

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 A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES RÉPONSES DU CANADA AUX QUESTIONS POSÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL À SA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

(28 février 2001)

PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL AVEC LES PARTIES – QUESTIONS DATÉES DU 18 JANVIER 2001

I. QUESTIONS AUX DEUX PARTIES

Question n° 1

Qu'est-ce, selon vous, qu'une "restriction à l'exportation"? En d'autres termes, quelles sont les caractéristiques essentielles définissant ce concept qui s'appliqueraient à toute "restriction à l'exportation", quelle que soit la forme particulière qu'elle revête dans une situation donnée, et qu'il y ait ou non présence, dans une mesure donnée, de tout autre élément comportant une restriction à l'exportation? Pourriez-vous décrire la manière dont opère une restriction à l'exportation? Pourriez-vous donner un quelconque exemple d'une restriction à l'exportation qui puisse, d'une certaine façon, équivaloir à une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC?

Réponse

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 subordonner à certaines conditions l'autorisation d'exporter. 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.

Le Canada est incapable de concevoir une restriction à l'exportation qui puisse, ne fût-ce que d'une certaine façon, répondre à la définition d'une "contribution financière" figurant à l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

Question n° 2

Convenez-vous que le fait qu'un avantage soit conféré au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC est dénué de pertinence au regard de la question de l'existence d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) dudit accord?

Réponse

Oui. "Avantage" et "contribution financière" sont des éléments juridiques distincts dans la définition d'une subvention. Le Canada a rappelé les décisions rendues à cet effet par l'Organe d'appel dans les affaires *Aéronefs* qui ont opposé le Canada et le Brésil.

II. QUESTIONS AU CANADA

Question n° 3

Êtes-vous d'accord avec la formulation des États-Unis selon laquelle le Canada demande au Groupe spécial de dire qu'une restriction à l'exportation ne pourrait jamais, en aucune circonstance, constituer une subvention?

Réponse

Le Canada est incapable d'envisager de quelconques circonstances dans lesquelles une restriction à l'exportation pourrait répondre à la définition d'une "contribution financière" figurant à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Il convient de souligner que ce que le Canada demande au Groupe spécial de déterminer, c'est si le traitement des restrictions à l'exportation que prescrit la législation des États-Unis est bien incompatible avec la définition d'une "contribution financière" telle qu'elle figure à l'article 1.1 a) de l'Accord SMC.

Question n° 4

Vous déclarez, au paragraphe 4 de votre première communication écrite:

"Ces mesures, *considérées ensemble*, 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 ceux-ci se rapportent aux prescriptions de l'article 10) et avec l'article 32.1 de l'Accord SMC." (pas d'italique dans l'original)

Vous déclarez en outre, au paragraphe 15 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis:

"... [C]onformément à l'observation formulée par le groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310*, les éléments du droit des États-Unis en cause dans le présent différend doivent être *analysés ensemble*." (pas d'italique dans l'original)

L'article 771 5) de la *Loi douanière*, l'énoncé des mesures administratives (SAA), le Préambule et la "pratique" des États-Unis sont-ils des "mesures" *individuellement* susceptibles d'être l'objet du règlement d'un différend? Soutenez-vous que chacune des quatre mesures identifiées est en elle-même incompatible avec l'Accord SMC? Ou le Groupe spécial devrait-il simplement examiner ces quatre mesures comme un tout? En d'autres termes, le Groupe spécial ne devrait-il s'intéresser à ces quatre mesures que "considérées ensemble"?

Réponse

Le Canada conteste le traitement des restrictions à l'exportation prescrit par la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, traitement qui résulte des mesures identifiées par le Canada considérées ensemble. Ce traitement est incompatible avec les obligations des États-Unis découlant de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC. Par conséquent, il convient d'analyser ces mesures ensemble en vue de déterminer comment la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs prescrit de traiter les restrictions à l'exportation. Cela ne signifie pas que chaque mesure ne puisse pas, individuellement, faire l'objet du règlement d'un différend. Si le Groupe spécial devait déterminer que l'une des mesures identifiées par le Canada ne constitue pas une "mesure", il ne

s'ensuivrait pas que les mesures restantes ne pourraient pas, considérées ensemble, faire l'objet d'un règlement.

Le SAA prescrit expressément aux États-Unis de perpétuer la pratique concernant les restrictions à l'exportation qui était la leur avant la création de l'OMC et indique clairement que cette pratique est, aux yeux des États-Unis, compatible à la fois avec l'article 1.1 a) 1) iv) de l'Accord SMC et avec l'article 771 5) B) iii) de la *Loi douanière de 1930*. Il en est de même du Préambule. De l'avis du Canada, toute mesure incompatible avec une obligation pertinente est susceptible d'être l'objet du règlement d'un différend. Aux termes de l'article 32.5 de l'Accord SMC, chaque Membre doit assurer la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions de cet accord.

Question n° 5

À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les mesures que vous contestez ne prescrivent pas – mais autorisent – le traitement des restrictions à l'exportation comme des contributions financières au sens de l'article premier de l'Accord SMC, les mesures visées pourraient-elles, en tant que telles, être qualifiées d'incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC? Dans l'affirmative, sur quelles bases? Dans le cas contraire, veuillez expliquer pourquoi.

Réponse

Ces mesures, 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 elles ne faisaient qu'*autoriser* un tel traitement, en ce sens qu'elles ne feraient pas 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 qu'elles sont incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. Une telle conclusion aurait pour corollaire implicite que les États-Unis n'auraient pas substantiellement porté atteinte à la prévisibilité des conditions commerciales comme l'éventualité en avait été examinée dans les affaires *États-Unis – Loi antidumping de 1916* et *États-Unis – Fonds spécial*.

Toutefois, pareille conclusion ne serait pas justifiée puisqu'il ressort clairement du SAA et du Préambule que les États-Unis sont tenus d'interpréter la loi de façon à traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. L'ouverture d'une enquête dans l'affaire *Bovins vivants* et les formulations utilisées dans les affaires *Bovins vivants* et *Tôles en acier inoxydable en provenance de Corée* témoignent d'une pratique administrative tendant à adhérer à l'obligation énoncée dans le SAA et dans le Préambule. Les États-Unis ont donné clairement à entendre dans leurs communications que des restrictions à l'exportation peuvent selon eux répondre à l'élément "contribution financière" de la définition du mot "subvention". Le Canada développe ces remarques dans la Partie II de sa deuxième communication.

PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL AVEC LES PARTIES – QUESTIONS DATÉES DU 19 JANVIER 2001

I. QUESTIONS AUX DEUX PARTIES

Question n° 1

Vous faites valoir que l'article 1.1 a) 1) iv) a pour objet les "subventions indirectes" (et, dans le cas du Canada, que ledit article traite de ce concept de façon exhaustive). Dans quelle mesure vos arguments au titre de l'article 1.1 impliquent-ils que les subventions visées à l'article 1.1 a) 1) iv) s'entendent, en tout ou en partie, de "subventions indirectes"? En d'autres

termes, la mesure dans laquelle les restrictions à l'exportation relèvent ou non de l'article 1.1 a) 1) iv) dépend-elle du point de savoir si cette disposition a trait aux subventions indirectes, par opposition aux subventions directes? Quelle lumière vos arguments selon lesquels l'article 1.1 a) 1) iv) a pour objet les subventions "indirectes", par opposition aux subventions "directes", jettent-ils sur les questions en litige?

Réponse

La position du Canada n'implique pas que l'on assimile des mesures des pouvoirs publics pouvant relever de l'article 1.1 a) 1) iv) à des "subventions indirectes", expression qui n'apparaît ni dans l'Accord SMC ni dans le GATT. L'article 1.1 spécifie quelles sont précisément les mesures des pouvoirs publics, et les circonstances entourant ces mesures, qui peuvent constituer un octroi indirect d'une contribution financière, lequel, s'il confère un avantage, constituera une subvention. L'article 1.1 a) 1) iv) est la partie de la définition qui traite spécifiquement de cette question d'un octroi indirect.

Les États-Unis font valoir en substance que, du fait que l'article 1.1 a) 1) iv) a trait à ce qu'ils qualifient de "subventions indirectes", la disposition doit être interprétée au sens large. La tentative des États-Unis, telle qu'explicitée dans le SAA et le Préambule, pour inclure de quelque façon les restrictions à l'exportation dans la définition du mot "subvention" figurant à l'article 1.1 fait fond sur l'alinéa iv) comme étant la disposition dont les restrictions à l'exportation peuvent prétendument relever dans la définition de ce qui constitue une contribution financière.

Le fait que l'alinéa iv) a pour objet les mesures "indirectes", par opposition aux mesures "directes", emporte au moins trois conséquences. En premier lieu, l'octroi indirect d'une contribution financière n'est pas une "contribution financière" s'il ne satisfait pas à l'une quelconque des cinq conditions énoncées dans cet alinéa. Or, les restrictions à l'exportation ne satisfont pas à ces conditions.

Deuxièmement, la tentative des États-Unis pour inclure les restrictions à l'exportation dans le champ d'application de l'alinéa iv) est contraire non seulement à la lettre de cet alinéa, mais encore à son objet et à son but. 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. C'est là un élargissement invraisemblable de la définition du mot "subvention" telle qu'elle figure dans l'Accord, qui va à l'encontre des accords négociés dans le cadre du Cycle d'Uruguay et réduit à néant la sécurité et la prévisibilité auxquelles ces accords avaient abouti. L'article 1.1 a) 1) iv) n'est pas un fourre-tout dont relèveraient automatiquement les innombrables mesures réglementaires décidées par les pouvoirs publics qui ne sont pas des "contributions financières" aux termes des alinéas i) à iii), quand bien même elles pourraient avoir des effets bénéfiques pour des acteurs privés. En réalité, il a été conçu pour s'assurer que les pouvoirs publics ne pourraient pas éluder des disciplines en matière de subventions par ailleurs applicables en chargeant un organisme privé de faire une "contribution financière" à laquelle ils auraient en temps normal procédé directement ou en le lui ordonnant.

Troisièmement, l'alinéa iv) ne couvre les contributions financières "indirectes" que dans la mesure où une action des pouvoirs publics peut être qualifiée comme telle au sens ordinaire de cette expression. Les États-Unis tentent d'éluder cet effet en redéfinissant le mot "direct" de façon à l'entendre dans le sens d'un "lien de cause à effet" et en introduisant dans la disposition les concepts d'"équivalence fonctionnelle" et de similitude "conceptuelle", ce qui revient à postuler un deuxième degré, de portée indéterminée, dans la qualité "indirect", qui est absent de la disposition.

Question n° 2

Quel est le sens ordinaire, au sens de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, du mot "type" tel qu'il apparaît à l'article 1.1 a) 1) iv)?

Réponse

Selon le dictionnaire, ce mot désigne "une classe de choses ou de personnes possédant des caractéristiques communes". Eu égard au contexte qui est le sien à l'article 1.1 a) 1) iv), les choses possédant des caractéristiques communes sont en l'occurrence les fonctions, ou les mesures, exécutées par les pouvoirs publics qui sont énumérées aux alinéas i) à iii). La caractéristique commune qui les définit comme appartenant à un même "type" est le fait que, au sens ordinaire du paragraphe introductif de l'article 1.1 a) 1), chacune d'entre elles est une contribution financière aux fins de l'Accord. Ces fonctions sont toutefois expressément décrites comme des fonctions exécutées par les pouvoirs publics. Par conséquent, si les rédacteurs avaient simplement écrit "une ou plusieurs des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii)", leur texte n'aurait eu aucun sens. Pour inclure les mêmes pratiques, *lorsqu'elles sont adoptées par un organisme privé*, les rédacteurs ne pouvaient se contenter de se référer aux "fonctions" énumérées aux alinéas i) à iii), mais devaient nécessairement utiliser l'expression "une ou plusieurs fonctions des types énumérés". Le mot "type" était indispensable pour retenir l'essence de chacune des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) sans retenir la qualification "des pouvoirs publics", qui est explicite dans leur description. Une fonction exécutée par un organisme privé diffère intrinsèquement (quoique seulement d'un point de vue technique) de la même fonction exécutée par les pouvoirs publics.

L'argument des États-Unis n'est fondé que sur une définition du mot "type", et non sur une analyse textuelle de ce mot, considéré dans son contexte. De plus, il est fondamentalement illogique et en contradiction avec l'objet et le but de l'alinéa iv), avec la définition du mot "subvention", et de manière plus générale avec l'Accord SMC. Cet argument implique que l'on puisse lire l'alinéa iv) comme s'appliquant à toute une constellation plus vaste et *indéterminée* de mesures, alors même que l'argumentation des États-Unis s'oppose à une telle interprétation large et indéterminée des alinéas i) à iii). Autrement dit, des mesures très diverses constitueraient des contributions financières si elles étaient le fait d'un organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv), mais ces mêmes mesures ne seraient pas assujetties aux disciplines prescrites par l'Accord SMC lorsqu'elles seraient le fait des pouvoirs publics eux-mêmes.

Les termes de l'alinéa iv) montrent sans ambiguïté que celui-ci vise précisément les contributions financières qui, en règle générale, sont le fait des pouvoirs publics. La définition du mot "subvention" est la pierre angulaire de l'Accord en ce que, précisément, elle *définit* les mesures des pouvoirs publics (que celles-ci soient exécutées par les pouvoirs publics ou par l'intermédiaire d'un organisme privé agissant sur instruction ou ordre de ces derniers) qui sont assujetties aux disciplines prévues dans cet accord. L'Accord a notamment pour objet et pour but de discipliner certaines actions des pouvoirs publics ainsi que l'application de mesures compensatoires en réponse à ces actions. Rien dans l'historique des négociations du Cycle d'Uruguay ne vient étayer la suggestion selon laquelle la visée première de l'Accord deviendrait, en vertu de l'alinéa iv), de discipliner un large éventail de mesures prises par des acteurs privés qui ne sont pas assujetties à de telles règles lorsqu'elles sont le fait des pouvoirs publics.

Le membre de phrase "fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)" n'élargit nullement le champ d'application de l'alinéa iv) au-delà du champ d'application des alinéas i) à iii). Il ne fait qu'articuler les actions des pouvoirs publics mentionnées à l'alinéa iv) aux fonctions, déterminées et circonscrites, qui sont énumérées aux alinéas i) à iii). L'alinéa iv) n'élargit la définition de l'expression "contribution financière" que dans la mesure où il inclut dans cette définition des actions par lesquelles les pouvoirs publics, plutôt que de consentir eux-mêmes une contribution financière, "chargent un organisme privé (...) ou lui ordonnent" de le faire.

II. QUESTIONS AU CANADA

Question n° 3

Nous notons qu'au paragraphe 29 de la version écrite de la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial vous utilisez l'auxiliaire "may" (pouvoir éventuellement), mais que, lors de votre déclaration orale, vous lui avez substitué l'auxiliaire "must" (devoir). En réponse à notre question orale sur ce point, vous avez indiqué que la version écrite ("may") est la version correcte. Veuillez le confirmer.

Réponse

Le Canada confirme que la version écrite de sa déclaration orale ("may") est la version correcte.

Question n° 4

Au paragraphe 18 de la déclaration orale qu'elles ont faite à la première réunion du Groupe spécial, les Communautés européennes présentent un récapitulatif de leurs vues concernant les allégations et les arguments du Canada dans le présent différend. Êtes-vous d'accord avec ce récapitulatif? Dans le cas contraire, veuillez expliquer de façon détaillée sur quels points vous êtes en désaccord.

Réponse

Le Canada convient que la pratique des États-Unis antérieure à la création de l'OMC a été reconduite dans la législation en matière de droits compensateurs que ce pays a adoptée postérieurement à la création de l'OMC, du fait de son incorporation dans le SAA et dans le Préambule. Le Canada convient que la pratique des États-Unis postérieure à la création de l'OMC atteste de cette incorporation. Il est d'avis que cette pratique postérieure à la création de l'OMC est aussi une manifestation d'une volonté ou d'une politique administrative tendant à adhérer à une certaine conception juridique ou à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière lors d'affaires futures. Le récapitulatif des CE est incomplet pour autant qu'il passe sous silence les préoccupations du Canada face aux aspects de cette pratique qui sont en relation avec la réparation demandée par lui.

Question n° 5

Supposons que les pouvoirs publics d'un pays donné ordonnent à certaines banques appartenant à des intérêts privés de faire en sorte que 10 pour cent des fonds qu'elles prêtent soient réservés à un groupe d'emprunteurs donnés, de telle sorte que ces banques, sans être tenues de consentir des prêts à ces emprunteurs, ne peuvent prêter les fonds ainsi réservés à nul autre emprunteur. En pareil cas, y aurait-il selon vous une contribution financière sous la forme d'un transfert direct de fonds ou d'un transfert direct potentiel de fonds ordonné par des pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) i) et iv)? Dans le cas contraire, pourquoi? Dans l'affirmative, quelle distinction peut-on faire, du point de vue de la question d'une "contribution financière", entre un tel cas de figure et l'imposition d'une restriction à l'exportation? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Le Canada est d'avis que le cas de figure qui est décrit ne constituerait pas une "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC. Il est correct de considérer que les fonds réservés l'ont été à la suite d'un ordre des pouvoirs publics, auquel les banques sont (on le présume)

tenues par la loi de se conformer. Toutefois, on ne peut pas dire que les banques se soient vu également "ordonner" de procéder à un "transfert direct de fonds" au bénéfice du groupe d'emprunteurs désigné, puisqu'elles ne sont pas dans l'obligation de prêter ces fonds à ces emprunteurs. De fait, elles pourraient, sur la base de critères d'évaluation du risque financier et de considérations de prudence qui sont généralement acceptés, préférer laisser ces fonds inactifs plutôt que les prêter au groupe d'emprunteurs désigné. (Dans sa réponse complète, le Canada donne des exemples des raisons d'agir de la sorte.) Chaque banque tirera ses propres conclusions quant aux avantages de tels ou tels prêts sur la base de ces considérations de prudence.

Le fait que les banques pourraient décider de prêter les fonds réservés au groupe d'emprunteurs désigné ne signifie pas que les pouvoirs publics leur aient ordonné de procéder à des "transferts directs potentiels de fonds". Les transferts directs "potentiels" de fonds envisagés à l'article 1.1 a) 1) i) deviendraient "effectifs" du fait, non d'un choix de leur auteur potentiel, mais de l'existence d'un lien juridique créant une responsabilité éventuelle et de la concrétisation d'un événement spécifié ayant pour résultat un transfert direct de fonds. Le mot "potentiel" dans l'article 1.1 a) 1) i) fait référence à la concrétisation d'un tel événement faisant jouer l'obligation de procéder à un transfert direct de fonds.

Question n° 6

Conformément aux arguments exposés aux paragraphes 39 et 40 de la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial, affirmeriez-vous qu'il ne peut exister de circonstance dans laquelle un producteur n'aurait d'autre choix, à la suite de l'imposition d'une restriction à l'importation, que de vendre ses marchandises aux utilisateurs nationaux de son produit?

Réponse

Le Canada ne peut concevoir une situation dans laquelle, à la suite d'une restriction à l'exportation, un producteur n'aurait d'autre choix que de vendre ses marchandises aux utilisateurs nationaux de ces marchandises. Un producteur dispose toujours de certains choix. Il pourrait par exemple décider d'une intégration verticale et, selon les circonstances, vendre un produit d'amont ou un produit d'aval qui ne fasse pas l'objet d'une restriction sur le marché à l'exportation ou intérieur. Il pourrait aussi choisir de produire et vendre un tout autre produit ou d'utiliser son capital pour se lancer dans une activité économique entièrement nouvelle. Enfin, il lui serait toujours loisible de réduire sa production ou de l'arrêter.

Question n° 7

Veuillez commenter l'argument des États-Unis voulant que la proposition selon laquelle une restriction à l'exportation ne pourrait jamais, en aucune circonstance, constituer une contribution financière est ni plus ni moins trop abstraite pour que le Groupe spécial puisse statuer à son sujet, autrement dit que l'éventail des restrictions à l'exportation possibles est trop large pour que le Groupe spécial puisse les envisager toutes et conclure qu'aucune d'entre elles ne pourra jamais être assimilée à une contribution financière.

Réponse

Le Canada n'a pas demandé une telle décision, même si nous convenons qu'une restriction à l'exportation ne peut en aucun cas être une contribution financière. La question n'a rien d'abstrait. Une restriction à l'exportation est une mesure à la frontière se présentant sous la forme d'une loi ou d'une réglementation adoptée à l'initiative des pouvoirs publics en vue de limiter expressément les quantités exportées ou de subordonner à des conditions explicites l'autorisation d'exporter. Elle pourrait revêtir aussi la forme d'un droit ou d'une taxe imposé par les pouvoirs publics sur les

exportations du produit visé et dont le montant serait calculé de façon à limiter les quantités exportées. Afin d'apprécier la conformité des mesures prises par les États-Unis avec l'Accord SMC, le Groupe spécial devra déterminer si de telles actions des pouvoirs publics entrent dans la catégorie des actions des pouvoirs publics que l'article 1.1 a) 1) de l'Accord définit comme constituant une "contribution financière".

Le degré de restriction peut varier, mais cela ne modifie pas la nature fondamentale d'une restriction à l'exportation. Ces variations ne confèrent pas un tour abstrait à la question, ni n'altèrent le caractère des mesures qui est pertinent aux fins de déterminer si celles-ci constituent une contribution financière – à savoir que ce sont des actions des pouvoirs publics ayant pour effet de restreindre les exportations.

Pour évaluer la pertinence des variations dans les restrictions à l'exportation, il convient de distinguer entre "action" et "effet". L'article 1.1 a) 1) délimite une classe d'*actions* des pouvoirs publics définies comme étant des contributions financières, ce qui constitue le premier élément de la définition d'une subvention. L'article 1.1 b) précise le second élément – "un avantage est ainsi conféré" –, lequel a trait à l'*effet* des actions des pouvoirs publics définies dans le premier élément. Les États-Unis font porter tout entier l'accent sur l'effet.

Question n° 8

Veuillez commenter l'affirmation figurant dans la note de bas de page 21 de la communication écrite des CE, selon laquelle une restriction à l'importation pourrait participer d'un ensemble de mesures qui, considérées ensemble, équivalent à un "ordre" des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv). Les Communautés européennes donnent comme exemple une mesure des pouvoirs publics interdisant d'exporter un produit et faisant obligation au producteur de maintenir ses niveaux de production et de vendre le produit aux utilisateurs d'aval à un prix déterminé. Comment conviendrait-il de considérer une telle mesure (ou un tel ensemble de mesures) si une enquête en matière de droits compensateurs venait à en établir l'existence? Y aurait-il une contribution financière, et celle-ci résulterait-elle de la mesure dans son ensemble ou seulement de l'un ou de plusieurs de ses éléments?

Réponse

Le Canada demande au Groupe spécial de déterminer si une restriction à l'exportation répond en tant que telle à la définition d'une contribution financière qui figure à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Le Canada ne demande pas au Groupe spécial de décider de la conformité avec les règles de l'OMC de quelque autre mesure qui comporterait une restriction à l'exportation et une ou plusieurs autres actions des pouvoirs publics pouvant en elles-mêmes constituer une contribution financière au sens de l'alinéa iv). Dans l'exemple donné par les CE, l'existence d'une contribution financière ne résulte pas d'une restriction à l'exportation. L'élément déterminant serait plutôt les prescriptions spécifiques faisant obligation aux producteurs en question de maintenir leurs niveaux de production et de vendre le produit à certains utilisateurs d'aval expressément désignés.

Pour ouvrir une enquête en matière de droits compensateurs au sujet d'un tel ensemble de mesures, les autorités compétentes devront avoir établi (et spécifier sur quelles bases) en quoi la prescription spécifique faisant obligation aux producteurs en question de maintenir leurs niveaux de production et de fournir le produit à des prix déterminés à certains utilisateurs d'aval expressément désignés répond aux critères énoncés à l'article 11.2 de l'Accord SMC et, plus précisément, en quoi ces prescriptions constituent un élément de preuve suffisant de l'existence d'une "subvention", c'est-à-dire en quoi elles constituent un élément de preuve suffisant d'une "contribution financière", de l'existence d'un "avantage" et de la "spécificité" de la subvention.

Question n° 9

Le Groupe spécial note votre réponse, aux paragraphes 26 et 27 de la déclaration orale que vous avez faite à sa première réunion, à l'argument apparent des États-Unis selon lequel une restriction à l'exportation peut être l'"équivalent fonctionnel" d'une obligation positive de fournir un bien aux acheteurs nationaux, dans la mesure où, en ordonnant aux producteurs de ne pas exporter, elle leur enjoint en fait de tenter de vendre leur produit aux seuls autres acheteurs possibles. À supposer que les producteurs n'aient d'autre choix que de vendre aux acheteurs nationaux (c'est-à-dire ne soient à même de recourir à aucune des options décrites par les Communautés européennes comme s'offrant à eux), sur quelles bases quant au fond pourrait-on distinguer une restriction à l'exportation d'une obligation positive de fournir le bien faisant l'objet de cette mesure aux acheteurs nationaux?

Réponse

Dans ses communications, le Canada s'est dit incapable de concevoir une situation dans laquelle une restriction à l'exportation aurait, en tant que telle, pour effet qu'un producteur n'aurait d'autre choix que de vendre son produit aux mêmes utilisateurs nationaux de ce produit auxquels il le vendait déjà avant l'imposition de cette restriction. Pour que les producteurs n'aient réellement "pas d'autre choix" que de vendre aux acheteurs nationaux, il faudrait que les pouvoirs publics aient pris quelque autre mesure en dehors de la restriction à l'exportation. Ce serait alors cette autre mesure, et non la restriction à l'exportation, qui constituerait une contribution financière. Ce serait elle qui créerait une obligation positive de fournir le bien soumis à restriction. N'étant que l'interdiction d'agir d'une certaine façon, une restriction à l'exportation ne peut, en soi, se transformer en obligation positive. Les États-Unis ne tiennent aucun compte de la lettre de l'Accord SMC, préférant se livrer à des déterminations d'ordre économique des actions des pouvoirs publics qui pourraient avoir les mêmes effets que les actions définies comme étant des contributions financières dans cet accord.

Question n° 10

Vous faites valoir, semble-t-il, qu'un "organisme privé", au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), doit être nécessairement une "entité collective" organisée, et que par conséquent le simple fait de posséder certaines caractéristiques en commun (comme par exemple d'être exploitants de mines d'or) ne suffit pas à transformer un ensemble d'entités individuelles en un "organisme privé". Soutenez-vous qu'à titre individuel un producteur d'un bien donné ne pourrait être un "organisme privé" parce qu'il n'appartient pas à une "entité collective" organisée? Dans le cas contraire, diriez-vous que chacun des producteurs d'un produit donné pourrait être un "organisme privé", mais que ce ne pourrait être le cas de ces mêmes producteurs considérés dans leur ensemble (c'est-à-dire du point de vue de leur caractéristique commune)? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

L'interprétation du Canada se fonde à la fois sur le sens ordinaire de l'expression "organisme privé" et sur son contexte, à savoir les mots "les pouvoirs publics ... chargent un organisme privé ... ou lui ordonnent" de faire une contribution financière qui est normalement de leur ressort et participe en général de leur pratique. L'"organisme privé" est l'entité qui reçoit des pouvoirs publics une instruction ou un ordre et qui se substitue à eux pour verser la contribution financière. Dans ce contexte, le simple fait que des individus (par exemple des banquiers) possèdent une caractéristique en commun qui soit sans rapport avec une mesure les chargeant ou leur ordonnant de faire une contribution financière ne les transforme pas en organisme privé au sens de l'alinéa iv).

De l'avis du Canada, le sens correct de l'expression "organisme privé" est "groupe d'individus *organisé à certaines fins*". Dans le contexte de l'alinéa iv) l'événement à la suite duquel des entités

individuelles deviennent "organisées à certaines fins" est le fait que les pouvoirs publics les chargent de faire une contribution financière ou leur en donnent l'ordre, fait qui, par nécessité, désigne à la fois ceux à qui s'adresse cette instruction ou cet ordre et les fins visées, à savoir la contribution financière. Même si les entités individuelles étaient des banquiers, ce n'est pas cette qualité qui ferait d'elles un "organisme privé" au sens de l'alinéa iv). Par conséquent, 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", mais ils ne devraient pas cette qualité au seul fait qu'ils appartiennent au secteur bancaire.

De même, une loi faisant obligation à chacun des producteurs d'un bien donné (par exemple les producteurs d'orge) de fournir celui-ci, ou une directive des pouvoirs publics rendant chacun de ces producteurs responsable de la fourniture de ce bien, pourrait faire d'eux un "organisme privé", mais ils ne devraient pas cette qualité au seul fait qu'ils produisent tel ou tel bien. N'auraient-ils pas été chargés par les pouvoirs publics de fournir ce bien, ou n'en auraient-ils pas reçu l'ordre de ces derniers, qu'ils ne seraient pas devenus un "organisme privé" à raison de quelque *autre* action des pouvoirs publics (réforme du régime fiscal, restriction à l'exportation, imposition ou réduction d'un droit) pouvant avoir une quelconque incidence économique sur le marché dont ils sont des acteurs.

Les pouvoirs publics pourraient charger un seul individu ou une seule entité de faire une contribution financière ou le lui ordonner au sens de l'alinéa iv) et, dès lors, cet individu ou cette entité serait un "organisme privé". Cela ne signifie pas toutefois que l'expression "organisme privé" puisse être dissociée de son contexte et traduite par "toute personne privée". Le Canada note que si les rédacteurs de l'Accord avaient voulu dire "toute personne privée", ils n'auraient probablement pas utilisé l'expression "organisme privé".

Question n° 11

Vous faites valoir que les États-Unis se livrent à une interprétation excessivement large de l'article 1.1 a) 1) iv) s'agissant de la fourniture d'un bien par un organisme privé qui en aurait été chargé par les pouvoirs publics ou en aurait reçu l'ordre de ces derniers. Selon vous, l'interprétation des États-Unis pourrait conduire à définir toute mesure réglementaire des pouvoirs publics ayant pour effet d'accroître l'offre d'un bien sur le marché intérieur comme constituant une fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics:

- a) **Jusqu'à quel point, selon vous, faut-il interpréter cette disposition de façon étroite? Considéreriez-vous que, si les pouvoirs publics ordonnaient à un producteur de vendre son produit à un client (ou des clients) donné(s), sans spécifier à quel prix, en quelle quantité ou à quelles autres conditions, il y aurait fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics? Dans le cas contraire, pourquoi?**

Réponse

La question dont le Groupe spécial est saisi n'est pas de savoir si l'alinéa iv) doit être interprété de façon "étroite" ou "au sens large", mais plutôt de savoir comment interpréter cette disposition de façon à donner plein effet à ses termes, au sens ordinaire qui est le leur. Dans l'exemple donné, le Canada considère que, si un gouvernement enjoignait un producteur de vendre son produit à un client (des clients) donné(s), il y aurait fourniture d'un bien sur ordre d'un gouvernement. Cette mesure constituerait ou non une contribution financière selon que les autres conditions énoncées à l'alinéa iv) seraient ou non réunies.

- b) **Existe-t-il d'autres circonstances autres qu'une mesure des pouvoirs publics prescrivant *explicitement* de mettre un produit donné à la disposition**

d'acheteurs donnés, telles que vous considéreriez que le producteur a été chargé par les pouvoirs publics de fournir un bien ou en a reçu l'ordre de ces derniers?

Réponse

Eu égard au sens ordinaire des mots "charger" (*entrust*) et "ordonner" (*direct*), le Canada est d'avis que seule une mesure des pouvoirs publics prescrivant explicitement de fournir un produit donné à des acheteurs donnés constituerait un cas de fourniture d'un bien à laquelle les pouvoirs publics auraient chargé ou ordonné de procéder. Dans leur sens ordinaire, les mots "*entrusts or directs*" ("chargent ou ordonnent") évoquent une action positive consistant à commander ou à donner pour tâche à quelqu'un de faire quelque chose. Le *New Shorter Oxford English Dictionary* donne du verbe "*to entrust*" la définition suivante: "investir d'une charge; donner (à une personne, etc.) la responsabilité d'accomplir une tâche ...". Ce mot connote donc fortement l'idée d'un recours à un intermédiaire. Cette interprétation du mot "*entrust*" est confirmée par le *Concise Oxford Dictionary* qui indique les sens suivants: "laisser à une personne de confiance le soin de s'occuper (d'une personne ou d'une chose) ... conférer la responsabilité d'une chose à (une personne) ...". Le sens ordinaire du mot "*direct*" est: "donner des instructions impératives à; prescrire, donner ordre (à une personne) de faire (quelque chose) qui doit être fait ou désigner une personne à cette fin; exiger l'exécution de".

Le caractère "explicite" de ces actions est renforcé par les mots qui suivent immédiatement les verbes "*entrusts or directs*" ("chargent ou ordonnent"), à savoir "*to carry out*" ("d'exécuter"). Le sens ordinaire de ce verbe est: "mener à bien, mettre en pratique" ou "mettre à exécution". Lus ensemble, les mots "chargent ... d'exécuter ... ou ... ordonnent de le faire" suggèrent la notification d'une tâche à accomplir ou d'une instruction à exécuter, autrement dit une action explicite (et non pas implicite).

- c) **Compte tenu de vos réponses aux questions a) et b) ci-dessus, jusqu'à quel point le lien de cause à effet entre une mesure des pouvoirs publics et une action d'un organisme privé doit-il être étroit pour qu'il soit satisfait au critère "chargent ... ou ordonnent" énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv)?**

Réponse

Il ne s'agit pas d'un lien de cause à effet. Il faut qu'il y ait une action par laquelle les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'une certaine tâche, par exemple fournir des biens, ou lui ordonnent de s'en acquitter. C'est cette action des pouvoirs publics qui a pour effet potentiel de générer une contribution financière, pour autant que toutes les autres conditions sont également réunies.

Question n° 12

Vous faites valoir que, lorsque les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'exécuter une fonction de l'un des types énumérés aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) ou lui ordonnent de le faire, l'alinéa iv) exige que cette fonction soit normalement du ressort des pouvoirs publics et ne diffère pas véritablement de leur pratique normale:

- a) **Veuillez préciser en quoi, selon vous, ces concepts ou prescriptions relèvent des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii). Ne pourrait-on pas faire valoir que nombre de ces fonctions (par exemple participation au capital social, octroi d'un prêt, fourniture ou achat de biens, etc.) sont "normalement" assurées par le secteur privé? Dans quelles conditions ou circonstances pourrait-on dire que de telles fonctions sont "normalement" assurées par les pouvoirs publics?**

Réponse

Il importe tout d'abord de clarifier le sens des mots "normalement de leur ressort" et "la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics". Dans le membre de phrase "les pouvoirs publics ... chargent ... ou ... ordonnent", "pouvoirs publics" s'entend des pouvoirs publics visés à l'alinéa iv). Dans le membre de phrase "normalement de leur ressort", "leur" renvoi à ces mêmes pouvoirs publics, alors que dans le membre de phrase "la pratique normale des pouvoirs publics", il s'agit des pouvoirs publics en général. L'alinéa iv) n'englobe donc pas la totalité des différents types de fonctions définis aux alinéas i) à iii) puisque les mots "... normalement de leur ressort" limitent fondamentalement la portée de l'alinéa iv). Toute autre interprétation priverait le membre de phrase "qui sont normalement de leur ressort" de tout sens ou de tout effet.

Dans le membre de phrase "la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics", le mot "pratique" désigne l'"exécut[ion d'] une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii)" par un organisme privé, autrement dit le fait que celui-ci fait une contribution financière. Cette pratique doit ne pas différer véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics. Par conséquent, ce devra en principe être une contribution financière à laquelle les pouvoirs publics en question procèdent d'ordinaire et qui, en règle générale, est le fait des pouvoirs publics.

Le Canada pense que les mots "normalement de leur ressort" et "pratique normale de" introduisent une restriction expresse d'où il ressort clairement que, lorsqu'elle est exécutée par un organisme privé sur ordre des pouvoirs publics, chacune des fonctions visées aux alinéas i) à iii) ne constitue une contribution financière que si cet organisme privé exerce une fonction relevant normalement de la compétence des pouvoirs publics, en lieu et place des pouvoirs publics en question.

Même si un certain nombre des fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) sont souvent exécutées "normalement" par le secteur privé, la formulation utilisée montre à l'évidence que les rédacteurs ont envisagé l'éventualité que, dans certaines circonstances, l'on puisse considérer que de telles fonctions sont exécutées "normalement" par les pouvoirs publics d'un pays particulier. Par conséquent, si ces conditions limitent la portée de l'alinéa iv), elles ne le frappent pas de nullité. Sans préjuger des circonstances qui pourraient être suffisantes dans un cas particulier, le Canada note à titre d'exemple que la fourniture de services de gestion des déchets peut être normalement assurée par les pouvoirs publics d'un pays particulier et constitue une pratique normale des pouvoirs publics en général. Il est néanmoins exclu que le simple fait que des pouvoirs publics aient la faculté ou le pouvoir de charger un organisme privé d'exécuter une fonction ou de lui ordonner de le faire signifie que cette fonction est "de leur ressort" ou une "pratique normale des pouvoirs publics". Dans le cas contraire, ces conditions feraient double emploi avec la condition "chargent ou ordonnent".

- b) **Les États-Unis font valoir que de telles fonctions entrent dans les attributions "normales" des pouvoirs publics, s'agissant de l'octroi de subventions. Étant donné que vous soulignez dans votre argumentation le fait que contribution financière et avantage conféré sont deux concepts distincts qu'il importe de ne pas confondre ou amalgamer, est-il exact de considérer que vous seriez en désaccord avec cette affirmation des États-Unis? Si vous êtes en désaccord avec les États-Unis sur ce point, sur quelles autres bases ou dans quelles autres circonstances considérez-vous que ces fonctions relèveraient des activités "normales" des pouvoirs publics et répondraient donc au critère énoncé à l'alinéa iv)?**

Réponse

Les "fonctions" visées à l'alinéa iv) (c'est-à-dire celles qui sont normalement du ressort des pouvoirs publics et relèvent de leur pratique normale) s'entendent des formes d'action des pouvoirs

publics qui constituent une "contribution financière" au sens des autres alinéas de l'article 1.1 a) 1), quels qu'en soient les "effets". Étant donné qu'il ne peut y avoir de "subvention" que si la contribution financière en question confère un avantage, l'argumentation des États-Unis reviendrait à postuler à l'alinéa iv) la présence de mots ("s'agissant de l'octroi de subventions") qui n'y figurent pas. De plus, cette argumentation tourne en rond: il faudrait tout d'abord déterminer s'il y a eu une subvention en vue de déterminer s'il y a eu une "contribution financière" au sens de l'alinéa iv), alors même que l'existence d'une contribution financière est une condition préalable de l'existence d'une subvention. Il faudrait également déterminer si un "avantage" a été conféré en vue de déterminer s'il y a eu une "contribution financière", alors même qu'il est patent au vu de l'énoncé de l'article 1.1 que c'est la contribution financière qui doit avoir pour effet un avantage, et non l'inverse.

Dans sa réponse au point a), le Canada a tenté de décrire les types de circonstances dans lesquelles les fonctions énumérées aux alinéas i) à iii) pourraient répondre aux critères énoncés à l'alinéa iv).

- c) **Le projet Cartland I¹ combinait à chacun des alinéas i) à iv) le concept de contribution financière et celui d'avantage. De plus, l'alinéa iv) contenait aussi des formulations telles que "normalement de leur ressort" et "ne différant en réalité nullement". Dans les projets ultérieurs, les deux concepts ont été dissociés sans que ces formulations ne disparaissent de l'alinéa iv). En quoi, le cas échéant, ces rédactions successives aident-elles à mieux comprendre le sens des mots "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" à l'alinéa iv)?**

Réponse

L'historique de la rédaction de ces dispositions confirme que les expressions "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" représentent des conditions qui limitent l'éventail des "contributions financières" (ou des fonctions) auquel se réfère l'alinéa iv), et que ces conditions ne sont pas liées à l'"avantage" conféré ou à la "subvention". Étant donné que le projet Cartland I combinait, à chaque alinéa, le concept de contribution financière et celui d'avantage conféré, il aurait permis de faire valoir que les expressions "normalement de leur ressort" et "ne différant véritablement pas" se rapportait à l'"avantage" autant qu'à la "contribution financière". Le fait que, dans les versions suivantes, l'"avantage" a fait l'objet d'un paragraphe distinct, tandis que les mentions "normalement de leur ressort" et "ne différant véritablement pas" étaient maintenues à l'alinéa iv) montre à l'évidence que l'intention des rédacteurs était de faire en sorte que ces mentions ne s'appliquent qu'au seul élément "contribution financière".

- d) **Dans le cas particulier de la fourniture de biens, que faut-il entendre par fourniture "normale" de biens par les pouvoirs publics? Dans quelles circonstances pourrait-on dire que la fourniture de biens par un organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics répondrait aux critères "normalement du ressort des pouvoirs publics" et "ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics" énoncés à l'alinéa iv)?**

Réponse

Sans doute est-il relativement peu courant que des biens soient "normalement" fournis par les pouvoirs publics. Il doit néanmoins exister des cas où ces derniers produisent ou commercialisent un bien. De l'avis du Canada, la fourniture d'un bien par les pouvoirs publics pourrait être considérée comme une pratique "normale" quand ceux-ci sont déjà engagés dans une telle activité.

¹ Pièce n° 36 du Canada.

"Normalement de leur ressort" signifie que les biens doivent être fournis par l'organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics d'une manière sensiblement identique à ce qui aurait été le cas s'ils l'avaient été par lesdits pouvoirs publics. Si l'organisme privé, lorsqu'il fournit ces biens, ne fait que réagir aux forces du marché en tant qu'acteur privé, il exerce une fonction commerciale purement *privée*. (Même s'il arrive que les pouvoirs publics interviennent sur le marché comme des acteurs privés, la question en l'occurrence est de savoir si l'organisme privé, sur ordre des pouvoirs publics, agit comme le feraient ces derniers, autrement dit comme leur substitut.) "Pratique normale" signifie simplement que la fourniture des biens par l'organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics doit s'effectuer d'une manière sensiblement identique à celle dont les pouvoirs publics fournissent normalement des biens. Si, par exemple, les pouvoirs publics ordonnaient à un organisme privé de fournir de l'eau à des particuliers et à des entreprises au lieu de le faire eux-mêmes par l'intermédiaire d'un service public, il s'agirait de savoir si l'eau est fournie de manière sensiblement identique dans les deux cas.

Question n° 13

Êtes-vous d'accord avec l'argument des Communautés européennes selon lequel, en cas de fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, il faut, pour qu'il y ait "exécution de fonctions normalement du ressort des pouvoirs publics", non seulement que les producteurs aient reçu expressément l'ordre de fournir ces biens, mais encore qu'ils soient tenus de les fournir à "certaines conditions préalablement définies"? Dans l'affirmative, pourquoi l'existence de "conditions préalablement définies" serait-elle nécessaire pour que l'on puisse considérer qu'un organisme privé exécute une fonction normalement du ressort des pouvoirs publics (c'est-à-dire pour qu'il y ait *contribution financière*)? Autrement dit, l'existence d'un avantage ne dépend-elle pas des "conditions" auxquelles tel ou tel bien est fourni? Si tel est le cas, en quoi ces conditions, qu'elles aient été "préalablement définies" ou non, auraient-elles une incidence sur l'existence d'une contribution financière?

Réponse

Le Canada est de manière générale d'accord avec la position des Communautés européennes. Lorsqu'il y a fourniture de marchandises sur instruction ou ordre des pouvoirs publics, il faut encore que celle-ci réponde aux autres éléments de l'alinéa iv). Pour que l'on considère que la fonction exécutée par l'organisme privé sur ordre des pouvoirs publics est "normalement du ressort" de ces derniers et conforme à leur "pratique normale", il faut que l'organisme privé agisse en lieu et place des pouvoirs publics et non comme un intervenant parmi d'autres sur le marché privé. La contribution financière doit donc nécessairement être faite à certaines conditions préalablement définies pour qu'il soit établi que la fonction du ressort des pouvoirs publics a été exécutée à l'identique par l'organisme privé. Tout en convenant que certaines conditions dont dépend l'existence d'une contribution financière pourraient aussi être requises pour établir l'existence d'un avantage, le Canada est d'avis que ces deux éléments d'une subvention doivent faire l'objet de déterminations distinctes.

Question n° 14

Veuillez commenter les paragraphes 17 à 31 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la première réunion du Groupe spécial avec les parties.

Réponse

Les commentaires du Canada figurent dans la Partie III de sa deuxième communication.

Question n° 15

Veillez expliquer pourquoi (au paragraphe 45 de votre première communication écrite et au paragraphe 56 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis, paragraphes dont le contenu rejoint d'autre part les vues exprimées par les Communautés européennes au paragraphe 27 de la déclaration orale qu'elles ont faites à la première réunion du Groupe spécial) vous considérez que la clause conditionnelle figurant dans le SAA limite tout pouvoir discrétionnaire dont pourrait se prévaloir le Département du commerce s'agissant de "s'assurer qu'une subvention alléguée comporte une mesure exécutoire formelle". Cette clause stipule, en particulier, que les catégories de subventions indirectes auxquelles le Département du commerce a réagi dans le passé par l'imposition d'un droit compensateur continueront de donner lieu à une telle mesure "à condition que le Département du commerce se soit assuré qu'il est satisfait aux critères énoncés à l'article 771 5) B) iii)". Cette disposition n'exige-t-elle pas que le Département du commerce se soit assuré que tous les éléments énoncés à l'article 771 5) B) iii) sont présents?

Réponse

La clause conditionnelle doit être lue à la lumière des trois paragraphes qui la précèdent. Bien qu'il soit dit dans cette clause que le Département du commerce doit s'être assuré qu'il est satisfait à tous les éléments de l'article 771 5) B) iii), ces trois paragraphes donnent des instructions impératives en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles il y a lieu de considérer que ces conditions sont réunies et, à tout le moins, indiquent expressément, à l'adresse du Département du commerce, qu'elles le seront dans des circonstances identiques à celles des affaires *Cuir et Bois de construction*.

Le premier paragraphe dispose sans ambiguïté que le critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'article 771 5) B) iii) "sera interprété 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. Il ressort clairement du deuxième paragraphe, qui se réfère aux affaires *Cuir et Bois de construction*, que l'existence d'une "mesure exécutoire formelle" est la seule condition permettant d'établir si une restriction à l'exportation est une "contribution financière". Le troisième paragraphe, décisif, déclare alors que de telles restrictions à l'exportation répondent au critère "chargent ou ordonnent" énoncé à l'article 771 5) B) iii) et qu'en pareil cas, la loi modifiée doit être "administrée au cas par cas conformément à" la pratique antérieure à la création de l'OMC. S'il subsistait le moindre doute quant aux instructions impératives prévues dans le SAA concernant l'interprétation de l'article 771 5) B) iii), il serait levé par les mots mêmes qui précèdent la clause conditionnelle dans le SAA, par lesquels est exposée

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, à condition que le Département du commerce se soit assuré qu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii).

Comme le Canada l'a déjà fait observer, il n'est pas dit: "peut éventuellement s'appliquer à" ou "pourrait s'appliquer". Il est simplement et clairement dit: "s'applique à". Par conséquent, le SAA contient des prescriptions explicites à l'adresse du Département du commerce quant à la détermination que celui-ci devrait faire, compte tenu de la clause conditionnelle, au sujet des restrictions à l'exportation.

Question n° 16

Vous déclarez, au paragraphe 39 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis:

"... [L]a "pratique en cause n'est pas constituée par telle ou telle détermination faite dans des affaires en matière de droits compensateurs, comme le suggèrent les États-Unis. Le Canada l'a indiqué clairement, il ne demande pas une décision annulant les déterminations faites par le passé dans telle ou telle affaire. Une pratique est, plutôt, constituée par une volonté ou une politique administrative tendant à adhérer à une conception juridique particulière et à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière - à savoir, en l'occurrence, traiter une restriction à l'exportation comme répondant à la condition de la contribution financière énoncée dans l'Accord SMC, lorsque les autorités des États-Unis estiment qu'un avantage est conféré." (notes de bas de page omises)

- a) En quoi, selon vous, une telle "volonté ou politique administrative" est-elle susceptible d'être, en soi, l'objet du règlement d'un différend? En quoi une telle "volonté ou politique administrative" – que l'on pourrait qualifier aussi de "comportement" des États-Unis – doit-elle être considérée comme une mesure?**

Réponse

Une volonté ou politique administrative est susceptible d'être, en soi, l'objet du règlement d'un différend parce qu'elle constitue une "mesure", au sens où ce terme s'entend dans le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et dans le GATT de 1994, et que cette mesure est contraire aux obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC.

Le sens ordinaire du mot "mesure" est "plan ou ligne d'action visant à la réalisation d'un certain objectif", ou "action planifiée ou décidée comme un moyen de parvenir à une fin". Ce mot s'applique manifestement à une volonté ou politique administrative tendant à adhérer à une conception juridique particulière et à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière. Dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, l'Organe d'appel a confirmé qu'"une mesure" peut être *tout* acte d'un Membre, qu'il soit ou non juridiquement contraignant, et ... peut même inclure des directives administratives non contraignantes émanant d'un gouvernement ...".

Le contexte dans lequel apparaît le mot *mesure* confirme que ce terme est à comprendre au sens large. L'article 3:3 du Mémorandum d'accord prescrit le "règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre". Interpréter le mot "mesure" de façon plus restrictive, comme l'ont suggéré les États-Unis, limiterait le champ d'application du règlement des différends et en exclurait certaines actions des pouvoirs publics telles que des politiques et pratiques administratives de nature à compromettre les avantages résultant des accords visés. Compte tenu de l'importance des politiques et pratiques administratives dans le régime juridique de nombreux Membres, une telle limitation pourrait avoir de sérieux effets négatifs. Le Groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310* a reconnu l'importance de prendre en compte tous les éléments de la législation des Membres dans l'interprétation des disciplines prescrites par les Accords de l'OMC.

En outre, l'article 3:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dispose en des termes dénués de toute ambiguïté que "[L]e système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".

Exclure du champ d'application du règlement des différends les mesures qui sont ici en cause irait à l'encontre de cette sécurité et de cette prévisibilité.

Le paragraphe 8.2 du rapport du groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis - Impositions de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbure, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, dans lequel celui-ci a recommandé que les États-Unis révisent leurs pratiques administratives persistantes et non conformes aux règles de l'OMC, souligne l'importance d'inclure les pratiques administratives dans la définition de ce qui constitue une mesure. La volonté ou politique administrative tendant à adhérer à une conception juridique particulière et à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière qui est en cause dans le présent différend constitue une pratique administrative proche de celle à laquelle se référait ce groupe spécial.

- b) **En quoi la "pratique" des États-Unis, entendue au sens indiqué dans le paragraphe cité ci-dessus, diffère-t-elle des références aux restrictions à l'exportation figurant dans le SAA et le Préambule, telles que vous les caractérisez? Autrement dit, si le Groupe spécial devait, comme vous le demandez, statuer sur le SAA et le Préambule en tant que déclarations de politique générale liant le Département du commerce en ce qui concerne le traitement des restrictions à l'exportation, qu'ajouterait une décision supplémentaire portant sur cette "pratique"?**

Réponse

La pratique des États-Unis participe des mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des contributions financières au titre de la législation américaine en matière de droits compensateurs. Le respect, par les États-Unis, des obligations qu'ils ont souscrites dans le cadre de l'OMC exigerait, entre autres choses, qu'ils cessent d'appliquer un traitement des restrictions à l'importation incompatible avec les règles de l'OMC dans leurs enquêtes en matière de droits compensateurs présentes et futures.

- c) **Si une pratique ne se confond pas avec "des déterminations individuelles dans des affaires portant sur l'imposition éventuelle d'un droit compensateur", et diffère également - et va au-delà - des déclarations figurant dans le SAA et le Préambule, en quoi consiste-t-elle précisément?**

Réponse

Une pratique est une volonté ou politique administrative tendant à adhérer à une conception juridique particulière et à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière. Elle se rattache à des précédents et devient la "pratique" à laquelle on se conformera dans les affaires ultérieures. Une pratique est une volonté institutionnelle de se conformer à des interprétations et à des méthodes déclarées qui se traduit par des déterminations cumulatives. Cette volonté est un facteur d'incertitude et d'imprévisibilité dans les exportations de biens d'origine canadienne sur le marché des États-Unis, en contradiction avec l'objet et le but de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC. Le Canada convient que cette volonté trouve également son expression dans le SAA et le Préambule, que le Canada a désigné aussi parmi les mesures qu'il met en cause dans le présent différend.

- d) **Croyez-vous que la "pratique" des États-Unis, en tant que "volonté ou politique administrative", est une règle juridique impérative, au sens où cet adjectif est utilisé dans l'opposition législation impérative/législation dispositive? Et si la "pratique" des États-Unis ne constitue pas une règle juridique impérative - qui prescrit aux États-Unis d'agir de telle ou telle façon - sur quelles bases pourrait-on alors constater qu'elle est incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC?**

Réponse

Oui. Voir la Partie IV de la deuxième communication du Canada.

Question n° 17

Veillez répondre de façon détaillée aux arguments des États-Unis exposés aux paragraphes 43 à 55 de la communication orale qu'ils ont présentée à la première réunion du Groupe spécial concernant l'applicabilité aux mesures identifiées par le Canada des dispositions de l'Accord sur l'OMC et de l'Accord SMC citées par le Canada. (À cet égard, veuillez noter qu'en réponse à une question orale posée par le Groupe spécial à sa première réunion, les États-Unis ont indiqué que ces arguments s'appliquent aussi au SAA et au Préambule, et non pas seulement à leur pratique, à laquelle se référait le titre sous lequel ces arguments apparaissaient dans la déclaration orale qu'ils ont faite à cette réunion.)

Réponse

La contestation du Canada se fonde sur la définition d'une "subvention" figurant à l'article 1.1 de l'Accord SMC. Les mesures en cause traitent une restriction à l'exportation comme une contribution financière. Étant donné qu'une restriction à l'exportation n'est pas une contribution financière aux termes de l'article 1.1 a) 1), ce traitement est incompatible avec les dispositions dudit article.

L'article 10 impose aux Membres une obligation positive de prendre "toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte ..." que l'imposition d'un droit compensateur soit conforme aux dispositions de l'article VI du GATT de 1994. Cela implique notamment que les États-Unis s'assurent que le fondement de leur législation en matière de droits compensateurs – la définition d'une subvention – est conforme à l'Accord. Si tel n'était pas le cas, des enquêtes pourraient être ouvertes sur des mesures ne relevant manifestement pas de l'imposition légitime d'un droit compensateur.

Les violations des articles 11, 17, 19 et 32.1 découlent de la violation de l'article 10. L'article 32.5 de l'Accord SMC exige que les États-Unis prennent toutes les mesures nécessaires pour s'assurer de la conformité de leurs lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions de l'Accord. En conséquence, la non-conformité de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs avec les dispositions susmentionnées emporte également une violation de l'obligation positive énoncée à l'article 32.5. Les mêmes remarques s'appliquent aussi aux arguments des États-Unis relatifs à la contestation du Canada en vertu de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS POSÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL À SA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

(28 février 2001)

PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL AVEC LES PARTIES – QUESTIONS DATÉES DU 18 JANVIER 2001

Le Département du commerce n'a pas arrêté de position définitive concernant le statut des restrictions à l'exportation, sinon pour exprimer l'opinion que, dans des circonstances appropriées, une restriction à l'exportation pourrait répondre à la définition d'une subvention énoncée dans la loi pertinente des États-Unis et dans l'Accord SMC. Aussi n'y a-t-il pas, et ne pourrait-il y avoir, en l'absence de toute affaire réelle, de position du Département du commerce ou des États-Unis sur nombre des points faisant l'objet des questions du Groupe spécial. Par conséquent, les réponses ci-après ne reflètent pas nécessairement la ligne de conduite que le Département du commerce adopterait face à des faits réels dans le cadre d'une affaire réelle.

I. QUESTIONS AUX DEUX PARTIES

Question n° 1

Qu'est-ce, selon vous, qu'une "restriction à l'exportation". En d'autres termes, quelles sont les caractéristiques essentielles définissant ce concept qui s'appliqueraient à toute "restriction à l'exportation", quelle que soit la forme particulière qu'elle revête dans une situation donnée, et qu'il y ait ou non présence, dans une mesure donnée, de tout autre élément comportant une restriction à l'exportation? Pourriez-vous décrire la manière dont opère une restriction à l'exportation? Pourriez-vous donner un quelconque exemple d'une restriction à l'exportation qui puisse, d'une certaine façon, équivaloir à une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC?

Réponse

Cette question met en relief le caractère problématique du présent différend. Il 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, mais cette expression, dans son sens ordinaire, désigne en principe une action ou un acte qui fait obstacle aux exportations ou empêche les exportations. Le Canada concède qu'une restriction à l'exportation peut avoir "un effet sur les prix bénéfique pour les utilisateurs du produit soumis à restriction" et il n'allègue pas qu'une restriction à l'exportation ne peut créer un "avantage". Pour des exemples de restrictions à l'exportation, les États-Unis prient le Groupe spécial de se reporter au document WT/TPR/S/51, page 122; aux pièces CDA-12 et CDA-13; CDA-14; CDA-22; et US-30; et au document WT/TPR/S/81, pages 72-74. Les États-Unis se refusent à toute spéculation sur la question de savoir si l'une quelconque de ces restrictions à l'exportation constituerait une "subvention" en vertu de la nouvelle définition de ce terme figurant à l'article 1.1. Ils notent que, dans le cadre de leur législation en matière de droits compensateurs antérieure à la création de l'OMC, le Département du commerce a conclu que des restrictions à l'exportation alors en vigueur dans l'Alberta, dans l'Ontario et au Québec ne constituaient pas des subventions.

Question n° 2

Convenez-vous que le fait qu'un avantage soit conféré au sens de l'article 1.1 b) de l'Accord SMC est dénué de pertinence au regard de la question de l'existence d'une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) dudit accord?

Réponse

Les États-Unis conviennent que l'élément "contribution financière" énoncé à l'article 1.1 a) et l'élément "avantage" énoncé à l'article 1.1 b) représentent deux conditions différentes et distinctes auxquelles il doit être satisfait pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une "subvention" en vertu de l'Accord SMC. Dans le cas d'une restriction à l'exportation, il peut se faire que les mêmes éléments de preuve soient pertinents aux fins de déterminer si les deux conditions sont réunies, et que ces conditions ne soient pas totalement indépendantes l'une de l'autre.

II. QUESTIONS AUX ÉTATS-UNIS

Question n° 6

Il est dit au paragraphe 36 de votre demande de décisions préliminaires:

"En d'autres termes, le SAA est une forme d'historique de la législation. Aux États-Unis, l'historique d'une législation est fréquemment examiné en vue de déterminer la signification d'une loi, mais cet historique ne peut modifier la signification de la loi à laquelle il se rapporte, ni prévaloir sur cette loi."

Néanmoins, dans l'affaire *Articles 301 à 310*, vous avez déclaré en réponse à une question du groupe spécial:

"Le SAA doit, en droit, être considéré comme exprimant l'interprétation officielle de la loi dans toute action en justice."¹

a) Veuillez concilier ces deux déclarations.

Réponse

Les États-Unis ne voient aucune contradiction entre ces deux déclarations. Lorsque le sens d'une disposition de la loi est clair, cette loi ne peut être supplantée par une interprétation contraire figurant dans le SAA.

b) Veuillez apporter des éclaircissements sur le point de savoir si le SAA a force obligatoire au sujet de la loi qu'il accompagne. En particulier, veuillez expliciter les mots "interprétation officielle" figurant dans la citation reproduite ci-dessus.

Réponse

En vertu des principes juridiques en vigueur aux États-Unis, l'interprétation d'une loi a pour objet de cerner avec précision l'intention du législateur. En présence d'une loi ambiguë, ou lorsque l'on souhaite avoir confirmation du sens non ambigu d'une loi, il peut être utile de se reporter à l'historique de la législation pour mieux comprendre cette intention. Il est légitime de se référer au SAA pour connaître l'intention du Congrès des États-Unis. En tant qu'"interprétation officielle" de

¹ *Articles 301 à 310*, rapport du Groupe spécial, WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, note 683.

l'intention du Congrès, le SAA prévaudrait contre tout autre texte législatif pouvant également éclairer cette intention.

Question n° 7

Le SAA qui accompagne la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay* indique, à la page 926:

"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)."

- a) **Que faut-il entendre, selon vous par administration de la loi "au cas par cas"? En particulier, dans quelles circonstances le Département du commerce conclurait-il que des restrictions à l'exportation ne satisfont pas au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii)?**

Réponse

Concernant la première question, le Congrès était placé devant la situation suivante: le Département du commerce avait jusque-là appliqué des mesures compensatoires à divers programmes publics - y compris des restrictions à l'exportation - qui entraient dans la catégorie de ce qu'il était convenu d'appeler des "subventions indirectes", suivant en cela une règle différente de celle que prescrivait l'Accord SMC. Le Congrès a choisi de laisser au Département du commerce le soin de décider, à la lumière des faits de l'espèce et de la conformité de ces faits avec la nouvelle définition d'une subvention, si tel programme public constitue une subvention indirecte dans tel cas particulier. Pour ce qui est des restrictions à l'exportation, le Congrès s'est abstenu de préjuger de la question dans un sens ou dans l'autre. Les États-Unis ne sauraient se livrer à des spéculations concernant les circonstances précises dans lesquelles le Département du commerce pourrait conclure qu'une restriction à l'exportation ne satisfait pas aux critères énoncés à l'article 771 5) B) iii). Le Département du commerce appliquerait les critères énoncés dans cette disposition en fonction des faits dont il serait saisi.

- b) **Que faut-il entendre selon vous par les mots "les subventions indirectes de ce type *devront continuer de faire l'objet* de [mesures compensatoires]", compte tenu de l'entrée en vigueur de l'Accord SMC? En particulier, en quoi l'introduction des concepts nouveaux de "contribution financière" et d'"avantage" qui apparaissent dans le texte de l'Accord et l'incorporation de ces concepts dans la législation des États-Unis ont-elles modifié votre approche des restrictions à l'exportation dans le cadre d'enquêtes en matière de droits compensateurs?**

Réponse

La formulation qui est citée ne peut se comprendre indépendamment de la clause conditionnelle qui la suit immédiatement. Lue à la lumière de cette disposition, elle constitue une déclaration du Congrès indiquant que l'adoption par ce dernier de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay ne doit pas être regardée comme signifiant que les programmes publics du type de ceux qui sont décrits dans le SAA cessent nécessairement de donner lieu à des mesures compensatoires. Le Congrès a préféré s'abstenir de préjuger de la question. "Avantage" n'était pas un concept nouveau. Pour ce qui est de "contribution financière", ce concept n'est pas entièrement nouveau non plus, en ce sens que la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs a toujours subordonné l'existence d'une subvention à celle de quelque action des pouvoirs publics. Quant au concept de "contribution financière", tel qu'il est décrit à l'alinéa iv) de l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC, les États-Unis ne sont pas en mesure d'indiquer de manière détaillée en quoi ils pourraient avoir modifié l'approche du Département du commerce concernant les restrictions à l'exportation.

Question n° 8

Là où ont été incorporées à la loi des États-Unis des expressions telles que "contribution financière" ou "chargent ... ou ... ordonnent" qui figurent dans l'Accord SMC, le SAA constitue-t-il une interprétation officielle de ces expressions? Autrement dit, le SAA peut-il préciser le sens qu'il convient de donner aux termes d'un traité qui ont été incorporés à la législation des États-Unis?

Réponse

Dans la mesure où les termes d'un traité prêtent à interprétation, le SAA, en vertu d'un principe général, est l'expression officielle des vues du Congrès et de l'Administration quant au sens qu'il convient de donner à ces termes aux fins du droit interne. S'agissant des mots "chargent ... ou ... ordonnent", le SAA ne se prononce pas sur leur sens précis, mais exprime simplement le souhait général du Congrès et de l'Administration qu'ils soient interprétés dans un sens aussi large que l'autorisent les prescriptions de la loi.

**PREMIÈRE RÉUNION DU GROUPE SPÉCIAL AVEC LES PARTIES – QUESTIONS
DATÉES DU 19 JANVIER 2001**

I. QUESTIONS AUX DEUX PARTIES

Question n° 1

Vous faites valoir que l'article 1.1 a) 1) iv) a pour objet les "subventions indirectes" (et, dans le cas du Canada, que ledit article traite de ce concept de façon exhaustive). Dans quelle mesure vos arguments au titre de la l'article 1.1 impliquent-ils que les subventions visées à l'article 1.1 a) 1) iv) s'entendent, en tout ou en partie, de "subventions indirectes"? En d'autres termes, la mesure dans laquelle les restrictions à l'exportation relèvent ou non de l'article 1.1 a) 1) iv) dépend-elle du point de savoir si cette disposition a trait aux subventions indirectes, par opposition aux subventions directes? Quelle lumière vos arguments selon lesquels l'article 1.1 a) 1) iv) a pour objet les subventions "indirectes", par opposition aux subventions "directes", jettent-ils sur les questions en litige?

Réponse

L'expression "subventions indirectes" n'est rien d'autre qu'un raccourci que les parties ont utilisé pour désigner les pratiques pouvant relever de l'alinéa iv). L'important est que cet alinéa existe

afin d'empêcher que des gouvernements éludent les disciplines en matière de subventions en octroyant une subvention par l'intermédiaire d'acteurs privés.

Question n° 2

Quel est le sens ordinaire, au sens de l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, du mot "type", tel qu'il apparaît à l'article 1.1 a) 1) iv)?

Réponse

Voir le paragraphe 25 de la *première communication des États-Unis*. Une restriction à l'exportation pourrait constituer une mesure des pouvoirs publics donnant instruction ou ordre de fournir un bien, fonction qui est expressément mentionnée à l'alinéa iii).

II. QUESTIONS AUX ÉTATS-UNIS

Question n° 18

Vous faites valoir que, dans la mesure où l'objet et le but de l'*Accord SMC* sont d'"imposer des disciplines multilatérales sur les subventions ayant un effet de distorsion sur le commerce international", il serait incompatible avec cet objet et ce but d'exclure la possibilité que des restrictions à l'exportation constituent des subventions. À supposer que ce soit là une description correcte de l'objet et du but de l'*Accord SMC*, en quoi cette description, dans laquelle figure le mot "subventions", éclaire-t-elle la question de savoir ce que sont les "subventions" visées par l'Accord?

Réponse

La phrase citée utilise le mot "subventions" dans son sens non technique, tel qu'il est communément compris. Les États-Unis n'ont pas fait valoir que l'objet et le but de l'Accord SMC étaient seuls déterminants, ni que toute mesure des pouvoirs publics ayant des effets de distorsion sur le commerce est une subvention. Ils ont fait valoir qu'il 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.

Question n° 19

Acceptez-vous l'argument du Canada, tel qu'il est exposé au paragraphe 33 de sa déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial, selon lequel l'imposition de disciplines multilatérales sur les subventions ayant des effets de distorsion sur le commerce international n'est que l'un des objets de l'*Accord SMC* parmi d'autres?

Réponse

C'est là l'objet premier de l'Accord SMC, ainsi que l'ont reconnu de précédents groupes spéciaux de l'OMC. Comme l'Organe d'appel l'a noté, les interprétations qui facilitent le contournement d'obligations contractées au titre de l'Accord SMC sont contraires à l'objet et au but de cet accord. Réglementer les mesures compensatoires compte parmi les visées de l'Accord SMC mais, comme l'a relevé le Canada, cela ne doit pas être fait d'une manière qui autorise les pouvoirs publics à entreprendre des programmes complexes conçus pour éluder les disciplines en matière de subvention tout en stimulant artificiellement la production intérieure.

Question n° 20

Vous citez le paragraphe d) de la Liste exemplative de subventions à l'exportation ("Fourniture par les pouvoirs publics ..., directement ou indirectement par le biais de programmes imposés par les pouvoirs publics, de produits ou de services importés ou d'origine nationale") comme un élément contextuel venant à l'appui de votre argument selon lequel l'article 1.1 a) 1) iv) peut s'appliquer aux restrictions à l'exportation. Selon vous, par conséquent, les subventions "indirectes" visées au paragraphe d) (à savoir la fourniture de produits ou de services par le biais de programmes imposés par les pouvoirs publics) satisfont nécessairement, par définition, aux conditions énoncées à l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, y compris en ce qui concerne l'existence d'une contribution financière:

- a) **À supposer que ce soit là une lecture correcte de la Liste exemplative, quelle lumière le paragraphe d) de cette liste jette-t-il sur la question centrale de savoir si une restriction à l'exportation constitue une contribution financière sous la forme de la fourniture de biens sur ordre des pouvoirs publics? En particulier, l'article 1.1 n'indique-t-il pas lui-même clairement, sans faire référence à la Liste exemplative, que la fourniture de biens et de services sur ordre des pouvoirs publics constitue une contribution financière?**

Réponse

Les États-Unis conviennent que la fourniture de biens et de services sur ordre des pouvoirs publics constitue manifestement une contribution financière, et qu'il n'est pas nécessaire de se référer au paragraphe d). Néanmoins, ce paragraphe offre un élément contextuel venant utilement étayer la conclusion qui découle du sens ordinaire du texte. Le paragraphe d) confirme qu'il y a contribution financière quand des parties privées fournissent des biens par suite d'un "programme imposé par les pouvoirs publics".

- b) **Le Canada et les Communautés européennes font valoir que, de toute façon, votre interprétation des constatations du groupe spécial constitué dans l'affaire *Canada – Produits laitiers* est erronée en ce qui concerne le paragraphe d) (constatations qui, comme l'ont relevé les Communautés européennes, ont été décrites par l'Organe d'appel comme "ne présentant aucun intérêt"). Ils font valoir en particulier que le groupe spécial a établi comme critères de l'applicabilité du paragraphe d), premièrement que les biens soient fournis à des conditions propres à stimuler les exportations, deuxièmement qu'ils soient fournis par les pouvoirs publics, directement ou indirectement, par le biais d'un programme imposé par les pouvoirs publics, et troisièmement qu'un avantage soit ainsi conféré. En d'autres termes, selon le Canada et les Communautés européennes, le groupe spécial n'a pas considéré que le paragraphe d) visait tout programme imposé par les pouvoirs publics qui stimule les exportations et confère un avantage, mais plutôt les seuls programmes de ce type qui comportent une "fourniture" de biens. Veuillez commenter la manière dont le Canada et les Communautés européennes présentent votre argument et les conclusions du groupe spécial constitué dans l'affaire *Canada – Produits laitiers*.**

Réponse

Les États-Unis ne contestent pas le fait que l'Organe d'appel ait qualifié les constatations du groupe spécial de dénuées d'intérêt. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement que le présent Groupe spécial ne puisse s'appuyer sur ces constatations et se guider utilement sur elles. Les États-Unis ne sont pas en désaccord avec la proposition selon laquelle les "programmes imposés par les pouvoirs publics" ne relèvent pas nécessairement tous du paragraphe d). Leur analyse des

constatations faites dans l'affaire *Canada – Produits laitiers* diffère toutefois sur deux points décisifs. Premièrement, l'article 1.1 et le paragraphe d) ne limitent pas l'application du concept de "subventions" aux cas où les pouvoirs publics fournissent eux-mêmes un bien. Deuxièmement, le groupe spécial a constaté qu'il y avait "fourniture" directe ou indirecte de biens lorsque les prix étaient négociés – c'est-à-dire lorsqu'ils n'étaient pas préalablement définis comme le Canada et les CE font valoir qu'ils doivent l'être.

- c) **Veillez commenter la manière dont le Canada décrit, au paragraphe 31 de la déclaration orale qu'il a faite à la première réunion du Groupe spécial, la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*.**

Réponse

Rien dans le paragraphe 93 du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *FSC* n'est incompatible avec la position des États-Unis. L'Organe d'appel a simplement rejeté l'argument des États-Unis selon lequel la note de bas de page 59 de la Liste exemplative constituait une exception à la définition générale d'une "subvention" figurant à l'article 1.

Question n° 21

Les Communautés européennes font valoir que, contrairement à ce que soutiennent les États-Unis, une restriction à l'exportation frappant un bien particulier diffère sur le fond d'un ordre des pouvoirs publics prescrivant aux producteurs de ce bien de le fournir à certains acheteurs. En particulier, les Communautés européennes déclarent que, face à une restriction à l'exportation, les producteurs des biens faisant l'objet de cette mesure disposent de tout un éventail d'options autres que celle qui consiste à simplement continuer de vendre le produit aux acheteurs nationaux: réduire la production, la diversifier ou prendre part à des opérations d'aval, dans lesquelles les exportations ne sont pas soumises à des restrictions.

- a) **Êtes-vous d'accord ou non avec les Communautés européennes sur le fait que l'imposition d'une restriction à l'exportation laisse aux producteurs nationaux du bien frappé par cette mesure tout un éventail de réactions possibles? Veuillez expliquer votre position.**

Réponse

Les États-Unis ne sont pas d'avis qu'une restriction à l'exportation offrirait un certain nombre de possibilités au producteur d'un bien soumis à restriction. Ils seraient plutôt portés à dire qu'une restriction à l'exportation *limite* les options qui s'offrent à ce producteur. Les États-Unis contestent aussi la position des CE selon laquelle l'existence de diverses options face à une restriction à l'exportation pourrait de quelque manière ruiner toute possibilité de conclure qu'une telle restriction constitue un "ordre". Faire valoir qu'une restriction à l'exportation ne constitue pas un ordre parce qu'un producteur dont le produit fait l'objet de cette mesure est libre de faire des choix qu'il ne ferait pas en l'absence de la restriction ne répond pas à la question de savoir si cette restriction constitue une contribution financière lorsque le producteur choisit, à la suite de la restriction, de fournir les biens à la branche de production nationale.

Supposons que, en l'absence de toute restriction à l'exportation imposée par les pouvoirs publics, un producteur d'un bien intermédiaire aurait choisi d'exporter celui-ci vers un autre marché pour transformation en un produit d'aval, parce que cela est plus avantageux sur le plan financier. Or, suite à la restriction à l'exportation, le producteur de ce bien intermédiaire – dont la transformation sinon ne se justifierait pas sur le plan économique – entreprend de produire lui-même le produit d'aval, renforçant ainsi artificiellement la production intérieure au détriment des producteurs étrangers

de ce produit d'aval. Rien de tout cela ne s'accorde avec la déclaration du Canada selon laquelle "[u]ne subvention ... peut empêcher un pays de tirer parti d'un avantage comparatif sur lequel il aurait pu autrement compter et fait du même coup obstacle à une répartition efficace des ressources".

- b) **Si vous êtes d'accord, considéreriez-vous qu'une restriction à l'exportation constituerait un cas de fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder dans toutes les circonstances où les producteurs du produit soumis à restriction continueraient de vendre une quantité quelconque de ce produit aux acheteurs nationaux, ou existerait-il des circonstances dans lesquelles le fait de continuer de vendre le produit soumis à restriction aux acheteurs nationaux ne constituerait pas une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder? Veuillez expliquer votre position et décrire de telles circonstances éventuelles.**

Réponse

Les États-Unis conviennent qu'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles le fait de continuer de vendre le produit ne constituerait pas une fourniture d'un bien sur instruction ou ordre des pouvoirs publics.

- c) **Ou affirmez-vous, comme vous l'avez fait semble-t-il implicitement au paragraphe 81 de votre déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial, qu'il n'y aurait instruction ou ordre que dans les seuls cas où il n'existerait d'autres options que de vendre aux acheteurs nationaux?**

Réponse

Non, le paragraphe 81 n'implique rien de tel. Le rapport de causalité demande à être examiné cas par cas. Il est simplement dit au paragraphe 81 (où est exposé le cinquième d'une série de contre-arguments) qu'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles les options *théoriques* avancées par le Canada et les CE ne sont pas envisageables, auquel cas les arguments de ces parties seraient dénués de pertinence.

Question n° 22

Au paragraphe 78 de la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial, vous faites valoir ce qui suit:

"[R]ien (dans le texte ou ailleurs) ne prescrit que les bénéficiaires du programme de subvention en cause soient des "clients dûment visés", même s'il peut fort bien se faire qu'une restriction à l'exportation particulière réponde à une telle condition. Dans la mesure où il faut qu'ait été définie une catégorie particulière de bénéficiaires, il s'agirait de la condition de la spécificité énoncée à l'article 1.2."

Comment cet argument s'articule-t-il et s'accorde-t-il avec ce qui semble être votre argument central quant à la raison pour laquelle une restriction à l'exportation *peut* à tout le moins constituer une contribution financière, à savoir que c'est le fait que les pouvoirs publics interdisent de vendre à un groupe de clients donnés (c'est-à-dire sur les marchés à l'exportation) qui *commande* (ou peut commander) aux producteurs du bien soumis à restriction de "fournir" celui-ci, exclusivement ou pour une bonne part, à un autre groupe particulier de clients (c'est-à-dire sur le marché intérieur)? Autrement dit, à supposer que, dans les arguments que vous contestez au paragraphe cité ci-dessus, l'expression "clients dûment visés" désigne simplement les acheteurs nationaux du produit dans leur ensemble et ne se rapporte en rien,

contrairement à ce que vous suggérez, à la question de la spécificité, n'est-il pas exact que vous arguez que le fait de "viser" une catégorie particulière dans une telle mesure est une condition nécessaire de l'existence d'une contribution financière dans le cas d'une restriction à l'exportation? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Pour l'essentiel, le Groupe spécial donne une description correcte de la position des États-Unis. Telle qu'utilisée par le Groupe spécial, l'expression "viser" une catégorie particulière a un sens très large. Toutefois, les États-Unis sont d'avis que les CE l'utilisent dans un sens bien plus étroit, qui laisse entendre que, d'une certaine façon, les bénéficiaires escomptés d'une subvention relevant de l'alinéa iv) doivent *de jure* avoir été désignés au préalable. Une telle façon de "viser" une catégorie particulière ne figure pas parmi les conditions expressément énoncées à l'alinéa iv).

Question n° 23

Pourriez-vous confirmer que le paragraphe 69 de la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial se réfère à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, et non pas à l'article 1.1 a) 1)?

Réponse

Oui.

Question n° 24

Vous faites valoir, au paragraphe 36 de votre première communication écrite, que lorsqu'un accroissement de l'offre d'un produit sur le marché intérieur entraîne une baisse du prix de ce produit, le résultat est le même que si les pouvoirs publics avaient ordonné à des exploitants agricoles de vendre à un prix inférieur à celui du marché et que, par conséquent, l'imposition d'une restriction à l'exportation *peut* être l'équivalent fonctionnel d'un ordre donné aux producteurs de vendre leur produit sur le marché intérieur moyennant une rémunération moins qu'adéquate. L'une et l'autre fonction, faites-vous valoir, "correspondent tout à fait aux catégories énoncées à l'article 1.1 a) 1) iv)". Est-ce à dire que le fait que la rémunération soit moins qu'adéquate, ou le prix inférieur au prix du marché est ce qui fait que ces fonctions (exécutées sur ordre des pouvoirs publics) relèvent de l'article 1.1 a) 1) iv)? En d'autres termes, votre position est-elle qu'une rémunération moins qu'adéquate ou un prix inférieur à celui du marché constitue une condition nécessaire pour que la fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics relève de l'article 1.1 a) 1) iv)? Veuillez expliquer en quoi une rémunération adéquate a une quelconque incidence sur l'existence d'une contribution financière.

Réponse

Non, les États-Unis ne considèrent pas qu'une rémunération inadéquate ou un prix inférieur au prix du marché est une condition nécessaire pour conclure à l'existence d'une contribution financière sous la forme de la fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv). Toutefois, l'existence d'une contribution financière et celle d'un avantage pourraient fort bien se trouver établies en partie pour les mêmes raisons. Au paragraphe 36, les États-Unis faisaient simplement observer que les pouvoirs publics pourraient obtenir le même effet sur les prix: a) en ordonnant aux producteurs de vendre à des prix (inférieurs) fixes (ce qui, le Canada paraît l'admettre, constituerait une subvention au sens de l'alinéa iv)); ou b) en prenant des mesures propres à inciter les producteurs à vendre sur le marché intérieur des biens qui, sinon, auraient été exportés, avec pour effets un accroissement de l'offre et une baisse du prix.

Question n° 25

Vous faites valoir, au paragraphe 77 de la déclaration orale que vous avez présentée à la première réunion du Groupe spécial, que, s'agissant de l'élément "contribution financière", rien dans le texte des alinéas iii) ou iv) de l'article 1.1 a) 1) n'indique que le prix ou la quantité des biens fournis à la partie bénéficiant de la subvention doivent avoir été spécifiés. Au lieu de quoi, soutenez-vous, la question de savoir si l'action des pouvoirs publics a une influence suffisante sur le prix et la quantité pour que le produit soit fourni moyennant une rémunération moins qu'adéquate est pertinente aux fins de mesurer l'avantage, et non d'établir l'existence d'une contribution financière. Pourtant, vous faites également valoir, au paragraphe 54 de votre première communication écrite, que les fonctions désignées aux alinéas i) à iii) sont des fonctions "normales" des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv) s'agissant de l'octroi de subventions par les pouvoirs publics – concept qui englobe les deux éléments, contribution financière et avantage. Veuillez concilier ces deux arguments. En effet, si le prix et la quantité sont liés à l'existence d'un avantage, et non par conséquent à celle d'une contribution financière, dans le cas où il y a fourniture de biens, pourquoi la référence aux fonctions qui sont "normalement" du ressort des pouvoirs publics, référence qui, dans le texte de l'article 1.1 de l'Accord SMC, apparaît exclusivement en relation avec les critères permettant d'établir l'existence d'une contribution financière, se rapporterait-elle à l'octroi de "subventions", ce qui renvoie implicitement à la fois à l'élément "contribution financière" et à l'élément "avantage"?

Réponse

Comme indiqué plus haut, il se peut fort bien que les preuves de l'existence d'un avantage et les preuves de l'existence d'une contribution financière se recouvrent partiellement, puisque l'alinéa iv) exige qu'il y ait un rapport de causalité entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement du ou des acteur(s) privé(s) et que les activités entreprises par la partie privée soient identiques à celles dans lesquelles s'engagent normalement les pouvoirs publics lorsqu'ils entendent verser une contribution financière. 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, les États-Unis 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*.

Question n° 26

Au sujet des références aux fonctions "normalement du ressort des pouvoirs publics" et "ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics" qui figurent à l'article 1.1 a) 1) iv), vous faites valoir qu'il existe au moins *des* cas dans lesquels les pouvoirs publics ont effectivement pour pratique "normale" de fournir certains biens et services (par exemple l'accès à des ressources naturelles limitées). Vous arguez en outre que le point important est que, lorsque les pouvoirs publics prennent part à la fourniture d'un bien ou d'un service et, plutôt que de le fournir eux-mêmes, délèguent cette fonction à un organisme privé, il "pourrait" y avoir contribution financière:

- a) **Soutenez-vous que, pour qu'il soit satisfait à cette condition, il faudrait en premier lieu que les pouvoirs publics aient pour pratique de fournir un bien, puisqu'ils en confient le soin à un organisme privé? Autrement dit, soutenez-vous que les États-Unis ne considéreraient pas que la fourniture de biens ou de services sur ordre des pouvoirs publics constitue une contribution financière, à moins que lesdits pouvoirs publics n'aient "normalement" fourni ces biens et ces services par le biais de quelque activité antérieure? Selon quels critères déterminerait-on si les pouvoirs publics ont déjà "pris part" à la fourniture d'un bien ou d'un service ou avaient déjà pour pratique "normale" de fournir ce bien ou ce service?**

Réponse

Une fois encore, les États-Unis n'arguent rien qui ait trait à ce que le Département du commerce pourrait considérer, ce dernier n'ayant encore jamais pris position sur la question. Les États-Unis se contentent en la présente affaire de répondre à l'allégation du Canada selon laquelle une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention. Ils ne font nullement valoir que le texte de l'alinéa iv) exige que les pouvoirs publics aient eu antérieurement pour pratique de fournir le bien ou le service en question. Il serait plus approprié de chercher à déterminer si l'activité entreprise par la partie privée est par nature de celles dans lesquelles des pouvoirs publics s'engageraient, ou pourraient s'engager, en règle générale en vue d'allouer des ressources par le biais de mesures fiscales ou de subventions.

- b) **Ou soutenez-vous qu'en intervenant à un moment quelconque sur le marché d'un produit par l'intermédiaire d'un organisme privé, les pouvoirs publics "prendraient part" à la fourniture d'un bien ou d'un service, de sorte que les critères "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" se trouveraient remplis? Si tel est bien votre argument, ces critères ne perdraient-ils pas toute raison d'être?**

Réponse

Non, tel n'est pas l'argument des États-Unis. Les États-Unis soutiennent simplement que, lorsque les pouvoirs publics interviennent dans une mesure et avec une efficacité telles qu'il en résulte que des acteurs privés fournissent à des acheteurs nationaux des biens qu'ils auraient sinon vendus à l'exportation, le comportement de ces acteurs privés ne diffère pas véritablement de ce qu'aurait été celui des pouvoirs publics si ces derniers avaient fourni les biens directement.

- c) **Veillez expliquer votre utilisation du verbe "pourrait" dans l'argument qui est résumé ci-dessus (et qui apparaît au paragraphe 52 de votre première communication). Vous indiquez en effet que, lorsque des pouvoirs publics "prennent part" à la fourniture d'un bien ou d'un service et, plutôt que de le fournir eux-mêmes, délèguent cette fonction à un organisme privé, il "pourrait" y avoir une contribution financière. Cela donne à penser que, de votre point de vue, même lorsque ces conditions sont réunies, il existe des circonstances dans lesquelles il n'y aurait *pas* de contribution financière. Lus ensemble, les alinéas iii) et iv) de l'article 1.1 a) 1 semblent toutefois signifier que la fourniture d'un bien ou d'un service sur ordre des pouvoirs publics *est* une contribution financière. Veuillez expliquer votre position et fournir des exemples illustrant les circonstances dans lesquelles la fourniture de biens ou de services sur ordre des pouvoirs publics constituerait ou ne constituerait pas une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1).**

Réponse

Le verbe "pourrait" a été utilisé sans intention particulière. De manière générale, les États-Unis pensent comme le Groupe spécial que lorsque l'intervention des pouvoirs publics n'atteint pas un degré suffisant pour satisfaire au critère énoncé à l'alinéa iv), il n'y aurait pas en principe de subvention.

- d) **Au paragraphe 54 de votre première communication, vous faites valoir que l'alinéa iv) fait référence à des fonctions normalement assurées par les pouvoirs publics "dans le cadre de l'octroi d'une subvention" et que toute autre interprétation viderait cet alinéa de son sens. Si, toutefois, les mots**

"normalement" et "normale", à l'alinéa iv), se rapportent à des fonctions exercées dans le cadre de l'octroi d'une subvention, le concept d'avantage, qui fait l'objet d'un traitement distinct à l'article 1.1 b), n'est-il pas alors sous-entendu dans le concept de "contribution financière", lequel fait seul l'objet de l'article 1.1 a) 1)? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Bien que représentant deux conditions distinctes, le concept de contribution financière et le concept d'avantage ne sont pas totalement indépendants l'un de l'autre.

- e) **Le projet Cartland I² combinait à chacun des alinéas i) à iv) le concept de contribution financière et celui d'avantage. De plus, l'alinéa iv) contenait aussi des formulations telles que "normalement de leur ressort" et "ne différant en réalité nullement". Dans les projets ultérieurs, les deux concepts ont été dissociés sans que ces formulations ne disparaissent de l'alinéa iv). En quoi, le cas échéant, ces rédactions successives aident-elles à mieux comprendre le sens des mots "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" à l'alinéa iv)?**

Réponse

De l'avis de États-Unis, les mots "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement" se rapportent aux fonctions des pouvoirs publics en matière de mesures fiscales et de subventions. Voir les paragraphes 51 à 54 de la *première communication des États-Unis*. Le seul texte antérieur qui renseigne sur l'historique des négociations – l'*Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5* – conforte cette interprétation.

Question n° 27

Dans la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial, vous affirmez, aux paragraphes 3 et 5, que ce que le Canada tente de contester et de faire reconnaître dans la présente affaire ne sont que de simples "opinions indicatives". Vous qualifiez le Préambule de "raisonnement indicatif" ou de "réflexions indicatives" (paragraphe 27 de votre déclaration orale à cette réunion). Considérez-vous également que le SAA, pour autant qu'il soit pertinent, n'exprime que des "opinions indicatives", et que la "pratique des États-Unis" à laquelle se réfère le Canada a elle aussi, d'une certaine façon, un caractère "indicatif"?

Réponse

Le SAA n'a pas, quant à lui, un caractère "indicatif", mais il n'exprime aucune position, en ce qui concerne les subventions indirectes, sinon pour indiquer que celles-ci peuvent être traitées comme des subventions si elles satisfont aux critères énoncés à l'article 771 5) B) iii). Il n'existe tout simplement pas de pratique postérieure à la création de l'OMC.

Question n° 28

Au paragraphe 35 de votre demande de décisions préliminaires, vous déclarez que le SAA constitue "une" expression officielle de l'interprétation de la loi, alors que dans l'affaire de l'article 301, vous aviez déclaré qu'il en était "l'"expression officielle. Votre utilisation de l'article indéfini implique-t-elle que le SAA est une expression officielle de l'interprétation de la

² Pièce CAN-36.

loi parmi plusieurs autres, autrement dit qu'un tribunal ne serait pas nécessairement lié par elle s'il existait d'autres documents officiels pertinents?

Réponse

En règle générale, le SAA l'emporte sur tout autre historique de la législation.

Question n° 29

Le Canada cite la déclaration suivante, faite par le Département du commerce dans deux affaires de 1999 relatives à des produits en acier inoxydable en provenance de Corée, où il est fait référence au SAA et au Préambule:

"... [L]e SAA indique en des termes clairs et dépourvus d'ambiguïté que le Congrès entendait que la Loi, 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 les affaires relatives à des *Produits en acier en provenance de Corée*. La réglementation en matière de droits compensateurs qui a finalement été adoptée par le Département est tout aussi claire à ce sujet: le Préambule confirme que le critère permettant de déterminer si des subventions indirectes doivent donner lieu à des mesures compensatoires en vertu de la législation modifiée par la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay "n'est pas plus restrictif que le critère antérieurement appliqué par les États-Unis pour établir l'existence d'une subvention indirecte telle que décrite dans les affaires relatives à des produits en acier en provenance de Corée."

Comment expliquez-vous ces descriptions, par le Département du commerce, du SAA et du Préambule et de leurs effets juridiques à la lumière de vos arguments voulant que ces instruments ne contiennent aucune prescription à l'adresse du Département, mais autorisent simplement celui-ci à appliquer un droit compensateur à certaines mesures à condition qu'il se soit assuré au cas par cas que ces mesures répondent au(x) nouveau(x) critère(s) juridique(s) énoncé(s) dans la loi?

Réponse

Dans ces affaires, les déterminations du Département du commerce se fondaient sur plusieurs volumes d'analyses factuelles, y compris de longs mémoires où était décrit dans le détail comment les conditions prescrites pour pouvoir imposer des mesures compensatoires se trouvaient satisfaites. Rien dans le passage cité ne donne à penser que le Département du commerce s'estime libre de ne pas tenir compte du nouveau critère énoncé à l'article 771 5) B) iii) ou à l'alinéa iv).

Question n° 30

Il est dit dans le Préambule au sujet des restrictions à l'exportation:

"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 aux acheteurs nationaux moyennant une rémunération moins qu'adéquate ... [S]i 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."³

Nous notons qu'il est dit ci-dessus que, si le Département du commerce "devait à l'avenir enquêter sur des situations et des faits analogues à ceux qui ont été examinés dans les affaires *Certains produits en bois de construction résineux en provenance du Canada et Cuir en provenance d'Argentine*, la nouvelle loi l'autoriserait à parvenir aux mêmes conclusions" qu'à l'issue des enquêtes en question. En considérant chacune de ces deux affaires passées comme une situation de fait distincte et en admettant que les faits n'aient pas changé, les États-Unis pourraient-ils indiquer de quelle façon ils appliqueraient aujourd'hui chacune des prescriptions de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC* en vue de déterminer s'il y a eu ou non contribution financière? En d'autres termes, y aurait-il contribution financière, et quelle analyse des faits conduirait-elle, dans chaque affaire, à conclure qu'il y a eu ou non une telle contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) de l'*Accord SMC*? Veuillez noter que cette question ne nécessite nulle référence au concept d'"avantage" tel qu'il figure à l'article 1.1 b).

Réponse

Les États-Unis ne sont pas en mesure de répondre à cette question, parce que cela serait inapproprié, irréalisable, voire illicite de leur part. De plus, une déclaration du Département du commerce indiquant ce que celui-ci pourrait faire – et non ce que la législation des États-Unis lui prescrit de faire – serait dénuée de pertinence au regard des questions en cause dans la présente affaire.

Question n° 31

Il est dit dans le SAA:

"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 ordonne 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."

Il ressort semble-t-il du SAA que, au titre de l'article 771 5) B) iii) (où est énoncé le critère "chargent ou ordonnent"), les restrictions à l'exportation qui ont pour effet une baisse du coût des intrants feront l'objet de mesures compensatoires en tant que fourniture de biens "sur instruction ou ordre" des pouvoirs publics, à condition que le Département du commerce se soit assuré qu'il est satisfait à ce critère. Veuillez indiquer si c'est là une lecture correcte de cette section du SAA.

³ *Regulations*, 63 Federal Register, pages 65 et 351 (Annexe C – pièce CAN-3).

Réponse

Cette lecture est incorrecte. Le paragraphe cité n'a même pas trait aux restrictions à l'exportation; il ne fait que décrire certains aspects de la nouvelle définition d'une subvention et de l'article VI du GATT. Le troisième paragraphe indique clairement qu'une subvention indirecte ne peut donner lieu à une mesure compensatoire que si le Département du commerce s'est assuré que toutes les conditions prescrites à l'article 771 5) B) iii) sont réunies.

Question n° 32

Veillez commenter l'argument figurant au paragraphe 27 de la déclaration orale faite par les Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial en ce qui concerne l'interprétation des "clauses conditionnelles" du SAA relatives aux dispositions de la loi s'appliquant aux "subventions indirectes".

Réponse

Le critère que le SAA, selon les CE, aurait introduit dans la nouvelle loi est examiné au deuxième des trois paragraphes du SAA qui sont en cause dans la présente affaire, lequel paragraphe ne fait que décrire, comme un point de fait, la pratique qui était celle du Département du commerce dans le cadre de la législation antérieure à la création de l'OMC. Le troisième paragraphe indique clairement que les programmes dont le Département du commerce avait constaté qu'ils constituaient des subventions à la lumière des critères en vigueur avant la création de l'OMC ne continueraient de donner lieu à des mesures compensatoires que si le Département du commerce s'était assuré, au cas par cas, qu'il était satisfait au nouveau critère conforme aux Accords de l'OMC.

Question n° 33

Le SAA autorise-t-il l'Administration à interpréter l'article 771 5) B) iii) comme s'appliquant aussi aux subventions indirectes autres qu'une contribution financière effectuée par le biais d'un mécanisme de financement alimenté à cet effet par l'autorité compétente, ou par l'intermédiaire d'une partie privée agissant sur instruction ou sur ordre de celle-ci, ou lui prescrit-il de le faire?

Réponse

Le SAA n'autorise pas le Département du commerce à interpréter l'article 771 5) B) iii) de la manière décrite, ni ne lui prescrit de le faire. Il serait inexact de dire que le SAA "autorise" le Département du commerce à faire quoi que ce soit. Ce texte est dépourvu de tout effet juridique indépendamment de la loi (et ne constitue donc pas une mesure); il représente plutôt une expression officielle de l'interprétation correcte de la loi. S'agissant de l'interprétation de l'article 771 5) B) iii), le SAA dit que le Département du commerce ne doit appliquer de mesure compensatoire que lorsqu'une pratique des pouvoirs publics répond à tous les éléments énoncés dans la loi.

Question n° 34

Il ressort, faites-vous valoir, du SAA et du Préambule que le Département du commerce doit procéder au cas par cas pour déterminer si telle ou telle restriction à l'exportation répond à la règle "chargent ou ordonnent" énoncée dans la loi pertinente des États-Unis. Sur quelle règle et quels critères juridiques le Département du commerce se fonde-t-il pour procéder à une telle détermination?

Réponse

La règle juridique nationale que le Département du commerce est tenu d'appliquer aux fins d'une décision définitive figure à l'article 516A b) 1) B) i) de la Loi douanière de 1930, telle que modifiée (19 U.S.C. § 1516A b) 1) B) i)), qui énonce les modalités d'examen applicables aux déterminations du Département du commerce. Ce dernier n'ayant pas encore été appelé à appliquer la règle "chargent ou ordonnent" à une restriction à l'exportation, il n'a élaboré aucun critère aux fins d'une telle détermination.

Question n° 35

Dans l'affaire *Bovins vivants*, le Département du commerce a conclu à l'absence de subvention, aucun avantage ne résultant de la mesure en cause. Dans votre réponse à une question orale posée par le Groupe spécial à sa première réunion, vous avez déclaré que, puisque aucun avantage n'était conféré, le Département du commerce "avait fait preuve d'économie judiciaire" en s'abstenant de toute détermination concernant l'existence d'une contribution financière. Est-ce à dire que le Département du commerce ne s'est pas du tout penché sur cette question? Veuillez indiquer le ou les passage(s) pertinent(s) de la détermination du Département du commerce dans cette affaire.

Réponse

Dans la décision rendue dans l'affaire *Bovins vivants* (CDA-22), l'essentiel de l'analyse des mesures prises par la Commission canadienne du blé (CCB) va de la page 57047 à la page 57052. Au cours de cette analyse, le Département du commerce a simplement constaté qu'il n'y avait pas d'"avantage" (voir, par exemple, la page 57048 (colonne de gauche, deuxième paragraphe complet) et la page 57052 (colonne du milieu, deuxième paragraphe complet)). Le Département du commerce n'a jamais déterminé, puisqu'il n'avait pas à le faire, que les mesures prises par la CCB constituaient une "contribution financière".

Question n° 36

Veuillez développer la réponse que vous avez faite, au paragraphe 57 de votre première communication, à l'argument "pente glissante", selon votre expression, du Canada, qui veut 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*. Vous répondez que, sur le plan des faits, il est peu probable que l'on puisse conclure que *toutes* les mesures de ce type constituent une contribution financière dont résulte un avantage.

- a) Votre réponse mentionne à la fois l'élément "contribution financière" et l'élément "avantage", alors que le Canada, dans son argument, passe le second sous silence et ne se réfère qu'au premier. Si l'on s'en tient à la question de la contribution financière, convenez-vous que toute mesure propre à amener ou inciter les producteurs nationaux à accroître l'offre d'un produit devrait être considérée – au regard du droit – comme constituant la fourniture d'un bien à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder et, partant, comme une contribution financière? Dans le cas contraire, sur quel fondement juridique, selon votre interprétation, certaines mesures de ce type pourraient-elles être réputées *ne pas* constituer la fourniture d'un bien *ni*, partant, une contribution financière? En d'autres termes, où s'arrêtent, d'un point de vue juridique, les mesures propres à inciter les producteurs nationaux à accroître l'offre d'un produit sur le marché intérieur qu'il y aurait lieu de

considérer comme constituant la fourniture d'un bien à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder et, partant, comme une *contribution financière*?

Réponse

Dans son sens ordinaire, le verbe "ordonner" exige, pour qu'il y ait contribution financière, l'existence d'un rapport de causalité 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. Ce serait faire montre d'une courte vue que de ne considérer que le seul élément "contribution financière" d'une subvention pouvant donner lieu à une action lorsque l'on analyse l'argument "pente glissante". 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". Enfin, la possibilité théorique que des Membres fassent une application excessivement large de l'alinéa iv) ne justifie pas que l'on impose dans l'abstrait l'interprétation étroite du Canada, laquelle viderait cet alinéa de toute substance et ouvrirait une faille béante propice aux abus.

- b) **Pourquoi considérez-vous comme pertinent au regard de cette question de l'interprétation juridique du concept de "contribution financière" le fait que toutes les mesures de ce type ne seraient "pas" considérées au bout du compte comme constituant, sur le plan des faits, une subvention, un avantage n'étant pas dans tous les cas conféré?**

Réponse

Les conditions selon lesquelles il doit y avoir "avantage" et "spécificité" sont pertinentes parce que le Canada et les CE tentent d'inciter le Groupe spécial à adopter une interprétation indûment étroite de l'alinéa iv). Ces conditions auront pour effet que de nombreuses subventions indirectes alléguées ne pourront plus donner lieu à une action, ni par conséquent à une mesure compensatoire.

Question n° 37

À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les mesures contestées par le Canada ne *prescrivent pas* – mais *autorisent* – le traitement des restrictions à l'exportation comme des contributions financières au sens de l'article premier de l'*Accord SMC*, les mesures visées pourraient-elles, en tant que telles, être qualifiées d'incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC? Dans l'affirmative, sur quelles bases? Dans le cas contraire, veuillez expliquer pourquoi.

Réponse

Le présent différend porte sur une mesure (la loi en cause) qui n'exclut pas expressément que des restrictions à l'exportation soient traitées comme des contributions financières. La doctrine opérant une distinction entre législations impératives et législations dispositives empêche de conclure que cette mesure est, en tant que telle, incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. Aucune des autres "mesures" en cause n'"autorise" une action du gouvernement des États-Unis. Cette doctrine a été appliquée même dans des cas où (à la différence du cas présent) il était explicitement autorisé d'engager une action incompatible avec les règles de l'OMC. Les obligations énoncées à l'article 32.5 et à l'article XVI:4 visent à assurer que les lois, réglementations et procédures administratives sont conçues de telle façon que les autorités nationales puissent agir de manière compatible avec les règles de l'OMC. Comme l'a observé l'Organe d'appel, assurer la conformité ne peut signifier exiger une garantie stricte ou une assurance absolue au sujet de l'application *future* d'une mesure étant donné qu'il "serait très difficile sinon impossible" de respecter

un tel critère "puisque personne ne peut prédire comment des fonctionnaires que l'on ne connaît pas appliqueront, dans un avenir incertain, une mesure de mise en œuvre, même lorsque celle-ci a été conçue avec le plus grand soin".

Question n° 38

Au paragraphe 100 de votre demande de décisions préliminaires, vous citez le rapport du groupe spécial constitué dans l'affaire *CE - Cassettes audio*, où celui-ci indiquait que "[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". Votre position est-elle que, lorsqu'une législation autorise une action contraire à un *Accord de l'OMC*, sans la prescrire, un groupe spécial est empêché de conclure qu'une telle législation est incompatible avec ledit accord?

Réponse

Oui, telle est bien la position des États-Unis, et ni le Canada ni les CE ne la contestent. Le rapport du groupe spécial constitué dans l'affaire *Canada – Aéronefs* offre un exemple de l'application de la doctrine établissant une distinction entre législations impératives et législations dispositives. Ce serait un curieux résultat si, en vertu d'un même accord, une mesure qui ne fait qu'autoriser l'octroi de subventions prohibées était réputée compatible avec les règles de l'OMC, alors qu'une mesure qui consisterait simplement à ne pas exclure de façon expresse le traitement de restrictions à l'exportation comme des subventions était tenue pour incompatible avec ces mêmes règles.

Question n° 39

Vous faites valoir que le Canada cherche à obtenir du Groupe spécial une interprétation faisant autorité de certains aspects de l'article 1.1 de l'*Accord SMC*, fonction qui selon vous est de la compétence exclusive de la Conférence ministérielle et du Conseil général, et que le Groupe spécial devrait débouter le demandeur aux motifs que, quelles que soient les obligations de fond découlant de l'*Accord SMC* et de l'*Accord sur l'OMC* qui sont en cause, la législation des États-Unis est de nature dispositive. Le Canada fait valoir, au contraire, que le Groupe spécial doit en premier lieu évaluer l'obligation de fond découlant de l'article 1.1 pour être à même de déterminer si la législation des États-Unis prescrit d'enfreindre cette obligation. Soutenez-vous que, dans toute affaire dans laquelle une disposition de la législation est en tant que telle en cause, un groupe spécial *ne peut* examiner les obligations de fond contractées dans le cadre de l'OMC qui sont en cause à moins d'avoir préalablement déterminé que cette disposition a un caractère impératif? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Dans l'hypothèse envisagée par votre question, aucune raison de principe ne justifierait que l'on décide d'examiner une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour régler un différend. L'Organe d'appel a déjà déclaré qu'il n'entrait pas dans les attributions qui sont celles des groupes spéciaux aux termes du Mémoire d'accord sur le règlement des différends de chercher à prévenir un différend en procédant à des constatations dans l'abstrait. Le Canada ne cite aucun précédent à l'appui de sa proposition selon laquelle un point de litige relatif à la compatibilité avec les règles de l'OMC devrait être examiné alors même qu'il y aurait lieu de classer l'affaire pour d'autres raisons. En outre, dans les affaires que le Canada cite effectivement, les obligations contractées dans le cadre du GATT ou de l'OMC qui étaient en cause avaient semble-t-il un caractère plus complexe que ce n'est le cas en la présente espèce. Dans ces affaires, les groupes spéciaux pourraient avoir estimé nécessaire de définir précisément l'obligation avant de tenter de déterminer si la mesure prise par le défendeur prescrivait d'enfreindre cette obligation. Le Canada semble suggérer que, puisque les États-Unis sont

en désaccord avec son interprétation de l'Accord SMC, ce désaccord est un fait qui justifie que le Groupe spécial se prononce sur une question de fond. Or, les rédacteurs du Mémorandum d'accord n'ont pu avoir pour intention de faire en sorte que l'existence d'un désaccord de caractère abstrait nécessite que celui-ci soit tranché sous la forme d'un avis consultatif par un groupe spécial de l'OMC chargé du règlement d'un différend. Si le présent Groupe spécial devait rendre le type d'avis consultatif que cherche à obtenir le Canada, le nombre de différends portés devant l'OMC dans lesquels les plaignants demanderaient un avis consultatif similaire ne cesserait de croître. Les risques d'abus sont sans borne et beaucoup plus réels que la "pente glissante" décrite par le Canada. Les articles 24.3 et 24.4 de l'Accord SMC établissent un mécanisme en matière d'avis consultatifs. Il faut donc penser que les rédacteurs n'ignoraient pas le concept d'avis consultatif et savaient comment établir un mécanisme capable de générer de tels avis. Deuxièmement, l'existence du GEP, dont la fonction est de rendre des avis consultatifs, signifie que le Canada dispose d'autres options s'il a besoin d'être éclairé avant d'arrêter ses choix. Outre qu'il peut faire appel aux avis experts de son conseil privé, le Canada a la possibilité de demander un avis consultatif au GEP - ou de charger le Comité de le faire. Il n'est nul besoin de gaspiller le temps et les ressources du système de règlement des différends de l'OMC.

Question n° 40

Au paragraphe 15 de la déclaration orale qu'elles ont faite à la première réunion du Groupe spécial, les Communautés européennes font valoir, sur la base de la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Ciment*, qu'une "mesure" peut être *tout* acte d'un Membre, qu'il soit ou non juridiquement contraignant, et peut même inclure de simples directives administratives émanant d'un gouvernement. Veuillez commenter cet argument des Communautés européennes, y compris leur présentation de la décision de l'Organe d'appel dans cette affaire.

Réponse

Les CE font une présentation erronée des décisions de l'Organe d'appel. Leur argumentation ne démontre nullement que le SAA et le Préambule sont des mesures. L'Organe d'appel n'a pas décidé de ce que constitue une "mesure" aux fins du règlement d'un différend dans le cadre de l'OMC. Au lieu de quoi, l'Organe d'appel a simplement dit qu'une "mesure" et des "allégations" sont deux choses différentes. À la note de bas de page 47 de son rapport (laquelle constitue manifestement une remarque incidente), l'Organe d'appel ne dit pas que "tout" acte "est" une mesure. La brève référence à l'affaire *Japon – Semi-conducteurs* ne suffit pas à éclairer les circonstances particulières de l'espèce. Lorsque l'on examine les passages pertinents du rapport, il apparaît clairement que la décision du groupe spécial dans cette affaire a une portée beaucoup moins générale que ne le voudraient les CE. Quant aux autres affaires mentionnées dans la note de bas de page 47 du rapport relatif à l'affaire *Guatemala – Ciment*, elles avaient trait à des situations où l'Accord de l'OMC pertinent établissait une obligation positive d'agir, ce qui n'est pas le cas en la présente espèce. Même les CE concèdent que le Préambule ne pourrait constituer une mesure en vertu de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends que "pour autant que cet instrument [le Préambule] contient des directives impératives à l'adresse de l'autorité compétente". Les CE ne précisent pas ce qu'il faut entendre par "directives impératives", se contentant de s'appuyer sur la présentation erronée que fait le Canada du statut des préambules réglementaires. Or, le Préambule ne lie pas le Département du commerce et ne lui prescrit aucune action. De plus, s'agissant de son contenu, il n'y est pas émis l'avis que la loi prescrit au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, mais seulement, à titre indicatif, l'opinion que la loi l'"autoriserait" à le faire.

**RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS À CERTAINES QUESTIONS POSÉES AU CANADA
(QUESTIONS DATÉES DU 18 JANVIER 2001)**

Question n° 3

Êtes-vous d'accord avec la formulation des États-Unis selon laquelle vous demandez au Groupe spécial de dire qu'une restriction à l'exportation ne pourrait jamais, en aucune circonstance, constituer une subvention?

Réponse

Telle est précisément la décision que le Canada attend du Groupe spécial.

Question n° 4

Vous déclarez, au paragraphe 4 de votre première communication écrite:

"Ces mesures, *considérées ensemble*, sont incompatibles avec l'article 1.1 de l'Accord SMC et, du fait qu'elles prescrivent l'imposition de droits compensateurs contre des 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 ceux-ci se rapportent aux prescriptions de l'article 10) et avec l'article 32.1 de l'Accord SMC." (pas d'italique dans l'original)

Vous déclarez en outre, au paragraphe 15 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis:

"... [C]onformément à l'observation formulée par le groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310*, les éléments du droit des États-Unis en cause dans le présent différend doivent être *analysés ensemble*." (pas d'italique dans l'original)

L'article 771 5) de la *Loi douanière*, le SAA, le Préambule, et la "pratique" des États-Unis sont-ils des "mesures" *individuellement* susceptibles d'être l'objet du règlement d'un différend? Soutenez-vous que chacune des quatre mesures identifiées est en elle-même incompatible avec l'Accord SMC? Ou le Groupe spécial devrait-il simplement examiner ces quatre mesures comme un tout? En d'autres termes, le Groupe spécial ne devrait-il s'intéresser à ces quatre mesures que "considérées ensemble"?

Réponse

Il est dangereux pour le Groupe spécial de chercher à analyser une "mesure" mal définie et décrite comme un "tout". 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 dans le droit interne du Membre défendeur. Ni le SAA ni le Préambule n'appellent le Département du commerce à traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. De plus, il n'existe pas de "pratique" allant dans ce sens, et quand bien même cela serait, cette pratique ne pourrait commander de traiter une restriction à l'exportation comme une subvention en vertu des principes fondamentaux (et non contestés) du droit administratif des États-Unis. En l'absence de toute réglementation élaborée par le Département du commerce sur cette question, le seul texte contraignant en ce qui concerne le statut des restrictions à l'exportation est celui de la loi, où sont incorporées les règles énoncées dans l'Accord SMC.

**RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS À CERTAINES DES QUESTIONS POSÉES AU CANADA
(QUESTIONS DATÉES DU 19 JANVIER 2001)**

Question n° 5

Supposons que les pouvoirs publics d'un pays donné ordonnent à certaines banques appartenant à des intérêts privés de faire en sorte que 10 pour cent des fonds qu'elles prêtent soient réservés à un groupe d'emprunteurs donnés, de telle sorte que ces banques, sans être tenues de consentir des prêts à ces emprunteurs, ne peuvent prêter les fonds ainsi réservés à nul autre emprunteur. En pareil cas, y aurait-il selon vous une contribution financière sous la forme d'un transfert direct de fonds ou d'un transfert direct potentiel de fonds ordonné par les pouvoirs publics au sens de l'article 1.1 a) 1) i et iv)? Dans le cas contraire, pourquoi? Dans l'affirmative, quelle distinction peut-on faire, du point de vue de la question d'une "contribution financière", entre un tel cas de figure et l'imposition d'une restriction à l'exportation? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

À l'évidence, chaque situation demande à être appréciée à la lumière des faits qui lui sont propres, et il faudrait qu'existe un rapport ou une relation de causalité entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le transfert direct de fonds pour que l'on puisse conclure à une instruction ou à un ordre des pouvoirs publics. Le Canada (et les CE) feront probablement valoir qu'il n'y aurait pas de contribution financière parce que la banque "n'est pas dans la nécessité" de prêter les fonds. Toutefois, avancer un tel argument, c'est jouer sur les mots.

Question n° 6

Conformément aux arguments exposés aux paragraphes 39 et 40 de la déclaration orale que vous avez faite à la première réunion du Groupe spécial, affirmeriez-vous qu'il ne peut exister de circonstance dans laquelle un producteur n'aurait d'autre choix, à la suite de l'imposition d'une restriction à l'exportation, que de vendre aux utilisateurs nationaux de son produit?

Réponse

Si le Canada affirme bien ce qui est dit dans la question du Groupe spécial, il n'a produit aucun élément de preuve à l'appui d'une telle affirmation. De plus, le mot "choix" peut être compris dans le sens de choix commercial, réel.

Question n° 8

Veuillez commenter l'affirmation figurant dans la note de bas de page 21 de la communication écrite des CE, selon laquelle une restriction à l'importation pourrait participer d'un ensemble de mesures qui, considérées ensemble, équivalent à un "ordre" des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv). Les Communautés européennes donnent comme exemple une mesure des pouvoirs publics interdisant d'exporter un produit et faisant obligation au producteur de maintenir ses niveaux de production et de vendre le produit aux utilisateurs d'aval à un prix déterminé. Comment conviendrait-il de considérer une telle mesure (ou un tel ensemble de mesures) si une enquête en matière de droits compensateurs venait à en établir l'existence? Y aurait-il une contribution financière, et celle-ci résulterait-elle de la mesure dans son ensemble ou seulement de l'un ou de plusieurs de ses éléments?

Réponse

Les États-Unis ne sont pas en désaccord avec l'affirmation des CE selon laquelle une restriction à l'exportation pourrait participer d'un ensemble de mesures qui pourraient équivaloir à une subvention en vertu de l'alinéa iv). Toutefois, les États-Unis n'écartent pas la possibilité, suivant les faits de l'espèce, qu'une restriction à l'exportation constitue une subvention à elle seule. La remarque des CE montre bien pourquoi le Groupe spécial devrait s'abstenir de procéder à des constatations dans l'abstrait. En quoi précisément l'"ensemble de mesures" devrait-il consister pour qu'il y ait instruction ou ordre des pouvoirs publics? Même les CE n'avancent aucun fait.

Question n° 9

Le Groupe spécial note votre réponse, aux paragraphes 26 et 27 de la déclaration orale que vous avez faite à sa première réunion, à l'argument apparent des États-Unis selon lequel une restriction à l'exportation peut être "l'équivalent fonctionnel" d'une obligation positive de fournir un bien aux acheteurs nationaux dans la mesure où, en ordonnant aux producteurs de ne pas exporter, elle leur enjoint en fait de tenter de vendre leur produit aux seuls autres acheteurs possibles. À supposer que les producteurs n'aient d'autre choix que de vendre aux acheteurs nationaux (c'est-à-dire ne soient à même de recourir à aucune des options décrites par les Communautés européennes comme s'offrant à eux), sur quelles bases, quant au fond, pourrait-on distinguer une restriction à l'exportation d'une obligation positive de fournir le bien faisant l'objet de cette mesure aux acheteurs nationaux?

Réponse

Rien, sur le fond, ne permet d'opérer une telle distinction. Dans l'hypothèse considérée, le fait d'ordonner à des producteurs de ne pas exporter ne diffère pas, sur le fond, du fait de leur ordonner de ne vendre qu'aux seuls acheteurs nationaux. Une restriction à l'exportation *est* un ordre de fournir un bien aux acheteurs nationaux quand il peut être montré, comme un 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. Le Canada n'a pas réussi à démontrer qu'il n'y a pas, et ne pourra jamais y avoir, de restriction à l'exportation ayant le type d'effet posé. De surcroît, si la restriction a pour résultat que le producteur n'a d'autre solution, en pratique ou sur le plan commercial, que de vendre sur le marché intérieur, elle équivaut à un ordre de vendre sur ce marché. Les efforts déployés par le Canada pour éviter d'examiner l'objet et le but de l'Accord SMC (efforts fort bien récapitulés dans la pièce CDA-106) sont révélateurs.

Question n° 10

Vous faites valoir, semble-t-il, qu'un "organisme privé", au sens de l'article 1.1 a) 1) iv), doit être nécessairement une "entité collective" organisée, et que par conséquent le simple fait de posséder certaine caractéristique en commun (comme par exemple d'être exploitants de mines d'or) ne suffit pas à transformer un ensemble d'entités individuelles en un "organisme privé". Soutenez-vous qu'à titre individuel, un producteur d'un bien donné ne pourrait être un "organisme privé" parce qu'il n'appartient pas à une "entité collective" organisée? Dans le cas contraire, diriez-vous que chacun des producteurs d'un produit donné pourrait être un "organisme privé", mais que ce ne pourrait être le cas de ces mêmes producteurs considérés dans leur ensemble (c'est-à-dire du point de vue de leur caractéristique commune)? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Voir la *première communication des États-Unis*, paragraphes 40-44. Même les CE sont en désaccord avec l'interprétation que le Canada fait de ces mots.

Question n° 11

Vous faites valoir que les États-Unis se livrent à une interprétation excessivement large de l'article 1.1 a) 1) iv) s'agissant de la fourniture d'un bien par un organisme privé qui en aurait été chargé par les pouvoirs publics ou en aurait reçu l'ordre de ces derniers. Selon vous, l'interprétation des États-Unis pourrait conduire à définir toute mesure réglementaire des pouvoirs publics ayant pour effet d'accroître l'offre d'un bien sur le marché intérieur comme constituant une fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics.

Réponse

Les interprétations auxquelles il est fait référence visaient, aux fins du présent différend, à réfuter l'allégation du Canada selon laquelle une restriction à l'exportation ne peut jamais, quelles que soient les circonstances, constituer une subvention. Le Département du commerce n'a encore jamais appliqué la règle énoncée à l'article 771 5) B) iii) et à l'alinéa iv) dans le cadre d'une action réelle en matière de droits compensateurs, sinon dans une affaire où des crédits avaient été accordés sur ordre des pouvoirs publics. Toutefois, les États-Unis doutent sérieusement que, sur la seule base du texte de l'alinéa iv), toute mesure réglementaire répondrait, comme le prétend le Canada, aux critères auxquels il doit être satisfait selon cet alinéa pour conclure à l'existence d'une subvention. Entre autres choses, il faudrait un rapport de causalité démontré ayant pour effet d'amener un organisme privé à entreprendre une action du type de celles qui sont énumérées aux paragraphes i) à iii).

- a) **Jusqu'à quel point, selon vous, faut-il interpréter cette disposition de façon étroite? Considéreriez-vous que, si des pouvoirs publics ordonnaient à un producteur de vendre son produit à un client (ou des clients) donné(s), sans spécifier à quel prix, en quelle quantité ou à quelles autres conditions, il y aurait fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics? Dans le cas contraire, pourquoi?**

Réponse

En l'absence d'autres faits qui pourraient appeler une conclusion différente, les États-Unis ne voient pas comment une telle mesure pourrait ne pas constituer une fourniture d'un bien sur ordre des pouvoirs publics au sens ordinaire du mot "ordre". Rien dans les textes ne vient étayer la proposition selon laquelle le prix ou la quantité (ou toute autre condition) devrait avoir été spécifié. Quant à la question de savoir jusqu'à quel point il y aurait lieu d'interpréter cette disposition dans un sens étroit, l'utilisation des mots "chargent" ou "ordonnent", ajoutée aux conditions selon lesquelles il doit y avoir "avantage" et "spécificité", suffit à ruiner l'argument "pente glissante" du Canada.

- b) **Existe-t-il des circonstances, autres qu'une mesure des pouvoirs publics prescrivant *explicitement* de mettre un produit donné à la disposition d'acheteurs donnés, qui, selon vous, constituerait une fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder?**

Réponse

Eu égard au sens ordinaire du texte, aucune "prescription explicite" de la sorte n'est requise. De plus, une telle interprétation privilégierait la forme au détriment du fond.

- c) **Compte tenu de vos réponses aux questions a) et b) ci-dessus, jusqu'à quel point le lien de cause à effet entre une mesure des pouvoirs publics et une action d'un organisme privé doit-il être étroit pour qu'il soit satisfait au critère "chargent ... ou ordonnent" énoncé à l'article 1.1 a) 1) iv)?**

Réponse

Dans la mesure où le Groupe spécial choisit d'examiner le statut des restrictions à l'exportation dans l'abstrait, là est la question cruciale. Les États-Unis conviennent de la validité du raisonnement qu'elle sous-entend, à savoir que, compte tenu du sens ordinaire du mot "ordre", il faut que soit démontrée l'existence d'un rapport de causalité entre une restriction à l'exportation et une action d'un organisme privé (par exemple la fourniture d'un bien) pour que les conditions énoncées à l'alinéa iv) se trouvent remplies. Le Département du commerce n'ayant pas été appelé à se pencher sur cette question dans le cadre de la législation postérieure à la création de l'OMC, les États-Unis ne sauraient se prononcer plus avant sur le degré de solidité que devrait présenter ce rapport de causalité. Dans le cadre de la législation antérieure à la création de l'OMC, le Département du commerce a appliqué la règle de l'"effet direct et discernable" aux fins d'apprécier le rapport de causalité entre une restriction à l'exportation et les prix intérieurs du produit soumis à restriction. Les États-Unis ne suggèrent nullement que le Département du commerce devrait appliquer cette même règle dans le cadre de la législation postérieure à la création de l'OMC, lors d'une affaire réelle portant sur l'imposition éventuelle de droits compensateurs. Néanmoins, le Département du commerce a constaté qu'une restriction à l'exportation avait tantôt un effet appréciable sur les prix, et tantôt non. Il ne s'est pas contenté de postuler l'existence d'un rapport de causalité.

Question n° 12

Vous faites valoir que, lorsque les pouvoirs publics chargent un organisme privé d'exécuter une fonction de l'un des types énumérés aux alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) ou lui ordonnent de le faire, l'alinéa iv) exige que cette fonction soit normalement du ressort des pouvoirs publics et ne diffère pas véritablement de leur pratique normale:

- a) **Veuillez préciser comment, selon vous, ces concepts ou prescriptions s'articulent aux fonctions énumérées aux alinéas i) à iii). Ne pourrait-on pas faire valoir que nombre de ces fonctions (par exemple participation au capital social, octroi d'un prêt, fourniture ou achat de biens, etc.) sont "normalement" assurées par le secteur privé? Dans quelles conditions ou circonstances pourrait-on dire que de telles fonctions sont "normalement" assurées par les pouvoirs publics?**

Réponse

L'interprétation du Canada est par trop restrictive et viderait l'alinéa iv) de toute substance. Le seul document renseignant sur l'historique des négociations auxquelles a donné lieu la rédaction de cet alinéa montre clairement que les fonctions des pouvoirs publics auxquelles ce dernier se réfère ont trait à des mesures prises par les pouvoirs publics dans le cadre de l'octroi d'une subvention. C'est là une autre limite effective à l'argument "pente glissante" du Canada. L'action induite de l'organisme privé doit comporter une redistribution de ressources par le biais d'une mesure fiscale ou d'une subvention, faute de quoi elle n'entrerait pas dans la catégorie des actions des pouvoirs publics qui relèvent normalement des alinéas i) à iii).

- b) **Les États-Unis font valoir que de telles fonctions entrent dans les attributions "normales" des pouvoirs publics, s'agissant de l'octroi de subventions. Étant donné que vous soulignez dans votre argumentation le fait que contribution financière et avantage sont deux concepts distincts qu'il importe de ne pas confondre ou amalgamer, est-il exact de dire que vous seriez en désaccord avec**

cette affirmation des États-Unis? Si vous êtes en désaccord avec les États-Unis sur ce point, sur quelles autres bases ou dans quelles autres circonstances considérez-vous que ces fonctions relèveraient des activités "normales" des pouvoirs publics et répondraient donc au critère énoncé à l'alinéa iv)?

Réponse

Il existe une différence entre avantage et contribution financière aux fins de l'alinéa iv). L'existence d'une contribution financière suppose semble-t-il: 1) qu'il y ait un rapport de causalité immédiat entre l'action des pouvoirs publics et l'action de l'organisme privé; et 2) que l'action de l'organisme privé revête la forme d'une mesure fiscale ou d'une subvention (soit le type de mesures que prennent "normalement" les pouvoirs publics). S'il peut se faire que la preuve de l'existence de ce deuxième élément se confonde en partie avec la preuve de l'existence d'un "avantage", il s'agit là de deux choses distinctes. Du point de vue de l'argument "pente glissante" du Canada, il importe peu que des mesures réglementaires des pouvoirs publics dénuées d'incidence négative soient réputées ne pas constituer des subventions pouvant donner lieu à des mesures compensatoires parce qu'elles ne sont pas des contributions financières, ne confèrent pas un avantage ou n'ont pas un caractère spécifique.

- d) **Dans le cas particulier de la fourniture de biens, que faut-il entendre par fourniture "normale" de biens par les pouvoirs publics? Dans quelles circonstances pourrait-on dire que la fourniture de biens par un organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics répondrait aux critères "normalement du ressort des pouvoirs publics" et "ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics" énoncés à l'alinéa iv)?**

Réponse

La fourniture d'un bien par un organisme privé agissant sur ordre des pouvoirs publics pourrait répondre aux critères "normalement du ressort des pouvoirs publics" et "ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics" s'il en résultait l'octroi d'une subvention.

Question n° 13

Êtes-vous d'accord avec l'argument des Communautés européennes selon lequel, en cas de fourniture de biens à laquelle les pouvoirs publics ont chargé ou ordonné de procéder, il faut, pour qu'il y ait "exécution de fonctions normalement du ressort des pouvoirs publics", non seulement que les producteurs aient reçu expressément l'ordre de fournir ces biens, mais encore qu'ils soient tenus de les fournir à "certaines conditions préalablement définies"? Dans l'affirmative, pourquoi l'existence de "conditions préalablement définies" serait-elle nécessaire pour que l'on puisse considérer qu'un organisme privé exécute une fonction normalement du ressort des pouvoirs publics (c'est-à-dire pour qu'il y ait une *contribution financière*)? Autrement dit, l'existence d'un avantage ne dépend-elle pas des "conditions" auxquelles tel ou tel bien est fourni? Si tel est le cas, en quoi ces conditions, qu'elles aient été "préalablement définies" ou non, auraient-elles une incidence sur l'existence d'une contribution financière?

Réponse

Aucun des alinéas de l'article 1.1 a) 1) ne prescrit l'existence de "certaines conditions préalablement définies". Alors que les CE accusent à tort les États-Unis de considérer exclusivement l'objet et le but de l'Accord SMC (objet et but qui, assurément, confortent la position des États-Unis), leur *communication* ne contient aucune analyse du sens ordinaire des mots utilisés à l'alinéa iv). Si le Groupe spécial examine attentivement cette communication, il constatera qu'il ne s'y trouve *pas une seule* référence à une définition de l'un quelconque des mots qui sont en cause.

Question n° 14

Veillez commenter les paragraphes 17 à 31 de la déclaration orale faite par les États-Unis à la première réunion du Groupe spécial avec les parties.

Réponse

À ce stade, les États-Unis souhaitent rappeler le principe énoncé au paragraphe 7.19 du rapport du groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Article 301*. En vertu de ce principe, auquel il est fait référence au paragraphe 71 de la *demande de décisions préjudicielles des États-Unis*, si le Groupe spécial n'est pas tenu d'accepter l'interprétation présentée par les États-Unis, ceux-ci peuvent néanmoins compter raisonnablement que le Groupe spécial accordera une attention toute particulière à leurs vues quant à la signification de leurs propres lois. Contrairement au tableau que le Canada tente de brosser au paragraphe 16 de la *réponse du Canada à la demande de décisions préliminaires des États-Unis* ("*réponse du Canada*"), ce principe n'est pas une création des États-Unis, mais a été énoncé par le groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Article 301*.

Question n° 15

Veillez expliquer pourquoi (au paragraphe 45 de votre première communication écrite et au paragraphe 56 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis, paragraphes dont le contenu rejoint d'autre part les vues exprimées par les Communautés européennes au paragraphe 27 de la déclaration orale qu'elles ont faite à la première réunion du Groupe spécial), vous considérez que la clause conditionnelle figurant dans le SAA limite le pouvoir discrétionnaire dont pourrait se prévaloir le Département du commerce s'agissant de "s'assurer qu'une subvention alléguée comporte une mesure exécutoire formelle". Cette clause stipule, en particulier, que les catégories de subventions indirectes auxquelles le Département du commerce a réagi dans le passé par l'imposition de droits compensateurs continueront de donner lieu à une telle mesure "à condition que le Département du commerce se soit assuré qu'il est satisfait aux critères énoncés à l'article 771 5) B) iii)". Cette disposition n'exige-t-elle pas que le Département du commerce se soit assuré que tous les éléments énoncés à l'article 771 5) B) iii) sont présents?

Réponse

L'interprétation du SAA que proposent le Canada et les CE tient cette clause pour nulle et non avenue. Qu'un tribunal ou un organisme des États-Unis passe outre à cette clause ne la viderait pas pour autant d'effet.

Question n° 16

Vous déclarez, au paragraphe 39 de votre réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis:

"... [L]a "pratique" en cause n'est pas constituée par telle ou telle détermination faite dans des affaires en matière de droits compensateurs, comme le suggèrent les États-Unis. Le Canada l'a indiqué clairement, il ne demande pas une décision annulant les déterminations faites par le passé dans telle ou telle affaire. Une pratique est, plutôt, constituée par une volonté ou une politique administrative visant à adhérer à une conception juridique particulière et à appliquer une interprétation ou une méthodologie particulière – à savoir, en l'occurrence, traiter une restriction à l'exportation comme répondant à la condition de la contribution financière énoncée dans l'*Accord SMC*, lorsque les

autorités des États-Unis estiment qu'un avantage est conféré." (notes de bas de page omises)

- a) **En quoi, selon vous, une telle "volonté ou politique administrative" est-elle susceptible d'être, en soi, l'objet du règlement d'un différend? En quoi une telle "volonté ou politique administrative" – que l'on pourrait qualifier aussi de "comportement des États-Unis – doit-elle être considérée comme constituant une mesure?**

Réponse

Cette question démontre par son existence même l'absurdité des allégations du Canada. Si la "volonté administrative" alléguée par le Canada en la présente affaire est considérée comme constituant une "mesure", les conséquences pour le système de règlement des différends de l'OMC en seront beaucoup plus désastreuses et réelles que celles de la "pente glissante" dont argue le Canada.

- b) **En quoi la "pratique" des États-Unis, entendue au sens indiqué dans le paragraphe cité ci-dessus, diffère-t-elle des références aux restrictions à l'exportation figurant dans le SAA et le Préambule, telles que vous les caractérisez? Autrement dit, si le Groupe spécial devait, comme vous le demandez, statuer sur le SAA et le Préambule en tant que déclarations de politique générale liant le Département du commerce en ce qui concerne le traitement des restrictions à l'exportation, qu'ajouterait une décision supplémentaire portant sur cette "pratique"?**

Réponse

Étant donné que le SAA ne prescrit pas au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions, et que le Préambule ne représente tout au plus, qu'une opinion indicative, non contraignante, du Département du commerce selon laquelle une restriction à l'exportation pourrait constituer une subvention en vertu de la nouvelle définition de ce terme, le Canada a besoin de quelque chose qu'il baptise "pratique" pour faire aboutir ses revendications. Or, il n'existe tout simplement pas de pratique, au sens de déterminations réelles du Département du commerce postérieures à la création de l'OMC disant qu'une restriction à l'exportation constitue une subvention (voire une contribution financière), que le Canada puisse contester.

- c) **Si une pratique ne se confond pas avec des "déterminations individuelles dans des affaires portant sur l'imposition éventuelle d'un droit compensateur", et diffère également, et va au-delà, des déclarations figurant dans le SAA et le Préambule, en quoi consiste-t-elle précisément?**

Réponse

Cette question démontre la validité de la position des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'a pas lieu d'être saisi des allégations du Canada concernant une "pratique des États-Unis". Même après un premier échange complet de communications et une réunion des parties avec le Groupe spécial, il est difficile de comprendre exactement ce que le Canada entend par "pratique". Si cela ne constitue pas un préjudice causé aux États-Unis (à supposer, pour les besoins de l'argumentation, qu'un préjudice doive être démontré), les prescriptions en matière d'argumentation du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sont privées de sens.

- d) **Croyez-vous que la "pratique" des États-Unis, en tant que "volonté ou politique administrative", est une règle juridique impérative au sens où cet adjectif est utilisé dans l'opposition législation impérative/législation dispositive? Et si la "pratique" des États-Unis ne constitue pas une règle juridique impérative – qui *prescrit* aux États-Unis d'agir de telle ou telle façon – sur quelles bases pourrait-on alors constater qu'elle est incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC?**

Réponse

Le Canada n'a pas contesté le principe voulant que le Département du commerce ne soit pas lié par ses déterminations antérieures. Bien que l'expression "volonté ou politique administrative" ait apparemment été forgée par le Canada, il tombe sous le sens que, si le Département du commerce n'est pas lié par ses déterminations dans des affaires réelles, il ne l'est pas non plus par une "volonté ou politique administrative" postulée dans l'abstrait et sans référence à des affaires réelles. Le Canada n'a pas contesté que la doctrine établissant une distinction entre législations impératives et législations dispositives demeurerait valide. Il n'est donc pas possible de conclure que la "volonté ou politique administrative" alléguée par le Canada est, en tant que telle, incompatible avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC. Si le Département du commerce devait un jour constater qu'une restriction à l'exportation décidée par le Canada constitue une subvention dans une situation réelle donnée, ou s'il devait promulguer un règlement contraignant prescrivant des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, le Canada serait en droit de saisir l'OMC d'un différend. Jusqu'ici, toutefois, les droits du Canada découlant des Accords de l'OMC n'ont pas été lésés.

Question n° 17

Veillez répondre de façon détaillée aux arguments des États-Unis exposés aux paragraphes 43 à 55 de la communication orale qu'ils ont présentée à la première réunion du Groupe spécial concernant l'applicabilité aux mesures identifiées par le Canada des dispositions de l'*Accord sur l'OMC* et de l'*Accord SMC* citées par le Canada. (À cet égard, veuillez noter qu'en réponse à une question orale posée par le Groupe spécial à sa première réunion, les États-Unis ont indiqué que ces arguments s'appliquent aussi au SAA et au Préambule, et non pas seulement à leur pratique, à laquelle se référait le titre sous lequel ces arguments apparaissaient dans la déclaration orale qu'ils ont faite à cette réunion.)

Réponse

Les États-Unis confirment avoir fait cette déclaration à la première réunion du Groupe spécial. Bien que les États-Unis contestent que le SAA et le Préambule constituent des mesures, à supposer pour les besoins de l'argumentation que ce soit le cas, les arguments exposés aux paragraphes 43 à 55 de la *déclaration orale des États-Unis* s'y appliqueraient pareillement.

RÉPONSE DES ÉTATS-UNIS À L'UNE DES QUESTIONS POSÉES AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

2. c) **Pour prendre l'argument à rebours, votre position est-elle qu'il n'y aurait pas de "contribution financière" au sens de l'article 1.1 a) 1) iii) si une société appartenant à l'État fixait ses volumes de production et ses conditions de vente comme elle le jugeait bon, au lieu qu'il y ait "conditions préalablement définies" par les pouvoirs publics?**

Réponse

C'est là, semble t-il, l'aboutissement de l'argumentation des CE. À ce stade, les États-Unis souhaitent simplement noter que l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC fait référence à une contribution financière "des pouvoirs publics *ou de tout organisme public*". (pas d'italique dans l'original) Les parties à la présente affaire semblent d'accord sur le fait qu'une société constituerait un "organisme". On voit donc mal comment une "société appartenant à l'État" pourrait être dans l'incapacité d'octroyer une contribution financière sous la forme de la fourniture de biens.

ANNEXE A-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES RÉPONSES DU CANADA AUX QUESTIONS POSÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL À SA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

(8 mars 2001)

QUESTIONS AU CANADA

Question n° 13

Le Préambule a-t-il déjà été invoqué dans des affaires en tant que "règle législative" au sens décrit par les États-Unis aux paragraphes 30 à 43 de leur deuxième déclaration orale? Dans l'affirmative, veuillez fournir des détails.

Réponse

Les tribunaux des États-Unis ont été fréquemment appelés à déterminer si telle ou telle déclaration d'un organisme gouvernemental est une règle législative, et ils ont élaboré divers critères adaptés à différentes situations de fait. Les États-Unis ont mis en avant l'un de ces critères, à savoir celui que la Cour d'appel du District de Columbia a appliqué dans la décision qu'elle a rendue en 1994 dans l'affaire *American Mining Congress*. Trois ans plus tard, la même cour, dans l'affaire *Troy Corporation v. Browner*¹ a appliqué un critère plus simple, qu'elle avait élaboré pour la première fois dans l'affaire *National Family Planning and Reproductive Health Ass'n v. Sullivan*² en vue de déterminer si le préambule de la réglementation finale d'un organisme gouvernemental avait force de loi.

Au regard de ces deux critères, le Préambule est une règle législative pour ce qui concerne les restrictions à l'exportation. Conformément au critère appliqué dans l'affaire *Troy*, le Préambule 1) "complète" une loi en énonçant une interprétation au sujet des restrictions à l'exportation, dont la loi ne traite pas, 2) "a pour effet de modifier la législation ou la politique existante" en établissant l'interprétation juridique du Département du commerce concernant les dispositions de la loi nouvellement modifiée relatives aux restrictions à l'exportation, et 3) a "d'importantes incidences juridiques sur des intérêts privés", du fait que le Département du commerce, dans ces déterminations en matière de droits compensateurs, a appliqué le Préambule comme ayant un caractère décisif, ainsi que l'a montré le Canada aux paragraphes 33 à 39 de sa deuxième communication écrite. Au regard du critère appliqué dans l'affaire *Troy*, chacun de ces facteurs établit que le Préambule est une règle législative.

De même, le Préambule répond au critère énoncé dans l'affaire *American Mining Congress*. Premièrement, le Préambule, en ce qui concerne les "subventions indirectes" et la règle "chargent ou ordonnent", assoit les décisions du Département du commerce sur une base juridique qui serait sinon inexistante en déclarant que cette règle n'est pas plus restrictive que la règle appliquée avant la création de l'OMC, et en établissant qu'en matière de restrictions à l'exportation, le Département du

¹ *Troy Corp. v. Browner*, 120 F.3d 277, page 287 (D.C. Cir. 1997) (où il a été jugé qu'une déclaration d'un organisme gouvernemental n'est pas une règle législative lorsqu'elle ne fait que réaffirmer une politique existante) (Pièce CDA-138).

² 979 F.2d 227, pages 236-240 (D.C. Cir. 1992) (où il a été dit que les directives des organismes gouvernementaux sont des règles législatives quand elles n'ont pas pour seul objet de clarifier les termes de la loi, mais complètent celle-ci, modifient la législation ou la politique générale et ont une incidence importante sur des intérêts privés) (Pièce CDA-137).

commerce doit appliquer la jurisprudence antérieure à la création de l'OMC. Par conséquent, les mesures prises par le Département du commerce au sujet des restrictions à l'exportation ont pour base juridique le Préambule, que le Département du commerce, dans ses déterminations, ne fait qu'observer et appliquer comme ayant le caractère d'une législation dispositive. Deuxièmement, le Département du commerce a publié le Préambule au Registre fédéral avec les autres éléments de la réglementation, ce qui, le Canada l'a précédemment démontré, confère plein effet juridique au Préambule. Troisièmement, le Département du commerce a explicitement invoqué le pouvoir législatif dont il est investi; il est dit en effet dans le Préambule que le Département du commerce entend "traduire les principes énoncés dans la loi d'application par des règles spécifiques et prévisibles". Puis, le Département du commerce a exercé son pouvoir législatif en édictant explicitement des règles en ce qui concerne les restrictions à l'exportation. Quatrièmement, bien que ne modifiant spécifiquement aucune règle législative préexistante (puisque le Département du commerce n'avait encore jamais publié de réglementation de fond définitive concernant les restrictions à l'exportation), le Préambule a énoncé la règle législative s'appliquant aux restrictions à l'exportation. Chacun de ces facteurs établit que le Préambule est une règle législative au regard du critère appliqué dans l'affaire *American Mining Congress*.

Le Préambule a été invoqué à maintes reprises comme règle législative au sens indiqué par les États-Unis aux paragraphes 30 à 43 de leur deuxième déclaration orale. Les affaires *Acier inoxydable* qui ont opposé les États-Unis à la Corée, de même que l'affaire *Bovins vivants* ne sont que quelques-uns des exemples pertinents que le Canada a déjà cités. De nombreux autres exemples sont énumérés aux paragraphes 14 à 20 des réponses du Canada aux questions posées par le Groupe spécial les 21 et 22 février ("Réponses de février").

S'agissant de l'analyse du traité du Professeur Davis qui figure aux paragraphes 31 à 33 de la déclaration orale des États-Unis, il y est allégué que le Canada a tenté de substituer les vues exprimées par des universitaires concernant la publication dans le CFR aux décisions de la Cour d'appel du District de Colombia. Le Canada a montré bien entendu que c'est cette même cour qui a jugé que la publication dans le CFR était dénuée d'effets. Point plus important, les États-Unis n'ont cité que la partie traitant des "règles d'interprétation" de l'exposé du Professeur Davis relatif à la distinction entre règles législatives et règles d'interprétation. Or, immédiatement à la suite des pages citées par les États-Unis, le Professeur Davis apporte un éclaircissement décisif: une règle qui "énonce l'interprétation qu'un organisme gouvernemental fait d'une loi qu'il est chargé d'administrer" est une "règle législative" et non une "règle d'interprétation" lorsque cet organisme a et exerce le pouvoir de promulguer une règle législative.³ C'est précisément ce qu'a fait le Département du commerce, par le biais du Préambule, en ce qui concerne les restrictions à l'exportation, et une telle règle législative lie les tribunaux, les citoyens et l'organisme gouvernemental lui-même.⁴

Question n° 14

Le Canada fait valoir, en réponse à la question 16 c) du Groupe spécial, qu'une "[p]ratique 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". Comment, de l'avis du Canada, cette "volonté institutionnelle" se manifeste-t-elle? Autrement dit, pour pouvoir être reconnue en tant que telle, cette "volonté" devrait-elle avoir été exprimée sous forme écrite, par exemple dans une détermination du Département du commerce, et désignée comme constituant de manière générale une "pratique" ou une "politique" de l'organisme public? Dans le cas contraire, comment (c'est-à-dire sous quelle forme) devrait-elle s'être exprimée? Dans la

³ Davis, volume I, paragraphe 6.3, pages 234-235 (Pièce CDA-140).

⁴ *Id.*, paragraphe 6.5, pages 250-251.

mesure où une "pratique" a été explicitement désignée dans une détermination du Département du commerce ou tout autre document, en quoi, de l'avis du Canada, diffère-t-elle d'une "disposition législative"?

Réponse

Une "volonté institutionnelle" est normalement consignée par écrit. Une "pratique" mise en évidence dans une détermination du Département du commerce diffère d'une "disposition législative" en ce qu'elle n'a pas le caractère d'une loi, et n'a pas été dûment promulguée en tant que règle législative. Il s'agit simplement de ce que fait un organisme gouvernemental de façon systématique. Dans le droit des États-Unis, une pratique diffère aussi d'une mesure législative (autrement dit d'une "loi") en ce qu'un tribunal des États-Unis ne la confirmerait pas si elle était incompatible avec une loi. Toutefois, comme nous l'avons noté en réponse à la question 15, 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.

Question n° 15

Toujours en réponse à la question 16 c) du Groupe spécial, le Canada indique que "dans le cadre du présent différend, la 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". Comment, de l'avis du Canada, ce principe peut-il s'appliquer au présent différend alors qu'il n'existe aucune affaire postérieure à la création de l'OMC dans laquelle les États-Unis auraient appliqué un droit compensateur à la suite d'une restriction à l'exportation? De plus, même s'il existait de telles affaires, et si le Département du commerce avait énoncé les méthodes qu'il appliquerait "normalement" en pareil cas, seriez-vous en désaccord avec la déclaration des États-Unis selon laquelle, en vertu du droit des États-Unis, le Département du commerce pourrait s'écarter de ces méthodes dès lors qu'il justifierait sa décision? Quelle incidence cela a-t-il sur l'identification, en termes concrets, d'une "pratique", au sens où l'entend le Canada, c'est-à-dire comme "se rattachant à des précédents"? S'agissant de l'affaire *Bovins vivants*, l'argument du Canada est-il qu'une décision d'ouvrir une enquête a tout autant valeur de précédent qu'une détermination positive?

Réponse

Premièrement, le SAA 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. Deuxièmement, dans l'affaire *Bovins vivants*, la décision d'ouvrir une enquête a été prise expressément en se fondant sur les décisions prises antérieurement à la création de l'OMC dans les affaires *Bois de construction* et *Cuir* et le Département du commerce, dans ses déterminations finales a expressément rejeté les arguments du Canada quant aux raisons pour lesquelles une restriction à l'exportation ne pouvait répondre à la condition de la contribution financière énoncée à l'article 771 5) B) iii). Troisièmement, dans les affaires *Acier inoxydable* qui ont opposé les États-Unis à la Corée, le Département du commerce a clairement indiqué qu'il est tenu d'appliquer et appliquerait aux subventions indirectes la même règle que celle qui avait cours avant la création de l'OMC, les mesures en cause dans la présente affaire montrant à l'évidence que les restrictions à l'exportation sont incluses dans les "subventions indirectes".

Les organismes gouvernementaux, y compris le Département du commerce, se conforment normalement aux précédents que constituent leurs déterminations antérieures, et en ont l'obligation en vertu des décisions des tribunaux des États-Unis, à moins d'exposer de manière argumentée, et preuves substantielles à l'appui, les raisons pour lesquelles les faits particuliers de l'espèce ou une

modification nouvelle de la législation justifient qu'ils s'en écartent et en quoi un tel écart est compatible avec la loi. Il ne leur est pas permis de traiter différemment des circonstances similaires, ni de changer simplement d'avis d'une affaire à l'autre. Par conséquent, même si le Département du commerce peut en théorie, dans ces limites très étroites, s'écarter de sa pratique concernant les restrictions à l'exportation, tout en la matière porte à croire qu'il ne le fera pas. Autrement dit, tous les éléments de preuve produits dans la présente affaire reflètent la volonté manifeste du Département du commerce de ne rien changer à sa pratique.

La décision d'ouvrir une enquête dans l'affaire *Bovins vivants* a valeur de précédent parce qu'elle montre que le Département du commerce 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. De plus, l'ouverture de l'enquête dans l'affaire *Bovins vivants* constitue un précédent qui peut être invoqué pour engager une nouvelle procédure en alléguant une "subvention" résultant d'une restriction à l'exportation. Comme l'a fait observer le Canada, pour ouvrir cette enquête, le Département du commerce a dû nécessairement conclure 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) et que, par conséquent, les restrictions à l'exportation étaient des contributions financières.

Question n° 16

Dans l'hypothèse où le Groupe spécial statuerait sur l'ensemble des mesures mises en évidence par le Canada, mais non sur la "pratique", et formulerait à leur sujet des constatations allant dans le sens des demandes du Canada, quelles actions les États-Unis devraient-ils entreprendre pour "mettre leurs mesures en conformité" en vertu d'une telle décision? En quoi de telles actions différeraient-elles de celles que les États-Unis devraient entreprendre si le Groupe spécial rendait également une décision favorable au Canada au sujet de la "pratique"? En d'autres termes, quelles seraient, de l'avis du Canada, les conséquences spécifiques et concrètes, au regard de ses revendications, du fait que le Groupe spécial inclurait ou n'inclurait pas la "pratique" dans une hypothétique décision qui lui serait favorable? Dans votre réponse, veuillez commenter la déclaration du groupe spécial constitué dans l'affaire *Communautés européennes – Pièces détachées et composants* qui, après avoir constaté que les dispositions législatives en cause n'avaient pas un caractère obligatoire, a estimé que, bien qu'il eût été souhaitable que les Communautés européennes renoncent auxdites dispositions législatives, elles s'acquitteraient de leurs obligations au titre du GATT si elles cessaient d'appliquer ces dispositions à l'égard des parties contractantes.⁵ En irait-il de même dans l'hypothèse de la décision envisagée ci-dessus? Dans le cas contraire, pourquoi? Dans votre réponse orale à cette question, vous avez déclaré que, dans une telle hypothèse, il ne serait pas nécessaire que les États-Unis révisent le SAA. Comment cette déclaration se concilie-t-elle avec votre précédente affirmation selon laquelle le SAA fait obligation au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières?

Réponse

Comme le Canada l'a suggéré dans ses réponses aux nouvelles questions du Groupe spécial, c'est là un point sur lequel il appartient essentiellement aux États-Unis de répondre en vue de déterminer comment ils donneraient effet à l'hypothétique décision susmentionnée, et le Canada ne

⁵ *Communautés économiques européennes – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, Rapport du Groupe spécial (IBDD, S37/142-213), adopté le 16 mai 1990, paragraphe 5.26.

saurait préjuger des voies qu'ils pourraient choisir à cette fin. Cela étant dit, le Canada se propose de commenter successivement chacune des mesures d'un point de vue général.

En ce qui concerne la loi, le Canada est d'avis qu'aucune modification ne serait nécessaire. Nous l'avons dit, la loi elle-même ne traite pas spécifiquement des restrictions à l'exportation. Néanmoins, du fait que l'article 771 5) B iii) est la base législative qui autorise à appliquer, au titre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, le traitement des restrictions à l'exportation qui est en cause dans la présente affaire, il convient de l'inclure, comme un aspect essentiel, dans tout examen de ce traitement.

En ce qui concerne le SAA, quelles que soient les mesures que prendront les États-Unis, elles devront offrir une base juridique suffisante pour que les États-Unis puissent traiter les restrictions à l'exportation de manière compatible avec la décision de l'ORD, de telle façon que les prescriptions du SAA concernant ce traitement et les autres mesures en cause cesseront d'avoir la moindre validité ou le moindre effet dans la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs.

Pour ce qui est du Préambule, il faudra que le Département du commerce désavoue de quelque façon les formulations relatives aux restrictions à l'exportation, par exemple en publiant au Registre fédéral un avis énonçant une nouvelle interprétation de la loi qui soit compatible avec la décision de l'ORD, et indiquant clairement que le Département du commerce rompt sur cette question avec la pratique et les précédents antérieurs à la création de l'OMC.

S'agissant, enfin, de la pratique, il faudrait, de l'avis du Canada, que le Département du commerce la mette en conformité avec la décision de l'ORD en cessant de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. Devront en témoigner ses décisions d'ouvrir une enquête, ses déterminations préliminaires et finales et ses conclusions préliminaires et finales (le cas échéant). Il importe en outre de noter que, si les États-Unis modifiaient le Préambule de façon qu'il n'y soit simplement plus question des restrictions à l'exportation, il continuerait d'exister une pratique des États-Unis, consistant à traiter ces restrictions comme des contributions financières, qui ne serait pas conforme à la décision de l'ORD et à laquelle il devrait être mis fin.

Il convient d'établir une distinction entre l'affaire *CEE – Pièces détachées et composants* et la présente affaire, puisque, dans la première la législation en cause avait manifestement un caractère dispositif du fait que le mot déterminant, dans cette disposition, était l'auxiliaire "pouvoir", équivalent à un conditionnel, alors qu'en la présente espèce le Canada a démontré que la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs prescrit le traitement qui fait l'objet de sa plainte.

Question n° 17

Nous croyons comprendre que le Canada avance les deux arguments suivants concernant la législation en cause: i) que la loi "telle qu'interprétée par" le SAA et le Préambule est une législation impérative qui prescrit au Département du commerce d'enfreindre ses obligations découlant de l'Accord SMC; et ii) que, bien que la loi ait en elle-même un caractère dispositif, en ce sens qu'il serait possible de l'interpréter d'une manière compatible avec les règles de l'OMC, le SAA et le Préambule "réduisent le pouvoir discrétionnaire" du Département du commerce d'agir en conformité avec ces règles. Est-ce là une lecture correcte de l'argumentation du Canada? Ces deux formulations sont-elles simplement deux façons différentes de dire la même chose, ou la seconde représente-t-elle un argument subsidiaire par rapport à la première, ou un argument différent à quelque autre égard? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Le Groupe spécial fait une lecture correcte de ces deux arguments du Canada. Ceux-ci 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 entre 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. Comme le Canada l'a expliqué au sujet de la seconde formulation, la distinction en question ne signifie pas que tout pouvoir discrétionnaire, de quelque nature ou degré que ce soit, dont peut se prévaloir le défendeur lui permettra d'invoquer ce moyen avec succès. Dans le cadre du présent différend, le SAA et le Préambule réduisent le pouvoir discrétionnaire de l'organe exécutif de façon telle que la législation sera interprétée et appliquée de manière incompatible avec les règles de l'OMC. Ces mesures montrent par conséquent que les États-Unis ne sauraient faire valoir avec succès le moyen qu'ils tirent de la distinction entre législations impératives et législations dispositives, à supposer même, pour les besoins de l'argumentation, que ces mesures laissent au Département du commerce un quelconque degré de liberté. De plus, la faculté qu'auraient, selon eux, les États-Unis de s'abstenir d'interpréter leur législation de façon à ne pas traiter une restriction à l'exportation comme une contribution financière, c'est-à-dire de faire de leur législation une interprétation différente de celle qu'ils sont tenus de faire, n'est pas non plus d'une nature ou d'un degré tel qu'elle puisse leur permettre d'invoquer comme moyen de défense la distinction entre législations impératives et législations dispositives.

Question n° 18

Le Canada pourrait-il concilier sa déclaration selon laquelle la loi ne prescrit pas de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières avec sa déclaration selon laquelle chacune des mesures mises en évidence prescrit individuellement un tel traitement?

Réponse

Comme le Canada l'a fait observer, la loi elle-même ne traite pas spécifiquement des restrictions à l'exportation. Du fait toutefois que l'article 771 5) B) iii) est la base législative qui autorise à appliquer, au titre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, le traitement des restrictions à l'exportation qui est en cause dans le présent différend, il convient de l'inclure, comme un aspect essentiel, dans tout examen de ce traitement. Il est donc légitime de dire que, bien que la loi doive être examinée au nombre des mesures qui, considérées ensemble, conduisent à traiter les restrictions à l'exportation de manière incompatible avec les règles de l'OMC au titre de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, elle ne prescrit pas un tel traitement indépendamment de l'une ou de plusieurs des autres mesures.

Question n° 19

Le Canada pourrait-il expliquer l'apparente contradiction entre la présentation qu'il fait de la clause conditionnelle du SAA dans le présent différend et les arguments qu'il a avancés au sujet de la même clause dans le cadre de l'enquête faisant l'objet de l'enquête *Bovins vivants*, et auxquels il est fait référence au paragraphe 24 de la deuxième déclaration orale des États-Unis.

Réponse

S'agissant de l'invocation par les États-Unis des conclusions du Canada dans l'affaire *Bovins vivants*, le Canada admet qu'il a eu tort de tenter de persuader le Département du commerce

d'interpréter la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs d'une manière qui soit compatible avec les règles de l'OMC. Dans cette affaire, le Canada nourrissait encore l'espoir que les États-Unis voudraient et pourraient interpréter cette législation dans ce sens. L'une des raisons pour lesquelles le Canada a saisi le présent Groupe spécial est que le Département du commerce, dans l'affaire *Bovins vivants*, a laissé clairement entendre, tant par les éléments qu'il a invoqués pour ouvrir une enquête que par les raisons qu'il a avancées pour rejeter, dans sa détermination finale, les arguments du Canada relatifs à l'existence ou non d'une contribution financière, qu'il se considère comme tenu de traiter les restrictions à l'exportation de manière incompatible avec les règles de l'OMC.

Question n° 20

Comment faut-il comprendre la phrase suivante du paragraphe du Rapport de la Commission mixte du Sénat concernant la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay (pièce CAN-134), dont vous citez un extrait au paragraphe 19 de votre deuxième déclaration orale?

"La Commission compte en outre que les subventions indirectes des types susmentionnés continueront de donner lieu à des mesures compensatoires lorsqu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii)."

Cette phrase a-t-elle, de l'avis du Canada, la même signification que la clause conditionnelle du SAA?

Réponse

Non. Cette phrase n'a pas la même signification que la clause conditionnelle. De l'avis du Canada, cette déclaration reflète le fait que, dans l'esprit de la Commission, le critère se trouvait déjà défini dans les déclarations précédentes, que le Canada a citées. Ces déclarations confirment la conception que le Canada se fait du SAA. Plus précisément, la dernière phrase du paragraphe en question ne s'applique pas à la déclaration – citée par le Canada – qui figure immédiatement avant. À la différence du SAA, elle ne s'applique pas à la déclaration de la Commission selon laquelle le Département du commerce devrait administrer la loi pertinente des États-Unis en matière de droits compensateurs de manière compatible avec les déterminations faites dans les affaires *Cuir* et *Bois de construction*.

Question n° 21

Le Canada pourrait-il préciser si le Groupe spécial devrait, selon lui, considérer le Rapport de la Commission mixte du Sénat concernant la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay comme constituant de nouvelles orientations en matière d'interprétation, ou comme liant d'une certaine façon le Département du commerce? En d'autres termes, quel est le statut de ce rapport au regard de l'article 771 5) B) iii) et du SAA?

Réponse

Dans le droit des États-Unis, le Rapport de la Commission mixte du Sénat, du fait qu'il n'a pas été approuvé par l'ensemble du Congrès, se situe par rang d'importance tout de suite après le SAA dans l'historique de la législation. Il a été produit par le Canada en tant que preuve supplémentaire de la volonté des États-Unis de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières et de renforcer les termes et la signification du SAA, c'est-à-dire pour démontrer que le SAA n'est pas une simple suite de mots "creux".

Question n° 22

Le Canada pourrait-il répondre à l'argument présenté par les États-Unis au paragraphe 63 de leur deuxième déclaration orale?

Réponse

L'argument des États-Unis repose sur des prémisses fausses parce que, sous réserve des commentaires formulés par le Canada en réponse à la question 18, s'agissant de la loi, chaque mesure prescrit bien, individuellement, de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. Le Canada soutient que, pour une parfaite intelligibilité de la manière dont les restrictions à l'exportation sont traitées en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, il convient de considérer ensemble tous les éléments du droit des États-Unis qui se rapportent à ce traitement.

Question n° 23

Le Canada fait apparemment valoir, dans ses réponses aux questions 11 et 12 a) du Groupe spécial, que le champ d'application des alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) est plus vaste que celui de l'alinéa iv). En effet, le Canada soutient que toute mesure des pouvoirs publics appartenant en elle-même aux types décrits aux alinéas i) à iii) constitue en principe, par définition, et sans autres conditions, une "contribution financière". Le Canada fait toutefois également valoir que, si les pouvoirs publics prenaient la même mesure, mais cette fois *par l'intermédiaire* d'un organisme privé, cette mesure ne constituerait une "contribution financière" que si les pouvoirs publics avaient pour habitude "normale" d'assurer cette fonction. Cet argument implique semble-t-il qu'une intervention des pouvoirs publics sur le marché par l'intermédiaire d'un organisme privé (fût-elle répétée tout au long d'une période donnée) ne répondrait pas aux conditions énoncées à l'alinéa iv), à moins que les pouvoirs publics ne soient déjà intervenus directement dans le passé (ou que cela ait été antérieurement leur pratique "ordinaire"). Si, par exemple, les pouvoirs publics ordonnaient soudain à des banques privées de consentir certains prêts à certaines sociétés, alors qu'ils n'avaient jamais dans le passé prêté eux-mêmes à des sociétés privées des sommes prélevées sur leurs fonds propres, il découlerait semble-t-il de l'argument du Canada que ces prêts, bien que consentis sur ordre explicite des pouvoirs publics, ne constitueraient pas une contribution financière des pouvoirs publics *du fait de* l'absence de toute pratique antérieure de ces derniers en la matière. Est-ce là une lecture correcte de l'argument du Canada? Veuillez expliquer votre position, et indiquer pour quelles raisons ou dans quelle intention l'article premier énoncerait selon vous deux règles juridiques différentes dans différents alinéas de la même disposition relative à l'existence d'une "contribution financière", à savoir une première règle aux alinéas i) à iii), et une deuxième, plus restrictive, à l'alinéa iv)?

Réponse

Le Canada est d'avis que les conditions "normalement de leur ressort" et "pratique normale" limitent expressément la portée de l'alinéa iv). Certes, il sera peut-être nécessaire que de futurs groupes spéciaux donnent une interprétation plus complète de ces conditions. L'interprétation du Canada a été avancée de bonne foi et elle s'appuie sur le sens ordinaire des termes du traité considérés dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but dudit traité. Cela étant dit, le Canada ne préconiserait d'interpréter l'alinéa iv) ni "au sens large", ni "dans un sens étroit". Le Canada serait partisan d'une lecture de cette disposition qui soit compatible avec les prescriptions de la Convention de Vienne, ainsi qu'avec l'objet et le but du traité, lequel énumère un ensemble particulier de mesures des pouvoirs publics qu'il y a lieu de discipliner en vertu de l'Accord. Les termes utilisés dans la

définition, y compris ceux qui sont utilisés à l'alinéa iv), limitent la nature de ces mesures. En ce qui concerne ces dispositions, le Canada note que l'alinéa iv) implique nécessairement des limites.

Question n° 24

Le Canada pourrait-il répondre à l'argument avancé par les États-Unis dans la dernière phrase du paragraphe 46 de leur deuxième déclaration orale?

Réponse

L'argument avancé par les États-Unis aux paragraphes 45 et 46 de leur deuxième déclaration orale, selon lequel le Préambule apporte lui-même la preuve que le Département du commerce n'entendait pas être lié par les formulations qui y sont employées est incorrect. Ce que le Département du commerce a dit dans le Préambule, c'est qu'il n'avait pas jugé utile de donner une *définition précise des mots "chargent ou ordonnent"*. Il n'a pas dit qu'il n'entendait pas être lié par les interprétations des mots "subventions indirectes" et "chargent ou ordonnent" qu'il a *bel et bien* formulées dans le Préambule. Comme le Canada l'a relevé dans sa deuxième communication écrite, en vertu du droit des États-Unis, il incombe à l'organisme gouvernemental qui publie un avis au Registre fédéral d'indiquer clairement son intention si celle-ci n'est pas de conférer au texte publié l'effet contraignant d'une réglementation dûment promulguée. Ni le Préambule lui-même, ni aucun autre texte publié à la même époque par le Département du commerce ne fait état d'une quelconque intention de ce dernier de ne pas se tenir pour lié par ses déclarations, et l'affirmation faite *a posteriori* par les États-Unis dans la présente procédure quant à l'intention qui était la leur lorsqu'ils ont publié le Préambule ne saurait, dans le droit des États-Unis, se substituer à la publication d'un tel avis. Qui plus est, le fait même que le Département du commerce a expressément déclaré s'être abstenu de donner une définition précise des mots "chargent ou ordonnent" prouve que, si son intention avait été de ne publier aucune interprétation contraignante de ces mots ou des mots "subventions indirectes", il l'aurait indiqué.

De surcroît, tout en s'abstenant de donner une définition précise des mots "chargent ou ordonnent", le Département du commerce a bel et bien formulé dans le Préambule une interprétation de ces mots et des mots "subventions indirectes", et ce de façon très nette: 1) il a confirmé 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 ... l'affaire *"Bois de construction"*; 2) il a déclaré que sa position était que "les mots "chargent ou ordonnent" recouvrent de nombreux éléments des définitions proposées par les commentateurs", tous les commentaires cités proposant de définir exclusivement ces mots en termes de causalité ou d'effets et aucun ne s'interrogeant sur la nature des mesures des pouvoirs publics requises; et 3) il a estimé inutile de dresser une liste exemplative des situations qui répondraient au critère "chargent ou ordonnent", compte tenu du fait que le SAA énumérait déjà les affaires (y compris les affaires *Cuir* et *Bois de construction*) dans lesquelles le Département du commerce avait dans le passé constaté l'existence de subventions indirectes, et qui offraient des "exemples des situations dans lesquelles, de l'avis [du Département du commerce], la loi autoriserait [celui-ci] à parvenir aux mêmes conclusions".

Par conséquent, les déclarations faites par le Département du commerce dans le Préambule reviennent bel et bien à définir, dans une certaine mesure, les mots "chargent ou ordonnent", en indiquant que la règle énoncée est une règle fondée sur un lien de causalité au moins aussi peu restrictive que celle qu'il avait pour pratique d'appliquer antérieurement à la création de l'OMC, comme les affaires *Cuir* et *Bois de construction* en sont l'illustration. Depuis la publication du Préambule, le Département du commerce a constamment appliqué ces interprétations comme établissant de façon concluante les droits des parties en vertu de la législation en matière de droits compensateurs.

Question n° 25

Le Canada pourrait-il répondre à l'argument présenté par les États-Unis au paragraphe 56 de leur deuxième déclaration orale?

Réponse

L'argument des États-Unis relatif à l'*appendice sur les subventions* est des plus éclairants, car il démontre que le Département du commerce a traité le Préambule comme une règle législative. Les États-Unis indiquent au paragraphe 55 que "le Département du commerce a néanmoins commencé à traiter l'*appendice sur les subventions* comme s'il s'agissait d'une règle législative", et ils expliquent que le Tribunal du commerce international (CIT) a rendu deux décisions dans lesquelles il infirmait cette conception. Il ressort de cette déclaration que le Département du commerce traite à présent le Préambule comme il traitait l'*appendice sur les subventions*, c'est-à-dire, concèdent les États-Unis, comme l'équivalent d'une règle législative.⁶ En d'autres termes, dans les affaires où il a été critiqué par le CIT, le Département du commerce n'avait pas expressément dit: "Nous sommes liés par l'*appendice sur les subventions*", mais s'était contenté d'invoquer celui-ci pour justifier sa position.⁷ Il en va exactement de même de la pratique du Département du commerce en ce qui concerne le Préambule. Par conséquent, si le Département du commerce a invoqué l'*appendice sur les subventions* comme une règle législative, cette qualification est vraie aussi du Préambule. Nous l'avons dit dans notre réponse à la question 13 ci-dessus, il ne s'agit pas de savoir si le Préambule peut avoir un effet juridique dans le droit des États-Unis; il est clair qu'il le peut. Il s'agit en réalité de savoir si les déclarations de fond contenues dans le Préambule font obligation au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières (ce qui, le Canada l'a démontré, est bien le cas).

Contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, les décisions du CIT critiquant l'utilisation de l'*appendice sur les subventions* par le Département du commerce ne signifient pas que ce dernier n'est pas lié par sa pratique administrative. Cette pratique a un effet contraignant, de la manière et dans les limites indiquées par le Canada aux paragraphes 40 à 43 de sa deuxième communication écrite et dans sa réponse à la question 15 ci-dessus. Comme le Canada l'a noté à la réunion des parties avec le Groupe spécial, les décisions susmentionnées du CIT étaient, en partie, motivées par le fait que le Département du commerce n'avait promulgué aucune réglementation de fond relevant des dispositions de la *Loi sur les procédures administratives* relatives à la publication des avis et commentaires. De plus, malgré ces décisions du Tribunal, le Département du commerce a ultérieurement publié et appliqué l'*appendice sur les questions d'ordre général* de la même façon qu'il l'avait fait avec l'*appendice sur les subventions*, et il a pour usage de fonder expressément sur sa "pratique" les déterminations auxquelles il procède dans des affaires de droits compensateurs.

Question n° 26

Le Canada pourrait-il répondre à ce que laisse semble-t-il entendre l'argumentation des États-Unis figurant au paragraphe 72 de leur deuxième déclaration orale, à savoir qu'il découle des derniers arguments présentés par le Canada que l'expression "organisme privé", au sens de l'alinéa iv), ne devrait s'appliquer que dans les seuls cas où il y a "instruction ou ordre" des pouvoirs publics?

⁶ Bien entendu, le Préambule, à la différence de l'*appendice sur les subventions*, a été promulgué conformément aux procédures en matière de publication d'avis et de commentaires, de sorte que le Département du commerce est habilité à le traiter comme une règle législative (ce qui n'était pas le cas de l'*appendice sur les subventions*).

⁷ Voir *Ipsco*, 687 F. Supp. 614, 627 (1988) (Pièce CDA-139).

Réponse

L'Accord ne précise pas ce qu'il faut entendre par "organisme privé". Le Canada est d'avis que, dans son sens ordinaire et dans le contexte de l'alinéa iv), cette expression désigne un groupe organisé à certaines fins. Se pose alors la question de savoir comment ce groupe est organisé. Cette question trouve une réponse lorsque l'on considère la phrase dans son ensemble, à savoir "les pouvoirs publics ... chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions... 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". Pour que les pouvoirs publics chargent quelqu'un de faire quelque chose ou lui ordonnent de le faire, il faut qu'il y ait eu entre eux et la personne ou le groupe visé une forme quelconque de communication. Quel que soit le moyen dont ils disposent ou qu'ils choisissent à cet effet, 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. L'organisme privé doit de surcroît être à même d'adopter une pratique qui ne diffère pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics.

Question n° 27

Le Canada souscrit-il à l'affirmation figurant au paragraphe 67 de la deuxième déclaration orale des États-Unis, selon laquelle une restriction à l'exportation ne différerait pas d'un ordre enjoignant de "vendre *exclusivement*" aux clients nationaux"? Le Canada pourrait-il également confirmer qu'il n'existe, selon lui, aucune circonstance hypothétique dans laquelle un producteur d'un produit frappé d'une restriction à l'exportation n'aurait d'autre choix que de vendre ce produit sur le marché intérieur?

Réponse

Le Canada ne souscrit pas à l'affirmation figurant au paragraphe 67 de la deuxième déclaration orale des États-Unis, selon laquelle une restriction à l'exportation ne diffère pas d'un ordre enjoignant de "vendre exclusivement aux clients nationaux". Comme le Canada l'a déjà indiqué, une restriction à l'exportation n'impose pas une option unique aux producteurs du bien concerné. Le Canada est incapable de concevoir une situation dans laquelle, à la suite d'une restriction à l'exportation, un producteur n'aurait d'autre choix que de vendre les biens qu'il produit aux utilisateurs nationaux de ces biens, et il a dressé une liste de différentes autres options qui s'offrent au producteur.

QUESTIONS ADDITIONNELLES POSÉES AU CANADA PAR LES ÉTATS-UNIS

Question n° 1

Aux pages 233-234 de la pièce US-34, les professeurs Davis et Pierce déclarent que: "une règle législative a le même effet contraignant qu'une loi. Elle lie les membres du public, l'organisme gouvernemental, et même les tribunaux, en ce sens que ces derniers sont tenus de confirmer une règle législative dès lors que celle-ci représente un exercice légitime des pouvoirs dont l'organisme gouvernemental est investi". À la page 252, ils notent que "[d]'ordinaire, les règles d'interprétation ne lient pas un organisme gouvernemental", et ils ajoutent à la page 253 que "[l]es quelques affaires où il a été jugé qu'un organisme gouvernemental était lié par ses propres règles d'interprétation peuvent s'expliquer par des raisons constitutionnelles". Le Canada ayant allégué que le Département du commerce est lié par les passages du Préambule que le Canada conteste dans le présent différend (63 Fed. Reg., pages 65 348 et 65 349 – 65 351 (25 novembre 1998), il y a lieu de penser qu'il allègue que ce passage du Préambule constitue une règle législative, et non une règle d'interprétation.

- a) **Bien que les États-Unis ne concèdent nullement que les passages contestés constituent quelque "règle" que ce soit, le Canada voudrait-il confirmer qu'il allègue que ces passages constituent une règle législative? Dans l'affirmative, voudrait-il indiquer quelles sont les décisions des tribunaux appelés à examiner les déterminations du Département du commerce (c'est-à-dire le Tribunal du commerce international des États-Unis, la Cour d'appel du Circuit fédéral des États-Unis et la Cour suprême des États-Unis) dans lesquelles il a été dit que ce dernier était lié par un préambule réglementaire publié par lui qui, comme les passages ici en question, ne se rapportaient à aucune réglementation? Pour toute décision de la sorte, veuillez indiquer précisément le passage de la décision dans laquelle le Tribunal a dit que le Département du commerce était ainsi lié, et en fournir une copie.**

Réponse

Oui. Voir les réponses du Canada aux questions 13 et 25 du Groupe spécial. S'agissant de la deuxième partie de la question, le Canada n'a pas connaissance d'une quelconque décision d'un tribunal à tel effet concernant des règles édictées par le Département du commerce (qu'il s'agisse ou non de règles figurant dans le Préambule). Cela n'est pas surprenant, étant donné que les règles édictées par le Département du commerce ne sont que rarement, sinon jamais, contestées en elles-mêmes. Les tribunaux sont normalement appelés à examiner si une détermination du Département du commerce se fonde sur des éléments de preuve suffisants et si elle est par ailleurs conforme à la Loi. En outre, depuis que des réglementations du Département du commerce sont entrées en vigueur, en 1997 (pour les mesures antidumping) et en 1998 (pour les droits compensateurs), il s'est bien entendu écoulé trop peu de temps pour que les tribunaux aient pu prendre, dans le cadre d'instances introduites après ces dates, de nombreuses décisions portant sur l'application de réglementations du Département du commerce par ce dernier.

- b) **Si le Canada n'allègue pas que les passages contestés du Préambule constituent une règle législative, sur quelles bases soutient-il que le Département du commerce, en vertu du droit des États-Unis, est lié par ces passages?**

Réponse

Voir la réponse au point a) ci-dessus.

Question n° 2

Veuillez indiquer dans quelles déterminations le Département du commerce a expressément déclaré qu'il se conformait à un préambule réglementaire ne se rapportant à aucune réglementation parce qu'il en avait juridiquement l'obligation. Pour toute détermination de la sorte, veuillez indiquer précisément les passages dans lesquels le Département du commerce fait état d'une telle obligation, et en fournir une copie. (À cet égard, les États-Unis croient comprendre que le Canada fait valoir que, dans nombre de déterminations, le Département du commerce s'est fondé sur un raisonnement énoncé dans le Préambule ou autrement inspiré de celui-ci. La présente question ne porte pas sur ces déterminations, mais sur celles dans lesquelles le Département du commerce aurait expressément déclaré ne pas avoir d'autres options sur le plan juridique que de se conformer au Préambule).

Réponse

Il n'entrerait pas dans la pratique normale du Département du commerce ou de tout autre organisme gouvernemental de "déclarer expressément" qu'il se conforme à un préambule réglementaire ne se rapportant à aucune réglementation parce qu'il est juridiquement tenu de le faire. Comme l'attestent les affaires citées par le Canada dans ses communications précédentes et dans ses réponses aux questions 13 et 25 du Groupe spécial, le Département du commerce et les autres organismes gouvernementaux ont pour habitude normale d'appliquer purement et simplement les interprétations qui sont énoncées dans leurs réglementations, y compris les préambules réglementaires, sans s'étendre expressément sur le fait de savoir s'ils sont ou non juridiquement tenus de le faire. Autrement dit, lorsqu'un organisme gouvernemental applique une interprétation aussi déterminante à l'égard d'une question juridique que celle sur laquelle le Département du commerce s'est fondé, par exemple, dans les affaires *Bovins vivants* et *Acier inoxydable* (Corée), il est entendu qu'il se considère comme lié par les réglementations dûment promulguées par lui.

Question n° 3

Puisque le Canada a défini une "pratique" comme une "volonté administrative" de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières, combien faut-il de précédents pour instaurer une telle "pratique"? Si, comme il l'a indiqué dans sa réponse orale préliminaire à une question similaire, le Canada est d'avis qu'un seul précédent suffit à instaurer une "pratique" d'un organisme gouvernemental, considère-t-il qu'une affaire unique constitue un précédent qui lie le Département du commerce?

Réponse

Assurément, les interprétations juridiques, relatives à des questions particulières, que le Département du commerce élabore, énonce et applique dans le cadre de chacune de ses déterminations créent autant de précédents auxquels il se conforme et qu'il applique lors des procédures ultérieures. À cet égard, une détermination isolée du Département du commerce, en particulier si elle porte sur une question juridique particulière qui est examinée pour la première fois, peut instaurer une pratique du Département sur cette question. Une fois que le Département du commerce a fait connaître son interprétation juridique dans le cadre d'une affaire isolée, il est dans l'obligation de se conformer à ce précédent lors des affaires ultérieures, à moins de fournir des raisons solidement argumentées et défendables qui l'autorisent à rompre avec les précédents qu'il a créés.

RÉPONSES DU CANADA À CERTAINES DES QUESTIONS POSÉES AUX ÉTATS-UNIS

Question n° 2

Au sujet des actions au pénal prévues par la Loi de 1916, l'Organe d'appel a conclu que "de par sa nature ou son importance, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Département de la justice des États-Unis ne transforme pas la Loi de 1916 en une législation dispositive".⁸ Veuillez commenter les incidences éventuelles de cette décision de l'Organe d'appel quant à l'ordre dans lequel un groupe spécial pourrait successivement examiner la question de savoir si telle ou telle législation est de nature impérative ou dispositive et celle de savoir si cette législation est contraire aux obligations d'un Membre de l'OMC.

⁸ *Loi de 1916*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R–WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, paragraphe 91 (note de bas de page omise).

Réponse

Cette déclaration appelle deux observations initiales de la part du Canada. Premièrement, le Canada note qu'elle reflète la conclusion à laquelle l'Organe d'appel parvient plus loin, au paragraphe 97 de ce même rapport, à savoir que la distinction entre législations impératives et législations dispositives est un moyen de défense pour lequel la charge de la preuve incombait aux États-Unis. En effet, l'analyse de ce moyen de défense prend appui sur les constatations positives du groupe spécial, déjà formulées, en ce qui concerne l'applicabilité de l'article VI du GATT de 1947. Deuxièmement, la déclaration reflète aussi l'approbation par l'Organe d'appel de la méthode fondée sur le bon sens que le groupe spécial a adoptée pour apprécier la compatibilité de la Loi de 1916 avec les obligations des États-Unis au titre des dispositions pertinentes du GATT de 1947. Autrement dit, le groupe spécial a d'abord interprété l'article VI en vue de déterminer si la Loi de 1916 relevait du champ d'application de ces dispositions. Il lui fallait à cette fin définir précisément ce champ d'application. C'est seulement une fois ce dernier défini que le groupe spécial a pu chercher à déterminer si les États-Unis seraient en mesure d'éviter toute application incompatible de la Loi de 1916 découlant d'une interprétation qui situerait cette loi en dehors du champ d'application de l'article VI. Pour le dire autrement, c'est alors seulement que le groupe spécial a entrepris de déterminer si le droit interne des États-Unis avait suffisamment le caractère d'une législation dispositive pour qu'il soit possible de s'abstenir de toute mesure incompatible. Cette méthode s'applique avec une force égale dans le présent différend.

Comme le Canada l'a noté dans les commentaires qu'il a formulés au cours de la deuxième audience, cela est confirmé par le fait que les États-Unis s'appuient sur l'affaire *CEE – Pièces détachées* au paragraphe 12 de leur déclaration, et les États-Unis n'ont pas réussi à montrer que, de par sa nature ou son importance, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Département du commerce transforme les mesures en cause en législation dispositive.

Question n° 3

Dans l'affaire *Loi de 1916*, les États-Unis ont fait valoir devant l'Organe d'appel que c'était à tort que le groupe spécial avait considéré la distinction entre législations impératives et législations dispositives comme un moyen de défense pour lequel la charge de la preuve incombait aux États-Unis. L'Organe d'appel n'a nullement infirmé la manière dont le Groupe spécial avait défini et appliqué la charge de la preuve.⁹ Les États-Unis sont-ils d'avis que les questions relatives à la charge de la preuve diffèrent dans la présente affaire de celles qui se posaient dans l'affaire *Loi de 1916*? En particulier, le fait que les États-Unis ont soulevé la question de la distinction entre législations impératives et législations dispositives sous la forme d'une demande de décisions préliminaires modifie-t-il de quelque façon l'attribution de la charge de la preuve dans la présente affaire? Veuillez fournir des explications détaillées, en citant tout précédent pertinent.

Réponse

De l'avis du Canada, l'Organe d'appel a conclu que le Groupe spécial chargé de l'affaire *Loi de 1916* avait correctement défini la charge de la preuve. En particulier, l'Organe d'appel a cité, en l'approuvant, le raisonnement du groupe spécial tel qu'il est exposé au paragraphe 6.38 du Rapport du Groupe spécial CE et au paragraphe 6.25 du Rapport du Groupe spécial Japon. Le fait que les États-Unis aient invoqué pour la première fois la distinction entre législations impératives et législations dispositives dans le cadre de leur demande de décisions préliminaires n'altère en rien la validité de ce raisonnement.

⁹ *Id.*, paragraphes 93-97.

Le Canada est d'avis que, comme l'Organe d'appel l'a déclaré dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916* (en se référant à ses propres rapports dans les affaires *Chemises de laine* et *Hormones*), c'est au Membre demandeur qu'incombe la charge d'établir une présomption qu'une mesure prise par un autre Membre est incompatible avec les obligations de ce Membre découlant de l'Accord en question. Une fois la présomption établie par le demandeur, il incombe alors au défendeur de la réfuter. Comme le Canada l'a déclaré à maintes reprises depuis le début de la présente affaire, et une dernière fois encore au paragraphe 8 de cette deuxième communication écrite, il pense avoir établi que les mesures qu'il a contestées prescrivent de traiter les restrictions à l'exportation comme une "contribution financière" en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, et pour quelles raisons ce traitement est incompatible avec les obligations des États-Unis découlant de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC. En d'autres termes, le Canada a établi une présomption et s'est donc acquitté de la charge qui lui incombait.

Le Canada saisit cette occasion pour réitérer les commentaires qu'il a formulés lors de la deuxième audience en ce qui concerne l'invocation par les États-Unis de l'affaire *Canada - Aéronefs*. De l'avis du Canada, les États-Unis n'ont pas lieu d'invoquer cette affaire. Outre les observations qu'il a précédemment faites dans sa réponse à la demande de décisions préliminaires des États-Unis, le Canada note que les circonstances de l'affaire *Aéronefs* étaient différentes de la présente espèce puisque le Brésil n'avait pu alors établir une présomption. En effet, le Brésil n'avait pas démontré que le Canada entendait que le mandat de la SEE soit interprété de manière incompatible avec les règles de l'OMC. Cette incompatibilité résultait en réalité de l'interprétation que la SEE faisait elle-même de son mandat. Elle ne résultait d'aucun ordre impératif donné à la SEE en vertu de la législation canadienne. En la présente affaire, le SAA donne des ordres impératifs au Département du commerce sur la manière d'interpréter et d'appliquer l'article 771 5) B) iii) en ce qui concerne les restrictions à l'exportation. En l'espèce, la "prescription" est donc le résultat d'ordres impératifs à l'adresse du Département du commerce inscrits dans la législation des États-Unis, et non, en premier lieu, de l'interprétation de cette législation par le Département du commerce. De fait, la pratique de ce dernier montre clairement qu'il considère avoir reçu de tels ordres.¹⁰

Question n° 7

Au sujet des circonstances dans lesquelles l'octroi d'une subvention est, selon la formulation de la note de bas de page 4 de l'Accord SMC, "lié" aux exportations effectives ou prévues, l'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, a conclu ce qui suit:

"Il ne suffit pas de démontrer seulement que les pouvoirs publics accordant une subvention prévoyaient que des exportations en résulteraient. La prohibition ... s'applique aux subventions qui sont subordonnées aux résultats à l'exportation ... On peut fort bien accorder une subvention en sachant, ou en prévoyant, que des exportations en résulteront. Mais cela n'est pas suffisant en soi, parce que ce n'est pas la preuve que l'octroi de la subvention est lié à la prévision d'exportations."¹¹

¹⁰ De même, la question relative au programme Partenariat technologique Canada (PTC) qui a été soulevée dans l'affaire *Canada – Aéronefs* portait sur le point de savoir s'il incombait au Canada de démontrer que la loi modifiée sur le PTC ne pouvait être invoquée pour octroyer des subventions en fonction des résultats à l'exportation, alors même qu'il n'avait été produit aucun élément de preuve établissant que la loi, ou toute interprétation ultérieure de celle-ci, faisait obligation au Canada d'octroyer de telles subventions. C'est sur cette question que l'Organe d'appel a statué, et non sur le point de savoir s'il serait possible de contester la législation canadienne dans le cas où des mesures prises par le Canada démontreraient que la loi lui faisait obligation d'octroyer des subventions en fonction des résultats à l'exportation. Les États-Unis, au paragraphe 17 de leur deuxième déclaration orale, tentent donc de créer une contradiction là où il n'y en a aucune.

¹¹ *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*. Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphes 171-172

Quelles incidences, le cas échéant, cette déclaration de l'Organe d'appel aurait-elle sur l'argument des États-Unis selon lequel une restriction à l'exportation peut répondre à la définition d'une contribution financière qui figure dans l'Accord SMC si elle a pour effet un accroissement de l'offre nationale du bien soumis à restriction?

Réponse

L'utilisation des mots "lié aux" dans la note de bas de page 4 de l'Accord SMC vient confirmer la manière dont le Canada interprète le mot "ordonnent" à l'alinéa 1.1 a) 1) iv). "Ordonner" a un sens plus fort que "amener à". Le mot connote des instructions impératives données par les pouvoirs publics, une injonction émanant d'eux ou toute autre forme de contrôle positif. Le simple fait qu'une action des pouvoirs publics ait un effet incident ne signifie pas que les pouvoirs publics "ont ordonné" une action ayant cet effet.

Question n° 8

La position des États-Unis est-elle qu'un négociant est "chargé" de fournir des biens ou en reçoit l'"ordre" (du fait qu'il est "amené" à le faire) lorsqu'il est confronté à une restriction à l'exportation à laquelle il pourrait réagir en choisissant l'une quelconque de plusieurs options commercialement viables, l'une d'elles étant d'approvisionner le marché intérieur, et qu'il choisit cette dernière option? Le Groupe spécial se réfère d'une part aux paragraphes 47-48 des réponses des États-Unis aux questions datées du 7 février 2001, et d'autre part au paragraphe 125 de ces mêmes réponses.

Réponse

Le Canada a commenté les éléments de cette question dans sa réponse à la question 23 du Groupe spécial. Comme le Canada l'a déclaré, le producteur dispose d'un certain nombre d'options. Toutes ces options sont réelles et le producteur arrêtera le choix qu'il juge être au mieux de ses intérêts sur le plan économique. De plus, la décision de choisir telle ou telle option n'a pas besoin d'être prise une fois pour toutes, de façon irrévocable. Comme tout homme d'affaires, un producteur dont le produit fait l'objet d'une restriction à l'exportation va réévaluer en permanence ses choix commerciaux en vue de déterminer quels sont les plans et les méthodes d'exploitation qui lui permettront d'obtenir des résultats optimaux. En d'autres termes, l'effet d'une restriction à l'exportation, tel qu'en témoignent les mesures prises par des organismes privés, aura un caractère incident et dépendra d'une multitude de facteurs indépendants de la mesure des pouvoirs publics qui est en question (c'est-à-dire la restriction à l'exportation) ou extérieurs à cette mesure.

Selon la théorie défendue par les États-Unis, il y a instruction ou ordre de fournir des biens quand un certain ensemble de circonstances économiques propres à certains producteurs sont réunies. Toutefois, les États-Unis affirment aussi qu'il n'y aurait ni instruction ni ordre dans ces mêmes circonstances si les producteurs décidaient de ne pas fournir les biens sur le marché intérieur. En fait, selon cette théorie, chaque fois qu'un producteur décide de ne pas fournir les biens sur le marché intérieur, il n'y a ni instruction ni ordre. Il va sans dire que, pour la plupart, ces circonstances économiques échapperont au contrôle du producteur, et que nombre d'entre elles échapperont aussi au contrôle des pouvoirs publics. Par conséquent, cette théorie démontre par elle-même que l'effet d'une restriction à l'exportation sur des organismes privés a un caractère incident. Les organismes privés ne se voient d'aucune façon "ordonner" de vendre aux acheteurs nationaux du fait d'une restriction à l'exportation.

Question n° 10

Les États-Unis indiquent, en réponse à la question 12 b) du Groupe spécial:

"Il existe une différence entre avantage et contribution financière aux fins de l'alinéa iv). L'existence d'une contribution financière suppose semble-t-il: 1) qu'il y ait un rapport de causalité immédiat entre l'action des pouvoirs publics et l'action de l'organisme privé; et 2) que l'action de l'organisme privé revête la forme d'une mesure fiscale ou d'une subvention (soit le type de mesures que prennent "normalement" les pouvoirs publics)."

De l'avis des États-Unis, comment peut-on déterminer d'un point de vue pratique, et sans considérer la question de l'avantage, qu'une mesure donnée des pouvoirs publics consistant à "charger" une partie privée d'assurer une certaine fonction ou à lui "ordonner" de le faire au sens de l'alinéa iv) revêt ou ne revêt pas la "forme d'une mesure fiscale ou d'une subvention"?

Réponse

Le concept de "mesure fiscale ou subvention" a son origine dans le Rapport du Groupe spécial adopté le 24 mai 1960 sous le titre "Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5".¹² Il y est tout d'abord noté que le GATT ne s'occupe pas des systèmes mis en œuvre par des particuliers agissant indépendamment de leur gouvernement, si ce n'est dans la mesure où il permet aux pays importateurs de prendre des mesures en vertu d'autres dispositions de l'Accord général. Le groupe spécial conclut donc qu'il n'y a pas lieu de notifier aux autres parties contractantes les systèmes par lesquels un groupe de producteurs s'impose volontairement des contributions destinées à subventionner les exportations. Toutefois, le groupe spécial a estimé qu'en pareil cas, ces systèmes pourraient relever des dispositions du GATT selon l'origine des fonds et le degré d'intervention de l'État. En conséquence, il a considéré qu'il y avait bien obligation de notification dès lors que les pouvoirs publics intervenaient, soit en faisant des versements au fond 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 pouvoirs publics.

Il convient donc d'examiner l'évolution de la terminologie dans la Note du Secrétariat de 1987¹³ qui fait partie de l'historique des négociations de l'Accord SMC. Dans la première section de cette note, il est reconnu que le problème a trait en partie à la manière dont il convient de définir une subvention et d'en calculer le montant aux fins de l'imposition de mesures compensatoires. Sur la question de ce qu'il est convenu d'appeler les "subventions indirectes", il est fait référence à une opinion exprimée par le groupe d'experts concernant la méthode à utiliser pour calculer le montant d'une subvention. Le groupe d'experts avait jugé de manière générale utile le rapport établi par le Groupe spécial en 1960 et estimé que l'exemple des contributions que peuvent s'imposer volontairement des producteurs démontrait l'existence d'un lien nécessaire entre l'octroi de subventions et la perception d'impositions. Il a considéré qu'il peut y avoir des cas analogues où les autorités publiques choisissent de confier à un organisme privé le soin d'exercer certaines fonctions en rapport avec le droit souverain des États de percevoir des impôts et de décider de leur affectation. Il a ensuite opéré une distinction entre les pratiques comportant un transfert de fonds ou des engagements et celles qui impliquent que les autorités renoncent à des recettes ou ne les perçoivent pas. En conclusion, il a déclaré que de telles pratiques constituent des illustrations précises du principe général suggéré par le groupe spécial dans son rapport, à savoir que l'on peut parler de subventions lorsque les

¹² IBDD, S9/198 (L/1160).

¹³ Voir la note de bas de page 50 de la première communication des États-Unis. Groupe de négociation sur les subventions et mesures compensatoires; Note du Secrétariat, MTN.GNG/NG10/W/4 (28 avril 1987).

autorités publiques exercent leur pouvoir de percevoir des impôts et d'affecter les recettes fiscales soit directement, soit par délégation.¹⁴

Par conséquent, la question n'est pas de déterminer si les pouvoirs publics délèguent leurs fonctions en matière d'imposition et/ou leurs fonctions (circulaires) en matière de subventions aux fins de décider de l'existence d'une contribution financière. Elle est de savoir si les pouvoirs publics ont chargé 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 ont ordonné de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics.

¹⁴ Le Canada note que, dans la version anglaise, les mots "expenditure of revenue" semblent manquer devant le mot "authority" qui termine la phrase. Compte tenu du contexte et de la syntaxe, le Canada conclut à une omission involontaire.

ANNEXE A-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS POSÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL À SA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

(9 mars 2001)

QUESTIONS AUX ÉTATS-UNIS

Question n° 1

Au paragraphe 63 de leur deuxième déclaration orale, les États-Unis font objection à une approche qui consisterait à "considérer ensemble" les "mesures" mises en évidence par le Canada. Votre point de vue est-il que le Groupe spécial pourrait examiner la loi sans tenir compte de son interprétation telle qu'elle ressort du SAA? Est-ce une présentation correcte de l'argument du Canada que de dire que des ""mesures" qui, individuellement, ne prescrivent *pas* à un organisme gouvernemental telle ou telle ligne d'action ... le lui prescrivent en revanche considérées ensemble"? Le Canada fait plutôt valoir, semble-t-il, que les "mesures" qu'il a mises en évidence prescrivent bel et bien, individuellement et collectivement, de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières.

Réponse

L'argument des États-Unis n'est pas que la loi pourrait ou devrait être examinée sans qu'il soit tenu compte d'une certaine façon de l'interprétation qui ressort du SAA. *Voir, par exemple, la demande de décisions préliminaires des États-Unis, page 124, note 134.* Aux fins de déterminer la signification de la législation des États-Unis, il conviendrait que le Groupe spécial examine le SAA exactement comme le ferait un tribunal des États-Unis, en ayant à l'esprit que le SAA peut clarifier la loi, mais non prendre le pas sur elle. La loi qui est en cause dans le présent différend, qu'on la considère isolément ou en relation avec le SAA, ne prescrit pas de mesures incompatibles avec les obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

Le Canada a explicitement présenté des arguments à titre subsidiaire; en effet, il a fait explicitement valoir qu'il convenait d'examiner les mesures une à une et comme un tout. Les États-Unis croient toutefois que ce vers quoi tend réellement l'argumentation du Canada suppose que soient examinées ensemble ce qu'il appelle des "mesures". *Voir par exemple, la première communication du Canada, paragraphe 4; la réponse du Canada, paragraphe 8; et la première déclaration orale du Canada, paragraphe 8.* Dans ses réponses aux questions posées par le Groupe spécial le 18 janvier (7 février 2001), le Canada, en réponse à la question 4, a déclaré ce qui suit:

Fondamentalement, et dès le début du présent différend, le Canada a contesté le traitement réservé aux restrictions à l'exportation en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs. *Ce "traitement" résulte des mesures mises en évidence par le Canada, considérées ensemble.* De l'avis du Canada, il est incompatible avec les obligations des États-Unis découlant de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC. *Par conséquent, de l'avis du Canada, ces mesures doivent être analysées ensemble en vue de déterminer la nature du traitement réservé aux restrictions à l'exportation en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs.* Dans ses communications, le Canada a décrit la manière dont chacune des mesures contribue à définir un tel traitement. Le Canada est d'avis que ces mesures doivent être examinées ensemble.

Cela ne signifie pas que chaque mesure, prise individuellement, ne puisse faire l'objet d'un règlement. De plus, si le Groupe spécial devait déterminer que l'une des mesures mises en évidence par le Canada n'est pas une "mesure", il ne s'ensuivrait pas que les autres mesures, considérées ensemble, ne pourraient faire l'objet d'un règlement. (pas d'italique dans l'original)

Tout en notant brièvement que "cela ne signifie pas que chaque mesure, prise individuellement, ne puisse faire l'objet d'un règlement", le Canada n'a pas axé son argumentation sur une analyse de chacune des "mesures" considérée individuellement. De fait, le Canada pourrait difficilement faire valoir que chacune des "mesures" prescrit individuellement une ligne d'action contraire aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC, étant donné qu'il a admis à maintes reprises que la loi, considérée isolément, est compatible avec les règles de l'OMC, et que, jusqu'au moment où il a engagé la présente procédure, il a adopté une position similaire en ce qui concerne le SAA. De même, dans ses commentaires relatifs aux procédures normatives du Département du commerce, le Canada a reconnu que ce dernier avait préservé sa "liberté de manœuvre" et son "pouvoir discrétionnaire" en s'abstenant de promulguer une réglementation sur la question des "subventions indirectes".

Si, comme le Canada le laisse parfois entendre, chacune des "mesures" prescrit individuellement au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières), point n'est besoin que ces mesures soient examinées ensemble, ou comme "un tout", pour que le Canada obtienne satisfaction. Conscient, toutefois, qu'il lui est impossible de démontrer que l'une quelconque des "mesures" prescrit individuellement au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières), le Canada s'attache à examiner les "mesures" ensemble sous le couvert d'un concept amorphe qu'il baptise "volonté administrative". Là où le bât blesse, toutefois, c'est que le Canada n'a pu citer aucune source juridique émanant des États-Unis à l'appui de la proposition voulant que des "mesures" qui, individuellement, n'ont pas un caractère impératif, acquièrent de quelque façon ce caractère lorsqu'elles sont considérées ensemble. La raison en est, comme l'ont précédemment expliqué les États-Unis, qu'il n'existe pas de telles sources juridiques.

Question n° 2

Au sujet des poursuites au pénal prévues par la Loi de 1916, l'Organe d'appel a constaté que "de par sa nature ou son importance, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le Département de la justice des États-Unis ne transforme pas la Loi de 1916 en une législation dispositive ...".¹ Veuillez indiquer ce qu'implique, le cas échéant, selon vous, cette constatation de l'Organe d'appel quant à l'ordre dans lequel un groupe spécial pourrait examiner successivement la question de savoir si telle législation particulière est de nature impérative ou dispositive et celle de savoir si cette législation est contraire aux obligations contractées par un Membre dans le cadre de l'OMC.

Réponse

Dans l'affaire *Loi de 1916*, le groupe spécial a conclu que la législation en question avait un caractère impératif en ce sens que son application exigeait des mesures incompatibles avec les obligations des États-Unis découlant des Accords de l'OMC. Il a également conclu, et cela a été confirmé par l'Organe d'appel, que le pouvoir discrétionnaire de ne pas engager les poursuites prévues par la Loi de 1916 ne suffisait pas à transformer celle-ci en législation dispositive. Dans le présent

¹ *Loi antidumping de 1916*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R-WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, paragraphe 91. (note de bas de page omise)

différend, la question est de savoir si ce que le Canada appelle des "mesures" a de quelque façon le caractère d'une législation impérative, en ce sens que l'application de ces mesures obligerait, comme cela est allégué, à prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. De l'avis des États-Unis, le Canada n'a pas réussi à établir que oui. En d'autres termes, il n'a pas réussi à établir que ces "mesures" prescrivent au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières).

S'agissant des incidences des constatations susmentionnées sur le présent différend, dans la mesure où celui-ci n'a pas trait à des questions relatives au pouvoir discrétionnaire d'engager des poursuites ou de rendre des décisions judiciaires, et que l'applicabilité de la doctrine établissant une distinction entre législations impératives et législations dispositives n'est pas en cause, la seule incidence manifeste est qu'une loi doit *prescrire* d'enfreindre les règles de l'OMC pour être réputée incompatible, en tant que telle, avec lesdites règles. À cet égard, les États-Unis appellent l'attention du Groupe spécial sur le rapport, récemment distribué sous la cote WT/DS184/R, du groupe spécial constitué dans l'affaire *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits laminés à chaud en provenance du Japon*, dans lequel celui-ci déclare, au paragraphe 7.192, ce qui suit:

La pratique établie du GATT/de l'OMC veut que la compatibilité d'une loi telle qu'elle est énoncée puisse être contestée indépendamment de son application *uniquement dans la mesure où elle est de nature impérative et non pas dispositive*. En d'autres termes, *ce n'est que si une loi prescrit une action incompatible avec les règles de l'OMC ou bien interdit une action compatible avec ces règles qu'elle peut être mise en cause*, telle qu'elle est énoncée, dans la procédure de règlement d'un différend. (pas d'italique dans l'original)

Au sujet de l'analyse qu'appelle la disposition relative à la production captive qui était en cause, le groupe spécial ajoute, au paragraphe 7.197, que "[i]l n'est pas garanti que cette analyse débouchera sur une détermination compatible avec les obligations qui incombent aux États-Unis en vertu de l'Accord antidumping, mais elle ne prescrit aucune action incompatible avec ces obligations".²

Question n° 3

Dans l'affaire *Loi de 1916*, les États-Unis ont fait valoir devant l'Organe d'appel que c'était à tort que le groupe spécial avait traité la distinction entre législations impératives et législations dispositives comme un moyen de défense invoqué par les États-Unis pour lequel la charge de la preuve incombait à ces derniers. L'Organe d'appel n'a nullement infirmé la manière dont le groupe spécial avait exposé et appliqué la charge de la preuve.³ Les États-Unis considèrent-ils que les questions relatives à la charge de la preuve sont d'une nature différente en la présente espèce de celle qui était la leur dans l'affaire *Loi de 1916*? En particulier, le fait que les États-Unis ont soulevé la question de la distinction entre législations impératives et législations dispositives sous la forme d'une demande de décisions préliminaires modifie-t-il de

² Le groupe spécial est parvenu à une conclusion similaire concernant les dispositions de la Loi antidumping des États-Unis relatives à la détermination de l'existence de circonstances critiques qui étaient contestées par le Japon, et a cité à cet égard la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Loi de 1916* comme confirmant la validité de la doctrine opposant législations impératives et législations dispositives. *Id.*, paragraphe 7.141.

Le groupe spécial a également estimé "très important" le fait que la partie du SAA relative à la "production captive" indique clairement que cette disposition n'impose pas aux autorités compétentes des États-Unis de ne tenir aucun compte des prescriptions de l'Accord antidumping en matière de détermination de l'existence d'un dommage. *Id.*, paragraphe 7.198. De la même façon, la clause conditionnelle du SAA dont il a été question dans la présente affaire indique clairement que le Département du commerce doit appliquer les critères énoncés à l'article 1.1 a) 1) de l'Accord SMC.

³ *Id.*, paragraphes 93 à 97.

quelque façon l'attribution de la charge de la preuve dans le présent différend? Veuillez fournir des explications détaillées, en citant tout précédent pertinent.

Réponse

L'Organe d'appel n'a pas décrit la doctrine opposant législations impératives et législations dispositives comme un "moyen de défense affirmatif". Au lieu de quoi, il a constaté que le groupe spécial avait correctement exposé et appliqué les règles relatives à la charge de la preuve telles qu'elles avaient été énoncées dans les affaires *Inde – Chemises de laine* et *CE – Hormones*. Le groupe spécial avait constaté que les CE et le Japon avaient établi *prima facie* que la Loi de 1916 était une législation impérative dont l'application exigeait des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, et que les États-Unis n'avaient pas réussi à réfuter leurs arguments. Les États-Unis ne croient pas qu'en la présente espèce, les questions relatives à la charge de la preuve soient d'une nature différente de celle qui était la leur dans l'affaire *Loi de 1916*. Comme les CE et le Japon, le Canada a la charge de la preuve, tant pour ce qui est d'établir *prima facie* une présomption que les "mesures" constituent une législation impérative dont l'application exige du Département du commerce qu'il traite les restrictions à l'exportation comme des subventions que pour ce qui est d'en apporter au final une démonstration convaincante. Les États-Unis ne sont pas d'avis que le Canada a établi une présomption, mais à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'il l'ait fait, les États-Unis ont réfuté ses arguments avec succès.

S'agissant des incidences de la demande de décisions préliminaires des États-Unis, nous ne voyons pas comment une telle demande pourrait modifier l'attribution de la charge de la preuve. Dans cette demande, les États-Unis ont simplement invité le Groupe spécial à débouter le Canada au plus tôt, celui-ci n'ayant pas réussi à démontrer que les "mesures" en cause constituent une législation impérative. À cet égard, les États-Unis souhaitent noter que le fait qu'ils aient invoqué la doctrine opposant législations impératives et législations dispositives dans le cadre de leur demande de décisions préliminaires ne limite pas l'applicabilité de cette doctrine. En vertu de celle-ci, le Canada, pour l'emporter, doit démontrer que les "mesures" prescrivent au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières). La charge lui en incomberait quand bien même les États-Unis n'auraient jamais saisi le Groupe spécial d'une demande de décisions préliminaires.

Question n° 4

Dans leur réponse à la question 34 du Groupe spécial, les États-Unis indiquent ce qui suit:

"À l'évidence, le critère "chargent ou ordonnent" implique, dans son sens ordinaire, *quelque rapport de causalité* entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement des acteurs privés ..." (pas d'italique dans l'original)

Selon l'approche des États-Unis évoquée ci-dessus, dans le cas d'une restriction à l'exportation, l'existence d'une contribution financière dépendrait exclusivement de la réaction des producteurs du bien soumis à restriction, et plus précisément de la mesure dans laquelle ceux-ci intensifieraient leurs ventes du produit en question sur le marché intérieur, et elle ne peut être déterminée par la nature de cette action (la restriction à l'exportation) considérée en tant que telle. Cet argument des États-Unis implique-t-il que la règle juridique énoncée à l'alinéa iv) a un champ d'application plus vaste que celles qui sont énoncées aux alinéas i) à iii), en ce sens que ces alinéas auraient trait à des mesures données des pouvoirs publics, et non aux résultats ou effets de ces mesures, tandis que, au titre de l'alinéa iv), ces résultats ou effets

seraient déterminants? Ou bien les États-Unis font-ils valoir que lesdits effets seraient pertinents et déterminants dans la totalité des quatre alinéas?

Réponse

Nous ne saurions dire s'il serait juste de qualifier le champ d'application de l'alinéa iv) de plus vaste ou de plus étroit que celui des autres alinéas. Toutefois, il est assurément permis d'affirmer que la règle énoncée à l'alinéa iv) diffère de celles qui sont énoncées aux alinéas i) à iii). Aux termes de l'alinéa iv), pour qu'il y ait une contribution financière, il doit avoir été constaté: a) une mesure des pouvoirs publics, b) donnant instruction ou ordre, c) à un organisme privé, d) d'exécuter une fonction des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui e) est normalement du ressort des pouvoirs publics et ne diffère pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics.

Les États-Unis ne suggèrent pas qu'un accroissement de la quantité d'un bien fourni sur le marché intérieur à la suite de l'imposition d'une restriction à l'exportation suffirait en lui-même à démontrer l'existence d'une contribution financière. En réalité, il faudrait, à tout le moins, qu'ait été démontré un rapport de causalité suffisamment marqué entre la mesure prise par les pouvoirs publics et le comportement d'un organisme privé.

Question n° 5

Si le Département du commerce était saisi aujourd'hui des affaires *Bois de construction* et *Cuir*, s'appuierait-il pour déterminer l'existence d'une contribution financière sur des éléments de preuve factuels attestant une modification de l'offre du bien soumis à restriction sur le marché intérieur? Prendrait-il (plutôt ou aussi) en compte d'autres éléments d'appréciation (autre l'existence d'une restriction à l'exportation en tant que telle) aux fins de sa détermination? Dans l'affirmative, veuillez indiquer lesquels.

Réponse

Étant entendu que les États-Unis ne sont pas en mesure d'indiquer formellement ce que ferait le Département du commerce s'il était saisi des affaires *Bois de construction* et *Cuir* au titre de la législation en matière de droits compensateurs telle que modifiée postérieurement à la création de l'OMC, il est fort probable que le Département du commerce examinerait les éléments de preuve factuels se rapportant à des modifications dans la fourniture du bien soumis à restriction sur le marché intérieur. Sans que la liste ci-après prétende à l'exhaustivité, le Département du commerce pourrait également considérer, à titre d'éléments de preuve des analyses économétriques; les termes particuliers dans lesquels est formulée la mesure de restriction à l'exportation en question; l'existence et la nature d'éventuelles sanctions en cas d'infractions; l'objectif visé lors de l'imposition de la restriction à l'exportation; l'existence ou non, en dehors de la juridiction en question, d'une demande pour le produit soumis à restriction; la capacité des exportations de répondre de façon suffisante à cette demande indépendamment de l'existence d'une restriction à l'exportation; l'ampleur, le cas échéant, de l'écart de prix entre le marché intérieur et le marché à l'exportation; le fait que les producteurs du produit soumis à restriction souhaitent ou ne souhaitent pas exporter ce produit. De manière plus générale, le Département du commerce voudrait disposer d'éléments de preuve établissant qu'il est satisfait à chacun des critères de l'alinéa iv).

Question n° 6

Les États-Unis font valoir, en réponse à la question 36 b) du Groupe spécial, que "les critères "existence d'un avantage" et "spécificité" ... auront pour effet que, dans bon nombre de cas, il ne sera pas possible d'arguer d'une subvention indirecte alléguée pour engager une action, ni par conséquent appliquer une mesure compensatoire". Veuillez commenter les

éventuelles incidences sur cet argument de la déclaration faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, lequel a considéré les questions – et les définitions respectives – de "contribution financière" et d'"avantage" comme deux éléments juridiques distincts de l'article 1.1 de l'Accord SMC, qui *ensemble* déterminent si une "subvention" existe".⁴ En particulier, est-il correct de dire que l'argument des États-Unis présuppose que l'élément "contribution financière" ne serait pas en lui-même un facteur limitatif dans la détermination des types de mesures qui relèvent du champ d'application de l'Accord SMC, et que les seuls facteurs limitatifs sont les éléments "avantage" et "spécificité"?

Réponse

Les États-Unis ne contestent pas la notion voulant que "contribution financière" et "avantage" soient deux éléments distincts, et le présupposé que l'on croit percevoir dans leur réponse est incorrect. Toute mesure des pouvoirs publics ne satisferait pas au critère énoncé à l'alinéa iv), de sorte que l'élément "contribution financière" serait un facteur limitatif. Toutefois, ce serait faire preuve d'une courte vue que de ne retenir que ce seul élément lorsque l'on analyse l'argument "pente glissante" du Canada, car il est de fait que les éléments "avantage" et "spécificité" permettront eux aussi d'écarter des mesures des pouvoirs publics dont on pourrait autrement faire valoir qu'elles répondent à la définition d'une "contribution financière". La seconde moitié de la déclaration de l'Organe d'appel citée ci-dessus confirme de fait la position des États-Unis: "contribution financière" et "avantage" déterminent ensemble l'existence d'une "subvention".

Qui plus est, étant donné que l'élément "avantage" est également requis pour constater l'existence d'une "subvention", il pourrait se faire dans certains cas que le Département du commerce n'ait pas à s'interroger sur l'existence d'une "contribution financière" pour déterminer qu'une mesure particulière des pouvoirs publics ne constitue *pas* une subvention au sens de l'article 1.1. Contrairement à la présentation erronée que le Canada fait de l'affaire *Bovins vivants*, pareille situation s'est produite dans cette affaire, où le Département du commerce a constaté l'absence de tout avantage et n'a donc pas eu besoin de procéder à une détermination finale au sujet des allégations de la branche de production des États-Unis relatives à l'existence d'une "contribution financière".

Question n° 7

Au sujet des circonstances dans lesquelles une subvention est, selon la formulation de la note de bas de page 4 de l'Accord SMC, "liée à" des exportations effectives ou attendues, l'Organe d'appel, dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, a constaté ce qui suit:

"Il ne suffit *pas* de démontrer seulement que les pouvoirs publics accordant une subvention *prévoient* que des exportations en résulteraient. La prohibition ... s'applique aux subventions qui sont *subordonnées* aux résultats à l'exportation ... On peut fort bien accorder une subvention en sachant, ou en prévoyant, que des exportations en résulteront. Mais cela n'est pas suffisant en soi, parce que ce n'est pas la preuve que l'octroi de la subvention est *lié* à la prévision d'exportations."⁵

Quelles incidences, le cas échéant, cette déclaration de l'Organe d'appel aurait-elle sur l'argument des États-Unis selon lequel une restriction à l'exportation peut répondre à la

⁴ *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 (pas d'italique dans l'original).

⁵ *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, rapport de l'Organe d'appel, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphes 171 et 172.

définition d'une contribution financière qui est énoncée dans l'Accord SMC s'il a pour effet d'accroître l'offre sur le marché intérieur du bien soumis à restriction?

Réponse

De l'avis des États-Unis, la déclaration qui est citée n'est guère pertinente au regard des questions en cause dans le présent différend, du fait que l'Organe d'appel se prononçait en l'espèce sur des expressions ("subordonné à" et "lié à") dont le sens est différent de celui des termes en cause dans la présente espèce. Si les observations de l'Organe d'appel étaient appliquées à la présente affaire par analogie, elles conforteraient la position des États-Unis. Les États-Unis n'affirment pas que le seul fait d'anticiper ou d'attendre un résultat suffit pour conclure à l'existence d'une contribution financière au titre de l'alinéa iv). Au contraire, il faudrait, tout au moins, que l'on ait conclu qu'une restriction à l'exportation a induit à fournir un bien.

Question n° 8

La position des États-Unis est-elle qu'un commerçant est "chargé" de fournir des biens ou en reçoit l'"ordre" (du fait qu'il est amené à le faire) lorsqu'il est confronté à une restriction à l'exportation à laquelle il pourrait répondre par l'une quelconque de plusieurs options commercialement viables, l'une d'elles étant d'approvisionner le marché intérieur, et qu'il choisit cette option? Le Groupe spécial se réfère d'une part aux paragraphes 47 à 48 des réponses des États-Unis aux questions datées du 7 février 2001, et d'autre part au paragraphe 125 de ces mêmes réponses.

Réponse

S'agissant de savoir si "chargent ou ordonnent" signifie "induisent à", la position des États-Unis n'est pas que le simple fait qu'un producteur choisisse de fournir des biens sur le marché intérieur lorsqu'il est confronté à une restriction à l'exportation signifie qu'on lui a "ordonné" de le faire au sens de l'alinéa iv). Il faudrait qu'ait été démontré quelque rapport de causalité entre le comportement du producteur et l'action des pouvoirs publics, même si le Département du commerce n'a encore jamais été appelé à se prononcer sur le degré de solidité que devrait présenter ce rapport. De même, s'il se peut que les mots "chargent" et "ordonnent" correspondent à des critères différents, les États-Unis réaffirment que tous les dictionnaires cités dans le cadre du présent différend par l'une ou l'autre partie contiennent une définition du mot "direct" (ordonner) dont des éléments comportent l'idée de causalité.

En ce qui concerne la question des "options" alléguées, aucune de celles que le Canada a présentées n'est "commerciablement viable" dans le présent contexte. Le Canada pose qu'un producteur a essentiellement le choix entre quatre options: exporter, vendre aux industries de transformation nationales, transformer lui-même le produit ou cesser ses activités. S'il était prouvé, sur la base des faits de l'espèce, que l'exportation est juridiquement/commercialement l'objet d'une restriction, vendre aux industries de transformation nationales étant, de fait, la seule option commercialement viable, et que les ventes à ces industries augmentent, un tel résultat n'appellerait semble-t-il pas une qualification différente aux fins de l'Accord SMC que si les pouvoirs publics avaient simplement déclaré: "vous ne devez vendre uniquement qu'aux industries de transformation nationales". De l'avis des États-Unis, lorsqu'une action des pouvoirs publics ne laisse qu'une seule option commercialement viable à des entités privées, dire que cette action ne revient pas à "ordonner" à un acteur commercial d'exercer cette option introduirait une faille béante dans l'Accord SMC, sur la seule base d'une distinction sémantique.

Les efforts du Canada pour expliciter les "options" qu'il propose ne font que multiplier les contradictions. Le Canada a fait valoir que le producteur de l'intrant pourrait se muer en producteur

d'aval une fois l'exportation prohibée. En pareil cas, la mesure réglementaire des pouvoirs publics sera à l'origine d'un accroissement de la production du produit d'aval dans le pays où est imposée la restriction à l'exportation (accroissement qui n'était pas économiquement viable en l'absence de la restriction) au détriment de la branche de production de pays tiers, soit précisément le type de subvention octroyée par les pouvoirs publics qui devrait faire l'objet d'une procédure selon des documents élaborés par le Canada en dehors du cadre du présent litige. Voir *réponses des États-Unis*, paragraphe 44, où est citée la pièce n° 106 du Canada.

Le Canada fait à présent valoir que le producteur de l'intrant pourrait choisir de cesser ses activités en vendant à quelqu'un d'autre. Cette option n'est au mieux qu'une chimère. Après tout, que va faire le nouvel acheteur? Il sera confronté à la même restriction à l'exportation qui fait obstacle à l'option économiquement viable (à savoir exporter), obligeant donc à renforcer les ventes sur le marché intérieur ou la production du produit d'aval, ce qui ne serait pas arrivé en l'absence de cette mesure. Ou bien le Canada ferait-il valoir que le nouvel acheteur dispose d'autres options parce qu'il peut, à son tour, céder son activité à quelqu'un d'autre? Et que ce nouvel acheteur pourra, à son tour vendre à quelqu'un d'autre, et ainsi de suite?

Tout au long du présent différend, les États-Unis ont donné plusieurs raisons, outre celle qui est exposée ci-dessus, qui amènent à conclure que la manière dont le Canada interprète les mots "chargent ou ordonnent" est incorrecte. Le Canada faisant fausse route, une brève récapitulation apparaît à ce point nécessaire. Premièrement, les États-Unis ont cité nombre de textes dont il ressort clairement que ces mots s'appliquent notamment lorsqu'une partie (les pouvoirs publics) entreprend une action qui induit l'organisme privé à agir d'une certaine façon ou qui aboutit à ce résultat (*première communication des États-Unis*, paragraphes 30 et 31). Le Canada produit à présent un autre texte qui étaye selon lui son interprétation consistant à comprendre les mots "entrusts or directs" dans le sens d'"imposer". Le Canada cite cette source de façon très sélective, car il y est dit en réalité que le verbe "direct" (ordonner) signifie: "contrôler, guider; diriger les mouvements de"; "donner l'ordre ou le commandement formel de"; "indiquer ou montrer ... le chemin à suivre"; "pointer, viser ou faire se mouvoir dans une certaine direction"; "guider (conseiller, principe, etc.)"; "superviser la réalisation, la mise en scène, etc., de ..."; "guider l'interprétation de". Voir la pièce n° 136 du Canada.

Même si l'on accepte l'argument du Canada selon lequel "directs" (ordonnent) ne peut avoir comme seule signification que "donner l'ordre ou le commandement formel de", cette définition peut s'appliquer à une restriction à l'exportation. Une restriction à l'exportation peut être en effet considérée comme "l'ordre ou le commandement formel de" ne pas exporter. Alors que le Canada discute du point de savoir si, oui ou non, donner pour instruction de ne pas exporter équivaut à donner pour instruction de fournir des biens (soit la fonction décrite à l'alinéa iii)), il convient de noter que, aux termes de l'alinéa iv), il s'agit de savoir si l'action ordonnée par les pouvoirs publics relève des fonctions *des types* énumérés aux alinéas i) à iii). De plus, au vu des arguments avancés par le Canada dans la présente affaire, les États-Unis croient comprendre que celui-ci concède qu'un "ordre ou commandement formel" d'utiliser ou vendre un produit sur le marché intérieur, que l'on considère ou non cet ordre ou commandement formel comme une restriction à l'exportation, satisfait au critère énoncé à l'alinéa iv).

Deuxièmement, l'historique des négociations étaye solidement l'interprétation des États-Unis. Tout au long du Cycle d'Uruguay, le Canada (et les CE) ont plaidé en faveur d'une définition étroite du concept de subvention n'englobant que les seules subventions qui comportent un coût pour les pouvoirs publics. Le Canada a clairement affiché sa conviction que les restrictions à l'exportation et autres subventions indirectes ne devraient pas en principe donner lieu à des mesures compensatoires parce qu'il n'en résulte aucun "coût pour les pouvoirs publics". C'est seulement depuis qu'il a dû renoncer à cet argument mal inspiré dans l'affaire *Canada – Aéronefs* que le Canada a reporté toute son attention sur les mots "chargent ou ordonnent".

Troisièmement, d'autres affaires – en particulier l'affaire *Canada – Produits laitiers* – et une analyse de la Liste exemplative de subventions à l'exportation viennent conforter la position des États-Unis (*première communication des États-Unis*, paragraphes 61 à 66).

Enfin, le point de vue des États-Unis est manifestement conforme à l'objet et au but de l'Accord SMC. De fait, il est généralement admis qu'une restriction à l'exportation représente l'octroi d'une subvention. À dire vrai, les États-Unis ont peine à comprendre les efforts déployés par le Canada pour démontrer que l'argumentation des États-Unis se trouve de quelque façon affaiblie par le recours à l'interprétation normale du terme "subvention", telle qu'elle est utilisée par l'OMC, par les Nations Unies et par les autorités et les économistes du Canada.

Question n° 9

Comment les États-Unis concilient-ils leur argument selon lequel, tant qu'une restriction à l'exportation a pour effet d'accroître l'offre du bien soumis à restriction sur le marché intérieur, elle constitue 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'alinéa iv) avec la présence dans cette disposition des mots "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement"? En particulier, pourrait-on considérer que ces critères connotent, à tout le moins (et quoi qu'ils puissent signifier par ailleurs), un contrôle *affirmatif direct et explicite* exercé par les pouvoirs publics sur l'action particulière de l'organisme privé concerné? Si tel est bien le cas, comment cela pourrait-il se traduire dans l'approche axée sur les effets que vous préconisez? Dans le cas contraire, pourquoi?

Réponse

Outre l'existence d'un rapport de causalité entre l'action des pouvoirs publics (c'est-à-dire la restriction à l'exportation) et l'action de l'organisme privé (c'est-à-dire la fourniture d'un bien sur le marché intérieur), il faudrait encore vérifier qu'il est satisfait aux autres éléments de l'alinéa iv) – y compris les éléments "normalement de leur ressort" et "ne différant pas véritablement". Toutefois, ces mots se rapportent aux types de fonctions exercées et à la manière dont ces fonctions sont exécutées par l'organisme privé, et non au rapport de causalité entre l'action des pouvoirs publics et le comportement de l'organisme privé.

Les États-Unis demeurent d'avis que les formulations en question ont leur origine dans l'*Examen général prévu à l'article XVI, paragraphe 5*, où il est fait référence aux fonctions des pouvoirs publics en matière d'imposition et de subvention. Autrement dit, pour satisfaire aux conditions énoncées à l'alinéa iv), la fonction qu'un organisme privé est chargé ou reçoit l'ordre d'assurer doit correspondre à une action du type de celles que les pouvoirs publics ont pour habitude d'entreprendre lorsqu'ils octroient une subvention, à savoir une action comportant une réaffectation de ressources.⁶

⁶ Comme les États-Unis l'ont déjà noté (*voir première communication des États-Unis*, paragraphe 36, note 32), l'Organe d'appel a déclaré qu'"une "subvention" implique un transfert de ressources économiques de celui qui accorde la subvention aux bénéficiaires moyennant contrepartie non totale" – *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, rapport de l'Organe d'appel adopté le 27 octobre 1999, paragraphe 87. Le Canada est convenu dans le passé que l'alinéa iv) a trait aux fonctions des pouvoirs publics en matière d'imposition et de subvention. *Voir première communication des États-Unis*, paragraphe 52, note 51, citant *Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, WT/DS103/R, WT/DS113/R, rapport du Groupe spécial, tel que modifié par l'Organe d'appel, adopté le 27 octobre 1999, paragraphe 4.342.

Il pourrait fort bien exister des situations dans lesquelles il serait satisfait aux éléments "chargent ou ordonnent", mais non aux autres éléments. Un exemple en est fourni au paragraphe 75 de la *deuxième déclaration orale des États-Unis*.

Enfin, les États-Unis rappellent que rien dans l'alinéa iv) n'indique que l'élément "chargent ou ordonnent" ou l'élément "normalement de leur ressort/ne différant pas véritablement" requiert un "contrôle affirmatif direct et explicite". Ces termes ne sont pas utilisés dans le texte, et il n'y aurait aucun sens à ce qu'ils le soient. Si l'exercice d'un "contrôle direct et affirmatif" était la norme, il serait aisé de contourner l'alinéa iv) qui, de ce fait, serait vidé de son sens.

Question n° 10

Les États-Unis indiquent, en réponse à la question 12 b) du Groupe spécial:

"Il existe une différence entre avantage et contribution financière aux fins de l'alinéa iv). L'existence d'une contribution financière s'oppose semble-t-il: 1) qu'il y ait un rapport de causalité immédiat entre l'action des pouvoirs publics et l'action de l'organisme privé; et 2) que l'action de l'organisme privé revête la forme d'une mesure fiscale ou d'une subvention (soit le type de mesures que prennent "normalement" les pouvoirs publics)."

"De l'avis des États-Unis, comment peut-on déterminer d'un point de vue pratique, et sans considérer la question de l'avantage, qu'une mesure donnée des pouvoirs publics consistant à "charger" une partie privée d'assurer une certaine fonction ou à lui "ordonner" de le faire au sens de l'alinéa iv) revêt ou ne revêt pas la "forme d'une mesure fiscale ou d'une subvention"?"

Réponse

Dans la mesure où une subvention implique une réaffectation de ressources, il serait possible de déterminer, sans prendre en considération la question de l'avantage, si un organisme privé a ou non reçu l'ordre de fournir des ressources (c'est-à-dire un bien) à une autre partie dans le cadre d'un transfert qui, sinon, ne se serait pas produit. C'est ainsi que, s'agissant d'une restriction à l'exportation, il conviendrait de déterminer si des acteurs privés qui fournissent des biens sur le marché intérieur agissent sur ordre lorsque, en l'absence de toute directive des pouvoirs publics, ils n'auraient pas agi de la sorte. Quant à savoir si un avantage a été effectivement conféré du fait de cette fourniture de biens sur ordre des pouvoirs publics, ce serait là une question distincte. En théorie, il pourrait se faire qu'à la suite de la directive des pouvoirs publics, les prix demeurent tels qu'ils auraient été en l'absence de cette directive, auquel cas il est probable qu'il n'y aurait pas d'avantage.

Question n° 11

Les États-Unis affirment également, toujours en réponse à la question 12 b) du Groupe spécial:

"S'il peut se faire que la preuve de l'existence de ce deuxième élément [une action d'une partie privée revêtant la forme d'une imposition ou d'une subvention] se confonde en partie avec la preuve de l'existence d'un "avantage", *il s'agit là de deux choses distinctes.*" (pas d'italique dans l'original)

Veillez expliquer concrètement de quelle nature sont les preuves auxquelles vous vous référez, et comment celles-ci pourraient "se confondre en partie", s'agissant de démontrer l'existence d'une contribution financière et d'un avantage, tout en étant "deux choses distinctes". Les États-Unis veulent-ils dire par là que la preuve serait différente dans l'un et l'autre contexte ou que les deux contextes sont différents?

Réponse

La preuve qu'une action d'un organisme privé est fonctionnellement du même type que les mesures que prennent les pouvoirs publics à des fins d'imposition ou de subvention et la preuve de l'existence d'un "avantage" se confondent en partie parce que toutes deux résultent d'une seule et même transaction et attestent ou non que l'organisme privé n'aurait pas agi comme il l'a fait sans l'intervention des pouvoirs publics. La preuve d'une contribution financière suppose une transaction répondant aux conditions énoncées à l'alinéa iv), tandis que la preuve d'un avantage suppose que les circonstances de cette transaction répondent aux prescriptions de l'article 14 de l'Accord SMC.

Dans le cas, par exemple, d'un prêt consenti par l'État, il convient d'examiner la transaction elle-même en vue de déterminer s'il y a eu contribution financière, puis les conditions auxquelles le prêt a été consenti en vue de déterminer si un avantage a été conféré. Il en irait de même d'un prêt consenti sur instruction des pouvoirs publics, à ceci près qu'il faudrait en outre établir que les pouvoirs publics ont bien donné des instructions.

Question n° 12

Les fonctions "normalement [du] ressort" des pouvoirs publics au sens de l'alinéa iv) devraient-elles se limiter aux mesures prises à des fins d'"imposition" et de "subvention"? D'autres fonctions des pouvoirs publics impliquant la mise en œuvre de diverses politiques du gouvernement (par exemple sa politique sociale) devraient-elles nécessairement consister à prendre des mesures à des fins d'"imposition" ou de "subvention"? Dans le cas contraire, ces fonctions, même si elles correspondaient à celles qui sont énumérées aux alinéas i) à iii), se situeraient-elles en-dehors du champ d'application de l'alinéa iv)?

Réponse

Comme il est indiqué aux paragraphes 73 à 78 de la *deuxième déclaration orale des États-Unis*, l'expression "normalement de leur ressort" se prête à plusieurs interprétations, et les États-Unis ont donné au moins un exemple d'une situation qui ne relèverait probablement pas du champ d'application de l'alinéa iv), même si l'on peut faire valoir que la fonction considérée relève des alinéas i) à iii). Cette expression est une prescription indépendante au titre de l'alinéa iv), même si ladite fonction correspond aux alinéas i) à iii).

RÉPONSES DES ÉTATS-UNIS À CERTAINES QUESTIONS POSÉES AU CANADA

Question n° 13

Le Préambule a-t-il déjà été invoqué dans des affaires en tant que "règle législative" au sens décrit par les États-Unis aux paragraphes 30 à 43 de leur deuxième déclaration orale? Dans l'affirmative, veuillez fournir des détails.

Réponse

La position du Canada est semble-t-il que le Département du commerce traite la partie du Préambule qui est ici en cause comme s'il s'agissait d'un règlement, au mépris de divers principes du droit administratif des États-Unis relatifs aux règles législatives et à la nature non contraignante des précédents administratifs. De l'avis des États-Unis, cette conception est infirmée par la partie pertinente du Préambule elle-même comme par la manière dont le Département du commerce l'a ultérieurement invoquée. Toutefois, lorsque l'on examine la totalité du Préambule – et non plus les seules parties contestées par le Canada, il devient encore plus manifeste que le Département du commerce savait fort bien ce qu'il lui fallait faire pour prendre des dispositions qui le lient et que c'est délibérément que, dans certains cas, il a choisi de ne pas se lier.

C'est ainsi qu'à la page 65349 de l'*Avis de règle définitive* du Département du commerce (pièce n° 3 du Canada), celui-ci explique en ces termes pourquoi il a choisi de ne pas se lier au sujet de ce qu'on appelle les "instruments hybrides":

À cet égard, le Département a envisagé de codifier son approche de ce qu'on appelle les "instruments hybrides", c'est-à-dire des instruments financiers qui n'entrent pas facilement dans les catégories de base des subventions, des prêts ou des prises de participations. Dans les déterminations concernant l'acier établies en 1993 (voir l'affaire *Certain Steel Products from Austria (General Issues Appendix)*, 58 FR 37062, 37254 (9 juillet 1993) ("GIA")), le Département a mis au point une approche hiérarchisée pour classer les instruments hybrides, approche qui a été entérinée dans l'affaire *Geneva Steel v. United States*, 914 F. Supp. 563 (CIT 1996). Cependant, malgré cet aval judiciaire, le Département a relativement peu l'expérience des instruments hybrides. Par conséquent, bien qu'il n'ait aucunement l'intention de s'écarter de l'approche énoncée dans le GIA, le Département estime qu'il serait pour l'heure prématuré de codifier celle-ci sous la forme d'un règlement.

À la page 65355 de la pièce n° 3 du Canada, le Département du commerce a justifié de la manière suivante son choix de ne pas se lier en ce qui concerne ce qu'il appelle les "méthodes de privatisation":

Bien que nous ayons acquis une certaine compétence technique en ce qui concerne les changements de propriété au cours de ces cinq dernières années et que les observations soumises en réponse au projet de règlement de 1997 nous aient fourni encore plus matière à réflexion, nous ne pensons pas qu'il soit indiqué de promulguer un règlement sur cette question pour l'heure. Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, nombre des idées exprimées par les commentateurs nous amèneraient à adopter des positions extrêmes. Un autre argument qui plaide contre la codification de toute méthodologie relative à la privatisation pour l'instant tient au fait que les tribunaux peuvent, en examinant la méthodologie actuelle, adopter une interprétation de la législation qui, soit validerait, soit réfuterait certaines des options

que nous avons examinées, notamment celles proposées par les commentateurs. Enfin, compte tenu de l'évolution rapide des conditions économiques dans le monde, en particulier en ce qui concerne la question de la propriété de l'État, nous estimons que nous devrions continuer de développer notre politique dans ce domaine en résolvant des cas individuels. L'évolution des conditions économiques crée des difficultés supplémentaires pour ce qui est de la mise au point d'un cadre unifié destiné à l'analyse des transactions liées à des changements de propriété. Dans le projet de règlement de 1997, nous avons identifié nombre de ces questions et difficultés supplémentaires qui mériteraient peut-être d'être examinées dans ce contexte, et nous nous sommes interrogés à ce sujet. Nous pensons cependant que les observations que nous avons reçues ne répondaient pas suffisamment à un grand nombre de ces préoccupations.

...

La décision de ne pas inclure dans le présent règlement définitif de disposition sur les changements de propriété ne nous empêche pas de publier un règlement portant sur ce sujet ultérieurement. Nous continuerons d'étudier cette question et nous examinerons la possibilité de mettre au point un autre cadre d'analyse qui tienne compte de la variété des scénarios que nous avons rencontrés jusqu'à présent en ce qui concerne les changements de propriété et qui, comme c'est le cas de la méthodologie actuelle, réponde aux vœux du Congrès qui souhaite que nous examinions les changements de propriété au cas par cas. En attendant, nous continuerons d'appliquer notre méthodologie actuelle aux affaires de droits compensateurs en cours et nous examinerons soigneusement les faits inhérents à chaque cas. Nous réfléchirons toutefois à la question de savoir si la méthodologie mérite d'être modifiée.

Plus loin dans le Préambule, le Département du commerce a expliqué pourquoi il ne promulguait aucun règlement qui énoncerait des critères détaillés faisant intervenir le concept d'"infrastructure générale" (pièce n° 3 du Canada, page 65378); qui se rapporterait à l'achat de biens par les pouvoirs publics (pièce n° 3 du Canada, page 65379); qui codifierait la pratique existante du Département du commerce en matière de subventions touchant les travailleurs (pièce n° 3 du Canada, page 65380); ou qui aurait trait aux subventions au remplacement d'importations (pièce n° 3 du Canada, page 65385).

Sur chacune de ces questions, l'analyse exposée dans le Préambule montre que le Département du commerce a estimé ne pas avoir une expérience suffisante pour promulguer un règlement contraignant, et qu'il a préféré conserver sa liberté d'arrêter sa politique au cas par cas. À la lumière de ces exemples, il n'est tout simplement pas plausible d'affirmer, comme le fait le Canada, que le Département du commerce se considère comme lié par la partie du Préambule mise en cause par le Canada.

À cela le Canada répond que, si les préambules de ce type n'ont pas un caractère contraignant, ils sont "dénusés de toute raison d'être". Les États-Unis ne sauraient dire ce qu'il en est dans le droit interne du Canada, mais aux États-Unis, il est considéré comme hautement souhaitable qu'un organisme administratif opérant dans le cadre d'un système de gouvernement démocratique tienne le public informé de ses vues au moyen d'instruments non contraignants tels que des déclarations de politique générale ou des règles d'interprétation. Par conséquent, les parties du Préambule citées plus haut ne sont nullement des déclarations "dénusées de toute raison d'être", puisqu'elles avaient pour objet de porter à la connaissance du public le raisonnement du Département du commerce sur les questions auxquelles elles se rapportaient.

De manière plus générale, il y a lieu de mentionner les avantages et les inconvénients qu'un organisme gouvernemental est amené à peser lorsqu'il lui faut choisir entre publier une règle législative ou publier un instrument non contraignant tel qu'une règle d'interprétation ou une déclaration de politique générale. Du point de vue de cet organisme, une règle législative présente d'importants avantages sur le plan de l'efficacité. Dûment promulguée, elle aura force de loi et l'organisme n'aura plus à la justifier à maintes reprises. En revanche, s'il opte pour une règle d'interprétation, il devra la justifier continuellement au cas par cas. De surcroît, une décision récente de la Cour suprême des États-Unis donne à penser que les tribunaux pourraient accorder plus de poids à une règle législative qu'à une règle d'interprétation. Voir à la page 171 de la pièce n° 33 des États-Unis l'analyse de la décision rendue dans l'affaire *Christensen v. Harris County*, 120 S. Ct. 1655 (2000).

L'inconvénient avec une règle législative est que, du fait que l'organisme gouvernemental *est* lié par elle, il doit assumer les conséquences des choix politiques dont elle est l'expression. Si par exemple, dans le cadre d'une procédure en matière de droits compensateurs, le Département du commerce constatait que l'application d'un règlement aux faits de l'espèce aboutirait à des résultats indésirables, il lui faudrait s'accommoder de ces résultats ou abroger ou modifier le règlement. Dans le cas d'une règle d'interprétation, en revanche, si l'organisme gouvernemental concluait qu'elle aboutit à des résultats indésirables, il serait libre de l'annuler.

Considéré dans sa totalité, le Préambule montre que le Département du commerce a réfléchi à ces avantages et inconvénients. Lorsqu'il a jugé avoir une expérience suffisante, il a promulgué des règlements, se liant ainsi lui-même. Lorsqu'il n'a pas estimé disposer d'une expérience suffisante - comme dans le cas des nouvelles règles applicables aux "subventions indirectes" en vertu de l'article 771 5) B) iii) de la Loi douanière - le Département du commerce s'est abstenu de promulguer des règlements, de façon à préserver sa liberté de manœuvre et son pouvoir discrétionnaire.

Question n° 14

Le Canada fait valoir, en réponse à la question 16 c) du Groupe spécial, qu'une "[p]ratique 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". Comment, de l'avis du Canada, cette "volonté institutionnelle" se manifeste-t-elle? Autrement dit, pour pouvoir être reconnue en tant que telle, cette "volonté" devrait-elle avoir été exprimée sous forme écrite, par exemple dans une détermination du Département du commerce, et désignée comme constituant de manière générale une "pratique" ou une "politique" de l'organisme public? Dans le cas contraire, comment (c'est-à-dire sous quelle forme) devrait-elle s'être exprimée? Dans la mesure où une "pratique" a été explicitement désignée dans une détermination du Département du commerce ou tout autre document, en quoi, de l'avis du Canada, diffère-t-elle d'une "disposition législative"?

Réponse

Pour leur part, les États-Unis ont toujours peine à comprendre la nature exacte de la "volonté institutionnelle" postulée par le Canada et la manière dont celle-ci trouve place à l'intérieur du cadre juridique dans lequel opère le Département du commerce. Abstraction faite de la question de la forme sous laquelle s'exprime cette prétendue "volonté institutionnelle", le point décisif est de savoir si celle-ci - quelle que soit sa nature - lie le Département du commerce en lui prescrivant de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières. De l'avis des États-Unis, il n'existe que deux types d'instruments qui pourraient avoir un tel effet contraignant: une loi ou un règlement. Le Canada n'a pas contesté l'absence de tout règlement du Département du commerce relatif aux

subventions indirectes en général, ou aux restrictions à l'exportation en particulier, et il a concédé que la loi n'impose pas au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions. De plus, un examen du SAA ne modifie en rien cette conclusion concernant la loi.

Question n° 16

Dans l'hypothèse où le Groupe spécial statuerait sur l'ensemble des mesures mises en évidence par le Canada, mais non sur la "pratique", et formulerait à leur sujet des constatations allant dans le sens des demandes du Canada, quelles actions les États-Unis devraient-ils entreprendre pour "mettre leurs mesures en conformité" en vertu d'une telle décision? En quoi de telles actions diffèreraient-elles de celles que les États-Unis devraient entreprendre si le Groupe spécial rendait également une décision favorable au Canada au sujet de la "pratique"? En d'autres termes, quelles seraient, de l'avis du Canada, les conséquences spécifiques et concrètes, au regard de ses revendications, du fait que le Groupe spécial inclurait ou n'inclurait pas la "pratique" dans une hypothétique décision qui lui serait favorable? Dans votre réponse, veuillez commenter la déclaration du groupe spécial constituée dans l'affaire *Communautés européennes – Pièces détachées et composants* qui, après avoir constaté que les dispositions législatives en cause n'avaient pas un caractère obligatoire, a estimé que, bien qu'il eût été souhaitable que les Communautés européennes renoncent auxdites dispositions législatives, elles s'acquitteraient de leurs obligations au titre du GATT si elles cessaient d'appliquer ces dispositions à l'égard des parties contractantes.⁷ En irait-il de même dans l'hypothèse de la décision envisagée ci-dessus? Dans le cas contraire, pourquoi? Dans votre réponse orale à cette question, vous avez déclaré que, dans une telle hypothèse, il ne serait pas nécessaire que les États-Unis révisent le SAA. Comment cette déclaration se concilie-t-elle avec votre précédente affirmation selon laquelle le SAA fait obligation au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des contributions financières?

Réponse

Les États-Unis soutiennent que la réponse orale du Canada à cette question ôte toute crédibilité à ses allégations. Selon les notes prises par la délégation des États-Unis, le Canada a avancé les trois principales propositions suivantes:

- a) S'agissant de la loi, aucune modification ne serait nécessaire puisque la loi, telle qu'elle est énoncée, n'est pas incompatible avec l'Accord SMC;
- b) s'agissant du SAA, les États-Unis pourraient "exploiter" la clause conditionnelle figurant dans le SAA de façon à ajuster l'interprétation de la loi énoncée par cet instrument; et
- c) s'agissant du Préambule, le Département du commerce pourrait i) publier un avis au *Federal Register* désavouant la partie du Préambule qui est en cause dans le présent différend; ou bien ii) marquer, par une détermination établie dans une affaire particulière, qu'ils cessent de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (par exemple en décidant dans une affaire réelle de ne pas ouvrir une enquête au sujet d'une restriction à l'exportation alléguée, ou en rendant une détermination négative dans une affaire réelle au motif qu'une restriction à l'exportation ne constitue pas une subvention).

Ces propositions sont en contradiction absolue avec la position adoptée par le Canada tout au long du présent différend. En ce qui concerne le SAA, le Canada a insisté sur le fait qu'il prescrit au Département du commerce d'interpréter la loi de façon à traiter les restrictions à l'exportation comme

⁷ *Communauté économique européenne – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, rapport du Groupe spécial (IBDD, S37/142, adopté le 16 mai 1990, paragraphe 5.26.

des subventions (ou comme des contributions financières). Plus précisément, comme le Groupe spécial ne l'ignore pas, le Canada a fait valoir tout au long de ce différend que la clause conditionnelle figurant dans le SAA est dénuée de raison d'être. De fait, dans sa *deuxième déclaration orale* (paragraphe 15 à 17), le Canada a souligné une fois encore que le SAA prescrit au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières). Or, quelques heures plus tard à peine, en réponse à la présente question, le Canada a admis que le SAA ne prescrit en réalité rien de tel.

Le fait que le Canada ait adopté des positions contradictoires au cours du présent différend n'est pas pour surprendre. Comme le prouve la pièce n° 32 des États-Unis, pas plus tard qu'en septembre 1999, le Canada, dans l'affaire *Bovins vivants* s'est dit d'avis que le SAA ne prescrit *pas* au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions.

Pour ce qui est enfin du Préambule, le Canada a insisté tout au long de la présente affaire sur le fait qu'il a le même statut qu'un règlement; autrement dit qu'il s'agit d'une règle législative qui lie le Département du commerce. Or, si tel était le cas, le Département du commerce ne pourrait se contenter de désavouer le Préambule en publiant un avis au *Federal Register* ou en adoptant une nouvelle approche dans une affaire réelle de droits compensateurs. En tant que règle législative, le Préambule "aurait force de loi"; en d'autres termes, il lierait le Département du commerce jusqu'à ce qu'il ait été dûment prorogé ou modifié. La seule façon appropriée d'abroger ou de modifier une règle législative est de répéter le même processus de publication d'avis et d'observations par lequel la règle législative a été initialement promulguée. Les méthodes d'application suggérées par le Canada sont donc en totale contradiction avec sa description du statut juridique du Préambule.

Question n° 17

Nous croyons comprendre que le Canada avance les deux arguments suivants concernant la législation en cause: i) que la loi "telle qu'interprétée par" le SAA et le Préambule est une législation impérative qui prescrit au Département du commerce d'enfreindre ses obligations découlant de l'Accord SMC; et ii) que, bien que la loi ait en elle-même un caractère dispositif, en ce sens qu'il serait possible de l'interpréter d'une manière compatible avec les règles de l'OMC, le SAA et le Préambule "réduisent le pouvoir discrétionnaire" du Département du commerce d'agir en conformité avec ces règles. Est-ce là une lecture correcte de l'argumentation du Canada? Ces deux formulations sont-elles simplement deux façons différentes de dire la même chose, ou la seconde représente-t-elle un argument subsidiaire par rapport à la première, ou un argument différent à quelque autre égard? Veuillez expliquer votre position.

Réponse

Les États-Unis notent qu'un texte qui "réduit le pouvoir discrétionnaire" n'est pas la même chose qu'une "législation impérative". Toute source juridique – un article dans une revue de droit, un rapport d'une commission du Congrès, un précédent administratif, une détermination des autorités d'un autre Membre – peut être considérée comme "réduisant le pouvoir discrétionnaire" en ce sens que, dans la mesure où elle est convaincante, elle rend une certaine approche moins susceptible d'être appliquée que l'approche contraire, et qu'un décideur, s'il veut prendre une décision rationnelle et défendable, peut choisir de s'y conformer, de l'expliquer ou de l'opposer à d'autres. Elle n'en diffère pas moins d'une législation impérative.

Que l'on considère par exemple ce qui a été constaté concernant le Compte du Canada dans l'affaire *Canada – Aéronefs*. L'existence du Compte du Canada rendait l'octroi de subventions à l'exportation prohibées plus probable que ce n'aurait été le cas autrement. Néanmoins, le groupe spécial constitué dans cette affaire a constaté que le Compte du Canada n'était pas, en tant que tel,

incompatible avec les règles de l'OMC, parce qu'il n'imposait pas l'octroi de subventions à l'exportation. Le groupe spécial en a ainsi décidé bien qu'il ait constaté dans le même temps qu'un financement particulier sous forme de crédits accordés au titre du Compte du Canada constituait bel et bien une subvention à l'exportation prohibée.

Question n° 19

Le Canada pourrait-il expliquer l'apparente contradiction entre la présentation qu'il fait de la clause conditionnelle du SAA dans le présent différend et les arguments qu'il a avancés au sujet de la même clause dans le cadre de l'enquête faisant l'objet de l'affaire *Bovins vivants*, et auxquels il est fait référence au paragraphe 24 de la deuxième déclaration orale des États-Unis?

Réponse

De l'avis des États-Unis, cette contradiction et les efforts de rationalisation du Canada sont éloquentes. Les États-Unis notent que, lorsque le Canada a formulé son argumentation dans l'affaire *Bovins vivants*, il était apparemment convaincu, et a fait valoir publiquement, que ni la loi, ni le SAA, ni aucune autre "mesure" ne prescrivait au Département du commerce de traiter les restrictions à l'exportation comme des subventions (ou comme des contributions financières).

Question n° 20

Comment faut-il comprendre la phrase suivante du paragraphe du Rapport de la Commission mixte du Sénat concernant la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay (pièce n° 134 du Canada) dont vous citez un extrait au paragraphe 19 de votre deuxième déclaration orale?:

"La Commission compte en outre que les subventions indirectes des types susmentionnés continueront de donner lieu à des mesures compensatoires lorsqu'il est satisfait au critère énoncé à l'article 771 5) B) iii)."

Cette phrase a-t-elle, de l'avis du Canada, la même signification que la clause conditionnelle du SAA?

Réponse

Abstraction faite de ce qu'implique manifestement la citation sélective que le Canada a faite du Rapport de la Commission mixte du Sénat dans sa *deuxième déclaration orale*, cette phrase a, de l'avis des États-Unis, la même signification que la clause conditionnelle figurant dans le SAA, à savoir que les "subventions indirectes" du même type que celles qui, dans le passé, ont donné lieu à des mesures compensatoires ne continueront de faire l'objet de telles mesures que si le Département du commerce a établi qu'il est satisfait au critère énoncé à l'alinéa iv).

Le Canada prétend avoir mis en évidence toutes les "mesures" qui constituent le "traitement réservé aux restrictions à l'exportation en vertu de la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs", mais jusqu'à la dernière minute, il n'a pas dit mot du Rapport de la Commission conjointe du Sénat. Voilà une autre raison encore pour laquelle les décisions d'un groupe spécial ne devraient être prises que sur la base de mesures réellement adoptées par des Membres ou d'une législation ayant clairement un caractère impératif, et non de spéculations, à partir d'une pléthore de textes et de situations théoriques, quant à la manière dont un organisme administratif pourrait se prononcer.

Question n° 23

Le Canada fait apparemment valoir, dans ses réponses aux questions 11 et 12 a) du Groupe spécial, que le champ d'application des alinéas i) à iii) de l'article 1.1 a) 1) est plus vaste que celui de l'alinéa iv). En effet, le Canada soutient que toute mesure des pouvoirs publics appartenant en elle-même aux types décrits aux alinéas i) à iii) constitue en principe, par définition, et sans autres conditions, une "contribution financière". Le Canada fait toutefois également valoir que, si les pouvoirs publics prenaient la même mesure, mais cette fois *par l'intermédiaire* d'un organisme privé, cette mesure ne constituerait une "contribution financière" que si les pouvoirs publics avaient pour habitude "normale" d'assurer cette fonction. Cet argument implique semble-t-il qu'une intervention des pouvoirs publics sur le marché par l'intermédiaire d'un organisme privé (fût-elle répétée tout au long d'une période donnée) ne répondrait pas aux conditions énoncées à l'alinéa iv), à moins que les pouvoirs publics ne soient déjà intervenus directement dans le passé (ou que cela ait été antérieurement leur pratique "ordinaire"). Si, par exemple, les pouvoirs publics ordonnaient soudain à des banques privées de consentir certains prêts à certaines sociétés, alors qu'ils n'avaient jamais dans le passé prêté eux-mêmes à des sociétés privées des sommes prélevées sur leurs fonds propres, il découlerait semble-t-il de l'argument du Canada que ces prêts, bien que consentis sur ordre explicite des pouvoirs publics, ne constitueraient pas une contribution financière des pouvoirs publics *du fait de* l'absence de toute pratique antérieure de ces derniers en la matière. Est-ce là une lecture correcte de l'argument du Canada? Veuillez expliquer votre position, et indiquer pour quelles raisons ou dans quelle intention l'article premier énoncerait selon vous deux règles juridiques différentes dans différents alinéas de la même disposition relative à l'existence d'une "contribution financière", à savoir une première règle aux alinéas i) à iii), et une deuxième plus restrictive, à l'alinéa iv).

Réponse

Pour les raisons qui ont déjà été exposées, les États-Unis considèrent que l'argument du Canada (que le Groupe spécial présente correctement) est dépourvu de tout fondement logique. À l'issue de la deuxième réunion avec le Groupe spécial, le Canada a paru lui-même reconnaître les effets pervers qui résulteraient de son interprétation.

À ce stade, les États-Unis souhaitent simplement ajouter que l'interprétation du Canada est incompatible avec l'objet et le but de l'Accord SMC qui, comme il est proclamé dans le préambule du GATT, incluent "la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce ...". Or, suivant l'interprétation du Canada, telle activité d'un Membre A constituerait une contribution financière au sens de l'alinéa iv), mais il pourrait en aller différemment de la même activité lorsque celle-ci est le fait d'un Membre B. Outre que pareil résultat est absurde, il est difficile de parler à son sujet de "réciprocité et d'avantages mutuels".

Question n° 24

Le Canada pourrait-il répondre à l'argument avancé par les États-Unis dans la dernière phrase du paragraphe 46 de leur deuxième déclaration orale?

Réponse

Voir, ci-dessus, la réponse des États-Unis à la question 13 posée au Canada.

ANNEXE A-5

LETTRE DES ÉTATS-UNIS COMMENTANT LES RÉPONSES DU CANADA AUX QUESTIONS POSÉES À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND DU GROUPE SPÉCIAL

(7 mars 2001)

Les autorités de mon pays m'ont chargé de soumettre les observations ci-après concernant les *réponses du Canada aux questions posées à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial* ("*deuxième série de réponses du Canada*"), en date du 2 mars 2001. Pour les raisons exposées plus loin, les États-Unis prient respectueusement le Groupe spécial de prendre en considération ces observations.

Bien que les États-Unis soient, de manière générale, en désaccord avec les arguments juridiques exposés dans la *deuxième série de réponses du Canada*, ces arguments reprennent en grande partie des arguments déjà précédemment formulés par le Canada, et les États-Unis ne souhaitent pas s'engager dans un nouvel échange de communications pour les réfuter une fois encore. Au lieu de quoi, les observations présentées ci-après se rapportent pour une bonne part à trois nouvelles pièces qui étaient jointes à titre d'éléments d'information factuels à la *deuxième série de réponses du Canada* et analysées dans ces réponses, à savoir les pièces n° 137, 138 et 140 du Canada, en tant qu'elles ont trait au concept de "règle législative" dans le droit administratif des États-Unis. Ce sont là de nouveaux éléments factuels sur lesquels les États-Unis n'ont pas eu l'occasion de présenter des observations. Les États-Unis estiment important d'appeler l'attention du Groupe spécial sur les points indiqués ci-après.

L'autre aspect sur lequel les États-Unis souhaiteraient formuler de brèves observations a trait à la réponse du Canada à la question 1 a) posée par les États-Unis. Bien que le Canada n'apporte aucune information nouvelle dans sa réponse à cette question, il y fait une affirmation erronée sur le plan factuel qui, de l'avis des États-Unis, demande à être corrigée.

La question 13 du Groupe spécial et les règles législatives

En réponse à la question 13 du Groupe spécial, le Canada soumet à titre d'éléments de preuve deux décisions d'un tribunal des États-Unis, rendues respectivement dans les affaires *National Family Planning and Reproductive Health Ass'n v. Sullivan*, 979 f. 2d 227 (D.C. Cir.1992) (pièce n° 137 du Canada) et *Troy Corporation v. Browner*, 120 F. 3d 277 (D.C. Cir. 1997) (pièce n° 138 du Canada). Le Canada allègue semble-t-il que quelque critère nouveau et différent a été énoncé dans ces affaires en vue de déterminer ce qu'est une règle législative alors que, en réalité, ces décisions ne s'écartent en rien des décisions déjà citées par les États-Unis. Cela étant dit, toutefois, le Canada, dans son analyse, passe sous silence un certain nombre de points importants en ce qui concerne les affaires en question.

Dans l'affaire *Troy*, le demandeur alléguait, comme le fait le Canada dans le présent différend, qu'un préambule réglementaire constitue une règle législative. Le Canada résume correctement l'analyse à laquelle s'est livrée la Cour des critères permettant de reconnaître une règle législative, mais il passe sous silence l'analyse, par cette même Cour, des critères permettant de reconnaître une déclaration de politique générale. La Cour a dit que "premièrement, une déclaration de politique générale est une déclaration qui "ne confère ni droits ni obligations" et, deuxièmement, qu'une telle déclaration laisse en général l'organisme public et ses décideurs libres d'exercer leur pouvoir discrétionnaire". 120 F. 3d, page 287 (citations omises). Le Canada omet également de relever que la

Cour a déclaré: "[n]ous considérerons aussi la description qu'un organisme public fait de ses propres actions, même si cette description n'a pas un caractère dispositif". *Id* (citation omise).

Enfin, le Canada ne dit mot des raisons données par la Cour pour motiver ses conclusions selon lesquelles le préambule en question ne constituait pas une règle législative. La Cour a dit ce qui suit:

Sur la base de ces principes, nous concluons que la déclaration de politique de l'EPA en matière d'exposition ne relevait pas des prescriptions de l'article 553 relatives aux procédures de notification et de publication d'observations. Cette déclaration visait simplement à informer le public que l'agence exercerait son pouvoir discrétionnaire en ne prenant en compte l'exposition que dans le cas de produits chimiques de faible toxicité. En la formulant, l'EPA n'a donc pas réduit son pouvoir discrétionnaire; elle n'a fait rien de plus que clarifier sa propre position. La déclaration de politique ne confère ni droits ni obligations, ni ne contraint l'agence à un résultat particulier. L'ajout de produits chimiques de faible toxicité est possible en dépit de la déclaration de politique, tout comme l'ajout de produits chimiques de toxicité moyenne ou élevée n'est pas obligatoire en vertu de cette même déclaration de politique. *Id*.

Cette décision pourrait aisément s'appliquer à la partie du Préambule du Département du commerce en cause dans le présent différend. Le Préambule ne fait, tout au plus, qu'informer le public de la réflexion préliminaire du Département du commerce concernant l'interprétation du nouvel article 771 5) B) iii). Cette clarification de la position du Département ne confère ni droits ni obligations, ni ne contraint le Département du commerce à un résultat particulier. À cet égard, le Canada, dans ses réponses aux questions 1 et 2 posées par les États-Unis n'a pu citer une seule affaire – judiciaire ou administrative – dans laquelle un tribunal ou le Département du commerce aurait dit que ce dernier est juridiquement lié par le type de préambule en cause dans le présent différend. De plus, le Canada admet effectivement que le Département du commerce n'est pas lié de la sorte dans sa réponse à la question 16 du Groupe spécial. Dans cette réponse, le Canada affirme que le Département du commerce pourrait simplement cesser d'appliquer, lors d'affaires ultérieures, la "règle législative" dont il est allégué qu'elle figure dans ce Préambule. Or, si le Préambule est une "règle législative", alors il a un caractère contraignant, et le Département du commerce ne peut simplement décider d'y passer outre.

Ce dernier point a été mis en relief dans l'affaire *National Family Planning*. L'organisme public en cause dans cette affaire avait publié des "directives" dont la Cour a jugé qu'elles avaient pour effet de modifier une règle législative antérieure promulguée sous la forme d'un règlement. En annulant les directives, la Cour a noté qu'"un organisme gouvernemental qui publie une règle législative est lui-même lié par cette règle jusqu'à ce que celle-ci soit modifiée ou abrogée" - 979 F.2d, page 234 (citations omises). La Cour a ajouté: "C'est un principe en droit administratif que "lorsqu'une deuxième règle annule [une règle législative antérieure] ou est incompatible avec elle, cette deuxième règle doit revêtir la forme d'une modification de la première; or, une règle législative ne peut bien entendu être modifiée que par une autre règle législative."" *Id. citant* Michael Asimow, *Nonlegislative Rulemaking and Regulatory Reform*, 1985 Duke L.J., pages 381, 396.

Par conséquent, en vertu du droit des États-Unis, si le Préambule était effectivement une règle législative, il ne pourrait être modifié ou abrogé que suivant la procédure de notification et de publication d'observations. L'affirmation du Canada selon laquelle le Département du commerce pourrait désavouer le Préambule en se contentant de publier un avis à tel effet dans le *Federal Register* ou en annonçant une certaine mesure dans le cadre d'une affaire de droits compensateurs

réelle est en contradiction avec l'allégation du Canada voulant que le Préambule soit une règle législative contraignante.¹

Enfin, le Canada cite les pages 234 à 235 du volume I du traité de droit administratif de Davis et Pierce (pièce n° 140 du Canada). Les États-Unis ne sont pas en désaccord avec ces auteurs lorsqu'ils notent que nombre de règles législatives remplissent une fonction d'interprétation. De fait, même si aucune classification précise n'a jamais été établie, on pourrait considérer que bon nombre de règlements du Département du commerce remplissent une telle fonction.

Toutefois, le Canada tire une conclusion erronée de la déclaration par ailleurs non contestable des deux professeurs. Ceux-ci disent que certaines règles législatives remplissent une fonction d'interprétation. Ils ne disent pas, comme l'affirme le Canada, que toute règle qui remplit une telle fonction est de ce fait une règle législative. Si cela était, rien ne distinguerait une règle législative d'une règle d'interprétation. En réalité, une règle législative doit satisfaire à d'autres conditions encore, en particulier que l'organisme public manifeste son intention d'être lié par elle.

Réponse du Canada à la question 1 a) des États-Unis

Au paragraphe 52 de la *deuxième série de réponses du Canada*, le Canada se montre incapable de citer un seul exemple dans lequel une cour de révision des décisions du Département du commerce aurait jugé que ce dernier était lié par un préambule réglementaire qui, tels les passages du Préambule en cause dans le présent différend, ne se serait rapporté à aucun règlement. Cette incapacité est éloquente, mais le Canada tente de la justifier par le fait que les règlements du Département du commerce ne sont en vigueur que depuis 1997.

Or, la question ne portait bien entendu pas sur les seuls règlements du Département du commerce actuellement en vigueur, et le Canada tente de créer l'impression fausse qu'il n'existe de règlement de cet organisme que depuis 1997. En réalité, le Département du commerce a publié sa première série complète de règlements en 1980, alors qu'il avait la responsabilité d'administrer les lois des États-Unis en matière de mesures antidumping et de droits compensateurs. Le Département du commerce a publié dans le *Federal Register* des avis de règles définitives 45 Fed. Reg. 4 932 (22 janvier 1980) (pour les droits compensateurs) et 45 Fed. Reg. 8 182 (6 février 1980) pour les mesures antidumping. Ces règlements ont fait l'objet d'une refonte complète en 1988 et 1989, avec publication des avis de règles définitives 53 Fed. Reg. 52 306 (27 décembre 1988) (pour les droits compensateurs) et 54 Fed. Reg. 12 742 (28 mars 1989) (pour les mesures antidumping). Durant et après cette période, des procédures de moindre ampleur ont été engagées en vue de modifier les réglementations existantes. Chacune de ces procédures – quelle que soit son ampleur – a en principe donné lieu à la publication d'un préambule expliquant les règles qui étaient promulguées. Par conséquent, on ne peut pas dire qu'il ne s'est pas écoulé suffisamment de temps pour que les tribunaux aient pu rendre de nombreuses décisions, comme le Canada le prétend au paragraphe 52. Les États-Unis ignorent le nombre exact de décisions judiciaires qui ont été rendues au sujet des déterminations du Département du commerce en matière de mesures antidumping et de mesures compensatoires, mais il est probable qu'au minimum ce nombre est supérieur à un millier.

De même, l'affirmation formulée par le Canada au paragraphe 52 selon laquelle "les réglementations du Département du commerce ne sont que rarement, sinon jamais, contestées en tant

¹ Un autre aspect intéressant de l'affaire *National Family Planning* se fait jour à la page 239 de l'Arrêt. La Cour y cite une décision antérieure rendue dans une affaire intitulée *Fertilizer Institute*, dans laquelle l'Agence des États-Unis pour la protection de l'environnement avait donné une interprétation détaillée d'une expression juridique dans le préambule d'un règlement. Selon la Cour qui a statué dans l'affaire *National Family Planning*, elle avait jugé dans l'affaire *Fertilizer Institute* que le préambule ne constituait pas une règle législative, nonobstant le caractère apparemment détaillé de l'interprétation de l'agence.

que telles" est également trompeuse, car le statut des règlements du Département du commerce a bel et bien fait l'objet de procédures judiciaires. Le Canada a lui-même cité des décisions des tribunaux à l'appui de la proposition qui voudrait que le Département du commerce soit lié par ses *règlements*. Voir les pièces n° 33 et n° 122 du Canada. Il est permis de penser que si, comme l'allègue le Canada, le Département du commerce traite les préambules réglementaires du type de celui qui est en cause dans le présent différend comme des règles législatives contraignantes, les tribunaux des États-Unis ont dû, ne serait-ce qu'une fois, confirmer cette ligne de conduite. Or, bien que des règlements du Département du commerce soient en vigueur, sous une forme ou l'autre, depuis plus de 20 ans, le Canada a été dans l'incapacité de citer une seule affaire – judiciaire ou administrative – où il aurait été confirmé que, comme il le soutient, le Département du commerce est lié par les préambules réglementaires du type de celui qui est en cause dans le présent différend.

Cette absence de source juridique n'est pas pour surprendre, car le fait est, tout simplement, que le Département du commerce n'est nullement lié de la sorte. Comme il a été noté plus haut, le Canada l'admet dans sa réponse à la question 16 du Groupe spécial.

ANNEXE A-6

**LETTRE DU CANADA AU GROUPE SPÉCIAL COMMENTANT
LA LETTRE DES ÉTATS-UNIS DU 7 MARS 2001**

(9 mars 2001)

Suite à la lettre des États-Unis en date du 7 mars 2001 dont elles ont reçu communication, les autorités de mon pays m'ont chargé de présenter les observations ci-après.

Nonobstant l'affirmation des États-Unis selon laquelle leurs observations relatives à la question 1 a) posée par eux avaient pour objet de corriger une "affirmation erronée sur le plan factuel", de l'avis du Canada, ces observations n'ont pas un caractère "factuel", mais visent en réalité à avancer des arguments de fond. En tant que telles, elles ne sont pas présentées à bon droit et devraient être écartées. De plus, de l'avis du Canada, il est évident que le Canada ne cherchait pas à mettre en doute qu'il ait pu jamais y avoir dans le temps d'autres préambules que le Préambule des règles de fond en matière de droits compensateurs publié en 1998, ni le nombre de décisions rendues par les tribunaux au fil des ans. Il est toutefois instructif que les États-Unis n'aient mentionné aucune des affaires, au nombre d'un millier selon eux, à l'issue desquelles un tribunal a constaté que le Département du commerce ne s'était pas conformé à un Préambule.

S'agissant de la réponse du Canada à la question 13 du Groupe spécial, le Canada souhaiterait faire observer qu'il a déposé, dans son intégralité, le texte de ces sources additionnelles après que le Groupe spécial lui a expressément demandé de "fournir des explications détaillées" dans sa réponse à cette question. La réponse du Canada est par ailleurs conforme aux prescriptions du paragraphe 14 des procédures de travail du Groupe spécial. Bien que les États-Unis, dans leurs observations relatives à la question 13, fassent une présentation erronée tant de la position du Canada concernant le Préambule que de son analyse des critères formulés dans les affaires *Troy* et *National Family Planning*, le Canada laissera sa réponse parler d'elle-même. En ce qui concerne les observations des États-Unis sur la manière dont il pourrait être donné effet à la décision posée en hypothèse dans la question 16 du Groupe spécial, le Canada croit comprendre que la procédure décrite par les États-Unis aboutirait à la publication d'un avis dans le *Federal Register*, publication dont le Canada avait suggéré qu'elle pourrait être un aspect d'un tel processus.