cas, l'avantage et la spécificité seraient probablement absents.

¹³¹ Voir les paragraphes 8.66 à 8.69 *infra* sur l'historique de la négociation.

¹³² Communication des États-Unis, MTN.GNG/NG10/W/29, 22 novembre 1989, paragraphe II.1 a) (pièce n° 34 du Canada).

¹³³ Réponse des États-Unis à la question n° 36 a) posée par le Groupe spécial après la première réunion.

¹³⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 36 b) posée par le Groupe spécial après la première réunion.

8.40 Mais cette réponse n'est pas satisfaisante; les conditions de l'"avantage" et de la "spécificité" sont des questions juridiques distinctes de l'interprétation juridique des termes "contribution financière" et ne sont *pas* pertinentes pour cette interprétation.¹³⁵ L'approche des États-Unis fondée sur les effets donne à entendre que l'élément "contribution financière" n'est pas une condition juridique significative et n'est donc pas un facteur limitatif en soi pour ce qui est de la détermination du type de mesure relevant du champ d'application de l'Accord SMC, et que les seuls facteurs limitatifs sont l'"avantage" et la "spécificité". Cela naturellement ne peut être correct. En fait, comme il a été noté plus haut, l'Organe d'appel a déclaré dans l'affaire *Brésil - Aéronefs* que "les questions – et les définitions respectives – de "contribution financière" et d'"avantage" [étaient] deux éléments juridiques distincts de l'article 1.1 de l'Accord SMC, qui *ensemble* détermin[ai]ent si une "subvention" exist[ait]".¹³⁶ Nous estimons donc que l'approche des États-Unis éliminerait en fait et de façon inadmissible la contribution financière en tant qu'"élément juridique distinct".

8.41 Le raisonnement qu'a suivi l'Organe d'appel quand il a examiné la décision initiale du Groupe spécial *Canada - Aéronefs* nous semble donc étayer notre opinion selon laquelle l'approche des États-Unis fondée sur les "effets" (c'est-à-dire un accroissement en fait de l'offre intérieure du produit soumis à restriction résultant de la restriction à l'exportation) n'est pas une base admissible pour déterminer l'existence d'une contribution financière au titre de l'alinéa iv). Dans l'appel concernant l'affaire *Canada - Aéronefs*, la question de définition spécifique qui se posait dans le cadre de l'Accord SMC était le sens de la subordination *de facto* aux exportations, au sens de l'article 3.1 a) et de la note de bas de page 4 de l'Accord SMC. Le principe sous-jacent était cependant similaire. En particulier, le Canada avait fait valoir dans cette affaire que, pour qu'une subvention soit *de facto* subordonnée aux résultats à l'exportation, elle "[devait] amener le bénéficiaire à préférer les exportations aux ventes sur le marché intérieur".¹³⁷

8.42 L'Organe d'appel a rejeté cet argument et a pour l'essentiel partagé l'avis du Brésil et des États-Unis selon lequel les obligations imposées par l'Accord SMC concernaient les pouvoirs publics qui accordaient la subvention.¹³⁸ L'Organe d'appel a déclaré qu'"[i]l ne suffi[sait] *pas* de démontrer seulement que les pouvoirs publics accordant une subvention *prévoient* que des exportations en résulteraient"¹³⁹ et a précisé que, si "[o]n [pouvait] fort bien accorder une subvention en sachant, ou en prévoyant, que des exportations en résulter[ai]ent ... cela n'[était] pas suffisant en soi, parce que ce n'[était] pas la preuve que l'octroi de la subvention [était] *lié* à la prévision d'exportations".¹⁴⁰ En d'autres termes, l'Organe d'appel a constaté qu'un *lien de cause à effet* entre la subvention et l'évolution effective ou prévue des exportations n'était *pas* suffisant pour satisfaire à la condition "lié à" qui devait être remplie pour qu'il y ait subordination aux exportations.¹⁴¹ De même, en l'espèce, pour qu'il soit satisfait au critère "chargent ou ordonnent", c'est-à-dire pour qu'il y ait contribution financière au sens de l'alinéa iv), c'est l'*action* des pouvoirs publics qui doit être l'élément central,

¹³⁵ Nous estimons en particulier qu'il convient de concevoir une "contribution financière" purement comme un transfert de ressources économiques effectué par les pouvoirs publics à des entités privées sur le marché, sans tenir compte des *conditions* afférentes à ce transfert. Celui-ci peut-être effectué soit directement par les pouvoirs publics (alinéas i) à iii)) ou indirectement par l'intermédiaire d'organismes privés (alinéa iv)). La question des conditions dans lesquelles le transfert est fait n'a rien à voir avec l'existence d'une contribution financière mais est plutôt en rapport avec la question distincte de l'avantage, comme l'article 14 l'indique clairement, en disposant que pour déterminer s'il existe un avantage, il faut comparer les conditions afférentes à la contribution financière avec les conditions du marché.

¹³⁶ *Brésil - Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 157. (italique dans l'original)

¹³⁷ *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 20.

¹³⁸ *Id.*, paragraphe 170.

¹³⁹ *Id.*, paragraphe 170.

¹⁴⁰ *Id.*, paragraphe 171.

¹⁴¹ *Id.*, paragraphes 171 et 172.

plutôt que les *effets* possibles de l'action sur les personnes visées, ou la réaction de celles-ci face à cette action, même si ces effets ou réactions sont prévus.

8.43 Nous ne sommes pas non plus convaincus par le parallélisme que les États-Unis cherchent à établir, à l'appui de leur argument sur le lien de cause à effet, entre une certaine déclaration figurant dans les constatations du Groupe spécial *Canada – Produits laitiers* à propos du paragraphe d) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation¹⁴² (constatations qui en tout état de cause ont été rendues sans intérêt par l'Organe d'appel) et le critère "chargent ou ordonnent" de l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC.¹⁴³ En particulier, selon la déclaration du Groupe spécial citée par les États-Unis, il n'était pas nécessaire "que le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux ordonnent spécifiquement qu'un certain résultat soit atteint ou que des dispositions soient prises" pour que le système en cause de mise en commun du lait constitue une fourniture de biens par les pouvoirs publics "par le biais de programmes imposés par les pouvoirs publics" au sens du paragraphe d) de la Liste exemplative. En fait, cette déclaration du Groupe spécial *Canada - Produits laitiers*, considérée dans son contexte complet, conduit à la conclusion opposée à celle que les États-Unis ont avancée. Premièrement, le contexte général de cette déclaration était la constatation du Groupe spécial selon laquelle c'était le gouvernement (et non des offices de commercialisation ou d'autres entités agissant indépendamment) qui décidait quel serait le lait qui serait vendu, à quels clients il le serait et quels seraient les prix de vente, et qui faisait exécuter ces décisions par le biais d'un système de licences et d'autres mesures. Deuxièmement, le contexte immédiat de la déclaration du Groupe spécial citée était que, même dans la mesure où les offices de commercialisation et autres entités avaient un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant de prendre certaines décisions en matière de commercialisation, ce pouvoir leur avait été *expressément délégué* par le gouvernement et donc l'exercice de ce pouvoir (c'est-à-dire la situation dans laquelle le gouvernement n'"ordonn[ait] [pas] spécifiquement qu'un certain résultat soit atteint ou que des dispositions soient prises") ne modifiait pas la conclusion selon laquelle le lait était fourni par le biais de "programmes imposés par les pouvoirs publics". Cela n'est ni identique ni analogue à l'approche des États-Unis et n'étaye donc pas l'argument de ce pays selon lequel un accroissement de l'offre intérieure d'un bien qui se trouve résulter, en fait, d'une certaine intervention des pouvoirs publics sur le marché concernant ce bien constitue une fourniture de ce bien à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder.¹⁴⁴ Au contraire, le Groupe spécial a fait cette déclaration à propos d'un marché dont chaque aspect du fonctionnement est expressément et étroitement contrôlé et géré par les pouvoirs publics.

8.44 En résumé, nous estimons que le sens ordinaire des mots "chargent" et "ordonnent" exige une action explicite et positive de délégation ou de commandement. En outre, nous constatons que le critère des "effets" (c'est-à-dire un rapport de causalité immédiat)¹⁴⁵ proposé par les États-Unis pour définir les termes "chargent ou ordonnent" a des incidences qui, selon nous, seraient en contradiction avec la portée et le champ d'application qu'il était prévu de donner à l'Accord SMC, en ce sens qu'il reviendrait en fait à éliminer du texte de l'article premier la condition de la contribution financière. Ainsi, nous constatons qu'une restriction à l'exportation, au sens dans lequel ces termes sont utilisés dans le présent différend, ne peut satisfaire au critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'alinéa iv).

¹⁴² Accord SMC, Annexe I.

¹⁴³ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 62, 65 et 66.

¹⁴⁴ Nous relevons que les États-Unis fondent cet argument sur leur opinion selon laquelle le paragraphe d) de la Liste exemplative, et le raisonnement du Groupe spécial *Canada – Produits laitiers* le concernant, constituent un contexte pertinent du concept de fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) et iv) de l'Accord SMC, au motif que "les subventions indirectes relevant du paragraphe d) doivent comporter des contributions financières au sens de l'article 1.1 a) 1) iv)". Étant donné que le passage du rapport *Canada – Produits laitiers* cité par les États-Unis n'étaye pas l'affirmation des États-Unis, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner, en tant que tel, le lien entre l'article premier de l'Accord SMC et la Liste exemplative figurant à l'Annexe I de cet accord.

¹⁴⁵ Voir le paragraphe 8.26, *supra*.

ii) "Organisme privé" ("Private Body")

8.45 Dans ses communications initiales présentées dans le présent différend, le Canada conteste l'idée que les différents producteurs d'un bien soumis à des restrictions à l'exportation puissent être considérés comme constituant un "private body". L'argument du Canada sur ce point est, pour l'essentiel, que les termes "private body" connotent une "collectivité" qu'un groupe disparate de producteurs n'est pas. Pour le Canada, un "private body" est un groupe ou entité collective privé organisé qui a une existence distincte et indépendante. Le fait qu'un groupe donné d'individus peut être décrit par une caractéristique commune (par exemple les personnes travaillant dans une mine d'or) ne ferait pas de l'ensemble de ces individus un "private body".

8.46 Toutefois, dans ses communications ultérieures présentées dans le présent différend, le Canada semble indiquer qu'une action explicite des pouvoirs publics consistant à ordonner quelque chose à un producteur ou à un groupe de producteurs donné ou à le charger de quelque chose, que ce soit individuellement ou collectivement, et quelle que soit la façon dont ils sont identifiés ou définis, transformerait par elle-même ces producteurs en un "private body" au sens de l'alinéa iv). Selon le Canada:

"Pour que les pouvoirs publics chargent quelqu'un de faire quelque chose ou lui ordonne de le faire, il faut qu'il y ait entre eux et la personne ou le groupe visé une forme quelconque de communication. Celle-ci pourrait se faire de différentes façons ... Quel que soit le moyen disponible ou choisi, il faut en principe désigner la (ou les) personne(s) qui a (ont) été chargée(s) de faire quelque chose ou à qui il a été ordonné de le faire et lui (leur) imposer l'obligation de faire une contribution financière spécifique ..." ¹⁴⁶

Selon le Canada, les termes "private body" prennent donc le sens que leur donne le texte de l'alinéa iv) dans lequel ils s'inscrivent et qui inclut la fonction des pouvoirs publics consistant à charger ou à ordonner. ¹⁴⁷

8.47 Les États-Unis soutiennent essentiellement que l'argument (initial) du Canada donnerait à entendre que, même si les pouvoirs publics en question devaient ordonner à chacun des nombreux producteurs privés d'un produit donné d'agir d'une certaine façon, ces producteurs ne pourraient malgré tout pas être considérés comme des "private bodies" au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), parce qu'ils ne seraient pas organisés en entité collective d'un type quelconque. Autrement dit, pour les États-Unis, le Canada semble indiquer que, selon lui, seul un organisme ou une entité collective organisé ayant une existence distincte pouvait être un "private body". Les États-Unis font valoir que rien dans le texte ne semble indiquer une telle limitation des termes "private body". Ils considèrent que toute entité privée est un "private body", qu'elle soit ou non organisée comme une "collectivité", ou plutôt, que toute caractéristique commune concernant un groupe donné d'individus fait *effectivement* de l'ensemble de ces individus un "private body". Par exemple, dans le cas d'une restriction à l'exportation, les producteurs du bien soumis à restriction constitueraient un "private body". En outre, pour les États-Unis, dans la mesure où il existe une entité *quelconque* qui pourrait constituer un "private body", le Canada ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe pour cet élément.

8.48 Nous relevons que l'argument initial du Canada est pour l'essentiel remplacé par son argument concernant la nature (c'est-à-dire le caractère explicite) d'une action des pouvoirs publics qui est nécessaire pour que cette action constitue une action des pouvoirs publics consistant à "charger" un

¹⁴⁶ Réponse du Canada à la question n° 26 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

¹⁴⁷ *Id.*

"private body" de faire quelque chose ou à lui "ordonner" de le faire. Le Canada semble donc avoir effectivement abandonné son approche relative à une entité "organisée". Selon nous, la différence d'opinion entre les parties au sujet de la définition de "private body" est donc liée à leur différence d'opinion au sujet de la définition de "chargent ou ordonnent". En d'autres termes, selon l'approche proposée par chacune des parties, c'est la nature de l'action de charger ou d'ordonner qui devrait définir la composition du "private body" pertinent et ce dernier ne pourrait être identifié qu'en fonction de la nature de cette action.

8.49 Nous estimons que les termes "private body" sont utilisés à l'article 1.1 a) 1) iv) par opposition aux "pouvoirs publics" ou à "tout organisme public" en tant qu'acteur. Autrement dit, toute entité qui n'est ni les pouvoirs publics ni un organisme public serait un "private body". Avec cette interprétation des termes "private body", il n'existe pas de possibilité de contournement à l'alinéa iv).¹⁴⁸ Puisque ce sont les pouvoirs publics ou un organisme public qui devraient charger ou ordonner conformément à l'alinéa iv), toute entité autre que les pouvoirs publics ou un organisme public pourrait être visée par l'action de charger ou d'ordonner et pourrait constituer un "private body". Cela est parfaitement logique. Nous n'estimons pas qu'il soit nécessaire de définir plus avant un "private body", que ce soit par référence à la nature de l'action de charger ou d'ordonner ou à une caractéristique commune ou à tout autre facteur. Au contraire, si le sens des termes "private body" figurant dans l'Accord devait être encore restreint de la sorte, cela exclurait en fait les actions de certaines entités de toute discipline en matière de subventions même si les entités en question avaient reçu des pouvoirs publics l'ordre explicite et positif de mener de telles actions. Pour ces raisons, nous concluons que les sociétés ou autres entités touchées par une restriction à l'exportation ou réagissant face à une telle restriction seraient des "private bodies" au sens de l'alinéa iv).

iii) *"D'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)"*

8.50 Nous relevons que, bien qu'il y ait désaccord entre les parties quant au sens du membre de phrase "une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)", ce désaccord ne concerne pas la question de savoir si l'action physique en cause serait ou non la fourniture de biens, fonction explicitement mentionnée à l'alinéa iii). Les deux parties reconnaissent, comme nous, qu'une restriction à l'exportation pourrait avoir pour résultat qu'un organisme ou des organismes privés "fournissent des biens". En ce sens, une restriction à l'exportation pourrait satisfaire à cet élément de l'alinéa iv).

8.51 Le désaccord entre les parties quant au sens de ce membre de phrase est plutôt lié à la question de savoir si le mot "types" figurant dans ce membre de phrase signifie, comme les États-Unis le font valoir, que l'alinéa iv) vise "une large gamme de mécanismes des pouvoirs publics pouvant potentiellement donner lieu à une action", notamment les restrictions à l'exportation. En particulier, ils font valoir que le mot "type" signifie "la forme, la structure ou le caractère général distinguant une catégorie ou un groupe particulier de choses" et, sur cette base, que l'inclusion de ce mot donne à entendre que les fonctions présentant la même forme, la même structure ou le même caractère général que celles qui sont énumérées aux alinéas i) à iii) constitueraient de la même façon la fourniture indirecte d'une contribution financière. Le Canada estime que le membre de phrase "une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)" se réfère seulement à l'une quelconque des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) et qu'une restriction à l'exportation, ordre de *ne pas* exporter, n'est pas le même "type" de fonction qu'un ordre positif de fournir des biens sur le marché intérieur.

8.52 L'argument des États-Unis concernant le mot "type" n'est pas clair. Comme il a été indiqué ci-dessus, il n'y a pas de désaccord entre les parties quant au fait que la fonction physique en cause dans le cas d'une restriction à l'exportation serait la fourniture de biens, et nous ne le contestons pas non plus. Il n'est pas nécessaire d'interpréter le mot "type" au sens large pour arriver à cette

¹⁴⁸ Voir le paragraphe 8.53, *infra*.

conclusion. D'un autre côté, si ce que font valoir ici les États-Unis, c'est qu'une restriction à l'exportation, qui est elle-même une fonction des pouvoirs publics, peut être considérée conformément à l'alinéa iv) comme une "fonction" du même "type" que l'une des fonctions des pouvoirs publics mentionnées aux alinéas i) à iii), nous ne voyons pas comment un tel argument peut s'inscrire dans le cadre de l'alinéa iv). En d'autres termes, l'alinéa iv) concerne l'action des pouvoirs publics consistant à charger un *organisme privé* d'exécuter l'une des "fonctions" des *pouvoirs publics* indiquées aux alinéas i) à iii) ou à lui ordonner de le faire. Nous ne voyons pas comment l'utilisation du mot "types" après le mot "fonctions" à l'alinéa iv) transformerait le sens et le fonctionnement de cet alinéa de manière telle que celui-ci viserait des fonctions exécutées par les *pouvoirs publics* autres que celles qui sont indiquées dans les alinéas i) à iii).

8.53 Nous ne voyons donc rien dans le texte de l'Accord qui étaye l'interprétation du mot "types" donnée par les États-Unis. Au contraire, selon nous, l'expression "fonctions des types" renvoie aux fonctions physiques indiquées aux alinéas i) à iii). À cet égard, nous estimons que l'alinéa iv) vise à éviter le contournement des alinéas i) à iii) par les pouvoirs publics du fait que ceux-ci agiraient simplement par l'intermédiaire d'un organisme privé. Ainsi, en dernière analyse, la portée des actions (les fonctions physiques) visées à l'alinéa iv) doit être la même que la portée de celles qui sont visées aux alinéas i) à iii). En d'autres termes, la différence entre les alinéas i) à iii) d'une part et l'alinéa iv) d'autre part a trait à l'identité de *l'acteur* et non à la nature de *l'action*. L'expression "fonctions des types" garantit qu'il en est bien ainsi, c'est-à-dire que l'article premier vise les fonctions des types indiqués aux alinéas i) à iii), que ces fonctions soient exécutées par les pouvoirs publics eux-mêmes ou soient déléguées par les pouvoirs publics à un organisme privé.

8.54 Quant au mot spécifique "types", nous estimons qu'il renvoie au fait que *chacun* des alinéas i) à iii) constitue en lui-même une "fonction" d'un "type" général qui vise une ou plusieurs *catégories* de comportement. Le membre de phrase qui suit, "énumérés aux alinéas i) à iii)", le confirme. En particulier, les alinéas i) à iii) renvoient chacun à des actions *multiples* des pouvoirs publics et en donnent des exemples. L'alinéa i), par exemple, renvoie à trois catégories générales (transferts directs de fonds; transferts directs potentiels de fonds; et transferts directs potentiels de passif) de "fonctions des types" des transferts de fonds et de passif.

8.55 Nous constatons donc que l'expression "fonctions des types" renvoie aux fonctions physiques visées aux alinéas i) à iii) et n'élargit pas au-delà de ces fonctions la portée de l'alinéa iv) de façon à ce que celui-ci vise d'autres types de "mécanismes des pouvoirs publics".

iv) *"Qui sont normalement de leur ressort" et "la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics"*

8.56 Le Canada fait valoir qu'une restriction à l'exportation, puisqu'elle ne constitue pas une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, ne satisferait pas non plus aux termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" figurant à l'article 1.1 a) 1) iv). Pour le Canada, ces termes établissent aussi des conditions juridiques qui doivent être remplies pour qu'il y ait contribution financière au regard de cette disposition. Autrement dit, selon le Canada, dans le cas où les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'exécuter l'une des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) ou lui ordonnent de le faire, la fonction doit être l'une de celles qui sont normalement du ressort des pouvoirs publics et ne doit pas différer véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics. Selon le Canada, le libellé de ce texte indique que ces conditions exigent en particulier une *pratique habituelle* de la part des pouvoirs publics consistant à exécuter l'une des fonctions énumérées. Le Canada observe que l'effet limitatif de ces conditions est compatible avec le but de l'alinéa iv) qui est de faire en sorte que les pouvoirs publics ne puissent se soustraire aux disciplines autrement applicables en matière de subventions en faisant appel à un agent du secteur privé pour qu'il verse les contributions financières qu'ils auraient normalement versées

directement. Ainsi, l'argument du Canada donne à entendre que la portée des actions visées à l'alinéa iv) est plus étroite que celle des actions visées aux alinéas i) à iii).

8.57 Nous relevons que les États-Unis, pour leur part, font valoir que les fonctions indiquées aux alinéas i) à iii) sont des fonctions "normales" des pouvoirs publics dans le cadre de l'octroi de subventions par les pouvoirs publics.¹⁴⁹ Les États-Unis soutiennent que les termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" trouvent leur origine dans le rapport de 1960 du Groupe spécial *Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*, dans lequel des termes similaires ont été utilisés à propos de perceptions financées par les producteurs, qui ont été considérées comme ne pas différer véritablement des pratiques des pouvoirs publics en matière de taxation et de subventionnement. (Le Groupe spécial s'était référé au fait que le gouvernement participait "soit en faisant des versements au fonds commun, soit en confiant à un organisme privé le soin de percevoir les impositions et de verser les subventions, de manière telle qu'en réalité la pratique suivie ne différ[ait] nullement de celle qui [était] normalement appliquée par les gouvernements".¹⁵⁰) Ainsi, pour les États-Unis, ces derniers éléments de l'article 1.1 a) 1) iv) signifient que les fonctions en question sont celles qui consisteraient pour les pouvoirs publics à percevoir des impositions et/ou verser des subventions, ce qui, selon les États-Unis, pourrait inclure l'institution d'une restriction à l'exportation.

8.58 Nous considérons que l'argument des États-Unis donne à entendre que la portée des actions visées à l'alinéa iv) est plus large que celle des actions visées aux alinéas i) à iii). En particulier, en faisant valoir que, pour qu'il soit satisfait aux termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement", les pouvoirs publics doivent "verser des subventions", les États-Unis tiennent un raisonnement qui semble circulaire, en ce sens qu'il paraît inclure le concept de l'avantage dans celui de la contribution financière.¹⁵¹ Nous estimons que, selon une telle approche, toute intervention des pouvoirs publics sur le marché qui entraînerait une redistribution des ressources créant un avantage serait considérée comme entraînant un "versement de subventions" au sens large utilisé par les États-Unis, et donc comme répondant à la condition de la contribution financière. En d'autres termes, selon cette approche, l'alinéa iv) traiterait comme des contributions financières les actions des pouvoirs publics créant des "avantages" même si ces actions ne faisaient pas partie des fonctions visées aux alinéas i) à iii).

8.59 Si nous avons des doutes sérieux à propos des arguments des deux parties concernant les incidences, pour la portée du paragraphe iv), des termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement", nous n'estimons pas qu'il soit nécessaire de formuler une constatation relative au sens précis de ces termes pour régler le présent différend. En particulier, ces arguments n'abordent pas directement la question fondamentale soulevée par l'argument du Canada selon lequel une restriction à l'exportation, puisqu'elle ne constitue pas une action des pouvoirs publics consistant à charger de fournir des biens, ou à ordonner de le faire, ne satisferait pas pour cette raison aux termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement". Nous relevons que pour qu'une restriction à l'exportation ne puisse *jamais* satisfaire à ces éléments textuels, il faudrait logiquement qu'aucuns pouvoirs publics n'aient jamais fourni de biens au sens de l'alinéa iii) (ce que le Canada

¹⁴⁹ Observations des États-Unis à propos de la question n° 12 a) posée par le Groupe spécial au Canada après la première réunion.

¹⁵⁰ *Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*, rapport du Groupe spécial, L/1160, adopté le 24 mai 1960 (IBDD, S9/198), paragraphe 12.

¹⁵¹ Les États-Unis indiquent que "quand ils ont déclaré que les fonctions "normales" des pouvoirs publics renvoyaient à une action de ces derniers dans le cadre de l'octroi de subventions, [ils] ont utilisé le mot "subventions" dans son sens non technique courant, qui est aussi celui dans lequel ce mot apparaissait dans l'*Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*" (réponse à la question n° 25 posée par le Groupe spécial après la première réunion, citation omise). Nous ne sommes pas cependant convaincus que cette explication élimine le caractère circulaire de l'argument des États-Unis.

manifestement ne fait pas valoir), car alors seulement on pourrait dire que la fourniture de biens ne serait jamais "normalement du ressort" des pouvoirs publics. Ainsi, nous ne voyons pas comment l'argument du Canada selon lequel les termes "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" *restreignent* les circonstances dans lesquelles il y aurait action des pouvoirs publics consistant à charger de fournir des biens ou à ordonner de le faire, exclurait la possibilité qu'une restriction à l'exportation puisse potentiellement constituer une telle fourniture de biens.

e) Objet et but

8.60 Nous rappelons que conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne*, les termes d'un traité doivent être interprétés à la lumière de l'objet et du but du traité.

8.61 Les États-Unis citent la déclaration du Groupe spécial *Brésil - Aéronefs* selon laquelle "l'objet et le but de l'Accord SMC sont d'imposer des disciplines multilatérales pour les subventions qui faussent les échanges internationaux". Ils citent aussi la déclaration du Groupe spécial *Canada - Aéronefs* selon laquelle "l'objet et le but de l'Accord SMC pourraient plus justement être résumés comme étant l'établissement de disciplines multilatérales "en partant du principe que certaines formes d'intervention des pouvoirs publics faussent le commerce international, [ou] peuvent fausser [le commerce international]"".¹⁵² Les États-Unis font valoir qu'"[e]n insistant sur la nécessité de s'attaquer aux interventions des pouvoirs publics qui faussent le commerce international – qu'il en ait ou non résulté un coût pour les pouvoirs publics – le Groupe spécial [*Canada - Aéronefs*] a confirmé que la réduction des interventions des pouvoirs publics qui faussent le marché était le but central de l'Accord SMC". Les États-Unis soutiennent en outre que "les dispositions textuelles en cause doivent être interprétées à la lumière de l'objet et du but de l'Accord SMC ... [I]l convenait de ne pas restreindre indûment le sens de ces dispositions de façon à exclure des mesures dont il est communément convenu que ce sont des subventions qui faussent les échanges, lorsque le texte de l'Accord ne les excluait pas et lorsque les exclure irait à l'encontre de l'objet et du but dudit accord".¹⁵³

8.62 Nous approuvons les déclarations du Groupe spécial *Brésil - Aéronefs* et du Groupe spécial *Canada - Aéronefs* en ce qui concerne l'objet et le but de l'Accord SMC pour ce qui est d'assujettir à des disciplines certaines formes d'action des pouvoirs publics. Il ne s'ensuit pas cependant de ces déclarations que chaque intervention des pouvoirs publics qui, selon la théorie économique, pourrait être considérée comme une subvention ayant la possibilité de fausser les échanges est une subvention au sens de l'Accord SMC. Une telle approche signifierait que la condition de la "contribution financière" serait en fait remplacée par une condition selon laquelle il devrait être communément convenu que l'action en question des pouvoirs publics est une subvention qui fausse les échanges. Or, le sens juridique du terme "subvention" doit être tiré d'une analyse du texte et du contexte de l'article premier de l'Accord SMC.

8.63 En outre, nous ne voyons aucune contradiction entre lesdits objet et but de l'Accord SMC et le fait que certaines mesures dont il pourrait être communément convenu qu'elles sont des subventions faussant les échanges pourraient en fait être *exclues* du champ d'application de l'Accord. En fait, s'il est clair que l'objet et le but de l'Accord sont de soumettre à des disciplines les subventions qui faussent les échanges, cet objet et ce but ne peuvent que concerner les "subventions" *telles qu'elles sont définies* dans l'Accord. Cette définition, qui inclut les notions de "contribution financière", "avantage" et "spécificité", a été rédigée dans le but exprès de faire en sorte que les interventions des pouvoirs publics sur le marché n'entrent pas toutes dans le champ d'application de l'Accord (*voir* la section VIII.B.3 f) sur l'historique des négociations, *infra*).

¹⁵² Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 14 et 16.

¹⁵³ Réponse des États-Unis à la question n° 18 posée par le Groupe spécial après la première réunion.

f) Historique des négociations

8.64 L'Organe d'appel a indiqué, dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, qu'"[i]l ne [faisait] aucun doute que l'article 32 de la *Convention de Vienne*, qui traite du rôle des moyens complémentaires d'interprétation, ... [était] également devenu une [règle du droit international coutumier ou général, de même que l'article 31]".¹⁵⁴ L'article 32 de la *Convention de Vienne* est ainsi libellé:

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.

Conformément à l'article 32 de la *Convention de Vienne*, l'historique des négociations peut donc être invoqué en tant que moyen complémentaire d'interprétation, afin de confirmer une conclusion formulée sur la base d'une analyse du texte et du contexte d'un traité. Nous jugeons donc utile d'examiner l'historique de la négociation de l'article premier de l'Accord SMC, en général, et de la condition de la "contribution financière" qui y figure, en particulier.

i) *Historique de la négociation de l'inclusion de la condition de la "contribution financière"*

8.65 L'historique de la négociation de l'article premier confirme notre interprétation des termes "contribution financière". L'historique de la négociation démontre, en premier lieu, qu'il avait été dès l'origine dans l'intention de ses défenseurs que la condition de la contribution financière s'applique précisément pour faire en sorte que les mesures des pouvoirs publics qui conféraient des avantages ne soient pas toutes considérées comme des subventions. Cette question a fait l'objet de longs débats au cours des négociations et de nombreux participants ont constamment maintenu que seules les actions des pouvoirs publics constituant des contributions financières devraient être assujetties aux règles multilatérales sur les subventions et les mesures compensatoires.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* ("*Japon – Boissons alcooliques*"), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, page 12.

¹⁵⁵ Voir, par exemple, Canada: "Une condition fondamentale du recours possible à des mesures compensatoires pour une pratique donnée devrait ... être l'existence d'une contribution financière du gouvernement" (MTN.GNG/NG10/W/25); Communautés européennes: "Il n'y a de subventions dans le commerce international que lorsqu'une charge financière a été assumée par l'État ou par une autorité administrative pour le compte d'un bénéficiaire" (MTN.GNG/NG10/W/7); Égypte: "Seules les "mesures inscrites au poste comptes publics du budget de l'État comme les dons, les prêts à des conditions libérales ou les garanties des prêts", constituent une subvention" (MTN.GNG/NG10/W/14); Inde: "Il est nécessaire qu'il y ait une contribution financière" (MTN.GNG/NG10/W/16); Japon: "Le versement par les pouvoirs publics d'une contribution financière devrait être considéré comme un critère essentiel pour déterminer l'existence d'une subvention" (MGN.GNG/NG10/W/8); pays nordiques: "L'adoption de mesures compensatoires ... [devrait être] subordonnée à l'existence d'une pratique gouvernementale qui suppose un transfert net de fonds de sources publiques aux bénéficiaires" (MTN.GNG/NG10/W/30); Suisse: "Les subventions pouvant donner lieu à une

8.66 Avant le Cycle d'Uruguay, les disciplines multilatérales relatives aux subventions et aux mesures compensatoires étaient énoncées aux articles XVI et VI respectivement du GATT de 1947 et dans le Code des subventions du Tokyo Round. Aucune de ces dispositions ne contenait de définition du terme "subvention". Ce terme y était seulement mentionné. Malgré l'existence de disciplines multilatérales relatives à l'octroi de subventions, il y a eu en pratique très peu de différends réglés dans le cadre du GATT conformément à ces disciplines et peu d'intérêt a été accordé à ces occasions au sens du terme "subvention". En revanche, des mesures compensatoires ont été utilisées assez fréquemment par un certain groupe de pays (y compris les États-Unis), chaque pays qui recourait à de telles mesures utilisant sa propre définition du mot subvention conformément à ses procédures internes.

8.67 Les États-Unis en particulier ont adopté une définition qui traitait comme des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire les mesures "exécutoires formelles" des pouvoirs publics "ayant directement entraîné l'octroi d'un avantage discernable".¹⁵⁶ En d'autres termes, l'approche suivie par les États-Unis avant la création de l'OMC consistait à définir en tant que subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire les *avantages* résultant d'une action des pouvoirs publics, quelle que soit la nature de cette action.¹⁵⁷ Cette approche avait fait l'objet de controverses avec d'autres parties contractantes du GATT, qui estimaient qu'il n'était pas possible de considérer comme une subvention potentielle tous les types de mesures des pouvoirs publics conférant un avantage.¹⁵⁸ Lors du Cycle d'Uruguay, de nombreux participants au Groupe de négociation sur les subventions et mesures compensatoires (le "Groupe de négociation") ont insisté sur la nécessité d'élaborer une définition du terme "subvention" en raison des problèmes causés par l'absence de définition uniforme, en particulier dans le contexte des mesures compensatoires.¹⁵⁹ Ce point de vue a été exprimé dès l'origine, comme le montre la première version (septembre 1987) d'une liste des questions à traiter dans les négociations qui a été établie par le Secrétariat à partir des communications des participants, et dont la déclaration suivante donne un exemple: "Il est nécessaire de réviser le Code en vue d'adopter des critères pour la détermination des subventions passibles de droits compensateurs (dépenses des pouvoirs publics, avantages procurés au bénéficiaire ou spécificité). Cette révision aurait également pour objet de *définir la différence entre les subventions et diverses mesures qui faussent les échanges*."¹⁶⁰

action sont toutes les mesures qui entraînent directement ou indirectement un transfert net de fonds ... de sources publiques au bénéficiaire" (MTN.GNG/NG10/W/26).

¹⁵⁶ Énoncé, page 926.

¹⁵⁷ Voir, par exemple, la détermination du Département du commerce des États-Unis dans les affaires de 1982 concernant l'acier, exposée dans le document SCM/36 du 27 octobre 1982. Il est indiqué dans ce document que le DOC, pour déterminer si les défendeurs avaient reçu des subventions au sens de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, cherchait à déterminer "si les défendeurs [avaient] reçu ou non, directement ou indirectement, un avantage économique".

¹⁵⁸ Par exemple, les Communautés européennes, présentant des observations sur la déclaration citée relative aux affaires de 1982 concernant l'acier, ont indiqué dans un document présenté au Comité des subventions et des mesures compensatoires du Tokyo Round (SCM/35, point A.2), qu'"[un] avantage [était] nécessaire pour que l'on puisse déterminer qu'il existe une subvention, mais il ne constitu[ait] pas la mesure de la subvention". Les Communautés européennes estimaient plutôt que pour qu'il existe une subvention, il devait y avoir une charge pour le Trésor public, dont découlait un avantage pour une branche de production.

¹⁵⁹ Par exemple les Communautés européennes: "Le problème-clé dont dépend le règlement de toutes les autres questions ouvertes est la définition d'une subvention" (MTN.GNG/NG10/W/7); le Canada: Les interprétations unilatérales résultant du fait que l'on n'était pas parvenu à s'entendre sur ce qu'était une subvention "ont entraîné des incertitudes et des conflits commerciaux" (MTN.GNG/NG10/W/22); l'Égypte: "De sérieux problèmes [se sont posés] pour les raisons suivantes: ... il n'existe pas de définition de ce que l'on doit entendre par subvention" (MTN.GNG/NG10/W/14).

¹⁶⁰ MTN.GNG/NG10/W/9, 7 septembre 1987, section III.1. (pas d'italique dans l'original)

8.68 Pendant les débats qui ont eu lieu au Groupe de négociation et qui ont conduit à la définition d'une "subvention" qui a finalement été incluse dans le texte de l'article premier, la différence fondamentale entre définir une subvention uniquement sur la base de l'existence d'un "avantage" conféré par une action quelconque des pouvoirs publics (position adoptée par les États-Unis¹⁶¹), d'une part, et exiger une "contribution financière des pouvoirs publics" afin de limiter l'ensemble des actions des pouvoirs publics pouvant être considérées comme une subvention (position adoptée par la quasi-totalité des autres participants), d'autre part, a été exposée avec une certaine précision. Le Canada, par exemple, a déclaré que "si pratiquement toute mesure prise par un gouvernement [pouvait] être jugée susceptible d'avoir des répercussions sur la production et les échanges, *il [fallait] cependant fixer la limite à partir de laquelle une mesure [pouvait] être considérée comme une subvention* et donc donner lieu à l'adoption de mesures compensatoires".¹⁶² Le Canada a ensuite déclaré ce qui suit:

"Dans l'application des méthodes et des règles du GATT, il y a subvention lorsque le mécanisme d'établissement des prix est modifié par l'exercice du pouvoir qu'a le gouvernement d'imposer une taxe ou d'accroître le revenu, que cette intervention s'opère directement ou par un intermédiaire. Les règles en vigueur s'appliquent au soutien sous forme du transfert direct de fonds, de la possibilité de transfert direct de fonds ou de prise en charge de la dette et de l'indemnisation des pertes.

...

Compte tenu des règles en vigueur, une condition fondamentale du recours possible à des mesures compensatoires pour une pratique donnée devrait donc être l'existence d'une contribution financière du gouvernement."¹⁶³

8.69 Manifestement, l'article premier tel qu'il a finalement été adopté comprend la condition d'une contribution financière des pouvoirs publics ou d'un organisme public en tant qu'élément nécessaire d'une subvention. Les communications des participants aux négociations donnent à entendre que le but que recherchaient les partisans de l'inclusion de cet élément était de limiter les *sortes* d'actions des pouvoirs publics qui pourraient entrer dans le champ d'application des règles relatives aux subventions et aux mesures compensatoires. En d'autres termes, la définition finalement convenue lors des négociations a marqué le rejet définitif de l'approche suivie par les États-Unis consistant à définir les subventions comme étant des avantages résultant de toute action des pouvoirs publics, du fait qu'il y a été inclus la condition selon laquelle l'action des pouvoirs publics en question doit constituer une "contribution financière" dont les différentes formes sont énumérées dans une liste exhaustive.¹⁶⁴

¹⁶¹ Les États-Unis ont proposé lors des négociations qu'une "subvention" soit définie comme étant "toute mesure ou combinaison de mesures gouvernementales qui apportent un avantage à l'entreprise ou aux entreprises bénéficiaires". MTN.GNG/NG10/W/29, "Éléments du cadre de négociation – Communication des États-Unis", 22 novembre 1989, section II.2 a).

¹⁶² MTN.GNG/NG10/W/22, déclaration faite par le Canada à la réunion du Groupe de négociation tenue les 28 et 29 juin 1988. (pas d'italique dans l'original)

¹⁶³ MTN.GNG/NG10/W/25, communication du Canada, 28 juin 1989.

¹⁶⁴ Les États-Unis eux-mêmes, comme le montrent leurs diverses communications sur le "ciblage", semblent avoir reconnu que la condition de la contribution financière excluait certaines formes de mesures des pouvoirs publics qui pourraient procurer des avantages. En particulier, dans une communication de juin 1988, ils ont déclaré que "la plupart de ces pratiques [de ciblage] n'entr[ai]ent pas dans le cadre des définitions internationales d'une "subvention", si larges soient-elles, et que, de ce fait, les droits et mesures correctives prévus par les articles VI et XVI ne s'appliqu[ai]ent pas au ciblage industriel en tant que tel", et ont proposé que

ii) *Historique de la négociation de la définition d'une "contribution financière"*

8.70 L'historique de la négociation confirme aussi notre interprétation du sens des termes "contribution financière" tel qu'il est exposé dans les alinéas i) à iv). Les participants préconisant l'adoption d'une condition relative à une "contribution financière" ont exprimé des opinions diverses lors des négociations concernant le sens précis des termes "contribution financière", ceux-ci désignant seulement pour certains une "inscription au poste comptes publics" ou un "coût pour l'État", alors que pour d'autres ils visaient les transferts effectués par les pouvoirs publics, y compris par l'intermédiaire d'agents n'appartenant pas aux pouvoirs publics.¹⁶⁵

8.71 La définition plus large qui a été proposée s'inspire en grande partie d'une opinion exprimée, avant le début des négociations du Cycle d'Uruguay, par le Groupe d'experts du calcul du montant des subventions (organisme relevant du Comité des subventions et mesures compensatoires du Tokyo Round). Cette opinion a été longuement citée dans l'un des premiers documents qu'a établis le Secrétariat à la demande du Groupe de négociation – et où, notamment, il exposait brièvement l'état d'avancement des débats relatifs aux règles du GATT concernant les mesures compensatoires et les subventions. Le Groupe d'experts est ainsi cité dans ce document:

"Il est suggéré qu'il ne saurait y avoir subvention sans contribution financière des autorités publiques; en d'autres termes, l'existence d'une subvention présuppose une telle contribution. Il semblerait qu'une approche de ce genre soit utile dans la mesure où elle souligne qu'il y a nécessairement un lien entre l'octroi de subventions et la perception d'impositions par les autorités publiques, que celles-ci agissent directement ou qu'elles en confient le soin à des organismes privés, comme l'indique un rapport établi par un groupe spécial à la suite d'un examen de l'article XVI (IBDD, S9). Le paragraphe 12 de ce rapport a trait à la question des subventions financées par des perceptions non gouvernementales. Le Groupe spécial a estimé que la multiplicité des formes que peuvent revêtir les mesures de ce genre empêche de formuler des règles absolues en la matière. Par contre, il a clairement indiqué qu'"il n'y a aucun doute quant à l'obligation qui incombe à un gouvernement de signaler tout système de perceptions et subventions jumelées influant sur les importations ou les exportations, lorsqu'il y participe soit en faisant des versements à un fonds commun, soit en confiant à un organisme privé le soin de percevoir les impositions et de verser les subventions, de manière telle qu'en réalité la pratique suivie ne diffère nullement de celle qui est normalement appliquée par les gouvernements". Il peut y avoir des cas analogues où les autorités publiques choisissent de confier à un organisme privé

le Groupe de négociation examine la question du ciblage "en vue de déterminer si certains types de politiques industrielles gouvernementales destinées à encourager les industries orientées vers l'exportation *[avaient] des effets analogues à ceux d'une subvention* et port[aient] préjudice, sur le plan économique, aux intérêts légitimes des autres nations commerçantes". (MTN.GNG/NG10/W/20, pas d'italique dans l'original)

¹⁶⁵ Ces positions ont été résumées dans une note du Secrétariat concernant la réunion du Groupe de négociation tenue les 26 et 27 septembre 1989:

"Un autre critère important [pour la définition d'une subvention pouvant donner lieu à une action] pour [certains] participants était l'inscription au poste comptes publics, c'est-à-dire le versement par les pouvoirs publics d'une contribution financière (ou l'indemnisation des pertes). Selon un participant, il fallait que cette notion couvre les transferts de fonds directs, mais aussi *indirects (c'est-à-dire les fonds versés par les pouvoirs publics par l'intermédiaire d'agents n'appartenant pas aux pouvoirs publics) pour éviter tout contournement des règles*". (MTN.GNG/NG10/13, pas d'italique dans l'original)

le soin d'exercer certaines fonctions en rapport avec le droit souverain des États de percevoir des impôts et de décider de leur affectation. Un examen des pratiques susceptibles d'être suivies en matière de subventions, lesquelles sont énumérées à l'article 11:3 du Code, met encore mieux en évidence les diverses formes que peut revêtir la contribution financière des autorités publiques. Il y a les pratiques qui comportent *un transfert direct de fonds (par exemple les dons et les prêts), celles qui comportent des transferts directs potentiels ou des engagements (par exemple les garanties de prêts) et celles qui impliquent que les autorités renoncent à des recettes ou ne les perçoivent pas (incitations fiscales telles que l'octroi à des branches de production déterminées de crédits d'impôt pour investissement)*. Il semblerait que les pratiques de ce genre constituent des illustrations précises du principe général suggéré par le Groupe spécial dans son rapport (IBDD, S9), à savoir que l'on peut parler de subventions lorsque les autorités publiques exercent leur pouvoir de percevoir des impôts et d'affecter les recettes fiscales soit directement, soit par *délégation*.¹⁶⁶

8.72 Nous jugeons particulièrement significatif dans la déclaration du Groupe d'experts le fait que sa description des "formes" que peut revêtir la contribution financière des pouvoirs publics est presque identique au texte de l'article 1.1 a) 1) i) à iii) de l'Accord SMC. Nous jugeons aussi très significative l'interprétation du Groupe d'experts selon laquelle, quand le Groupe spécial de 1960 se référait à une "pratique ... [qui] ne différ[ait] nullement de celle qui [était] normalement appliquée par les gouvernements", il se référait d'une façon générale à la *délégation* à des parties privées des fonctions particulières des pouvoirs publics consistant à percevoir des impôts et à affecter les recettes fiscales, et *non* aux interventions en général des pouvoirs publics sur le marché ou à leurs effets. Notre interprétation, que nous avons exposée en détail ci-dessus, du sens des alinéas i) à iv) est pleinement compatible avec l'historique de la négociation de ces alinéas et est donc confirmée par cet historique.

iii) *Résumé*

8.73 En résumé, l'historique des négociations confirme que la définition du terme subvention comportant deux parties, la "contribution financière" et l'"avantage", a été adoptée dans l'intention spécifique d'empêcher l'imposition de mesures compensatoires en cas d'*avantages* résultant de toute sorte de mesures (exécutoires formelles) des pouvoirs publics, en restreignant à une liste finie les *sortes* de mesures des pouvoirs publics qui, si elles conféraient des avantages, constituaient des subventions. L'historique des négociations confirme que les points i) à iii) de cette liste limitent ces sortes de mesures au transfert de ressources économiques des pouvoirs publics à une entité privée. Conformément aux alinéas i) à iii), les pouvoirs publics agissant en leur nom propre effectuent ce transfert en fournissant directement quelque chose ayant une certaine valeur – des fonds, des biens ou des services – à une entité privée.¹⁶⁷ L'alinéa iv) garantit que les mêmes sortes de transferts de ressources économiques des *pouvoirs publics*, lorsqu'ils sont effectués par le biais d'une *délégation* explicite de ces fonctions à une entité privée, n'échappent pas de ce fait aux disciplines.

¹⁶⁶ MTN.GNG/NG10/W/4, "Subventions et mesures compensatoires – Note du Secrétariat", 28 avril 1987, section 4.1.A. (note de bas de page omise, pas d'italique dans l'original)

¹⁶⁷ Comme nous l'avons souligné ailleurs, la question des conditions dans lesquelles ce transfert se fait n'est pas pertinente pour l'existence d'une contribution financière et constitue plutôt la question séparée de l'"avantage". Nous ne voulons pas non plus, naturellement, donner à entendre qu'un transfert de ressources économiques des pouvoirs publics, pour être une contribution financière, devrait supposer un coût pour l'État ou une inscription au poste comptes publics. Cela ressort clairement du texte de l'Accord SMC ainsi que de l'historique des éléments pertinents des négociations mentionnées ci-dessus, et a aussi été confirmé dans de précédents différends (notamment *Canada - Aéronefs*).

8.74 Nous rappelons notre conclusion selon laquelle l'alinéa iv), pour remplir cette fonction, manifestement recherchée, de mécanisme anticontournement, ne peut pas modifier la *nature* des sortes d'actions qui peuvent être considérées comme des contributions financières (et en particulier ne peut pas l'élargir pour inclure des actions qui ne sont pas indiquées aux alinéas i) à iii)). S'il en était ainsi, en permettant de traiter comme des contributions financières, sur la base de leurs *effets* sur des entités privées, des mesures des pouvoirs publics telles que les restrictions à l'exportation qui ne constituent *pas* des transferts de ressources économiques auxquelles les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, cela redonnerait la possibilité d'imposer des mesures compensatoires en cas d'*avantages*, quelle que soit la nature de l'action des pouvoirs publics dont ils résultent. Cela ôterait en fait tout son sens à la condition de la "contribution financière", ce qui serait en contradiction non seulement avec le principe de l'interprétation des traités dit de l'effet utile, comme cela a été indiqué en détail dans les sections précédentes, mais aussi avec l'historique de la négociation de cette condition.

g) Conclusion

8.75 Pour les raisons qui précèdent, nous concluons qu'une restriction à l'exportation, selon la définition donnée dans le présent différend, ne peut constituer une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder au sens de l'alinéa iv) et donc ne constitue pas une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC. En d'autres termes, nous rejetons l'approche des États-Unis selon laquelle, parce qu'une restriction à l'exportation entraîne une offre intérieure accrue du bien soumis à restriction ou dans la mesure où elle le fait, c'est comme si les pouvoirs publics avaient expressément chargé un organisme privé de fournir le produit sur le marché intérieur ou lui avait expressément ordonné de le faire. Les autres éléments textuels de l'alinéa iv) appuient cette conclusion. Celle-ci est aussi confirmée par l'historique de la négociation des termes "contribution financière". En conséquence, nous constatons que traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

8.76 Nous rappelons que nous avons interprété les dispositions de l'Accord SCM dans la mesure où elles ont trait à une restriction à l'exportation, selon la définition donnée par le Canada aux fins du présent différend, c'est-à-dire une mesure à la frontière se présentant sous la forme d'une loi ou d'un règlement adopté à l'initiative des pouvoirs publics en vue de limiter expressément les quantités exportées ou de fixer des conditions explicites concernant les circonstances dans lesquelles les exportations sont autorisées, ou qui prend la forme d'un droit ou d'une taxe imposé par les pouvoirs publics sur les exportations d'un produit et calculé pour limiter les quantités exportées. Ce sont ces caractéristiques essentielles – que nous désignons sous les termes de "restriction à l'exportation" – qui délimitent la portée de nos décisions concernant les allégations du Canada. Nous ne portons aucun jugement sur la compatibilité avec les règles de l'OMC de toutes autres mesures que les Membres pourraient appeler restrictions à l'exportation ou qui n'entrent pas dans le cadre de la définition donnée par le Canada (*voir* la section VIII.B.3 a), *supra*).

4. Question de savoir si la législation des États-Unis impose de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières

a) Application de la distinction impératif/dispositif

8.77 Nous passons maintenant à la question du traitement des restrictions à l'exportation conformément à la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. En particulier, nous rappelons que nous avons indiqué que pour examiner ce traitement, nous appliquerions le critère habituel. En d'autres termes, ayant constaté que traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières était incompatible avec l'article premier de l'Accord SMC, nous examinons maintenant si la législation des États-Unis impose un tel traitement des restrictions à l'exportation. Si cette législation *imposait* de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions

financières, que ce soit dans certains cas ou dans tous les cas, vu notre constatation selon laquelle un tel traitement constituerait une violation de l'Accord SMC, les États-Unis manqueraient aux obligations qu'ils ont contractées dans le cadre de l'OMC.

8.78 Nous relevons que le même principe avait été appliqué par l'Organe d'appel dans l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel avait estimé, comme le Groupe spécial (et les États-Unis), que l'imposition d'un taux de droit spécifique était contraire à une consolidation des droits *ad valorem* même si dans certaines circonstances, le taux de droit spécifique était égal ou inférieur au niveau de la consolidation *ad valorem*. Selon l'Organe d'appel, quand le taux de droit spécifique était supérieur à la consolidation *ad valorem*, la législation violait l'article II.¹⁶⁸ Autrement dit, il a été constaté qu'une mesure était incompatible avec les règles de l'OMC si elle prescrivait une action incompatible avec les règles de l'OMC dans des circonstances particulières, même si dans d'autres circonstances, l'action pouvait ne pas être incompatible avec les règles de l'OMC. Par conséquent, étant donné que nous avons constaté que traiter les restrictions à l'exportation (selon la définition du Canada) comme des contributions financières violerait dans tous les cas l'Accord SMC, nous devons examiner ce que la législation des États-Unis *impose*, pour autant qu'elle impose quelque chose, en ce qui concerne le traitement des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs.

8.79 Nous rappelons que l'Organe d'appel a confirmé dans l'affaire *Loi de 1916* que "le pouvoir discrétionnaire dont il s'agit, afin de faire la distinction entre législation impérative et législation dispositive, est un pouvoir discrétionnaire conféré à l'*exécutif*".¹⁶⁹ Nous examinerons donc si les mesures indiquées par le Canada imposent au Département du commerce des États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières lors des enquêtes en matière de droits compensateurs.

b) Les mesures

8.80 Nous ne jugeons pas nécessaire aux fins de la présente affaire de définir, comme les États-Unis nous ont invités à le faire dans leur demande de décisions préliminaires, quelles sont les "mesures" pouvant faire l'objet d'un examen dans le cadre du règlement des différends de l'OMC. Comme l'Organe d'appel l'a noté dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, dans la pratique établie dans le cadre du GATT de 1947, une mesure peut être tout acte d'un Membre, ou une omission ou une absence d'acte de la part d'un Membre.¹⁷⁰ Dans ce contexte, l'Organe d'appel a rappelé la constatation du Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs* selon laquelle des mesures pouvaient consister en des actes contraignants ou non contraignants, y compris en directives administratives non contraignantes émanant d'un gouvernement.¹⁷¹ Nous en convenons et en particulier, nous ne trouvons aucune raison ni aucune base permettant de décider dans l'abstrait qu'un type donné d'instrument ou d'action ne peut faire l'objet d'allégations dans le cadre du règlement des différends de l'OMC.

8.81 Toutefois, cela ne signifie naturellement pas que toutes les mesures puissent en elles-mêmes donner lieu à des manquements aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC. C'est cette dernière question, pour autant qu'elle concerne les mesures en cause en l'espèce, que nous examinons maintenant.

¹⁶⁸ *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles* ("Argentine – Textiles et vêtements"), rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R, adopté le 22 avril 1998, paragraphes 62 et 63.

¹⁶⁹ *Loi de 1916*, rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 107, paragraphe 89. (italique dans l'original)

¹⁷⁰ *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998, note de bas de page 47.

¹⁷¹ *Id.*

c) Les mesures "séparément" et "considérées ensemble"

8.82 Le Canada fait valoir que chacun des éléments qu'il cite (la loi, l'Énoncé, le Préambule et la pratique des États-Unis) constitue individuellement une mesure pouvant faire l'objet d'une procédure de règlement des différends et que, "considérés ensemble" aussi, ces éléments constituent une mesure. En outre, selon le Canada, ces mesures individuellement *et* collectivement imposent un traitement particulier des restrictions à l'exportation. L'indication par le Canada des mesures qu'il considère être en cause comprend donc deux notions – les éléments cités sont des mesures à la fois individuellement et considérés ensemble, et ils ont pour effet, à la fois individuellement et considérés ensemble, d'imposer un traitement particulier des restrictions à l'exportation.

8.83 Les États-Unis marquent leur vive désapprobation. Indépendamment des exceptions préliminaires qu'ils ont soulevées à propos du statut de l'Énoncé, du Préambule et de leur "pratique" en tant que "mesures" (*voir* la section IV.A, *supra*), ils estiment qu'"il est dangereux pour le Groupe spécial de chercher à analyser une "mesure" mal définie comme un "tout"". Les États-Unis font valoir ce qui suit:

"On ne voit pas bien pourquoi, selon le raisonnement du Canada ou du Groupe spécial *États-Unis – Article 301*, les documents présentés dans le présent différend "doivent" être analysés ensemble. Le Canada soutient qu'un ou plusieurs des documents en question, seuls ou ensemble, imposent d'une certaine façon au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. Toutefois, pour examiner comme il convient une telle allégation, il importe de se fonder, non pas sur des considérations abstraites quant au point de savoir si les documents cités par une partie plaignante "doivent être analysés ensemble", mais sur le statut de ces documents, et sur leurs rapports mutuels, dans le droit interne du Membre défendeur."¹⁷²

8.84 Pour voir si la législation des États-Unis impose au DOC de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières lors des enquêtes en matière de droits compensateurs, nous rappelons que le Canada a allégué que chacune des mesures qu'il avait indiquées (la loi, l'Énoncé, le Préambule et la pratique des États-Unis) avait individuellement pour effet d'imposer un tel traitement, et que ces mesures "considérées ensemble" imposaient le même traitement. Nous allons tout d'abord les analyser séparément, à la fois sur le plan du statut et des effets de chacune d'elles dans le droit interne des États-Unis et en ce qui concerne ce que chacune prévoit à propos des restrictions à l'exportation.

8.85 Pour examiner si l'une ou la totalité des mesures, individuellement, peuvent entraîner un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC, la question centrale à laquelle il faut répondre est de savoir si chacune des mesures a certains effets concrets par elle-même. Nous voulons dire par là que chaque mesure devrait constituer un instrument ayant une existence fonctionnelle qui lui est propre, c'est-à-dire qu'elle devrait *faire* quelque chose de concret, indépendamment de tout autre instrument, pour pouvoir donner lieu indépendamment à un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC. Pour déterminer si chaque mesure est opérationnelle en elle-même, nous examinons le statut de chacune d'elles dans le droit des États-Unis.

8.86 Nous examinons aussi comment les mesures fonctionnent "considérées ensemble", si tant est qu'elles le fassent. L'argument du Canada sur ce point est le suivant:

¹⁷² Observations des États-Unis à propos de la question n° 4 posée par le Groupe spécial au Canada à la première réunion.

"L'article 771 5) B) iii) peut être considéré comme "dispositif" en ce sens, limité, que [le DOC], en tant qu'autorité chargée de l'enquête, doit déterminer si une restriction à l'exportation, ou toute autre pratique faisant l'objet d'une enquête en matière de droits compensateurs, est une contribution financière. Cependant, l'article 771 5) B) iii) n'existe pas isolément. Selon la logique du raisonnement du Groupe spécial *États-Unis – Article 301*, l'article 771 5) B) iii) est "inséparable" de l'Énoncé, du Préambule et de la pratique des États-Unis et, par conséquent, ne peut pas être considéré isolément. Ainsi, la question de la nature impérative ou dispositive des mesures en cause en l'espèce doit être examinée compte tenu de tous les éléments de la législation des États-Unis [en matière de droits compensateurs] ayant une incidence sur le traitement des restrictions à l'exportation."¹⁷³

8.87 Compte tenu de cette déclaration, il nous semble que l'argument du Canada tend essentiellement à ce que les mesures soient examinées ensemble, tout au moins en ce qui concerne leur nature prétendument impérative. En particulier, étant donné que le Canada a indiqué que la loi elle-même pouvait être considérée comme "dispositive" au moins dans un sens limité, il semble faire valoir que c'est seulement quand elle est examinée en même temps que les autres mesures faisant l'objet du présent différend que le traitement prétendument impératif des restrictions à l'exportation devient évident.

i) *La Loi*

8.88 Dans la législation des États-Unis antérieure à la création de l'OMC, ainsi que dans le Code des subventions du Tokyo Round, il n'y avait pas de définition d'une "subvention" en tant que telle; la législation des États-Unis contenait par contre une liste exemplative de subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire. La liste exemplative ne faisait pas référence au concept de "contribution financière" (ce concept n'existait pas dans le Code des subventions du Tokyo Round) mais décrivait en revanche certains types de mesures accordées à des conditions favorables. Conformément à cette législation, les États-Unis ont à plusieurs reprises imposé des mesures compensatoires à l'encontre de restrictions à l'exportation au motif qu'elles créaient des conditions plus favorables que ce qu'il aurait été possible d'obtenir sur le marché (c'est-à-dire un avantage).

8.89 Après le Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont entrepris de mettre en œuvre l'Accord sur l'OMC avec la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* et, en particulier, de mettre en œuvre la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC en modifiant l'article 771 5) de la *Loi douanière*. Le terme "subvention" est défini à l'article 771 5) B) de la façon suivante:

"Il y a subvention au sens du présent paragraphe dans le cas où une autorité –

- i) accorde une contribution financière,
- ii) accorde une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix, au sens de l'article XVI du *GATT de 1994*, ou
- iii) fait un versement à un mécanisme de financement en vue d'accorder une contribution financière ou charge un organisme privé d'apporter une contribution financière qui est normalement du ressort des pouvoirs publics,

¹⁷³ Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 10.

ou lui ordonne de le faire, la pratique suivie ne différant pas en substance de la pratique normale des pouvoirs publics,

à une personne, et où un avantage est ainsi conféré. Aux fins du présent paragraphe et des alinéas 5A) et 5B), le terme "autorité" s'entend des pouvoirs publics d'un pays ou de tout organisme public du ressort territorial de ce pays."¹⁷⁴

8.90 Les termes "contribution financière" sont à leur tour définis à l'article 771 5) D) de la façon suivante:

- i) le transfert direct de fonds, par exemple, sous forme de dons, prêts et participations au capital social, ou le transfert direct potentiel de fonds ou de passif, par exemple des garanties de prêt,
- ii) l'abandon ou la non-perception de recettes normalement exigibles, par exemple, par l'octroi de crédits d'impôt ou de déductions du revenu imposable,
- iii) la fourniture de biens ou de services, autres qu'une infrastructure générale, ou
- iv) l'achat de biens."¹⁷⁵

a) Statut dans le droit interne des États-Unis

8.91 L'article 771 5) est la disposition de la loi fondamentale des États-Unis relative aux droits compensateurs qui contient la définition d'une "subvention" aux fins des actions des États-Unis en matière de droits compensateurs et il n'y a pas de désaccord entre les parties sur le fait qu'il soit ainsi la base sur laquelle se fonde le DOC pour déterminer l'existence de subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lors des enquêtes en matière de droits compensateurs. En particulier, c'est à cette partie de la loi que le DOC doit se référer pour établir l'existence des éléments de la définition d'une "subvention", afin d'évaluer si un programme particulier peut faire l'objet d'une mesure compensatoire. Le DOC est juridiquement tenu de faire en sorte qu'il soit satisfait aux critères énoncés dans la loi. Par conséquent, il est clair que la loi a une existence opérationnelle qui lui est propre. Elle constitue la base opérationnelle des activités du DOC en matière de mesures compensatoires.

b) Teneur relative aux restrictions à l'exportation

8.92 Cela dit, toutefois, l'article 771 5) B) et D) de la *Loi douanière* reprend pour l'essentiel le texte de l'article 1.1 de l'Accord SMC et ne porte pas explicitement sur les restrictions à l'exportation, ni sur la façon dont elles seraient traitées si leur existence était alléguée lors d'une enquête en matière de droits compensateurs. La loi lue isolément ne révèle donc rien au sujet du traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs et on ne peut donc pas dire qu'elle impose un quelconque traitement particulier de ces restrictions lors d'une enquête en matière de droits compensateurs. En fait, comme il a été noté ci-dessus, le Canada lui-même reconnaît que l'"article 771 5) B) iii) peut être considéré comme "dispositif" en ce sens, limité, que [le DOC], en tant qu'autorité chargée de l'enquête, doit déterminer si une restriction à l'exportation, ou toute autre pratique faisant l'objet d'une enquête en matière de droits compensateurs,

¹⁷⁴ *Loi douanière*, article 771 5), codifié dans 19 USC, article 1677 5) (1994) (annexe A de la première communication écrite du Canada – pièce n° 1 du Canada).

¹⁷⁵ *Id.*

est une contribution financière".¹⁷⁶ Notant cependant l'argument du Canada selon lequel la loi ne peut être comprise isolément des autres mesures en cause, nous passons maintenant à un examen de ces mesures.

ii) *L'Énoncé des mesures administratives*

a) Statut dans le droit interne des États-Unis

8.93 Nous examinons maintenant le statut opérationnel de l'Énoncé dans le droit interne des États-Unis. Comme ceux-ci l'expliquent, en général, un Énoncé des mesures administratives est exigé quand l'exécutif soumet au Congrès un texte législatif portant application d'un accord commercial, qui sera examiné dans le cadre des procédures dites "accélérées". Étant donné que la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* a été soumise au Congrès dans le cadre des procédures "accélérées", un Énoncé des mesures administratives était exigé. En particulier, l'Énoncé était exigé par la Loi générale de 1988 sur le commerce extérieur et la compétitivité, dans laquelle le Congrès habilitait le Président à négocier les Accords du Cycle d'Uruguay et d'autres accords commerciaux et prévoyait une procédure "accélérée" pour la mise en œuvre des accords commerciaux par le Congrès. Conformément à cette législation, l'Énoncé a été convenu d'avance entre l'Administration et le Congrès puis soumis par le Président au Congrès pour approbation en même temps que le projet de *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*.

8.94 Le Congrès a approuvé l'Énoncé en tant qu'élément de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* et, dans ladite loi, a prévu ce qui suit:

"L'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès ... sera considéré comme une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de la présente loi dans toute action en justice dans laquelle se pose une question concernant une telle interprétation ou application."¹⁷⁷

8.95 Dans l'Énoncé, il est indiqué que celui-ci est une expression officielle par l'Administration de son opinion sur l'interprétation des Accords du Cycle d'Uruguay et des obligations des États-Unis s'agissant de leur mise en œuvre, y compris aux fins du droit interne, ainsi qu'il en a été convenu entre l'Administration et le Congrès:

"Le présent énoncé représente une expression officielle par l'Administration de son opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. En outre, l'Administration sait que le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici. De plus, comme cet énoncé sera approuvé par le Congrès au moment où celui-ci mettra en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay, cela donne un poids particulier aux interprétations de ces accords qui y sont exposées."¹⁷⁸

¹⁷⁶ Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 10.

¹⁷⁷ *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, article 102, codifié dans 19 USC, article 3512 d) (1994) (pièce n° 7 du Canada).

¹⁷⁸ Énoncé, page 656 (annexe B de la première communication écrite du Canada – pièce n° 2 du Canada).

8.96 Le Canada affirme que ce qui est indiqué à la fois dans l'Énoncé lui-même et dans la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* montre clairement que l'Énoncé a un statut juridique dominant et déterminant pour l'interprétation de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* aux États-Unis. En outre, il estime que l'Énoncé impose que les restrictions à l'exportation soient traitées comme des subventions et que cette prescription est contraignante pour le DOC compte tenu du libellé de l'Énoncé et de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*.

8.97 Les États-Unis reconnaissent "le statut de l'Énoncé en tant qu'instrument d'interprétation officielle".¹⁷⁹ Ils se réfèrent à l'Énoncé en tant que "forme d'historique de la législation ... [qui] aux États-Unis, ... est fréquemment examiné en vue de déterminer la signification d'une loi"¹⁸⁰ Si les États-Unis indiquent que l'Énoncé ne peut modifier la signification de la loi à laquelle il se rapporte, ni prévaloir sur cette loi, "[e]n règle générale, ... l'Énoncé l'emporte sur tout autre historique de la législation".¹⁸¹ Les États-Unis indiquent qu'"ils n'ont pas d'objection, au regard du droit des États-Unis, à ce que l'Énoncé et le Préambule soient examinés en tant que bases d'interprétation pour établir le sens de l'article 771 5) ...".¹⁸² Ils font plutôt valoir qu'"aux fins de déterminer la signification de la législation des États-Unis, il conviendrait que le Groupe spécial examine l'Énoncé exactement comme le ferait un tribunal des États-Unis".¹⁸³

8.98 Il nous paraît clair que la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* confère à l'Énoncé un statut juridique exceptionnel en tant qu'interprétation officielle de la Loi, dont les tribunaux des États-Unis doivent tenir compte. Le texte de l'Énoncé le confirme en décrivant celui-ci comme étant "une interprétation officielle ... tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne". L'Énoncé a été soumis à une procédure d'approbation au Congrès et a en fait été approuvé par le Congrès en même temps que la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*. Les États-Unis eux-mêmes reconnaissent qu'"il n'y a pas de désaccord entre les parties au sujet du statut de l'Énoncé en tant qu'instrument d'interprétation officielle".¹⁸⁴ Enfin, il est clair qu'aucune autre forme d'historique de la législation n'a d'autorité supérieure à celle de l'Énoncé pour ce qui est du sens de la loi. Les États-Unis indiquent qu'"en supposant que, sur une question d'interprétation particulière, l'Énoncé dise "X" et qu'un autre document de l'historique de la législation (par exemple un rapport de comité) dise "Y", l'interprétation "X" devrait être retenue".¹⁸⁵

8.99 Le statut juridique exceptionnel conféré à l'Énoncé a trait cependant à sa valeur en matière d'interprétation s'agissant de la loi. Il est indiqué dans la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* que "l'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès ... sera considéré comme une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de la présente loi"¹⁸⁶, qui met en œuvre les Accords. Nous ne trouvons aucun élément de preuve, ni dans la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* ni dans l'Énoncé, ni nulle part ailleurs, montrant que l'Énoncé a une existence ou un statut opérationnel indépendant de la loi tel qu'il pourrait, par lui-même, entraîner une violation des règles de l'OMC. Indépendamment de la loi, l'Énoncé ne fait rien; en revanche, il interprète la loi (c'est-à-dire qu'il en éclaire le sens). En d'autres termes, un requérant ou un exportateur ne pourrait pas faire valoir devant un tribunal des États-Unis

¹⁷⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 6 a) posée par le Groupe spécial à la première réunion.

¹⁸⁰ Demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 36.

¹⁸¹ Réponse des États-Unis à la question n° 28 posée par le Groupe spécial après la première réunion.

¹⁸² Demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, note de bas de page 134.

¹⁸³ Réponse des États-Unis à la question n° 1 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion, citant aussi la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 124, note de bas de page 134.

¹⁸⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 6 a) posée par le Groupe spécial à la première réunion.

¹⁸⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 28 posée par le Groupe spécial après la première réunion.

¹⁸⁶ *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, note de bas de page 177, *supra*. (pas d'italique dans l'original)

que le DOC a agi de façon incompatible avec les dispositions de l'Énoncé, mais plutôt qu'il a agi de façon incompatible avec les dispositions de la loi lues à la lumière de l'Énoncé.

8.100 En conséquence, nous estimons que l'Énoncé constitue une directive impérative en matière d'interprétation s'agissant de la loi. En tant que tel, compte tenu de sa valeur exceptionnelle en tant que directive en matière d'interprétation, l'Énoncé présente une importance fondamentale dans le présent différend, en ce sens que la loi ne peut être interprétée convenablement sans référence à l'Énoncé. En particulier, pour comprendre le traitement des restrictions à l'exportation dans le cadre de la loi des États-Unis en matière de droits compensateurs, il faut tenir compte de tout ce qui est dit dans l'Énoncé à propos des restrictions à l'exportation. D'ailleurs, comme cela a été indiqué, les parties ne donnent pas à entendre qu'il en soit autrement. En fait, les États-Unis eux-mêmes soulignent qu'ils ne font pas valoir que la loi pourrait ou devrait être examinée sans qu'il soit tenu compte d'une certaine façon de l'interprétation qui ressort de l'Énoncé.¹⁸⁷ Pour les raisons qui précèdent, nous nous référerons à l'Énoncé en tant que directive principale en matière d'interprétation s'agissant de la loi.

b) Teneur relative aux restrictions à l'exportation

8.101 La question suivante que nous examinons est celle de savoir ce qui est dit dans l'Énoncé, pour autant qu'il y soit dit quelque chose, au sujet des subventions en général, et des restrictions à l'exportation en particulier, dans le contexte des enquêtes en matière de droits compensateurs. La question que nous devons examiner est celle de savoir si l'Énoncé impose au DOC d'interpréter la loi de manière telle que les restrictions à l'exportation sont traitées comme des contributions financières lors d'enquêtes en matière de droits compensateurs. Si tel est le cas, étant donné que l'Énoncé constitue l'interprétation officielle de la loi et que nous avons constaté que traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières était incompatible avec l'Accord SMC (*voir* la section VIII.B.3, *supra*), il s'ensuivrait, conformément au critère habituel, que la législation en tant que telle est incompatible avec les obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord SMC.

8.102 À propos de la définition du terme subvention figurant dans l'Accord SMC, y compris dans la mesure où elle a trait aux restrictions à l'exportation, il est indiqué ce qui suit dans l'Énoncé:

"En général, l'Administration souhaite que le terme "subvention" ait le même sens que celui que la pratique administrative et les tribunaux ont donné aux termes "prime ou don" et "subvention" dans le cadre de versions précédentes de la loi, à moins que cette pratique ou cette interprétation ne soit incompatible avec la définition contenue dans le projet de loi. En l'absence d'une telle incompatibilité, et sous réserve des autres modifications pertinentes prévues dans le projet de loi d'application (par exemple règles concernant les subventions ne donnant pas lieu à une mesure compensatoire et les subventions *de minimis* pouvant donner lieu à une mesure compensatoire), les pratiques pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au titre de la législation en vigueur pourront donner lieu à une mesure compensatoire au titre de la loi révisée.

Définition de base

...

¹⁸⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 1 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

"L'un des éléments de la définition d'une subvention aux termes de l'Accord SMC est l'octroi par les pouvoirs publics ou tout organisme public d'une "contribution financière" telle que définie dans cet accord, y compris la fourniture de biens ou de services. De plus, il est expressément indiqué dans l'Accord SMC que l'expression "contribution financière" s'applique notamment aux situations dans lesquelles les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'accorder une subvention ou lui ordonnent de le faire. (L'Administration est d'avis que l'expression "organisme privé" ne désigne pas nécessairement une entité unique, mais qu'elle peut s'appliquer aussi à un groupe d'entités ou de personnes.) De surcroît, l'article VI du GATT de 1994 fait toujours mention des subventions accordées "directement ou indirectement" par les pouvoirs publics. Par conséquent, l'Administration entend voir le critère "chargent ou ordonnent" interprété au sens large. L'Administration prévoit de ne rien changer à sa politique tendant à ne pas tolérer que l'octroi indirect d'une subvention devienne une échappatoire lorsque des importations effectuées à des conditions déloyales pénètrent sur le territoire des États-Unis et causent un dommage à une branche de production nationale.

Dans le passé, le [DOC] a imposé des droits compensateurs à l'encontre de divers programmes dans le cadre desquels les pouvoirs publics avaient accordé un avantage par l'intermédiaire de parties privées. (*Voir, par exemple*, les affaires Certains bois de construction résineux en provenance du Canada, Cuir en provenance d'Argentine, Viande d'agneau en provenance de Nouvelle-Zélande, Matériels tubulaires pour l'industrie du pétrole en provenance de Corée, Fil machine en acier au carbone en provenance d'Espagne et Certains produits en acier en provenance de Corée.) Le [DOC] a constaté l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsque les pouvoirs publics avaient pris ou imposé (au moyen d'une action législative, réglementaire ou administrative) une mesure exécutoire formelle ayant directement entraîné l'octroi d'un avantage discernable à la branche de production faisant l'objet de l'enquête.

Dans les cas où les pouvoirs publics agissent par l'intermédiaire d'une partie privée, comme dans l'affaire Certains bois de construction résineux en provenance du Canada et l'affaire Cuir en provenance d'Argentine (dans lesquelles des restrictions à l'exportation avaient directement entraîné une baisse discernable du coût des intrants), l'Administration entend faire en sorte que la loi continue d'être administrée au cas par cas en conformité avec le paragraphe précédent. L'Administration est d'avis que l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord sur les subventions et l'article 771 5) B) iii) visent les pratiques constituant des subventions indirectes comme celles à l'encontre desquelles le [DOC] a imposé dans le passé des mesures compensatoires, et que les subventions indirectes de ces types doivent continuer de donner lieu à de telles mesures, à condition que

le [DOC] se soit assuré qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii)."¹⁸⁸

8.103 Nous rappelons que le texte de la loi ne dit rien sur la question des restrictions à l'exportation en tant que telles. Cela n'est manifestement pas le cas de l'Énoncé mais la question est de savoir si les observations concernant les subventions indirectes et les restrictions à l'exportation qui y sont contenues sont de nature impérative, c'est-à-dire si elles reviennent à une *prescription* pour le DOC d'interpréter la loi de façon à traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. Pour que cela soit le cas, l'Énoncé devrait créer l'obligation contraignante pour le DOC d'interpréter l'article 771 5) B) iii) de manière telle que les restrictions à l'exportation satisfont au critère qui y figure (et qui correspond pour l'essentiel aux conditions énoncées à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC).

8.104 Sur ce point, l'Énoncé semble faire apparaître une certaine opposition entre deux affirmations ou thèmes. D'une part, il y a des passages qui donnent à entendre que la pratique antérieure du DOC consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire si elles confèrent un avantage et si elles sont spécifiques se poursuivra. En particulier, l'Énoncé expose l'opinion de l'Administration selon laquelle l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC vise les pratiques de subventionnement indirect comme celles à l'encontre desquelles le DOC a imposé des mesures compensatoires par le passé, en particulier dans les affaires *Cuir en provenance d'Argentine* ("*Cuir*")¹⁸⁹ et *Certains bois de construction résineux en provenance du Canada* ("*Bois de construction*").¹⁹⁰ D'autre part, il y a des passages aux termes desquels cela ne sera le cas que s'il est satisfait à la nouvelle condition. La pratique antérieure ne sera pas suivie quand cela serait "incompatible avec la définition contenue dans le projet de loi". Elle ne sera suivie que lorsque le DOC s'est assuré qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii). Étant donné que l'article 771 5) B) iii) impose une condition nouvelle, y compris l'action de charger une entité privée de verser une contribution financière ou de lui ordonner de le faire, il est clair que la pratique suivie par le passé ne pourra se poursuivre sans modification. Depuis la création de l'OMC, le DOC doit examiner une question qui ne se posait pas au préalable: est-il satisfait à l'article 771 5) B) iii)? Ce n'est que si la réponse à cette question est affirmative que l'existence d'une subvention peut être constatée.

8.105 Nous concluons que l'Énoncé, après une lecture attentive et correctement interprété, indique que la pratique antérieure de l'Administration se poursuivra à l'avenir uniquement *dans la mesure où il n'y a pas d'incompatibilité avec la définition du terme subvention donnée dans le cadre de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*. Le membre de phrase "en l'absence d'une telle incompatibilité", subordonne en fait expressément la pratique en matière de droits compensateurs suivie avant la création de l'OMC à la compatibilité d'une telle pratique avec la nouvelle loi, et en particulier avec la définition du terme subvention qui y figure. L'Énoncé indique, à propos des affaires *Cuir* et *Bois de construction*, que "les subventions indirectes de ces types doivent continuer de donner lieu à [des mesures compensatoires], à condition que [le DOC] se soit assuré qu'il est satisfait au critère énoncé

¹⁸⁸ Énoncé, pages 925 et 926 (annexe B de la première communication écrite du Canada – pièce n° 2 du Canada).

¹⁸⁹ L'affaire *Cuir* portait notamment sur une interdiction gouvernementale des exportations de peaux de bovins, qui avait été considérée comme une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire accordée aux producteurs de cuir au motif que l'interdiction avait un "effet direct et discernable" sur le prix des peaux et avantageait donc les producteurs de cuir (55 Federal Register n° 191, page 40213 – pièce n° 13 du Canada).

¹⁹⁰ L'affaire *Bois de construction* portait notamment sur certaines restrictions à l'exportation des grumes, qui avaient été considérées comme des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire accordée aux producteurs de bois de construction au motif que les restrictions avaient un "effet direct et discernable" sur le prix des grumes et avantageaient donc les producteurs de bois de construction (57 Federal Register n° 103, pages 22609 et 22610 – pièce n° 14 du Canada).

à l'article 771 5) B) iii)". Les termes de cette clause conditionnelle confirment encore que le DOC doit appliquer la définition du mot subvention contenue dans la loi.

8.106 Pour ces raisons, nous concluons que l'Énoncé n'impose pas au DOC d'interpréter la loi de manière telle que les restrictions à l'exportation sont traitées comme des contributions financières.

iii) *Le préambule du Règlement des États-Unis en matière de droits compensateurs*

a) *Statut dans le droit interne des États-Unis*

8.107 Nous examinons ensuite le statut opérationnel, dans le droit interne des États-Unis, du Préambule du Règlement des États-Unis en matière de droits compensateurs. En particulier, nous examinons si le Préambule a une existence opérationnelle indépendante qui lui est propre et pourrait indépendamment donner lieu aux violations alléguées par le Canada.

8.108 Les États-Unis expliquent qu'en 1995, après l'adoption de la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, le DOC a entamé un processus d'élaboration de règles dans le but de réviser sa réglementation en matière de lutte contre le dumping et de droits compensateurs afin de la rendre conforme à la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* et, dans certains cas, de compléter les dispositions de la loi. Le DOC a publié son règlement final en matière de droits compensateurs quelques années plus tard, en 1998, après avoir reçu et analysé les observations présentées au sujet du projet de règlement, qui avait été publié en 1997. Le Préambule du Règlement expose notamment la réponse du DOC à ces observations, y compris sur le sujet des subventions indirectes en général et des restrictions à l'exportation en particulier. Le Canada fait observer que le Règlement a été publié conformément à la *Loi sur les procédures administratives* qui régit l'élaboration des règles par les organismes gouvernementaux fédéraux des États-Unis et exige que le processus d'élaboration des règles comporte la publication d'avis et l'envoi d'observations et donc que le règlement final contienne un préambule exposant le fondement et le but du règlement ainsi qu'un examen bien argumenté, par l'organisme gouvernemental, des observations reçues à propos de son projet de règlement.

8.109 Le Canada soutient que le Préambule "fait partie intégrante du Règlement et est reconnu et invoqué comme tel par les tribunaux des États-Unis"¹⁹¹, citant diverses décisions rendues par des tribunaux des États-Unis à cet égard. Le Canada estime que le Préambule est contraignant et ne partage pas l'opinion des États-Unis selon laquelle le préambule d'un règlement a un statut juridique inférieur à celui du règlement. Selon lui, les États-Unis, dans cet argument, ne tiennent pas compte du cadre administratif dans lequel les organismes gouvernementaux des États-Unis promulguent les règlements. Le Canada soutient que la *Loi sur les procédures administratives* dispose expressément que "l'organisme gouvernemental inclura dans les règles adoptées un énoncé général concis de leur fondement et de leur but", généralement appelé Préambule.¹⁹² Le Canada cite en particulier la déclaration suivante de la Cour d'appel des États-Unis:

"Ce règlement a été expressément autorisé par le Congrès et, compte tenu de la délégation de pouvoirs décidée par le Congrès, le règlement du [Département de la justice] devrait avoir un "poids déterminant à moins [qu'il ne soit] "arbitraire, inconséquent ou manifestement contraire à la loi"". Il en va de même pour le préambule ou le commentaire accompagnant le règlement puisque

¹⁹¹ Première communication écrite du Canada, paragraphe 43.

¹⁹² Réponse du Canada à la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 26.

tous deux font partie de l'interprétation officielle de la législation donnée par le [Département de la justice]."¹⁹³

8.110 Enfin, le Canada estime que le DOC, dans ses déterminations en matière de droits compensateurs, traite uniformément le Préambule en tant que partie intégrante du Règlement ayant une autorité juridique équivalente à celle des articles du Règlement. Il indique que, quand une question est traitée dans le Préambule, le DOC applique normalement les dispositions du Préambule pour régler les questions qui se posent lors d'enquêtes en matière de droits compensateurs ou de réexamens administratifs.

8.111 Les États-Unis font valoir que seul le Règlement lui-même, et non son Préambule, a force de loi, ce qui signifie que même si le Préambule indiquait que le DOC était tenu de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, toute indication de ce type, au regard du droit des États-Unis, ne serait pas contraignante pour le DOC. Les États-Unis décrivent le Préambule comme étant une "preuve de la façon dont un organisme gouvernemental comprend les règles qu'il propose au moment où il les propose" et indiquent qu'il "peut être consulté pour déterminer l'interprétation correcte du règlement d'un organisme gouvernemental", citant aussi diverses décisions rendues par des tribunaux des États-Unis à cet égard.¹⁹⁴ Ils soutiennent qu'un tribunal des États-Unis a constaté que "le texte du préambule d'un règlement ne l'emport[ait] pas sur le texte du règlement lui-même" et que, selon eux, "il ne l'emport[ait] certainement pas sur une loi".¹⁹⁵ En outre, d'après les États-Unis, puisque le DOC n'a pas promulgué de règlement sur la question des subventions indirectes en général, ou des restrictions à l'exportation en particulier, le Préambule ne peut même pas être utilisé comme instrument d'interprétation en l'espèce, étant donné qu'il n'y a pas de règlement à interpréter. Selon eux, le Préambule est "tout au plus ... une déclaration non contraignante du DOC concernant son opinion à l'époque sur la portée de l'article 771 5) B) iii)"¹⁹⁶ et "exprime des réflexions indicatives du [DOC]".¹⁹⁷ Quant aux références au Préambule faites par le DOC dans ses déterminations, les États-Unis font valoir qu'"il existe une grande différence entre citer le Préambule afin d'expliquer brièvement les raisons pour lesquelles le DOC établit une détermination particulière et citer le Préambule en tant que texte contraignant".¹⁹⁸

8.112 Nous rappelons, comme le Canada lui-même l'a indiqué, que la *Loi sur les procédures administratives* dispose expressément que "l'organisme gouvernemental inclura dans les règles adoptées un énoncé général concis de leur fondement et de leur but", généralement appelé Préambule.¹⁹⁹ Nous pouvons certainement concevoir un tel énoncé général comme étant une indication du contexte dans lequel un règlement particulier a été élaboré, une expression de l'opinion de l'organisme gouvernemental qui a publié le règlement sur les interprétations et les méthodes exposées dans ce règlement, et même un guide d'interprétation du règlement. Dans la mesure où un Préambule cite une loi fondamentale, en plus du règlement auquel il est joint, nous pouvons aussi imaginer qu'il puisse constituer une directive en matière d'interprétation s'agissant de cette loi.

8.113 Nous ne pensons pas cependant qu'un "énoncé général ... [du] fondement et [du] but" du règlement puisse avoir le même statut opérationnel que le règlement lui-même, c'est-à-dire que le Préambule puisse constituer des règles qui soient *distinctes* du règlement et qui auraient un effet opérationnel *indépendant* sur l'organisme gouvernemental en question. Ce n'est que dans ce cas que

¹⁹³ *Id.*, paragraphe 27.

¹⁹⁴ Demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 81.

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ *Id.*, paragraphe 82.

¹⁹⁷ Déclaration orale des États-Unis à la première réunion du Groupe spécial, paragraphe 28.

¹⁹⁸ Déclaration orale des États-Unis à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 49.

¹⁹⁹ Réponse du Canada à la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 26.

l'énoncé général (le Préambule) pourrait donner lieu indépendamment à des violations des règles de l'OMC. En outre, si nous relevons dans la *Loi sur les procédures administratives* l'utilisation des mots "inclura dans les règles", nous estimons qu'un "énoncé général ... [du] fondement et [du] but" des règles, même quand il est "inclu[s]" dans ces règles, ne pourrait, en raison de sa nature même, qu'informer le lecteur de la raison d'être générale du règlement et le renseigner sur les interprétations et les méthodes qui y sont exposées. En d'autres termes, nous ne sommes pas convaincus que le fait qu'un énoncé général du fondement et du but est décrit comme étant "inclus[s] dans les règles" confère automatiquement à cet énoncé le même statut et le même effet opérationnels que ceux des règles elles-mêmes. Le Préambule n'a pas non plus fait l'objet d'un processus d'approbation comparable à celui auquel l'Énoncé a été soumis ni du processus de publication d'avis et d'envoi d'observations auquel le Règlement lui-même a été soumis. En fait, le Préambule, dans une large mesure, semble simplement constituer une relation écrite de ce dernier processus.

8.114 Pour ce qui est de la description de ce processus, il est indiqué dans le Préambule: i) que le DOC a décidé de ne *pas* publier de règlement au sujet des mots "chargent ou ordonnent"; et ii) qu'au lieu de cela, le DOC estime qu'il devrait suivre les directives fournies dans l'Énoncé pour examiner les subventions indirectes (rubrique dans laquelle le DOC placerait les restrictions à l'exportation) au cas par cas²⁰⁰ (voir le paragraphe 8.115 *infra*). Ainsi, le Préambule indique clairement qu'aucun règlement spécifique n'a été adopté, puis inclut par référence la directive en matière d'interprétation contenue dans l'Énoncé, à laquelle il se défère, en ce qui concerne les restrictions à l'exportation. Nous concluons donc que le Préambule n'a pas d'existence opérationnelle qui lui est propre – il ne *fait* rien. Nous n'avons donc aucune raison d'exclure de notre analyse le Préambule en tant que directive possible en matière d'interprétation s'agissant du traitement des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs menées aux États-Unis conformément à l'article 771 5) B) iii), et ne l'excluons pas.

b) Teneur relative aux restrictions à l'exportation

8.115 Nous passons maintenant au texte du Préambule qui est pertinent pour le traitement des restrictions à l'exportation. Nous relevons tout d'abord que le DOC indique dans le Préambule qu'il a décidé de ne pas adopter de règlement concernant les restrictions à l'exportation, ou concernant les "subventions indirectes" ou les mots "chargent ou ordonnent" d'une façon plus générale. Il est expliqué dans le Préambule que le DOC a agi ainsi parce qu'il a estimé que cela n'était pas nécessaire, en ce sens que l'Énoncé contenait déjà des exemples des sortes de "subventions indirectes" qui pouvaient être visées par le texte de la loi, et aussi que l'Énoncé "ordonnait" au DOC de procéder au cas par cas:

"Dans notre projet de règlement de 1997, nous n'avons pas examiné les subventions indirectes de façon détaillée. Nous notons en revanche que l'Énoncé ordonne au [DOC] de procéder au cas par cas ...

...

[L]es mots "chargent ou ordonnent" pourraient revêtir des sens très divers. De ce fait, nous ne pensons pas qu'il soit approprié de donner une définition précise de ces mots aux fins du présent règlement. Nous considérons plutôt que nous devrions suivre les directives fournies dans l'Énoncé pour examiner les subventions indirectes au cas par cas.

²⁰⁰ *Règlement*, 63 Federal Register, page 65349 (annexe C de la première communication écrite du Canada – pièce n° 3 du Canada).

...

L'Énoncé ... énumère un certain nombre d'affaires dans lesquelles le [DOC] a dans le passé constaté l'existence de subventions indirectes, et ces affaires offrent des exemples des situations dans lesquelles, à notre avis, la loi autoriserait le [DOC] à parvenir aux mêmes conclusions."²⁰¹

Ainsi, en ce sens, comme nous l'avons relevé plus haut, le Préambule ne fait qu'inclure l'Énoncé par référence et s'y déférer s'agissant de l'interprétation des éléments de la définition d'une "subvention", en particulier le sens des mots "chargent ou ordonnent".

8.116 En ce qui concerne les restrictions à l'exportation en particulier, il est indiqué ce qui suit dans la partie pertinente du Préambule:

"S'agissant des restrictions à l'exportation, s'il arrive qu'elles soient imposées en vue de limiter la possibilité d'exporter des parties, elles peuvent aussi, dans certaines circonstances, conduire ces dernières à fournir le bien soumis à restriction à des acheteurs nationaux moyennant une rémunération moins qu'adéquate. ... [S]i le [DOC] devait à l'avenir enquêter sur des situations et des faits analogues à ceux qui ont été examinés dans les affaires *Bois de construction* et *Cuir*, la nouvelle loi l'autoriserait à parvenir aux mêmes conclusions."²⁰²

Il est clair que le terme "autoriserait " ne connote pas une *prescription*. Cette déclaration nous semble donc indiquer que le DOC pense ou croit qu'il *pourrait*, conformément à la nouvelle loi, continuer de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, plutôt qu'indiquer qu'il pense ou croit qu'il est *tenu* de le faire.

8.117 Il est certain que le Préambule exprime l'opinion selon laquelle il y a des circonstances, analogues à celles qui existaient dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction*, dans lesquelles le DOC pourrait constater qu'une restriction à l'exportation constitue une contribution financière. Cependant, selon le principe suivi dans l'affaire *Cuir*, qui a aussi été adopté dans l'affaire *Bois de construction*, deux conditions devaient être remplies pour qu'il existe une subvention: la spécificité et l'avantage.²⁰³ Il n'était nécessaire dans aucune de ces affaires d'examiner séparément s'il y avait une contribution financière, ce qui est nécessaire aujourd'hui puisque c'est maintenant un élément essentiel d'une "subvention" conformément à l'article 1.1 de l'Accord SMC.

8.118 Nous attachons cependant de l'importance au fait que le Préambule renvoie à la directive en matière d'interprétation donnée dans l'Énoncé en ce qui concerne les subventions indirectes et les restrictions à l'exportation. Pour les raisons indiquées au paragraphe 8.105, nous avons conclu que, correctement interprété, l'Énoncé indiquait qu'il fallait donner la primauté à l'article 771 5) B) iii), qui

²⁰¹ *Règlement*, 63 Federal Register, pages 65349 et 65350 (annexe C – pièce n° 3 du Canada).

²⁰² *Id.*, page 65351.

²⁰³ Comme le DOC l'a observé dans l'affaire *Bois de construction*: "Le principe qui sous-tendait la détermination [dans l'affaire *Cuir*] était que 1) l'interdiction frappant les peaux brutes "s'appliqu[ait] uniquement aux peaux de bovins [brutes], qui sont vendues essentiellement, sinon exclusivement, aux tanneurs [et, donc] ne touch[ait] qu'une branche de production spécifique", et 2) du fait de l'interdiction d'exporter, "les prix des peaux étaient inférieurs à ce qu'ils auraient été en l'absence de l'interdiction" et celle-ci permettait donc aux tanneurs de vendre le produit fini, le cuir, à un prix inférieur" (57 Federal Register n° 103, page 22606 - pièce n° 14 du Canada).

contient le critère de la contribution financière. En conséquence, le Préambule, comme l'Énoncé, fait en sorte que le DOC doive appliquer le critère de la contribution financière.

8.119 Ainsi, loin de remettre en cause notre conclusion concernant l'interprétation de la loi, le texte du Préambule est pleinement compatible avec cette conclusion, à savoir que le DOC n'est pas tenu conformément au droit des États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

iv) "Pratique" des États-Unis

8.120 Le Canada définit la "pratique" des États-Unis comme étant "une volonté institutionnelle de se conformer à des interprétations et à des méthodes déclarées qui se traduit par des déterminations cumulatives".²⁰⁴ Le Canada estime qu'il existe une "pratique" administrative des États-Unis consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme satisfaisant à la condition de la "contribution financière" énoncée à l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et que cette "pratique", selon lui, est définie en grande partie par la pratique suivie par les États-Unis avant la création de l'OMC, qui était d'imposer des mesures compensatoires à l'encontre de restrictions à l'exportation quand celles-ci "[avaient] directement entraîné l'octroi d'un avantage discernable". À cet égard, le Canada cite les affaires *Cuir et Bois de construction*. Il soutient que, alors que la pratique suivie dans ces affaires aurait dû ne plus pouvoir s'appliquer après l'entrée en vigueur de l'Accord SMC, l'Énoncé dispose expressément qu'elle doit se poursuivre dans le cadre de cet accord et de la législation révisée des États-Unis en matière de droits compensateurs.

8.121 Le Canada estime en outre que les déterminations établies par le DOC dans les affaires *Acier inoxydable* concernant la Corée et *Bovins vivants en provenance du Canada* confirment l'opinion du DOC selon laquelle son Règlement, de même que l'Énoncé, exclut la possibilité de tout examen discrétionnaire de l'existence d'une "contribution financière" dans le cas de "subventions indirectes". Le Canada indique toutefois clairement que, si la pratique se rattache à des précédents, la "pratique" des États-Unis qui fait l'objet de sa plainte ne consiste pas en déterminations particulières établies dans des affaires de droits compensateurs. Les arguments du Canada relatifs à la "pratique" des États-Unis semblent donc comporter essentiellement deux éléments – des références dans l'Énoncé et le Préambule à certaines affaires de droits compensateurs examinées aux États-Unis avant la création de l'OMC ainsi que certaines affaires de droits compensateurs examinées aux États-Unis après la création de l'OMC – qui tous deux constituent en fait la "volonté institutionnelle" alléguée par le Canada.

8.122 Si le Canada reconnaît qu'"une "pratique" mise en évidence dans une détermination du [DOC] diffère d'une "disposition législative" en ce sens qu'elle n'a pas le caractère d'une loi et n'a pas été dûment promulguée en tant que règle législative"²⁰⁵, il cherche à convaincre le Groupe spécial que la "pratique" des États-Unis a une existence opérationnelle en elle-même et par elle-même en faisant valoir que "[l]es organismes gouvernementaux, y compris le [DOC], se conforment normalement aux précédents que constituent leurs déterminations antérieures, et en ont l'obligation en vertu des décisions des tribunaux des États-Unis, en l'absence d'une explication motivée".²⁰⁶

8.123 Nous estimons que la notion de "pratique" des États-Unis formulée par le Canada, quelle que soit la façon dont elle est exprimée, est imprécise. Étant donné que le Canada n'a pas clairement

²⁰⁴ Réponse du Canada à la question n° 16 c) posée par le Groupe spécial après la première réunion.

²⁰⁵ Réponse du Canada à la question n° 14 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

²⁰⁶ Réponse du Canada à la question n° 15 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

défini ce à quoi il se réfère quand il utilise le terme "pratique"²⁰⁷, il nous est très difficile de concevoir une "pratique" comme étant une mesure dans le présent différend, quelle que soit la formulation donnée par le Canada que l'on choisisse.

8.124 En ce qui concerne les références dans l'Énoncé et le Préambule à des affaires de droits compensateurs examinées aux États-Unis avant la création de l'OMC, nous relevons que le Canada fait valoir que "l'Énoncé et le Préambule ont eu pour effet de réintroduire la pratique antérieure à la création de l'OMC dans la législation et la pratique postérieures à la création de celle-ci".²⁰⁸ Nous estimons toutefois que ces références ne constituent pas une "pratique" des États-Unis mais font simplement partie de l'Énoncé et du Préambule. En d'autres termes, nous ne voyons pas comment une pratique antérieure quelconque *telle qu'elle est incluse dans* l'Énoncé ou le Préambule pourrait constituer une mesure séparée ayant une existence indépendante de celle de l'Énoncé et du Préambule.

8.125 En ce qui concerne la "pratique" telle qu'elle s'est concrétisée dans des affaires de droits compensateurs postérieures à la création de l'OMC, s'il est très possible que le Canada ait raison en principe quand il dit qu'"une interprétation ou une méthodologie prend souvent forme lors d'une affaire unique ou au fil d'affaires successives et devient la "pratique" à laquelle on se conformera dans les affaires ultérieures"²⁰⁹, ce principe n'est pas directement pertinent pour le présent différend, puisqu'il n'y a eu aucune affaire postérieure à la création de l'OMC dans laquelle les États-Unis aient imposé une mesure compensatoire à l'encontre d'une restriction à l'exportation. En outre, même si de telles affaires avaient existé et même si le DOC avait exposé les méthodes qu'il appliquait "normalement" dans de telles affaires, le Canada lui-même admet que conformément au droit des États-Unis, le DOC pourrait s'écarter de ces méthodes à condition de donner les raisons pour lesquelles il le fait.²¹⁰

8.126 Ainsi, s'il est possible que le Canada ait raison de dire que conformément au droit des États-Unis, "une pratique doit normalement être suivie et les parties visées par la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs ... ont donc des raisons de penser qu'elle le sera"²¹¹, il est possible de s'écarter de la pratique antérieure pour autant que l'on en donne une explication motivée, ce qui empêche une telle pratique d'atteindre un statut opérationnel indépendant en ce sens qu'elle *ferait* quelque chose ou qu'elle *exigerait* telle ou telle action particulière. L'argument selon lequel toute pratique particulière que le DOC suit "normalement" crée des attentes chez les gouvernements étrangers, les exportateurs, les consommateurs et les requérants n'est pas suffisant pour conférer à une telle pratique une existence opérationnelle indépendante. Nous ne voyons pas non plus comment les références à sa pratique que le DOC inclut dans ses déterminations donnent "à cette "pratique" un effet juridique déterminant pour les interprétations et les méthodes qu'il applique".²¹² La "pratique" des États-Unis ne semble donc pas avoir de statut opérationnel indépendant tel qu'elle pourrait indépendamment donner lieu à une violation des règles de l'OMC, ainsi que l'allègue le Canada.

8.127 En outre, bien qu'il n'y ait pas eu d'affaire postérieure à la création de l'OMC dans laquelle les États-Unis aient imposé des mesures compensatoires à l'encontre d'une restriction à l'exportation, le Canada soutient qu'il est malgré tout apparu dans plusieurs affaires concrètes une pratique pertinente postérieure à la création de l'OMC. Il fait valoir en particulier que la décision d'engager une

²⁰⁷ Nous notons ici, à titre d'exemple, la déclaration du Canada selon laquelle une pratique est "simplement ce que fait un organisme gouvernemental de façon systématique" (réponse du Canada à la question n° 14 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion).

²⁰⁸ Réponse du Canada à la question n° 15 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

²⁰⁹ Réponse du Canada à la question n° 16 c) posée par le Groupe spécial après la première réunion.

²¹⁰ Réponse du Canada à la question n° 15 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

²¹¹ Réponse du Canada à la question n° 14 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

²¹² Deuxième communication écrite du Canada, paragraphe 40.

procédure dans l'affaire *Bovins vivants* s'appuyait expressément sur les décisions rendues avant la création de l'OMC dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction*, et que dans les affaires *Acier inoxydable* concernant la Corée, le DOC avait indiqué clairement qu'il appliquerait aux "subventions indirectes" le même critère que celui qui était appliqué avant la création de l'OMC. Selon le Canada, "la décision d'ouvrir une enquête dans l'affaire *Bovins vivants* a valeur de précédent parce qu'elle montre que le [DOC] a estimé qu'il était satisfait au critère voulant qu'il y ait des "éléments de preuve suffisants" montrant l'existence de tous les éléments d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, y compris une contribution financière. Par conséquent, s'il se peut qu'une décision d'ouvrir une enquête n'ait pas valeur de précédent au même titre qu'une détermination finale, parce que le critère appliqué est différent, les mêmes éléments juridiques doivent être attestés dans les deux cas".²¹³ Nous relevons cependant que dans l'affaire *Bovins vivants*, le DOC n'a même pas examiné la question de savoir si la restriction à l'exportation en cause constituait une contribution financière, puisqu'il a constaté qu'il n'y avait pas d'avantage. Dans les affaires *Acier inoxydable*, étant donné que la pratique en cause ne consistait pas en des restrictions à l'exportation mais était l'ordre d'octroyer un crédit, ces affaires nous paraissent peu pertinentes, voire pas du tout, pour le traitement des restrictions à l'exportation. On ne peut donc pas considérer que ces affaires font apparaître une "pratique" des États-Unis postérieure à la création de l'OMC consistant à traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

8.128 Enfin, nous relevons que le Canada soutient qu'une "pratique" prenant la forme d'une "volonté institutionnelle" est "normalement consignée par écrit".²¹⁴ Il n'explique cependant pas comment il en est ainsi dans le présent différend, sauf en indiquant de façon vague qu'une "pratique" est "consignée dans les règlements du DOC lorsque ces derniers sont publiés". Nous ne voyons donc pas quelle forme d'expression cette "volonté institutionnelle" pourrait prendre ni où elle pourrait être exprimée.

8.129 Pour les raisons qui précèdent, nous estimons que nous ne sommes donc saisis d'aucune mesure revêtant la forme d'une "pratique" des États-Unis, au sens utilisé par le Canada, qui impose de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. De même, puisque le Canada n'a pas défini concrètement ce qu'est la "pratique" des États-Unis, aucune "pratique" des États-Unis ne peut servir de directive en matière d'interprétation dans le présent différend. Par conséquent, la pratique, au sens utilisé par le Canada, ne peut imposer de traitement particulier des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs menées aux États-Unis.

v) *Résumé*

8.130 Nous avons constaté que, parmi les mesures faisant l'objet des allégations du Canada, seule la loi avait une existence opérationnelle indépendante qui lui était propre. Nous avons cependant constaté que la loi devait être lue à la lumière de l'Énoncé et nous nous sommes donc référés à l'Énoncé en tant que principal guide d'interprétation de la loi. Nous avons conclu que celle-ci, lue à la lumière de l'Énoncé, n'impose pas de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières lors des enquêtes en matière de droits compensateurs. Nous rappelons aussi que nous avons constaté que le Préambule, s'il pouvait servir de directive pour l'interprétation de la loi, n'apportait en fait que très peu d'éléments de fond, voire aucun, à cet égard. Néanmoins, ce qui y est dit à propos du traitement des restrictions à l'exportation est compatible avec notre conclusion concernant la loi lue à la lumière de l'Énoncé. Enfin, nous rappelons que le Canada n'a pas défini concrètement ni clairement ce qu'il entend par la "pratique" des États-Unis, ni la façon dans laquelle une telle pratique, quelle qu'elle soit, soit possède un statut opérationnel indépendant, soit peut servir de directive (contraignante ou non) en matière d'interprétation s'agissant du traitement des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs. Ainsi, puisque nous ne sommes

²¹³ Réponse du Canada à la question n° 15 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

²¹⁴ Réponse du Canada à la question n° 14 posée par le Groupe spécial après la deuxième réunion.

pas convaincus qu'il existe une "pratique" au sens utilisé par le Canada, une telle pratique ne peut imposer de traitement particulier des restrictions à l'exportation lors des enquêtes en matière de droits compensateurs menées aux États-Unis.²¹⁵

d) Conclusion

8.131 En résumé, par conséquent, nous constatons que la loi – y compris telle qu'elle est lue à la lumière de l'Énoncé et du Préambule – n'impose pas de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières (nous avons cependant constaté qu'un tel traitement constituerait une violation de l'Accord SMC). En conséquence, nous constatons que l'article 771 5) B) iii) de la *Loi douanière* en tant que tel ne viole pas l'Accord SMC et nous rejetons les allégations du Canada au titre de l'article premier de l'Accord SMC.

C. ALLÉGATIONS AU TITRE D'AUTRES DISPOSITIONS

8.132 Les allégations du Canada au titre de l'article 10 (et des articles 11, 17 et 19, dans la mesure où ceux-ci se rapportent à l'article 10) et de l'article 32.1 de l'Accord SMC, d'une part, et de l'article 32.5 de l'Accord SMC et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, d'autre part, sont entièrement subordonnées à l'allégation selon laquelle traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières est incompatible avec les règles de l'OMC et selon laquelle la législation des États-Unis impose un tel traitement contraire à l'article premier de l'Accord SMC. Puisque nous avons constaté que, si un tel traitement des restrictions à l'exportation *était* incompatible avec les règles de l'OMC, la législation des États-Unis *n'imposait* pas un tel traitement et n'était donc *pas* incompatible avec les règles de l'OMC, nous n'avons pas besoin d'examiner les allégations formulées par le Canada au titre de ces dispositions et nous ne le faisons donc pas.

IX. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

9.1 Compte tenu des constatations qui précèdent, nous concluons ce qui suit:

- une restriction à l'exportation, selon la définition donnée dans le présent différend, ne peut pas constituer une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, au sens de l'alinéa iv), et par conséquent, ne constitue pas une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.
- L'article 771 5) B) iii), lu à la lumière de l'Énoncé et du Préambule du Règlement des États-Unis en matière de droits compensateurs n'est pas incompatible avec l'article 1.1 de l'Accord SMC du fait qu'il "prescri[t] l'imposition de droits compensateurs à l'encontre de pratiques qui ne sont pas des subventions au sens de l'article 1.1".

²¹⁵ Compte tenu des constatations que nous avons formulées dans cette section, nous n'avons pas besoin d'examiner la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis et ne le faisons pas. Les États-Unis nous avaient demandé de rendre les décisions ci-après: i) ni l'Énoncé ni le Préambule ne sont indiqués dans la demande d'établissement d'un groupe spécial comme étant des "mesures"; en tout état de cause, ni l'un ni l'autre n'est une mesure, et par conséquent, les allégations les concernant n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial; ii) la "pratique" des États-Unis (passée, présente ou future) ne constitue pas une mesure dont le Groupe spécial est saisi à bon droit, et toute "pratique" qui pourrait exister ne constitue pas un précédent contraignant; et iii) la "pratique" n'a pas été indiquée dans la demande de consultations du Canada et n'a pas non plus fait l'objet de consultations; la "pratique" en question des États-Unis n'a pas été suffisamment précisée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, en violation des articles 4:7 et 6:2 du *Mémoire d'accord*, ce qui signifie donc que cette "pratique" n'est pas soumise à bon droit au Groupe spécial.

9.2 En ce qui concerne les allégations du Canada qui n'ont pas été examinées ci-dessus, nous avons conclu ce qui suit:

En vertu de considérations relatives à l'économie jurisprudentielle, il n'est ni nécessaire ni approprié de faire des constatations à leur sujet.

9.3 En conséquence, nous ne formulons aucune recommandation concernant les obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC.