

**ÉTATS-UNIS – MESURES COMPENSATOIRES
CONCERNANT CERTAINS PRODUITS
EN PROVENANCE DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes" est distribué à tous les Membres conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 31 juillet 2002 en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/452). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communication *ex parte* avec le Groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

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

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. ASPECTS FACTUELS	2
A. DÉTERMINATIONS DES ÉTATS-UNIS EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS VISÉES DANS CE DIFFÉREND	2
1. Enquêtes initiales	3
a) Enquêtes initiales visées dans ce différend	3
i) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (cas n° 1)</i>	<i>3</i>
ii) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (cas n° 2)</i>	<i>5</i>
iii) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie (cas n° 3)</i>	<i>6</i>
iv) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (cas n° 4)</i>	<i>7</i>
v) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (cas n° 5)</i>	<i>8</i>
vi) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie (cas n° 6)</i>	<i>9</i>
b) La pratique du Département du commerce en matière d'enquêtes initiales	10
2. Réexamens administratifs	10
a) Réexamens administratifs visés dans ce différend	10
i) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de la Suède (cas n° 7)</i>	<i>10</i>
ii) <i>Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie (cas n° 12)</i>	<i>11</i>
b) La pratique du Département du commerce en matière de réexamens administratifs	12
3. Réexamens à l'extinction	12
a) Réexamens à l'extinction visés dans ce différend	12
i) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (cas n° 8)</i>	<i>12</i>
ii) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France (cas n° 9)</i>	<i>13</i>
iii) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (cas n° 10)</i>	<i>14</i>
iv) <i>Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne (cas n° 11)</i>	<i>15</i>
b) La pratique du Département du commerce en matière de réexamens à l'extinction	16

B.	LES MÉTHODES DES ÉTATS-UNIS RELATIVES AUX ALIÉNATIONS D'ENTREPRISE VISÉES DANS LE PRÉSENT DIFFÉREND	18
1.	La méthode "gamma"	18
2.	La méthode de la "même personne"	19
C.	L'ARTICLE 771 5) F) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930 DES ÉTATS-UNIS, TELLE QUE MODIFIÉE (19 U.S.C., ARTICLE 1677 5) F))	20
III.	CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES	20
IV.	ARGUMENTS DES PARTIES	23
A.	COMPATIBILITÉ DE LA MÉTHODE DE LA MÊME PERSONNE UTILISÉE PAR LES ÉTATS- UNIS AVEC LES RÈGLES DE L'OMC	23
1.	La privatisation fait-elle naître la nécessité de réexaminer l'existence d'un avantage?	23
2.	Qui est le bénéficiaire de l'avantage en cas de privatisation?	24
a)	La notion d'avantage dans le cadre de l'Accord SMC.....	24
b)	La notion de "personne morale distincte" utilisée par les États-Unis	27
c)	Les principes du droit des sociétés dans l'interprétation et l'application de l'Accord SMC	30
i)	<i>La pertinence de la distinction entre une société et ses propriétaires aux fins de l'évaluation de l'avantage</i>	<i>30</i>
ii)	<i>Les droits compensateurs sont-ils comparables aux responsabilités pour actes visés par la réglementation ou pour actes délictueux?.....</i>	<i>33</i>
d)	"Même personne" contre "même activité"	35
e)	La notion d'"entité économique" des Communautés européennes	37
3.	L'avantage est-il transmis lorsque l'opération de privatisation a lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence?	40
B.	PRATIQUE DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE EN MATIÈRE DE RÉEXAMENS ADMINISTRATIFS	43
C.	OBLIGATIONS DES MEMBRES DANS LES ENQUÊTES MENÉES DANS LE CADRE D'UN RÉEXAMEN À L'EXTINCTION	44
1.	Portée des obligations des Membres au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC.....	44
2.	Obligation d'examen.....	46
D.	ARGUMENTS CONCERNANT LA COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 771 5) F) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930 DES ÉTATS-UNIS, TEL QUE MODIFIÉ (19 U.S.C. 1677 5) F)), AVEC LES RÈGLES DE L'OMC	47
V.	ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES	49
A.	BRÉSIL.....	49
1.	Arguments concernant la méthode des États-Unis relative aux aliénations d'entreprise.....	49
a)	L'existence d'un avantage dans l'entité postérieure à la privatisation	49

b)	Détermination de ce qui peut donner lieu à une mesure compensatoire selon l'article 14 de l'Accord SMC.....	50
c)	Mauvaise affectation des ressources et droits compensateurs	51
2.	Arguments concernant l'article 1677 5) F)	51
B.	MEXIQUE.....	51
1.	Arguments concernant la méthode des États-Unis relative aux aliénations d'entreprise.....	51
2.	Arguments concernant l'article 1677 5) F)	53
VI.	RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE	53
VII.	CONSTATATIONS.....	66
A.	ALLÉGATIONS DES PARTIES	66
B.	LES MESURES EN CAUSE.....	68
1.	Évolution des méthodes relatives à l'aliénation d'entreprise appliquées par le Département du commerce des États-Unis.....	68
2.	Méthodes relatives à l'aliénation d'entreprise qui sont contestées dans le présent différend.....	69
a)	La méthode "gamma"	69
b)	Méthode de la "même personne"	70
c)	Article 1677 5) F)	71
C.	L'INCIDENCE DE LA PRIVATISATION SUR LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN SUBVENTIONNEMENT ET DES DROITS COMPENSATEURS CONNEXES	71
1.	Allégations et arguments des parties.....	71
a)	Allégations et arguments des Communautés européennes	71
i)	<i>La méthode "gamma"</i>	<i>71</i>
ii)	<i>Méthode de la "même personne"</i>	<i>71</i>
	La notion d'"avantage" au regard de l'Accord SMC	72
	Personnes morales distinctes	73
	Principes du droit des sociétés.....	73
b)	Allégations et arguments des États-Unis	73
i)	<i>La méthode "gamma"</i>	<i>73</i>
ii)	<i>La méthode de la "même personne"</i>	<i>74</i>
	La notion d'"avantage" dans l'Accord SMC	74
	"Personne morale distincte"	75
	Principes du droit des sociétés.....	76
2.	Évaluation par le Groupe spécial	77
a)	Objectif de l'application de droits compensateurs au titre de l'Accord SMC et conditions à remplir à cet égard	78
b)	L'existence d'un "avantage"	78

i)	<i>Qui est le bénéficiaire de l'avantage dans le cas d'une aliénation d'entreprise?</i>	79
ii)	<i>Comment faudrait-il évaluer l'avantage: par rapport au marché</i>	82
c)	Les circonstances particulières de la privatisation.....	83
i)	<i>Une forme particulière d'aliénation d'entreprise</i>	83
ii)	<i>Question de savoir si la privatisation fait naître l'obligation d'examiner (de réexaminer) les conditions d'application de l'Accord SMC</i>	84
iii)	<i>Le producteur privatisé a-t-il retiré un "avantage" quelconque de la contribution financière antérieure?</i>	86
D.	EXAMEN DES PRIVATISATIONS DANS LES RÉEXAMENS ADMINISTRATIFS.....	91
1.	Allégations et arguments des parties	91
2.	Évaluation par le Groupe spécial	91
E.	EXAMEN DES PRIVATISATIONS DANS LES RÉEXAMENS À L'EXTINCTION	94
1.	Allégations et arguments des parties	94
2.	Évaluation par le Groupe spécial	95
F.	COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 1677 5) F) DE LA LOI DES ÉTATS-UNIS AVEC LES RÈGLES DE L'OMC	98
1.	Allégations et arguments des parties	98
2.	Évaluation par le Groupe spécial	99
a)	Possibilité de contester une législation en tant que telle – distinction entre législation impérative et législation dispositive.....	99
b)	Examen par le Groupe spécial des lois nationales et autres instruments juridiques internes.....	101
c)	L'article 1677 5) F) de la loi des États-Unis peut-il être effectivement appliqué d'une manière compatible avec les règles de l'OMC?	102
i)	<i>L'historique de l'élaboration de l'article 1677 5) F)</i>	105
ii)	<i>Interprétation de l'article 1677 5) F) dans le SAA</i>	105
iii)	<i>Objet et but de la législation</i>	106
iv)	<i>Interprétation de l'article 1677 5) F) par les autorités judiciaires des États-Unis</i>	107
v)	<i>L'article 1677 5) F) prescrit-il une violation de l'Accord sur l'OMC?</i>	110
VIII.	CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	111

I. INTRODUCTION

1.1 Le 10 novembre 2000, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis, conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord"), à l'article XXII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994") et à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC"). La demande des Communautés européennes concernait le maintien en application de droits compensateurs par le Département du commerce des États-Unis ("Département du commerce"), sur la base de sa méthode relative aux "*aliénations d'entreprise*" (ou changements de propriété), qui consistait en une présomption que des subventions non récurrentes accordées à un ancien producteur avant l'aliénation de l'entreprise sont "transmises" à l'actuel producteur, à la suite de ladite aliénation.¹

1.2 Des consultations ont eu lieu à Genève les 7 et 8 décembre 2000, mais les parties ne sont pas parvenues à trouver une solution mutuellement satisfaisante. Le 1^{er} février 2001, les Communautés européennes ont demandé la tenue de nouvelles consultations avec les États-Unis.² De nouvelles consultations ont eu lieu à Genève le 3 avril 2001, mais les parties n'ont pas trouvé une solution mutuellement satisfaisante.

1.3 Le 8 août 2001, les Communautés européennes ont demandé à l'Organe de règlement des différends ("ORD") d'établir un groupe spécial, conformément aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord, à l'article 30 de l'Accord SMC et à l'article XXII du GATT de 1994 au sujet de la pratique des États-Unis consistant à imposer des droits compensateurs sur certains produits exportés par les Communautés européennes "sans établir l'existence d'une contribution financière ou d'un avantage accordé aux producteurs faisant l'objet de l'enquête et, par conséquent, l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, telle que définie dans l'Accord SMC". Ces droits avaient été imposés ou maintenus malgré des privatisations ou des aliénations d'entreprise sur la base, entre autres dispositions, de l'article 771 5) F) de la Loi douanière de 1930, telle que modifiée, (19 USC, article 1167 5) F)) et, selon les CE, n'étaient pas fondées sur une analyse de l'existence d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire et procurant un avantage au producteur concerné pendant la période couverte par l'enquête ou le réexamen.³

1.4 À sa réunion du 10 septembre 2001, l'ORD a établi un Groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord. À cette réunion, les parties sont convenues que le Groupe spécial serait doté du mandat type. Le mandat du Groupe spécial était donc le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS212/4, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."⁴

¹ WT/DS212/1.

² WT/DS212/1/Add.1.

³ Depuis la demande de consultations, qui visait 14 déterminations en matière de droits compensateurs, une ordonnance a été abrogée (Produits plats en acier au carbone laminés à froid, en provenance de la Suède, C-401-401) et une autre ordonnance a été limitée aux subventions récurrentes, conformément à un accord conclu entre l'exportateur concerné et le Département du commerce (Certaines pâtes alimentaires en provenance de l'Italie, C-475-819). Par conséquent, les Communautés européennes ont décidé de ne pas inclure ces deux déterminations dans leur demande d'établissement d'un Groupe spécial. WT/DS212/4, note de bas de page 1.

⁴ WT/DS212/5.

1.5 Le 25 octobre 2001, les Communautés européennes ont demandé au Directeur général, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial. L'article 8:7 est ainsi libellé:

"Si un accord sur la composition du groupe spécial n'intervient pas dans un délai de 20 jours après la date d'établissement du groupe, le Directeur général, à la demande de l'une ou l'autre des parties et en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent, déterminera la composition du groupe spécial en désignant les personnes qui lui paraissent les plus indiquées, conformément aux règles ou procédures spéciales ou additionnelles pertinentes de l'accord visé ou des accords visés qui sont invoqués dans le différend, après avoir consulté les parties au différend. Le Président de l'ORD informera les Membres de la composition du groupe spécial ainsi constitué au plus tard dix jours après la date à laquelle il aura reçu une telle demande."

1.6 Le 5 novembre 2001, le Directeur général a donné au Groupe spécial la composition suivante:

Président: M. Gilles Gauthier

Membres: Mme Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch
M. Michael Mulgrew

1.7 Le Brésil, l'Inde et le Mexique se sont réservé le droit de participer aux travaux du Groupe spécial en qualité de tierces parties.

1.8 Le Groupe spécial a tenu une réunion avec les parties du 19 au 21 février 2002 et les 20 et 21 mars 2002. Il a tenu une réunion avec les tierces parties le 20 février 2002. Le Groupe spécial a envoyé des questions aux parties le 25 février 2002 et leur a communiqué des questions additionnelles lors de la deuxième réunion de fond.

1.9 Le Groupe spécial a présenté son rapport intérimaire aux parties le 13 mai 2002. Le Groupe spécial a présenté son rapport final aux parties le 19 juin 2002

II. ASPECTS FACTUELS

A. DÉTERMINATIONS DES ÉTATS-UNIS EN MATIÈRE DE DROITS COMPENSATEURS VISÉES DANS CE DIFFÉREND

2.1 Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de se prononcer sur la compatibilité avec les règles de l'OMC de 12 déterminations en matière de droits compensateurs à l'encontre des importations de certains produits en acier originaires des Communautés européennes. L'imposition de droits compensateurs suite à ces 12 déterminations reposait sur l'application, par le Département du commerce, de deux méthodes différentes (les méthodes dites "gamma" et de la "même personne"), utilisées pour évaluer l'incidence d'une aliénation d'entreprise (dont le Groupe spécial a été saisi dans chacun des 12 cas) par privatisation, sur la détermination de l'existence d'un subventionnement concernant le producteur privatisé; précisément, pour savoir si des subventions non récurrentes accordées avant l'aliénation d'entreprise (privatisation) pouvaient encore donner lieu à une mesure compensatoire à l'encontre des importations provenant du producteur privatisé. Sur ces 12 déterminations, six résultent d'enquêtes initiales: tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (C-427-815) (cas n° 1); certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (C-427-817) (cas n° 2); certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie (C-475-821) (cas n° 3); tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (C-475-823) (cas n° 4); tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en

provenance de l'Italie (C-475-825) (cas n° 5); certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie (C-475-827) (cas n° 6); deux résultent de réexamens administratifs: tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la Suède (C-401-804) (cas n° 7); aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie (C-475-812) (cas n° 12); quatre résultent de réexamens à l'extinction: tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (C-412-815) (cas n° 8); certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France (C-427-810) (cas n° 9); tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (C-428-817) (cas n° 10); et tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne (C-469-804) (cas n° 11).⁵ Un tableau descriptif de ces déterminations figure en annexe A.

2.2 Dans deux de ces 12 cas, le Tribunal du commerce international (CIT), lors d'affaires précédentes, a demandé expressément au Département du commerce de déterminer si les sociétés considérées avaient été privatisées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Les sociétés considérées étaient British Steel (cas n° 8, tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (C-412-815)) et Dillinger AG (cas n° 10, tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (C-428-817)). En 1995, dans le cadre d'un renvoi par les tribunaux, le Département du commerce a déterminé que British Steel avait été privatisée dans des conditions de pleine concurrence, à la juste valeur marchande et conformément à des considérations commerciales parce que les parts de British Steel avaient été proposées à des investisseurs privés dans le monde entier: a) le prix d'offre était fondé sur des évaluations effectuées par des consultants indépendants; b) les investisseurs privés avaient acheté la quasi-totalité des parts offertes; c) des constatations similaires ont été faites concernant Dillinger.⁶

2.3 Les deux parties conviennent que les aliénations d'entreprise considérées dans le présent différend ne concernent que la privatisation de sociétés appartenant à l'État, c'est-à-dire des aliénations d'entreprise à l'occasion desquelles des sociétés publiques passent en mains privées. Toutes les privatisations considérées dans le présent différend ont amené une aliénation d'entreprise complète en ce sens que dans chacun de ces 12 cas, les États avaient vendu toutes, ou pour l'essentiel toutes, leurs participations et, manifestement, n'avaient plus aucune participation majoritaire dans les producteurs privatisés.⁷

2.4 Les renseignements factuels ci-après concernant ces 12 déterminations en matière de droits compensateurs et les privatisations correspondantes sont fondés sur les éléments de preuve présentés par les Communautés européennes et les observations faites par les États-Unis à leur sujet, y compris les envois aux 12 déterminations présentées comme pièces par les Communautés européennes.

1. Enquêtes initiales

a) Enquêtes initiales visées dans ce différend

i) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (cas n° 1)*

2.5 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur les importations de tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France, produites et exportées par Usinor Sacilor S.A. (Usinor). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-427-815

⁵ La numérotation des cas de 1 à 12 a été proposée par les Communautés européennes et entérinée par les États-Unis.

⁶ Voir les réponses des Communautés européennes et des États-Unis à la question n° 16 du Groupe spécial.

⁷ Voir la réponse des Communautés européennes à la question n° 11 du Groupe spécial.

(64 Fed. Reg. 30774 du 29 juin 1999). Le 8 juin 1999, le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un droit compensateur au taux de 5,38 pour cent *ad valorem* sur les importations des produits d'Ugine S.A., filiale contrôlée à 100 pour cent par Usinor.⁸

2.6 La privatisation d'Usinor a commencé en juillet 1995. En vertu de la législation française en matière de privatisation, Usinor Sacilor et ses actions ont été évaluées aux fins de la privatisation par la commission de la privatisation (la "FPC"), organisme indépendant chargé d'évaluer les sociétés destinées à être privatisées. La FPC a utilisé trois méthodes d'analyse dans son évaluation: i) comparaison avec la valeur boursière d'autres producteurs d'acier européens; ii) évaluation des flux nets de liquidités; iii) valeur estimée des actifs nets réévalués de la société. Sur la base de l'évaluation proposée par la FPC, le Ministre français de l'économie et des finances a établi des prix pour les diverses offres d'actions d'Usinor. L'évaluation de la société par la FPC correspondait à la fourchette de valeurs établie pour la société dans un rapport élaboré par la Banque S.G. Warburg et le Crédit Lyonnais.⁹ Au même moment, Usinor Sacilor a offert de nouvelles parts à la vente, sous la forme d'une augmentation de capital. Toutes les parts ont été vendues dans le cadre d'une offre publique d'actions, qui consistait en une offre publique sur le marché français, une offre publique internationale et une offre destinée aux employés. Conformément à la législation française en matière de privatisation, une certaine partie des actions ont été vendues également à un groupe d'actionnaires dits "stables", dont certains étaient des banques et d'autres entités, appartenant à l'État.¹⁰ Après l'offre publique de juillet 1995, l'État français détenait environ 9,8 pour cent des parts d'Usinor tandis que le Crédit Lyonnais en gardait environ 3 pour cent.¹¹

2.7 La privatisation s'est poursuivie au cours des années 1996 et 1997. À la fin de ce processus, les actionnaires stables détenaient environ 14 pour cent du total des parts d'Usinor, dont 10 pour cent étaient détenues par des entités appartenant à l'État ou contrôlées par celui-ci.¹² En 1997 et 1998, l'État français s'est dessaisi du restant des parts qu'il détenait.¹³

2.8 Les marges constatées par le Département du commerce dans sa détermination finale étaient attribuables à des subventions non récurrentes dont il a été constaté qu'elles avaient été versées à la société d'État Usinor Sacilor (Usinor était alors connue sous ce nom) dans les années 80. Le Département du commerce a constaté, sur la base de sa méthode "gamma"¹⁴, que ces subventions ont continué d'avantager la société pendant la période d'enquête de 1997. Usinor a allégué qu'elle avait été privatisée en 1995 au moyen d'une vente d'actions dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.¹⁵ Usinor a allégué en outre que les subventions antérieures à la privatisation ne comptaient que pour 0,10 pour cent de la marge de subvention.

⁸ Voir *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, 64 Fed. Reg. 30774 (Département du commerce, 8 juin 1999) (détermination finale en matière de droits compensateurs), pièce n° 10 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁹ Voir l'annexe aux réponses des Communautés européennes aux questions du Groupe spécial (4 mars 2002).

¹⁰ *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, *supra*, note de bas de page 8, page 30776.

¹¹ Voir l'annexe aux réponses des Communautés européennes aux questions du Groupe spécial (4 mars 2002).

¹² *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, *supra*, note de bas de page 8, page 30776.

¹³ Voir l'annexe aux réponses des Communautés européennes aux questions du Groupe spécial (4 mars 2002). Pour des précisions concernant le désengagement de l'État français, voir *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, *supra*, note de bas de page 8, pages 30776 et 30777.

¹⁴ Voir *infra* la section B.1 pour une description de cette méthode.

¹⁵ *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, *supra*, note de bas de page 8, pages 30776 à 30778.

2.9 Le 1^{er} octobre 2000, Usinor a contesté certains aspects de la détermination finale du Département du commerce, y compris son traitement de la privatisation d'Usinor, devant le CIT. Pendant le litige, le Département du commerce a demandé, et obtenu, un renvoi afin de reconsidérer l'effet de la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde Srl. v. United States (Delverde III)*¹⁶ sur le traitement par le Département de l'effet de la privatisation d'Usinor sur les subventions non récurrentes antérieures. Le 20 décembre 2000, le Département a signalé sa nouvelle détermination finale à l'issue du renvoi au CIT, qu'Usinor a contesté. Dans sa détermination à l'issue du renvoi dans le cadre de l'appel en cours devant le CIT, le Département a appliqué la méthode de la "même personne" et s'est concentré sur la question de savoir si l'aliénation d'entreprise, dans le cas d'Usinor, a créé une nouvelle personne morale.¹⁷ Le Département du commerce a constaté qu'Usinor avait reçu une contribution financière et un avantage malgré l'aliénation d'entreprise parce qu'Usinor était la même personne avant et après la privatisation. Le 4 janvier 2002, le CIT a rendu une ordonnance de renvoi, dans laquelle il a constaté que la méthode de la "même personne" était incompatible avec la législation des États-Unis.¹⁸

ii) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (cas n° 2)*

2.10 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur les importations de certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France, produites et exportées par Usinor-Sollac S.A. (Usinor) et GTS Industries S.A. (GTS). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-427-817 (64 Fed. Reg. 73277 du 29 décembre 1999). Le 29 décembre 1999, le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un droit compensateur à Usinor et à GTS, aux taux de 5,56 pour cent et de 6,86 pour cent *ad valorem* respectivement.¹⁹

2.11 En ce qui concerne les marges constatées pour Usinor par le Département du commerce dans sa détermination, ces marges étaient principalement attribuables à des subventions non récurrentes dont il a été constaté qu'elles ont été reçues par Usinor lorsque celle-ci appartenait à l'État dans les années 80. Usinor a allégué qu'elle avait été privatisée en 1995 au moyen d'une vente d'actions dans des conditions de pleine concurrence, à la juste valeur marchande. Le Département a constaté, sur la base de sa méthode "gamma"²⁰, que ces subventions ont continué d'avantager la société pendant la période d'enquête de 1998. Usinor a allégué que les subventions accordées avant la privatisation ne comptaient que pour 0,10 pour cent de la marge de subvention.

2.12 Dans le cadre de la même détermination, le Département du commerce a imposé un droit compensateur au taux de 6,86 pour cent sur les produits exportés par GTS Industries (GTS). Le Département a fixé un taux de droit compensateur de 6,86 pour cent, attribué au prorata à GTS sur la base des contributions financières qui ont été versées au groupe Usinor, dont GTS était membre. Le Département a conclu que la conversion, en actions ordinaires, de la dette consolidée du groupe envers l'État français – sous forme de "prêts à caractéristiques spéciales" et d'obligations du "Fonds d'intervention sidérurgique" – constituait une participation au capital social pouvant donner lieu à une

¹⁶ *Delverde Srl. v. United States ("Delverde III")*, 202 F.3rd 1360 (Fed. Cir., 2 février 2000), nouvelle audition refusée (20 juin 2000). Pièce n° 5 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

¹⁷ Voir *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Allegheny Ludlum Corp. et al. v. United States*, Court n° 99-09-00566, (CIT, 13 décembre 2000) (non publié) ("*Allegheny Ludlum I*").

¹⁸ Voir *Allegheny Ludlum Corp. et al. v. United States*, Court n° 99-09-00566 (CIT, 4 janvier 2002). Pièce n° 29 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE. ("*Allegheny Ludlum II*").

¹⁹ Voir *Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France*, 64 Fed. Reg. 73277 (Département du commerce, 29 décembre 1999) (détermination finale en matière de droits compensateurs). Pièce n° 11 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

²⁰ *Ibid.*, pages 73279 et 73280.

mesure compensatoire, qui a été traitée comme un don non récurrent.²¹ Le Département a appliqué sa méthode "gamma" relative aux aliénations d'entreprise.²² GTS, Usinor, le gouvernement français et les Communautés européennes ont fourni des éléments de preuve qu'Usinor avait été privatisée en 1995 dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, mais le Département n'a jamais fait aucune constatation sur le point de savoir si la privatisation a eu lieu à la juste valeur marchande.

2.13 Au moment de la privatisation d'Usinor, GTS était contrôlée à 100 pour cent par AG der Dillinger Hüttenwerke (Dillinger), et Usinor détenait 70 pour cent de la société mère de Dillinger, DHS – Dillinger Hutte Saarstahl (DHS). En juillet 1995, l'État français a vendu 90,2 pour cent des parts d'Usinor dans le cadre d'une offre publique sur les marchés boursiers français et internationaux (opération décrite plus haut, sous le cas n° 1). En avril 1996, Usinor a réduit sa participation dans le capital de DHS à 48,75 pour cent. Suite à cette réduction, le Département du commerce a constaté dans sa détermination finale que GTS n'était plus sous le contrôle d'Usinor mais continuait de bénéficier des subventions accordées précédemment à Usinor, et donc que les produits de GTS étaient passibles de droits compensateurs.

2.14 Le 7 avril 2000, GTS a déposé une plainte auprès du CIT. Le 24 août 2000, le CIT a renvoyé l'affaire au Département du commerce, afin qu'il détermine si la décision relative à l'affaire *Delverde III* avait quelque applicabilité dans la procédure GTS. Dans sa détermination à l'issue du renvoi dans le cadre de l'appel en cours devant le CIT, le Département n'a pas étudié davantage si l'une des opérations de privatisation avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, mais s'est penché exclusivement sur la question de savoir si l'aliénation d'entreprise dans le cas d'Usinor, avait créé une nouvelle personne morale. À cet égard, le Département a conclu que la question de savoir si les propriétaires de la société Usinor nouvellement privatisée avaient payé pour celle-ci la juste valeur marchande dans une opération effectuée dans des conditions de pleine concurrence sur la base de considérations commerciales n'était pas pertinente aux fins de son analyse de l'existence de subventions accordées antérieurement.²³ Le Département a constaté que Usinor avait reçu une contribution financière et un avantage malgré l'aliénation d'entreprise parce que Usinor était la même personne avant et après la privatisation. Le 4 janvier 2002, le CIT a rendu son jugement concernant la nouvelle détermination à l'issue du renvoi, dans lequel il a constaté que la méthode de la "même personne" était incompatible avec la législation des États-Unis.²⁴

iii) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie (cas n° 3)*

2.15 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur les importations de certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie, produits et exportés par Cogne Acciai Speciali S.r.l. (CAS). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-475-821 (63 Fed. Reg. 40474 du 29 juillet 1998). Le 7 janvier 1998, le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un taux de droit compensateur de 22,22 pour cent *ad valorem* sur les importations du produit considéré de CAS.²⁵

²¹ *Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France, supra*, note de bas de page 19, pages 73281 et 73282.

²² *Ibid.*

²³ *Allegheny Ludlum I*, Court n° 99-09-00566, page 17.

²⁴ *Voir GTS Industries v. United States*, Court n° 00-03-00118 (CIT, 4 janvier 2002). Pièce n° 30 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE.

²⁵ *Voir Certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie*, 63 Fed. Reg. 809 (Département du commerce, 7 janvier 1998) (détermination préliminaire et alignement en matière de droits compensateurs et déterminations finales en matière de mesures antidumping). Pièce n° 12 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

2.16 Jusqu'au début des années 90, la société appartenait à l'État italien, d'abord directement par une société de holding appartenant à l'État, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), puis par l'intermédiaire de sociétés de holding contrôlées par l'IRI, Finsider S.p.A., Deltasider S.p.A. ou ILVA S.p.A. Le 31 décembre 1992, CAS a vu le jour. Toutes les actions de CAS appartenaient à Cogne S.p.A., également société d'État. À partir de cette date, CAS s'est chargée des activités en cours des installations de Cogne. Dans le cadre de la privatisation, une offre publique a été préparée pour la vente de CAS. Des avis ont été publiés dans des journaux italiens et étrangers, pour solliciter des offres d'achat. Suite à cette procédure, des manifestations d'intérêt ont été reçues de dix soumissionnaires industriels ou financiers privés. Le 27 décembre 1993, un accord a été signé entre Cogne S.p.A. et GE.VAL. S.p.A. pour l'achat de toutes les actions de CAS. Le prix total payé par GE.VAL. pour CAS était supérieur au montant qui avait été déterminé indépendamment comme étant la valeur de Cogne par un expert indépendant en 1992. Depuis la vente publique de la société, l'État italien ne possède aucune participation, de quelque type que ce soit, dans CAS.

2.17 Le Département du commerce a fixé un taux de 22,22 pour cent *ad valorem* pour CAS, presque exclusivement sur la base des contributions financières accordées au groupe ILVA avant la privatisation, qui ont été octroyées avant la création de CAS. Le Département du commerce a appliqué sa méthode "gamma" relative aux aliénations d'entreprise.²⁶ Selon les calculs du Département du commerce communiqués à CAS, au moins 21,74 pour cent de la marge totale de 22,22 pour cent ont été calculés sur les subventions accordées au groupe ILVA, appartenant à l'État, et attribuées au prorata à CAS.

iv) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (cas n° 4)*

2.18 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur les importations de tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, produites et exportées par Acciai Speciali Terni S.p.A. (AST).²⁷ Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-475-823 (64 Fed. Reg. 15508, du 31 mars 1999). Le 31 mars 1999, le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un droit compensateur au taux de 15,16 pour cent *ad valorem* sur les produits exportés par AST.²⁸

2.19 En septembre 1993, l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI) a entériné un plan de privatisation, sur les marchés, des activités de base d'ILVA, et la division des aciers spéciaux d'ILVA a été constituée en société distincte, d'abord en tant que société à responsabilité limitée (S.r.l.), puis en tant que société par actions (S.p.A.), toutes les actions de cette société – AST S.p.A. – appartenant initialement à l'IRI. Les plans de privatisation de l'IRI ont été arrêtés sous le contrôle juridique de la Commission européenne, qui a établi d'importantes conditions concernant la vente, dans une décision contraignante d'avril 1994. L'IRI a préparé une offre publique pour la vente d'AST. Des avis ont été publiés dans des journaux italiens et étrangers, pour solliciter des offres d'achat. L'IRI a désigné l'entreprise internationale d'investissement Barclays de Zoete Wedd (BZW) comme son conseiller financier pour le processus de privatisation. Il a été signalé que deux autres conseillers financiers indépendants ont été retenus pour effectuer des évaluations financières de la juste valeur marchande

²⁶ *Ibid.*, pages 811 et 812.

²⁷ ILVA S.p.A. (l'ancienne société publique) a été dissoute le 31 octobre 1993. Deux nouvelles sociétés ont été créées: ILVA Laminati Piani S.r.l. (ILP) et Acciai Speciali Terni S.r.l. (AST). En décembre 1994, AST a été vendue à KAI Italia S.r.l. Un historique plus détaillé de ces sociétés figure *infra*, dans l'annexe A.

²⁸ Voir *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie*, 64 Fed. Reg. 15508 (Département du commerce, 31 mars 1999) (détermination finale en matière de droits compensateurs). Pièce n° 13 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

probable d'AST. Suite à cette procédure, des manifestations d'intérêt ont été reçues de 19 soumissionnaires industriels ou financiers privés.

2.20 Une offre ferme d'achat a été acceptée par l'IRI le 30 juin 1994. Le 14 juillet 1994, un accord d'achat a été signé entre l'IRI et KAI Italia S.r.l. (une société de holding créée à cet effet par un consortium germano-italien) pour l'achat de toutes les actions d'AST S.p.A. Le prix total payé par KAI pour AST a été sensiblement supérieur aux montants qui avaient été déterminés indépendamment comme étant la valeur d'AST par chacun des experts indépendants en matière d'évaluation et des conseillers financiers pour la privatisation auprès de l'IRI.

2.21 Il a été signalé que le droit en question résultait de l'attribution au prorata des contributions financières accordées avant la privatisation au groupe d'État ILVA, dont AST était membre. La détermination a été faite sur la base de la méthode "gamma"²⁹. Le Département du commerce a considéré comme non pertinents les éléments de preuve versés au dossier administratif par AST, l'État italien et les Communautés européennes, selon lesquels la société avait été privatisée en 1994 dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande lorsqu'elle avait été vendue par l'État italien au plus offrant, un consortium privé ayant à sa tête le producteur d'acier allemand Krupp AG Hoesch-Krupp. Selon les calculs du Département du commerce communiqués à AST, au moins 13,42 pour cent de la marge totale de 15,16 pour cent ont été calculés sur les subventions accordées au groupe d'État ILVA, dont AST était membre, et attribuées au prorata à AST.

2.22 La détermination finale du Département du commerce dans cette enquête a été contestée par AST auprès du CIT le 10 juin 1999.³⁰ Le 14 août 2000, le CIT a renvoyé l'appel d'AST au Département du commerce au vu de la décision dans l'affaire *Delverde III*. Le Département du commerce a appliqué son nouveau critère de la "même personne" dans la procédure de renvoi et n'a pris en considération aucun élément de preuve concernant les conditions de pleine concurrence et la juste valeur marchande relatives à la privatisation d'AST.³¹ L'application de la nouvelle méthode a donné lieu à une hausse du droit compensateur applicable à AST, de 15,16 pour cent à 17,25 pour cent *ad valorem*. AST a contesté cette nouvelle détermination à l'issue du renvoi devant le CIT. Le 1^{er} février 2002, le CIT a rendu son avis, dans lequel il a rejeté les constatations du Département du commerce.

v) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (cas n° 5)*

2.23 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur des tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, produites et exportées par Acciai Speciali Terni S.p.A. (AST).³² Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-475-825 (64 Fed. Reg. 30624, du 8 juin 1999). Le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un droit compensateur au taux de 12,22 pour cent *ad valorem* sur les exportations d'AST.³³

²⁹ Voir *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, supra*, note de bas de page 28, pages 15509 et 15510.

³⁰ *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Acciai Speciali Terni ("AST") v. United States*, Court n° 99-06-00364, (CIT, 19 décembre 2000) (non publié) (Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie), pièce n° 6 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

³¹ *Ibid.*

³² *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie*, 64 Fed. Reg. 30624 (Département du commerce, 8 juin 1999) (détermination finale en matière de droits compensateurs), pièces n° 14 et 15 des CE annexées à la première communication écrite des CE.

³³ Voir *Tôles et bandes en acier inoxydable en rouleaux en provenance de la République de Corée*, 64 Fed. Reg. 42943 (Département du commerce, 6 août 1999) (détermination finale); *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from France, Italy, and the Republic of Korea*, 64 Fed. Reg. 42943 (Département du commerce,

2.24 Comme dans l'affaire Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, le droit compensateur est fondé en partie sur les contributions financières accordées avant la privatisation au groupe ILVA, en partie sur les contributions financières accordées avant la privatisation à TAS/Terni, et en partie sur l'allègement de la dette accordé à AST elle-même pendant le processus de privatisation.³⁴ L'analyse de l'existence des subventions antérieures à la privatisation a été faite par le Département du commerce selon la méthode "gamma".³⁵

2.25 La détermination finale du Département du commerce dans cette enquête a été contestée en temps voulu auprès des tribunaux des États-Unis par AST et se trouve maintenant devant le CIT.³⁶ Cet appel a été temporairement suspendu en attendant la conclusion de l'appel fait en parallèle concernant la détermination du Département dans l'affaire Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (voir plus haut le paragraphe 2.21).

vi) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie (cas n° 6)*

2.26 Ce cas concerne l'imposition de droits compensateurs sur certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie, produites et exportées par ILVA S.p.A.³⁷ Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-475-827 (64 Fed. Reg. 73244 du 29 décembre 1999). Le 29 décembre 1999, le Département du commerce a publié sa détermination finale imposant un droit compensateur au taux de 26,12 pour cent sur les exportations d'ILVA (ILP).³⁸ Le Département du commerce a fixé ce droit au taux de 26,12 pour cent pour ILP. Cette décision était également fondée sur la méthode "gamma".³⁹ Selon les calculs du Département du commerce communiqués à ILP, au moins 22,68 pour cent de la marge totale de 26,12 pour cent ont été établis sur la base des subventions accordées à ILVA à l'époque où cette société appartenait à l'État.

2.27 En ce qui concerne le processus de privatisation, l'IRI a entériné, en septembre 1993, un plan de privatisation, sur le marché, des activités de base d'ILVA, et la division des produits plats en acier au carbone d'ILVA a été constituée en société par actions distincte (S.p.A.), toutes les actions de cette société – ILP S.p.A. – appartenant initialement à l'IRI. Les plans de privatisation de l'IRI ont été arrêtés sous les auspices juridiques de la Commission européenne. L'IRI a préparé une offre publique pour la vente d'ILP. Des avis ont été publiés dans des journaux italiens et étrangers, pour solliciter des offres d'achat. L'IRI a désigné la banque italienne IMI S.p.A. comme son conseiller financier

6 août 1999) (avis d'ordonnance imposant des droits compensateurs); et *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, supra*, note de bas de page 32.

³⁴ Voir *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie* (C-475-825), *supra*, note de bas de page 32, page 30626, qui fait référence à l'examen de l'aliénation de l'entreprise AST par le Département du commerce, dans *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, supra*, note de bas de page 28 (voir le cas n° 4 *supra*).

³⁵ *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie, supra*, note de bas de page 28, pages 15509 et 15510.

³⁶ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 99.

³⁷ ILVA S.p.A. (l'ancienne société publique) a été dissoute le 31 octobre 1993. Deux nouvelles sociétés ont été créées: ILVA Laminati Piani S.r.l. (ILP) et Acciai Speciali Terni S.r.l. (AST). Le 16 mars 1995, ILP a été vendue à un consortium d'investisseurs ayant à leur tête Riva Acciaio S.p.A. Le 1^{er} janvier 1997, ILP a été rebaptisée ILVA S.p.A. (nouvelle). Pour des raisons pratiques, le seul nom mentionné dans cette demande de consultations est ILVA S.p.A., même lorsque nous faisons référence à (l'ancienne) ILVA ou à ILP. Un historique plus détaillé de ces sociétés figure *infra*, dans l'annexe A.

³⁸ Voir *Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie*, 64 Fed. Reg. 73324 (Département du commerce, 29 décembre 1999) (détermination finale en matière de droits compensateurs). Pièce n° 16 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

³⁹ *Ibid.*, page 73246.

pour le processus de privatisation. Il a été signalé que deux autres conseillers financiers indépendants (Pasfin Servizi Finanziari S.p.A. et Samuel Montagu Ltd.) ont été retenus pour effectuer des évaluations financières de la juste valeur marchande probable d'ILP. Des manifestations d'intérêt ont été reçues de onze soumissionnaires industriels ou financiers privés. Le 16 mars 1995, un accord d'achat a été signé entre l'IRI et Riva Acciaio S.p.A.

2.28 La détermination finale du Département du commerce dans le cadre de cette enquête a été contestée auprès des tribunaux des États-Unis par ILP et se trouve maintenant devant le CIT.⁴⁰ Le Département du commerce a effectué une nouvelle détermination à l'issue du renvoi, dans laquelle il a appliqué la méthode de la "même personne".⁴¹

b) La pratique du Département du commerce en matière d'enquêtes initiales

2.29 Les États-Unis ne contestent pas que les enquêtes initiales dont le Groupe spécial est saisi sont incompatibles avec les règles de l'OMC dans la mesure où elles étaient fondées sur la méthode "gamma" et où il n'a pas été examiné complètement, dans les déterminations qui en ont résulté, si les entités antérieures et postérieures aux aliénations d'entreprise étaient les mêmes personnes morales.⁴²

2. Réexamens administratifs

a) Réexamens administratifs visés dans ce différend

i) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certaines tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de la Suède (cas n° 7)*

2.30 Ce cas concerne les résultats définitifs d'un réexamen administratif qui a abouti à l'imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, en provenance de la Suède, produits et exportés par SSAB Svenskt Stal AB (SSAB), le 7 avril 1997. Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-401-804 (62 Fed. Reg. 16551 du 7 avril 1997). Le 7 avril 1997, le Département du commerce a publié sa détermination finale qui a abouti à l'imposition d'un droit compensateur de 1,91 pour cent *ad valorem*.⁴³ Ce droit a été imposé par suite de subventions [alléguées] découlant de contributions financières accordées par l'État suédois à l'industrie sidérurgique suédoise appartenant à l'État, avant la privatisation de SSAB, qui a débuté en 1987 et a été achevée le 15 février 1994. Pour effectuer cette détermination, le Département du commerce a fondé ses constatations sur la méthode "gamma".⁴⁴ Le Département admet que le réexamen administratif était incompatible avec les règles de l'OMC dans la mesure où ce réexamen était fondé sur la méthode "gamma" et où, par conséquent, il n'a pas été examiné complètement, dans la détermination qui en a résulté, si les entités antérieures et postérieures à l'aliénation d'entreprise étaient la même personne morale.⁴⁵

⁴⁰ *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, ILVA Lamiera e Tubi S.p.A. v. United States*, Court n° 00-03-00127, (CIT, 28 décembre 2000) (non publié) (*Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie*), Ordonnance de renvoi (CIT, 30 août 2000).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85. Pour une description détaillée de la pratique des États-Unis en matière d'enquêtes initiales, voir *Countervailing Duties; Final Rule* 19 C.F.R. § 351(1998). (Des pages choisies figurent dans la pièce n° 32 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE.).

⁴³ Voir *Certaines tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de la Suède*, 62 Fed. Reg. 16551 (Département du commerce, 7 avril 1997) (réexamen administratif final) (ci-après, *Sweden Admin. Review*). Pièce n° 17 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁴⁴ *Sweden Admin. Review, supra*, note de bas de page 43, page 16552.

⁴⁵ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 86.

2.31 SSAB a été privatisée en trois étapes, en 1987, 1989 et 1992. La première étape a eu lieu en 1987 lorsque l'État suédois, qui était alors l'unique propriétaire de SSAB, a vendu un tiers de ses parts à un consortium de six investisseurs institutionnels. La deuxième étape a eu lieu en 1989, lorsque l'État suédois et les investisseurs internationaux ont vendu une partie de leurs parts dans le cadre d'une offre publique. Après cette offre, l'État suédois détenait 47,8 pour cent des parts de la société. Peu après, les parts de SSAB ont été introduites en bourse. En 1992, dans le cadre d'un programme général de privatisation, l'État suédois a lancé des obligations assorties d'options d'achat sur le reste des parts qu'il détenait encore. Toutes les options avaient été exercées au 16 février 1994, achevant ainsi la privatisation de SSAB. Suite à la privatisation de SSAB, les actions de la société se sont trouvées réparties parmi plus de 30 000 petits porteurs. Le prix de vente de la société a été déterminé en 1987 au moyen de négociations avec des investisseurs institutionnels privés; le prix des actions était fondé sur l'estimation du bénéfice moyen avant impôt, à un niveau considéré comme normal sur le marché boursier suédois, à cette époque, pour des sociétés ayant un profil similaire. En 1989, le prix de vente des actions a été déterminé, selon ce qui a été signalé, par deux banques d'investissement indépendantes désignées par l'État. En 1992, le prix de vente des actions restantes a été déterminé par rapport au marché boursier, ce qui a donné un prix légèrement supérieur au prix moyen des six mois précédents. Lors du réexamen administratif, les États-Unis ont déterminé que pendant la période visée par le réexamen, SSAB a été entièrement privatisée.⁴⁶

ii) *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie (cas n° 12)*

2.32 Ce cas concerne les résultats préliminaires d'un réexamen administratif qui a abouti au maintien de l'imposition de droits compensateurs sur des aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie, produits et exportés par Acciai Speciali Terni S.p.A. (AST). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-475-812 (65 Fed. Reg. 41950 du 7 juillet 2000). Le 12 janvier 2001, le Département du commerce a publié les résultats finals du réexamen administratif imposant un droit compensateur au taux de 14,25 pour cent *ad valorem* sur les exportations d'Acciai Speciali Terni S.p.A. (AST).⁴⁷ Il a été signalé que ce droit était fondé en partie sur les contributions financières accordées avant la privatisation au groupe ILVA, appartenant à l'État (et attribuées au prorata à un groupe de producteurs, y compris AST), en partie sur les contributions accordées avant la privatisation à TAS/Terni, en partie sur l'allégement de la dette accordé à AST elle-même pendant le processus de privatisation.

2.33 Le Département du commerce a appliqué sa méthode dite de la "même personne" relative aux aliénations d'entreprise.⁴⁸ À cet égard, le Département du commerce a effectivement conclu qu'AST était la "même personne" parce que les usines d'aciers spéciaux de Terni vendaient toujours des aciers spéciaux, employaient toujours les mêmes travailleurs, avaient toujours les mêmes fournisseurs ou des fournisseurs similaires, et commercialisaient toujours leurs produits auprès des mêmes consommateurs ou de consommateurs similaires. La détermination finale du Département dans le

⁴⁶ *Sweden Admin. Review, supra*, note de bas de page 43, pages 16551 et 16552.

⁴⁷ *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*, 66 Fed. Reg. 2885 (Département du commerce, 12 janvier 2001) (réexamen administratif final) (ci-après, *GOES Admin. Review*). Pièce n° 7 des CE annexée à la première communication écrite des CE. La détermination finale initiale en matière de droits compensateurs a été publiée dans *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*, 59 Fed. Reg. 183357 (Département du commerce, 18 avril 1994) (détermination finale en matière de droits compensateurs) (ci-après, *GOES Final Determination*).

⁴⁸ *GOES Admin. Review, supra*, note de bas de page 47, page 2886, qui fait référence à *Issues and Decision Memorandum for the Administrative Review of the Countervailing Duty Order in Grain Oriented Electrical Steel from Italy for the period January 1, 1998 to December 31, 1998* (non publié) joint en tant que pièce n° 7 des CE annexée à la première communication écrite des CE, où la discussion pertinente figure dans les pages 3, 4 et 16 à 27.

réexamen administratif de l'affaire Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie a été contestée auprès des tribunaux par AST.⁴⁹

b) La pratique du Département du commerce en matière de réexamens administratifs

2.34 Selon la législation des États-Unis⁵⁰, le Département du commerce peut ouvrir un réexamen administratif, de sa propre initiative ou suite à la demande écrite d'une partie intéressée nationale, d'un État étranger, d'un exportateur ou d'un producteur visé par une ordonnance ou d'un importateur de la marchandise.⁵¹ Le Département peut annuler un réexamen administratif, en totalité ou seulement en ce qui concerne un exportateur ou un producteur particulier, s'il conclut que pendant la période couverte par le réexamen, il n'y a eu aucune entrée, exportation ou vente de la marchandise visée, selon le cas.⁵²

2.35 Selon la pratique du Département du commerce, les réexamens administratifs constituent le cadre approprié pour présenter des éléments de preuve d'une privatisation afin de fonder une modification du droit compensateur.⁵³

3. Réexamens à l'extinction

a) Réexamens à l'extinction visés dans ce différend

i) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (cas n° 8)*

2.36 Ce cas concerne les résultats définitifs d'un réexamen à l'extinction qui a abouti au maintien des mesures compensatoires imposées sur des tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni, produites et exportées par British Steel plc. Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-412-815 (65 Fed. Reg. 18309 du 7 avril 2000). Le 7 avril 2000, le Département du commerce a publié sa détermination finale qui a abouti au maintien des mesures compensatoires au taux de 12,00 pour cent, le taux de droit applicable à l'époque et le même que celui constaté dans l'enquête initiale.⁵⁴ Ce droit compensateur avait été imposé initialement en 1993, sur la base de subventions qui résultaient de contributions financières effectuées par le gouvernement du Royaume-Uni en faveur de l'entreprise publique British Steel Corporation.⁵⁵ C'était avant que

⁴⁹ L'ordonnance initiale de 1994 imposant un droit compensateur sur les aciers dits "magnétiques", à grains orientés, en provenance de l'Italie, a fait l'objet d'un réexamen à l'extinction par les États-Unis, qui a été ouvert le 1^{er} décembre 1999. *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*, 65 Fed. Reg. 65295 (Département du commerce, 1^{er} novembre 2000) (réexamen complet à l'extinction).

⁵⁰ Les procédures détaillées des réexamens administratifs figurent dans *Countervailing Duties; Final Rule*, 19 C.F.R. § 351.213 (1998).

⁵¹ *Countervailing Duties; Final Rule*, 19 C.F.R. § 351.213 (1998), page 203.

⁵² *Countervailing Duties; Final Rule*, 19 C.F.R. § 351.213 (1998), page 204.

⁵³ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 77.

⁵⁴ Voir *Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni*, 65 Fed. Reg. 18309 (Département du commerce, 7 avril 2000) (réexamen accéléré à l'extinction). Voir aussi *Issues and Decision Memorandum for the Expedited Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Cut-to-Length Carbon Steel Plate from the United Kingdom; Final Results*, 29 mars 2000 (non publié). Pièce n° 18 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

À noter que, si le gouvernement du Royaume-Uni et les Communautés européennes ont communiqué des renseignements au Département du commerce afin que l'ordonnance soit révoquée parce que les subventions accordées à BSC avant la privatisation ne continuaient pas d'avantager la production de BS plc après sa privatisation en 1988 à la juste valeur marchande, Corus elle-même n'a pas coopéré à l'enquête du Département.

⁵⁵ Voir *Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni*, 58 Fed. Reg. 37393 (Département du commerce, 9 juillet 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs).

British Steel Corporation soit transformée en British Steel plc (BS plc) et privatisée en 1988. À l'issue de ce réexamen à l'extinction, le Département du commerce a déterminé, sur la base de sa méthode "gamma", que ces subventions continuaient de bénéficier à British Steel après sa privatisation.⁵⁶ Les subventions initialement reçues par British Steel Corporation dans le présent cas sont les mêmes que celles considérées dans le différend *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Toutefois, le différend *États-Unis – Plomb et bismuth II* soumis à l'OMC concernait des droits compensateurs sur des importations effectuées par UES, tandis que le présent différend concerne des importations de British Steel plc, un autre successeur de British Steel Corporation.

2.37 Avant 1988, British Steel Corporation (BSC) était une société d'État sans actions, appartenant entièrement à l'État britannique. Le 26 juillet 1988, elle a été reconstituée en société publique par actions, sous le nom de British Steel plc (BS plc). Toutes les actions appartenaient à l'État britannique.

2.38 La deuxième étape de la privatisation a consisté dans l'offre publique effective des actions de BS plc. Suite à une procédure ouverte à la concurrence, le Secrétaire d'État au commerce et à l'industrie a désigné plusieurs cabinet indépendants pour donner un avis sur la vente. Deux milliards d'actions ordinaires de BS plc ont été offertes à un prix fixe le 23 novembre 1988. Le prix final de 1,25 livre sterling a été déterminé sur la base d'une recommandation du principal conseiller financier pour l'opération et a procuré à l'État britannique un prix de vente total de 2,5 milliards de livres sterling. Pour déterminer le prix de vente, le principal conseiller financier a pris en compte les prévisions concernant le rendement boursier, les prévisions concernant les bénéfices de la société, les conditions du marché et le niveau anticipé de la demande au Royaume-Uni et à l'étranger.

2.39 Dans le présent cas, le Département du commerce a été prié expressément par un tribunal des États-Unis de déterminer si la privatisation de British Steel avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. En 1995, dans le cadre de ce renvoi par les tribunaux, le Département a confirmé que British Steel avait été privatisée dans des conditions de pleine concurrence, à la juste valeur marchande et conformément à des considérations commerciales, parce que les actions de British Steel avaient été proposées à des investisseurs privés dans le monde entier, le prix d'offre était fondé sur des évaluations effectuées par des consultants indépendants et les investisseurs privés avaient acheté la quasi-totalité des actions offertes.⁵⁷

ii) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France (cas n° 9)*

2.40 Ce cas concerne la détermination finale résultant d'un réexamen à l'extinction qui a abouti au maintien des mesures compensatoires imposées sur certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France, produits et exportés par Usinor SA (Usinor). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-427-810 (65 Fed. Reg. 18307 du 7 avril 2000). Le 7 avril 2000, le Département du commerce a publié sa détermination finale qui a abouti au maintien des mesures compensatoires imposés sur des produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France, produits et exportés par Usinor S.A.⁵⁸ Le taux de droit

⁵⁶ Voir *Issues and Decision Memorandum for the Expedited Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Cut-to-Length Carbon Steel Plate from the United Kingdom; Final Results*, supra, note de bas de page 54, page 7.

⁵⁷ Voir *Final results of Redetermination pursuant to Court remand on general issues on privatization (British Steel plc. v. United States)*, Consol. Court n° 93-09-00550 (CIT, 17 juillet 1995), pages 18 à 20. Pièce n° 19 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁵⁸ Voir *Produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France*, 65 Fed. Reg. 18063 (Département du commerce, 7 avril 2000) (réexamen accéléré à l'extinction). Voir aussi *Issues and Decision Memorandum for the Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from France; Final Results*, 29 mars 2000 (non publié).

compensateur pour Usinor était de 15,13 pour cent *ad valorem*, le même que celui constaté dans l'enquête initiale, parce qu'Usinor n'avait jamais demandé de réexamen administratif.

2.41 Le droit compensateur susmentionné a été imposé initialement en 1993, sur la base des subventions qui résultaient des contributions financières accordées par l'État français à l'entreprise publique Usinor SA.⁵⁹ C'était avant la privatisation d'Usinor en 1995.⁶⁰ En effectuant cette détermination, le Département du commerce a conclu que ces subventions continuaient de bénéficier à Usinor après la privatisation.⁶¹

iii) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (cas n° 10)*

2.42 Ce cas concerne la détermination finale résultant d'un réexamen à l'extinction qui a abouti au maintien des mesures compensatoires imposées sur des tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne, produites et exportées par AG Dillinger Hüttenwerke Saarstahl (Dillinger). Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-428-817 (65 Fed. Reg. 47407 du 2 août 2000). Le 2 août 2000, le Département du commerce a publié sa détermination finale aboutissant au maintien des mesures compensatoires imposées sur des tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne, produites et exportées par Dillinger.⁶² Le taux du droit compensateur imposé sur ces produits exportés par Dillinger est de 14,84 pour cent *ad valorem*. Ce droit compensateur avait été imposé initialement en 1993, sur la base de subventions qui résultaient de contributions financières accordées par l'État allemand et par le gouvernement régional de la Sarre à Dillinger Hütte Saarstahl et attribuées en partie à Dillinger.⁶³

2.43 Au début d'avril 1989, Saarstahl Völklingen GmbH était détenu à 76 pour cent par le gouvernement de la Sarre (un land allemand) et à 24 pour cent par Arbed Luxembourg, par l'intermédiaire de la filiale de celle-ci, Arbed-Finanz Deutschland GmbH. Le 20 avril 1989, le gouvernement de la Sarre et Arbed ont conclu un accord avec Usinor Sacilor pour fusionner Saarstahl Völklingen GmbH et Dillinger, un autre producteur d'acier de la Sarre appartenant à Usinor Sacilor, dans une société de holding (DHS). Les parties ont engagé deux cabinets comptables indépendants (Treuarbeit et KPMG) pour évaluer l'apport relatif de chaque partie à l'entité résultant de cette association, afin de calculer le pourcentage de participation de chaque partie. Le 15 juin 1989, après l'opération d'aliénation d'entreprise, Usinor Sacilor détenait 70 pour cent des parts de DHS, le gouvernement de la Sarre en détenait 27,5 pour cent et les 2,5 pour cent restant étaient détenus par

Pièce n° 20 des CE annexée à la première communication écrite des CE. À noter que, si le gouvernement français et les Communautés européennes ont communiqué au Département du commerce qu'Usinor avait été privatisée à la juste valeur marchande, la société elle-même n'a pas coopéré à l'enquête du Département du commerce.

⁵⁹ *Certain Steel Products from France*, 58 Fed. Reg. 37304 (Département du commerce, 9 juillet 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs, telle que modifiée).

⁶⁰ Pour des précisions concernant la privatisation d'Usinor, voir *supra*, le cas n° 1.

⁶¹ Voir *Issues and Decision Memorandum for the Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from France; Final Results*, *supra*, note de bas de page 58.

⁶² *Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products; Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products; et Cut-to-Length Carbon Steel Plate Products from Germany*, 65 Fed. Reg. 47407 (Département du commerce, 2 août 2000) (réexamens complets à l'extinction). Voir aussi *Issues and Decision Memorandum for the Sunset Reviews of the Countervailing Duty Orders on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products; Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products; et Cut-to-Length Carbon Steel Plate Products from Germany; Final Results*, 27 juillet 2000 (non publié). Pièce n° 21 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁶³ *Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products; Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products; et Cut-to-Length Carbon Steel Plate Products from Germany*, 58 Fed. Reg. 37315 (Département du commerce, 9 juillet 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs).

Arbed. La principale subvention a pris la forme d'un allègement de dette accordé à DHS en lien avec sa création en 1989.

2.44 Le 30 juin 1989, DHS a transféré les actifs et passifs de l'ancienne Sairstahl Völklingen GmbH à la filiale nouvellement créée, Sairstahl. DHS est ainsi devenue une société de holding avec deux filiales d'exploitation, Sairstahl et Dillinger.

2.45 Lors du renvoi par les tribunaux mentionné dans le cas n° 8, le Département du commerce a été prié d'étudier les opérations d'aliénation d'entreprise concernant certaines sociétés, y compris Dillinger. Suite à cette étude, le Département du commerce a confirmé que l'opération Dillinger s'était faite dans des conditions de pleine concurrence, à la juste valeur marchande et conformément à des considérations commerciales parce qu'elle avait eu lieu entre deux parties non apparentées et que le pourcentage de participation de chaque partie dans DHS/Dillinger était fondé sur des évaluations effectuées par deux cabinets comptables indépendants qui ont pris en compte l'annulation de la dette.⁶⁴

2.46 Le Département du commerce a déterminé qu'il n'était "pas approprié" d'aborder la question de la privatisation dans le réexamen à l'extinction, dont l'objet principal est de savoir si le subventionnement est susceptible de subsister ou de se reproduire.⁶⁵ Le Département a cité la "complexité et le caractère fortement factuel" de cette question, à l'appui de sa constatation selon laquelle le calendrier du réexamen à l'extinction ne lui donnait pas le temps de se pencher sur la privatisation ni sur d'autres modifications de la législation. Lorsque cette détermination a été contestée auprès du CIT, il a été signalé que la loi permettait au Département de proroger jusqu'à 90 jours le délai de communication des résultats finals. Pour cette raison et pour d'autres, le CIT a ensuite renvoyé le réexamen à l'extinction au Département aux fins d'une nouvelle détermination, en prenant en compte tous les éléments de preuve présentés par les parties, y compris ceux concernant la privatisation.⁶⁶

iv) *Droits compensateurs imposés par les États-Unis sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne (cas n° 11)*

2.47 Ce cas concerne les résultats définitifs d'un réexamen à l'extinction qui a abouti au maintien des mesures compensatoires imposées sur des tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne, produites et exportées par Aceralia SA. Son numéro de référence aux États-Unis est le suivant: C-469-804 (65 Fed. Reg. 18307 du 7 avril 2000). Le 7 avril 2000, le Département du commerce a publié sa détermination finale maintenant les mesures compensatoires imposées sur des tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne, produites et exportées par Aceralia S.A.⁶⁷ Le taux du droit compensateur a été fixé à 36,86 pour cent *ad valorem*, le même taux de droit que celui constaté dans l'enquête initiale. Le droit compensateur

⁶⁴ Voir *Final results of Redetermination pursuant to Court remand on general issues on privatization (British Steel plc v. United States)* Consol. Court n° 93-09-00550, pages 22 à 34.

⁶⁵ *AG Dillinger Huttenwerke et al. v. United States ("Dillinger")*; Court n° 00-09-00437 (CIT, 28 février 2002), page 62. Pièce n° 34 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE.

⁶⁶ *Ibi.*, page 67.

⁶⁷ *Tôles en acier au carbone coupée à longueur, en provenance de l'Espagne (C-469-804)*, 65 Fed. Reg. 18307 (Département du commerce, 7 avril 2000) (réexamen accéléré à l'extinction). Voir aussi *Issues and Decision Memorandum for the Expedited Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Spain; Final Results*, 29 mars 2000 (non publié). Pièce n° 22 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

Le gouvernement espagnol et les Communautés européennes ont effectivement indiqué au Département du commerce que CSI avait été privatisée pour créer Aceralia, mais Aceralia elle-même n'a pas coopéré à l'enquête du Département du commerce. Selon la pratique du Département du commerce, Aceralia n'était pas autorisée à demander d'examen administratif car elle avait cessé d'exporter vers les États-Unis lorsque l'ordonnance est entrée en vigueur en 1993.

susmentionné a été imposé initialement en 1993, sur la base des subventions alléguées qui résultaient de contributions financières accordées par l'État espagnol à CSI Corporación Siderúrgica.⁶⁸ C'était avant la privatisation de CSI en 1997.

2.48 CSI a été privatisée, dans le cadre d'un processus en trois étapes, par son propriétaire contrôlé par l'État, l'AIE (Agencia Industrial del Estado). La phase 1 a consisté dans le choix d'un "*partenaire technologique*" disposé à acheter 35 pour cent des parts de la société. La phase 2 a consisté dans le choix d'un "*partenaire de soutien*" disposé à acheter entre 10 pour cent et 25 pour cent des parts de la société. En phase 3, les parts restantes ont été vendues au moyen d'une souscription internationale ouverte aux investisseurs privés. Avant sa privatisation, CSI a été évaluée par des experts des universités d'Oviedo et Carlos III de Madrid et du cabinet d'audit international Ernst & Young. De plus, une banque espagnole, Banco Central Hispano-Americano, a été priée de surveiller la privatisation afin de garantir que chaque phase se déroule de manière appropriée. Pendant ce processus, d'autres vérificateurs indépendants, tels que Coopers & Lybrand, ont été priés de certifier que la privatisation se déroule correctement. Après une procédure d'évaluation pleinement transparente, la société luxembourgeoise Arbed a été finalement choisie, le 1^{er} août 1997, comme partenaire technologique de CSI. Le partenaire de soutien a également été choisi par voie d'appel d'offres. Les deux seules sociétés qui ont manifesté un intérêt ont été Corporación J.M. Aristrain et Gestamp SL, qui ont acheté des actions à hauteur, respectivement, de 11 pour cent et de 1 pour cent du capital de la société (17 octobre 1997). La privatisation s'est achevée par la vente, par souscription publique, du reste des parts détenues par l'État espagnol (mars 1998).

2.49 Dans son réexamen à l'extinction, le Département du commerce a déterminé que les contributions financières susmentionnées continuaient d'avantager Aceralia.⁶⁹

b) La pratique du Département du commerce en matière de réexamens à l'extinction

2.50 Selon la législation des États-Unis, le Département du commerce ouvre automatiquement un réexamen à l'extinction, de sa propre initiative, dans les cinq ans à compter de la date de publication de l'ordonnance imposant un droit compensateur.⁷⁰ Le Département conduit ces réexamens conformément à une réglementation publiée.⁷¹ Au moment du réexamen à l'extinction, il incombe au Département de déterminer si la révocation d'une ordonnance imposant un droit compensateur risquerait de causer la subsistance ou la reproduction du subventionnement. Si la détermination du Département est négative, il doit révoquer l'ordonnance. En revanche, si sa détermination est affirmative, il la transmet à la Commission du commerce international des États-Unis ("USITC"), conjointement avec une détermination concernant l'ampleur de la subvention nette pouvant donner lieu à des mesures compensatoires qui est susceptible de prévaloir si l'ordonnance est révoquée. L'USITC a la possibilité de tenir compte de l'ampleur de la subvention nette pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsqu'elle étudie la probabilité de la subsistance ou de la reproduction du dommage.⁷²

⁶⁸ *Tôles en acier au carbone coupée à longueur, en provenance de l'Espagne*, 58 Fed. Reg. 37374 (Département du commerce, 9 juillet 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs). Pièce n° 22 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁶⁹ Voir aussi *Issues and Decision Memorandum for the Expedited Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Cut-to-Length Carbon Steel Plate from Spain; Final Results*, *supra*, note de bas de page 67.

⁷⁰ Article 751 c), 1) et 2) de la Loi douanière de 1930, telle que modifiée; voir aussi *Countervailing Duties; Final Rule*, 19 C.F.R. § 351.218 c) 1) (1998).

⁷¹ Pour une description détaillée des procédures, les États-Unis font référence au document *Procedures for Conducting Five-year ("Sunset") Reviews of Antidumping and Countervailing Duty Orders ("Sunset Regulations")* 19 C.F.R. § 351(1998).

⁷² Réponse des États-Unis à la question n° 20 du Groupe spécial, paragraphe 2.

2.51 Il existe au moins quatre voies par lesquelles le Département du commerce informe les Membres exportateurs et les sociétés exportatrices de l'ouverture d'un réexamen à l'extinction. Le Département publie dans le *Federal Register* un calendrier d'ouverture du réexamen à l'extinction, prévoyant le commencement, chaque mois, des ordonnances dites "transitionnelles". En outre, dans le mois qui précède la date prévue pour l'ouverture d'un réexamen à l'extinction, le Département notifie par courrier aux représentants de l'État étranger, aux producteurs étrangers et aux producteurs nationaux que le réexamen à l'extinction relatif à l'ordonnance pertinente imposant des droits compensateurs s'ouvrira le 1^{er} du mois suivant ou aux alentours de cette dernière date. Le Département publie ensuite l'avis d'ouverture du réexamen à l'extinction dans le *Federal Register*. Les renseignements concernant, entre autres choses, l'ouverture d'un réexamen à l'extinction, y compris la date prévue pour l'ouverture, les parties figurant sur la liste de communication, ainsi que les marchandises visées par l'ordonnance, sont accessibles sur le site Web du Département du commerce.⁷³

2.52 Lorsque le Département du commerce ouvre un réexamen à l'extinction, il demande à toute partie intéressée souhaitant participer au réexamen de présenter une demande en ce sens et des observations sur la probabilité de la subsistance ou de la reproduction du subventionnement.⁷⁴ La réglementation en matière de réexamens à l'extinction établit, entre autres choses, les renseignements à fournir par les parties participant au réexamen à l'extinction et les délais de remise des communications prescrites.⁷⁵ Lorsque les producteurs exportateurs visés par les droits compensateurs ne présentent pas d'observations, le Département du commerce mène un réexamen accéléré à l'extinction. Les éléments de preuve utilisés dans le réexamen à l'extinction sont ceux déjà versés au dossier dont dispose le Département du commerce. La position du Département est la suivante: à moins que le Département ait mené un réexamen administratif au cours de la période de cinq ans pendant laquelle le droit compensateur est appliqué, les seuls éléments de preuve aux fins du réexamen à l'extinction concernant la probabilité de la subsistance ou de la reproduction du subventionnement sont ceux provenant de l'enquête initiale.⁷⁶ Les États-Unis maintiennent que le Département du commerce n'avait aucune obligation, au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC, de transformer ces réexamens à l'extinction en des réexamens administratifs complets des ordonnances respectives en matière de droits compensateurs.

2.53 Bien que les Communautés européennes ne contestent pas la justesse de la description de ses pratiques par le Département du commerce, elles maintiennent que la pratique est incompatible avec l'article 21.3 de l'Accord SMC. Elles font valoir que la pratique du Département du commerce qui consiste à mener un réexamen accéléré et à ne pas prendre en compte les observations présentées par les parties intéressées si le producteur exportateur ne présente pas d'observations n'est pas conforme à l'article 21 de l'Accord SMC.

2.54 Les Communautés européennes relèvent une divergence entre les États-Unis et les Communautés européennes quant aux faits. Le Département du commerce maintient que "dans trois des quatre réexamens à l'extinction, il n'a reçu aucune observation des sociétés sidérurgiques européennes concernées. Par conséquent, dans ces cas et en vertu des procédures qui sont les siennes, le Département du commerce a mené des réexamens accélérés."⁷⁷ Tant les États-Unis que les Communautés européennes conviennent que dans le cas n° 10, *Droits compensateurs sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne*, la société exportatrice a participé et un réexamen complet a été mené. Toutefois, les Communautés

⁷³ *Ibid.*, paragraphe 1.

⁷⁴ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 89.

⁷⁵ Les États-Unis font référence au document *Procedures for Conducting Five-year ("Sunset") Reviews of Antidumping and Countervailing Duty Orders ("Sunset Regulations")*, 19 C.F.R. § 351(1998).

⁷⁶ Voir la note de bas de page 53.

⁷⁷ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 89.

européennes affirment que dans le cas n° 8, Droits compensateurs sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni, dans le cas n° 9, Droits compensateurs sur les importations de certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France, et dans le cas n° 11, Droits compensateurs sur les importations de tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne, le Département du commerce a ignoré délibérément les observations présentées par les gouvernements du Royaume-Uni, de la France et de l'Espagne, ainsi que celles présentées par les Communautés européennes.⁷⁸

B. LES MÉTHODES DES ÉTATS-UNIS RELATIVES AUX ALIÉNATIONS D'ENTREPRISE VISÉES DANS LE PRÉSENT DIFFÉREND

2.55 Le présent différend porte sur deux méthodes utilisées par le Département du commerce pour évaluer l'incidence d'une aliénation d'entreprise dans la détermination de l'existence d'un subventionnement en ce qui concerne des sociétés privatisées. Il s'agit de la méthode dite "gamma" et de la méthode dite de la "même personne". À cet égard, des 12 déterminations contestées par les Communautés européennes, onze étaient fondées initialement sur la méthode "gamma". Dans le douzième cas (*Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie – "GOES"* –), le Département du commerce a employé la méthode de la "même personne". Cette méthode a été appliquée pour la première fois dans les résultats finals du réexamen administratif de ce cas, qui ont été publiés le 12 janvier 2001.⁷⁹ Elle avait été appliquée antérieurement dans plusieurs déterminations établies à l'issue de renvois ordonnés par le CIT dans le cadre des procédures d'appel relatives à quatre des onze déterminations indiquées plus haut.⁸⁰ La méthode de la "même personne" a été contestée devant le CIT pour toutes ces nouvelles déterminations établies à l'issue de renvois⁸¹, ainsi que pour la détermination relative à l'affaire *GOES*.⁸²

2.56 Les États-Unis ont admis que sept de ces 12 déterminations (cas n° 1 à n° 7) étaient incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC dans la mesure où le Département du commerce n'avait pas examiné pleinement la question de savoir si les entités antérieures et postérieures à l'aliénation d'entreprise étaient les mêmes personnes morales.⁸³ Ces déterminations étaient fondées sur la méthode "gamma".

1. La méthode "gamma"

2.57 En juillet 1993, le Département du commerce a introduit la méthode "gamma".⁸⁴ Selon cette méthode, après avoir établi l'existence de subventions antérieures à la privatisation, le Département

⁷⁸ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 109 et note de bas de page 102 du paragraphe 115; et *Issues and Decision Memorandum for the Sunset Review of the Countervailing Duty Order on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from France; Final Results, supra*, note de bas de page 58, page 5.

⁷⁹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 124.

⁸⁰ *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France* (C-427-815) (cas n° 1); *certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France* (C-427-817) (cas n° 2) (en ce qui concerne GTS); *tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie* (C-475-823) (cas n° 4); *certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie* (C-475-827) (cas n° 6).

⁸¹ Les États-Unis allèguent qu'étant donné que "les CE n'ont pas contesté dans cette instance les quatre déterminations établies à l'issue de renvois ... l'examen par le Groupe spécial est limité aux six déterminations initiales pour lesquelles le Département du commerce a appliqué son ancienne méthode". Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85.

⁸² Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 124.

⁸³ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85.

⁸⁴ Cette méthode a été établie dans un "Appendice sur les questions d'ordre général" annexé à *Certain Steel Products from Austria*, 58 Fed. Reg. 37217 (Département du commerce, 9 juillet 1993) (détermination

détermine dans quelle mesure (le cas échéant) le prix de l'opération de privatisation a constitué le remboursement des subventions non amorties, et il soumet le reste (le cas échéant) à une mesure compensatoire. À la différence de la méthode de la "transmission", selon laquelle la totalité des subventions antérieures est transmise, l'application de la méthode "gamma" pouvait, en fonction des faits, donner lieu à une constatation selon laquelle la part non amortie des subventions antérieures à la privatisation peut encore faire l'objet, en totalité ou en partie, de mesures compensatoires après la privatisation ou y échapper entièrement.

2.58 La méthode "gamma" a été la méthode appliquée dans les trois réexamens administratifs des déterminations en matière de droits compensateurs dans le différend *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* ("États-Unis – Plomb et bismuth II") et dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté l'incompatibilité avec l'Accord SMC.⁸⁵

2. La méthode de la "même personne"

2.59 Dans l'affaire *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*, le Département du commerce a appliqué pour la première fois la méthode de la "même personne" qu'il avait élaborée à l'issue d'un renvoi après le jugement concernant l'affaire *Delverde III*. Cette méthode avait été exposée d'abord dans les résultats préliminaires, puis dans les résultats finals, d'une nouvelle détermination établie à l'issue d'un renvoi ordonné par le tribunal dans l'affaire *Acciai Speciali Terni v. United States*.⁸⁶

2.60 La méthode de la "même personne" prévoit une analyse en deux étapes. La première étape consiste à savoir si l'entité postérieure à la privatisation est la même personne morale qui a reçu les subventions initiales avant la privatisation. À cette fin, le Département du commerce vérifie les critères ci-après, dont la liste n'est pas exhaustive: i) continuité des opérations commerciales générales, ii) continuité des installations de production, iii) continuité des actifs et passifs, et iv) maintien du personnel.⁸⁷ Si l'application de ces critères amène le Département à conclure que l'entité postérieure à la privatisation est une nouvelle personne morale, distincte de l'entité qui a reçu les subventions antérieures, il n'imposerait pas de droits sur des marchandises produites après la privatisation en raison des subventions accordées avant la privatisation. Toutefois, le Département examinerait en pareil cas si une subvention a été accordée à l'entité postérieure à la privatisation à la suite de l'aliénation d'entreprise (en évaluant si la vente s'est faite à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence). Si, à la suite de l'application des critères susmentionnés, le Département conclut qu'aucune personne morale nouvelle ou distincte n'a été créée, il constatera que toute la subvention continue de résider chez le producteur postérieur à la privatisation et il n'évaluera pas si la privatisation s'est faite dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.⁸⁸

finale en matière de droits compensateurs) (ci-après, *Appendice sur les questions d'ordre général*). La discussion pertinente concernant la privatisation figure pages 37259 à 37265. Pièce n° 2 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁸⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* ("États-Unis - Plomb et bismuth II"), WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000. Ainsi qu'il est discuté plus avant, les États-Unis ont déclaré dans leur première communication écrite ce qui suit: "le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont rejeté la méthode "gamma" comme incompatible avec l'Accord SMC". Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 12.

⁸⁶ *Acciai Speciali Terni* ("AST"), Court n° 99-06-00364.

⁸⁷ *Acciai Speciali Terni* ("AST"), Court n° 99-06-00364, page 13.

⁸⁸ *Ibid.*, page 7.

C. L'ARTICLE 771 5) F) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930 DES ÉTATS-UNIS, TELLE QUE MODIFIÉE (19 U.S.C., ARTICLE 1677 5) F))

2.61 L'article 771 5) F) de la Loi douanière de 1930 des États-Unis, tel qu'il a été modifié (19 U.S.C., article 1677 5) F)), ci-après "l'article 1677 5) F)", est libellé comme suit:

"l'aliénation de la totalité ou d'une partie d'une entreprise étrangère ou des actifs productifs d'une entreprise étrangère n'oblige pas en soi l'autorité administrante à déterminer qu'une subvention obtenue précédemment par l'entreprise et passible d'une mesure compensatoire n'est plus passible d'une telle mesure, même si l'aliénation a été opérée dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence."⁸⁹

III. CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

3.1 Les **Communautés européennes** allèguent que l'ancienne méthode relative aux aliénations d'entreprise, appliquée par les États-Unis dans le cas des 12 ordonnances en matière de droits compensateurs énumérées dans la section II ci-dessus, et la nouvelle méthode relative aux aliénations d'entreprise appliquée dans le cas, entre autres, du réexamen administratif relatif aux aciers dits "magnétiques" à grains orientés en provenance de l'Italie, ainsi que, plus généralement, le refus des États-Unis d'appliquer correctement l'Accord SMC, tel que celui-ci a été interprété par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, sont incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Les Communautés européennes demandent en particulier, mais pas nécessairement exclusivement, que le Groupe spécial examine la compatibilité de ces mesures avec les dispositions suivantes:

- les articles 1.1, 10 et 14 d) de l'Accord SMC dans la mesure où ces articles obligent une autorité à établir l'existence d'une contribution financière et d'un avantage (et, par conséquent, d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire);
- la note de bas de page 36 relative à l'article 10 de l'Accord SMC, qui dispose que des droits compensateurs ne peuvent être imposés que pour neutraliser une subvention accordée à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit, ainsi qu'il est prévu à l'article VI:3 du GATT de 1994;
- l'article 19.1 de l'Accord SMC, qui dispose en particulier qu'un droit compensateur ne peut être imposé que si l'existence d'une subvention a d'abord été déterminée;
- l'article 19.3 de l'Accord SMC, qui oblige en particulier les autorités chargées de l'enquête à établir dans les moindres délais un taux de droit compensateur particulier pour les nouveaux exportateurs qui n'ont pas fait l'objet de l'enquête initiale⁹⁰;
- l'article 19.4 de l'Accord SMC, qui dispose qu'il ne sera perçu, sur un produit importé, aucun droit compensateur dépassant le montant de la subvention dont l'existence aura été constatée, calculé en termes de subventionnement par unité du produit subventionné et exporté;

⁸⁹ Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. n° 103-465, 108 Stat. 4809 (1994); 19 U.S.C. § 1677 5) F). Pièce n° 4 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁹⁰ Le Groupe spécial note que si les Communautés européennes ont initialement formulé cette allégation, elles n'ont pas présenté d'argument à son sujet au cours de la procédure.

- l'article 21.1 de l'Accord SMC, qui dispose que les droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement;
- l'article 21.2 de l'Accord SMC, qui oblige en particulier les autorités chargées de l'enquête à déterminer s'il est nécessaire de continuer à appliquer des droits compensateurs compte tenu des renseignements dont elles disposent;
- l'article 21.3 de l'Accord SMC, qui dispose en particulier que les droits compensateurs doivent être supprimés après cinq ans à moins qu'il ne soit déterminé que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront si le droit est supprimé;
- l'article 32.5 de l'Accord SMC, qui oblige les Membres à assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions de l'Accord SMC; et
- l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, qui oblige les Membres à assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec leurs obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe.⁹¹

3.2 En outre, les **Communautés européennes** estiment que l'article 1677 5) F) est incompatible avec l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC dans la mesure où il empêche les États-Unis de s'acquitter de leurs obligations dans le cadre de l'OMC et de considérer que lorsqu'une privatisation a lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, aucun avantage n'est transmis à l'entité postérieure à la privatisation.⁹²

3.3 Dans leur première communication écrite⁹³, et en se référant à la compétence du Groupe spécial au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord, les **Communautés européennes** demandent que le Groupe spécial suggère des moyens possibles de mettre en œuvre ses recommandations au motif que les États-Unis ont fait preuve d'un manque de bonne foi lors de procédures antérieures de règlement des différends à l'OMC. À cet égard, les Communautés européennes souhaiteraient que le Groupe spécial suggère les actions ci-après pour la mise en œuvre:

- les États-Unis devraient rendre l'article 1677 5) F) conforme à ses obligations dans le cadre de l'OMC;
- les États-Unis devraient abroger immédiatement les déterminations à l'extinction concernant les tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (C-412-815) (cas n° 8) et les tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (C-428-817) (cas n° 10); et
- les États-Unis devraient réexaminer ou modifier immédiatement les autres déterminations dont le Groupe spécial est saisi dans le présent différend. Ce faisant, ils devraient donner suite de bonne foi aux constatations du Groupe spécial. Si les opérations de privatisation qui font l'objet du présent différend ont eu lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, aucun droit compensateur ne devrait plus être perçu. Au cas où les États-Unis constateraient que les opérations de privatisation n'ont pas été effectuées à la juste valeur marchande et

⁹¹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 160.

⁹² Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 16.

⁹³ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 161.

dans des conditions de pleine concurrence, ils devraient déterminer que le montant de la subvention est la différence entre le prix effectivement payé et la juste valeur marchande.⁹⁴

3.4 Dans leur première déclaration orale⁹⁵, les **Communautés européennes** indiquent que, afin d'éviter de nouvelles divergences sur cette question, le Groupe spécial devrait donner une explication claire et sans équivoque de l'interprétation correcte des dispositions pertinentes de l'Accord SMC. Elles demandent aussi que le Groupe spécial envisage de faire une suggestion sur la mise en œuvre afin d'aider à résoudre ce différend, qui pourrait être formulée, selon elles, comme suit:

"Le Groupe spécial suggère que les États-Unis abandonnent leur "méthode de la même personne" et la remplacent par une autre qui 1) comporte un examen de la question de savoir si un exportateur bénéficie en fait d'une contribution financière et 2) prévoit que la vente d'une société d'État à la juste valeur marchande et dans les conditions de pleine concurrence signifie que la société privatisée ne peut pas être considérée comme bénéficiant d'une contribution financière antérieure accordée à la société d'État."

3.5 Dans leur deuxième communication écrite⁹⁶, les **Communautés européennes** ont l'honneur de demander que le Groupe spécial formule les constatations qui figurent dans leur première communication écrite et qu'il adopte les suggestions sur la mise en œuvre qu'elles ont suggérées dans leur première communication écrite et dans leur déclaration liminaire devant le Groupe spécial à la première réunion de fond. Dans leur deuxième déclaration orale⁹⁷, les Communautés européennes demandent au Groupe spécial d'établir les constatations demandées dans leur première communication écrite et de formuler les suggestions concernant la mise en œuvre de son rapport qu'elles ont exposées dans la conclusion de leur déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial.

3.6 Les **États-Unis** demandent que le Groupe spécial établisse les constatations ci-après:

- en omettant d'engager d'office un réexamen pour reconsidérer les situations d'aliénation d'entreprise à la lumière du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, les États-Unis n'ont pas agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'Accord SMC;
- les sept déterminations établies par le Département du commerce des États-Unis (concernant six enquêtes et un réexamen administratif – cas n° 1 à 7) ne sont incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC que dans la mesure où le Département du commerce n'a pas pleinement examiné la question de savoir si les entités antérieures et postérieures à l'aliénation d'entreprise en question étaient les mêmes personnes morales;
- les quatre déterminations à l'extinction établies par le Département du commerce (cas n° 8 à 11) ne sont pas incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC;
- le réexamen administratif concernant les *aciés dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie* (cas n° 12) n'est pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC;

⁹⁴ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 57.

⁹⁵ Voir la déclaration faite par les CE à la première réunion de fond, paragraphe 64.

⁹⁶ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 83.

⁹⁷ Voir la déclaration faite par les CE à la deuxième réunion de fond, paragraphe 20.

- la disposition des États-Unis relative aux aliénations d'entreprise, à savoir l'article 1677 5) F), n'est pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC; et
- les allégations des Communautés européennes concernant le réexamen accéléré à l'extinction portant sur l'ordonnance en matière de droits compensateurs visant les tôles coupées à longueur, en provenance de la Suède, ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial.⁹⁸

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

4.1 La présente section contient un résumé des principaux arguments des parties qui sont pertinents pour les constatations du Groupe spécial.

A. COMPATIBILITÉ DE LA MÉTHODE DE LA MÊME PERSONNE UTILISÉE PAR LES ÉTATS-UNIS AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

4.2 Les **Communautés européennes** estiment que la méthode de la même personne est incompatible avec la prescription énoncée à l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, selon laquelle il convient de déterminer l'existence d'un avantage conféré à l'entité postérieure à l'opération avant que des droits compensateurs puissent être imposés. Pour cette raison, tout droit compensateur imposé sur la base de cette méthode sera incompatible avec les articles 1^{er}, 10, 14, 19.4 et soit l'article 19.1 soit l'article 21.1, 21.2 ou 21.3 (selon qu'il s'agit d'une enquête pour réexamen ou d'une enquête initiale).⁹⁹

4.3 Les **Communautés européennes** allèguent qu'en appliquant cette méthode, le Département du commerce ignore les instructions données à l'article 14 de l'Accord SMC selon lesquelles tout avantage doit être calculé en fonction de l'avantage obtenu par rapport à ce qui était disponible sur le marché. Elles font valoir que les facteurs examinés par le Département du commerce pour déterminer si l'entreprise visée par l'enquête est la même personne que le bénéficiaire de la subvention avant la transaction n'a aucun rapport avec l'analyse de l'existence de l'avantage prescrite par l'Accord SMC. Du fait qu'elle ne tient pas compte du prix payé par l'acquéreur de la société privatisée et qu'elle ne prévoit donc pas l'analyse de l'existence d'un avantage conféré à l'entité postérieure à la transaction, la méthode de la "même personne" est incompatible avec les articles 1.1 b), 10, 14, 19.4 et soit l'article 19.1 soit l'article 21.1 (selon les circonstances) de l'Accord SMC. Les Communautés européennes concluent donc que le cas n° 12, *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie* (C-475-812)¹⁰⁰, fondé sur la méthode de la "même personne", donne lieu à l'imposition de droits compensateurs de manière incompatible avec les articles 1.1 b), 10, 14, 19.4, 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC.¹⁰¹

1. La privatisation fait-elle naître la nécessité de réexaminer l'existence d'un avantage?

4.4 Les **Communautés européennes** estiment que la privatisation est une opération fondamentale d'aliénation d'entreprise, qui exige à plus forte raison une nouvelle analyse de l'avantage. Elles expliquent que, puisque les pouvoirs publics – ou un organisme public – sont propriétaires de toute société d'État, toutes les contributions financières accordées par l'État en faveur d'une société d'État doivent être évaluées sur la base du critère relatif aux prises de participation énoncé à l'article 14 de l'Accord SMC. Les Communautés européennes pensent en effet que sur le

⁹⁸ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 99.

⁹⁹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 126.

¹⁰⁰ *GOES Admin. Review*, *supra* note de bas de page 47.

¹⁰¹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 132.

plan de l'analyse, il n'existe aucune distinction significative entre un investissement sous la forme d'une prise de participation et d'autres formes de contribution financière, par exemple un don en espèces. Que les pouvoirs publics aient donné de l'argent pour l'achat d'une usine ou qu'ils aient injecté des capitaux, le résultat est le même: il y a accroissement de la valeur de leur participation. Les Communautés européennes font donc valoir que toutes les subventions accordées par les pouvoirs publics à une société d'État peuvent être analysées sur la base du critère relatif aux prises de participation des investisseurs privés énoncé à l'article 14 a). Les Communautés européennes font par ailleurs valoir que ce n'est pas le cas des subventions accordées à des sociétés privées, parce que les pouvoirs publics n'ont pas forcément le choix quant à la forme que leur subventionnement pourrait prendre, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas forcément la possibilité d'acheter des parts dans la société. Les Communautés européennes expliquent que lorsque ces parts sont vendues, la base de l'analyse de l'avantage initial change, parce que la participation des pouvoirs publics est réévaluée selon les conditions du marché et, en fait, remboursée.¹⁰²

4.5 Dans leur deuxième communication écrite, les **États-Unis** indiquent que le Groupe spécial n'a jamais été saisi d'aucun différend concernant le fait qu'une aliénation d'entreprise fait naître l'obligation de réexaminer l'existence d'une subvention.¹⁰³ Toutefois, de l'avis des États-Unis, l'examen (en ce qui concerne les subventions accordées antérieurement) est achevé dès lors qu'une autorité conclut que le producteur actuel est la même entité juridique que celle qui a reçu antérieurement la contribution financière et l'avantage. À la deuxième réunion de fond, les États-Unis ont également contesté l'opinion des Communautés européennes selon laquelle toutes les subventions accordées par les pouvoirs publics à une société d'État pouvaient être analysées sur la base du critère relatif aux prises de participation des investisseurs privés.

2. Qui est le bénéficiaire de l'avantage en cas de privatisation?

a) La notion d'avantage dans le cadre de l'Accord SMC

4.6 Les **Communautés européennes** font observer que l'article 1.1 de l'Accord SMC dispose qu'une subvention n'existera que s'il y a une contribution financière qui confère un avantage. Elles affirment qu'il ressort clairement des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("*Canada – Aéronefs*") que l'examen au titre de l'article 1.1 b) est axé sur le bénéficiaire et non sur les pouvoirs publics accordant la subvention.¹⁰⁴ Elles invoquent également la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* à l'appui de l'argument selon lequel "on peut dire qu'il n'y a "avantage" que si une personne, physique ou morale, ou un groupe de personnes, a en fait reçu quelque chose".¹⁰⁵ Elles font valoir que l'interprétation de l'article 1.1 de l'Accord SMC donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* montre bien que l'analyse de l'existence d'un avantage devrait porter sur la valeur pour le bénéficiaire, non sur le coût pour l'autorité qui l'accorde.

4.7 Les **États-Unis** soutiennent que la nature des avantages qui peuvent donner lieu à une mesure compensatoire ressort clairement des articles 1^{er} et 14 de l'Accord SMC. Ils expliquent qu'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est la partie d'une contribution financière qui est obtenue à des conditions plus généreuses que celles que le bénéficiaire aurait pu obtenir dans une transaction commerciale. À leur avis, il n'est pas nécessaire d'analyser l'avantage compétitif que le bénéficiaire retire de l'avantage conféré, ni la mesure dans laquelle le bénéficiaire réussit à tirer

¹⁰² Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 26.

¹⁰³ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

¹⁰⁴ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 42.

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("*Canada – Aéronefs*"), WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 154, cité dans la première communication écrite des CE, paragraphe 42.

parti de l'avantage, car ces notions ne figurent pas dans l'Accord SMC. Les avantages qui peuvent donner lieu à une mesure compensatoire sont, pour l'essentiel, simplement des *sommes d'argent fixes*, qui (dans le cas d'avantages non récurrents) sont amorties avec le temps.¹⁰⁶

4.8 Les **Communautés européennes** conviennent avec les États-Unis que le point de repère pour calculer la valeur de l'avantage conféré au bénéficiaire est une comparaison par rapport au marché. Les Communautés européennes font référence au libellé des diverses dispositions de l'article 14 de l'Accord SMC, qui font état de pratiques "commercial[es] comparable[s]".¹⁰⁷

4.9 C'est dans l'évaluation de l'effet d'une aliénation d'entreprise sur l'existence d'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire que les **Communautés européennes** sont en désaccord avec les États-Unis. Les Communautés européennes font valoir que tout avantage et, de ce fait, tout flux d'avantages découlant de subventions non récurrentes, doit être considéré du point de vue d'une personne physique ou morale. L'avantage n'est pas "rattaché" aux actifs productifs. Ainsi, lorsque le produit exporté n'est plus produit par la même personne physique ou morale que celle qui a reçu la contribution financière et l'avantage, on doit se demander si le producteur actuel bénéficie aussi du même flux d'avantages.¹⁰⁸ Cette nouvelle analyse de l'existence de l'avantage doit se fonder sur une comparaison avec un point de repère du marché conformément à l'article 14 de l'Accord SMC. Dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel a conclu que UES et BS plc/BSES avaient payé

"une juste valeur marchande pour tous les actifs productifs, les éléments incorporels, etc., qu'elles [avaient] acquis de BSC et utilisés ultérieurement pour produire des barres en acier au plomb qui [avaient] été importées aux États-Unis en 1994, 1995 et 1996. Par conséquent, [il] ne décel[ait] aucune erreur dans la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, eu égard aux circonstances propres à l'affaire, les "contributions financières" accordées à BSC entre 1977 et 1986 ne pouvaient pas être réputées comme conférant un "avantage" à UES et à BS plc/BSES."¹⁰⁹

4.10 Les **États-Unis** soutiennent que, comme les avantages pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, une fois identifiés et évalués, sont essentiellement des sommes d'argent, la méthode qui permet d'y mettre fin est simple: cette somme d'argent est amortie avec le temps, à moins que le bénéficiaire ne rembourse le solde non amorti. Les États-Unis conviennent qu'un tel remboursement pourrait avoir lieu conjointement avec une aliénation d'entreprise et, suivant leur nouvelle méthode, ils étudieraient toute allégation selon laquelle un tel remboursement a eu lieu (ou selon laquelle la marchandise visée est produite par une personne différente du bénéficiaire). Ils ajoutent que, cependant, rien dans l'Accord SMC ne permet de conclure que l'aliénation d'une entreprise bénéficiaire d'une subvention, effectuée à la juste valeur marchande ou autrement, élimine automatiquement l'avantage conféré à la société. Ils font valoir que si une société a reçu une

¹⁰⁶ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 4.

¹⁰⁷ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 44. Les Communautés européennes font spécifiquement référence à l'article 14 d) de l'Accord SMC comme analogie utile pour le présent cas. L'article 14 d) dispose ce qui suit:

"la fourniture de biens [...] par les pouvoirs publics ne sera pas considérée comme conférant un avantage, à moins que la fourniture ne s'effectue moyennant une rémunération moins qu'adéquate ou que l'achat ne s'effectue moyennant une rémunération plus qu'adéquate. L'adéquation de la rémunération sera déterminée par rapport aux conditions du marché existantes pour le bien ou service en question dans le pays de fourniture ou d'achat (y compris le prix, la qualité, la disponibilité, la qualité marchande, le transport et autres conditions d'achat ou de vente)."

¹⁰⁸ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 49.

¹⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 68, cité dans la première communication écrite des CE, paragraphe 52.

subvention – une contribution financière qui confère un avantage – le simple transfert de cette société d'un propriétaire à un autre ne signifie pas qu'elle ne dispose plus de la subvention. Ni la contribution financière ni l'avantage n'ont changé, et la société est toujours la même personne.¹¹⁰

4.11 Les **Communautés européennes** font valoir que puisque l'avantage ne réside pas dans les actifs eux-mêmes, aucun avantage ne continue à découler de contributions financières non liées et non récurrentes même après une aliénation d'entreprise. Elles estiment qu'il ne serait possible d'étayer une constatation selon laquelle l'avantage est transmis aux nouveaux propriétaires que "si tous les actifs productifs ... [n'avaient] pas été [acquis] à leur juste valeur marchande".¹¹¹

4.12 Les **États-Unis** estiment que les Communautés européennes n'ont pas suffisamment expliqué comment "la juste valeur marchande résorbe les subventions" ni n'ont indiqué quelles dispositions de l'Accord SMC pouvaient justifier cette conclusion.¹¹² Ils maintiennent que les Communautés européennes n'ont pas suffisamment expliqué comment et pourquoi le paiement de la juste valeur marchande par le *nouveau propriétaire* du bénéficiaire de la subvention extrayait l'avantage *du bénéficiaire de la subvention lui-même*.¹¹³

4.13 Le raisonnement des **États-Unis** est fondé sur leur interprétation de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* selon laquelle les subventions sont accordées à des personnes morales. Ils estiment que cela signifie que les subventions continuent de résider chez la personne morale bénéficiaire tant qu'elles n'ont pas été sorties, ou que la personne n'a pas été dissoute.¹¹⁴

4.14 Les **Communautés européennes** contestent l'idée des États-Unis selon laquelle les subventions doivent être "sorties" ou "extraites" d'une personne morale. Pour les Communautés européennes, il semble que les États-Unis parlent de l'extraction du subventionnement des activités de production – qu'il s'agisse d'une main-d'œuvre dotée de compétences accrues ou d'aciéries qui ont été construites à l'aide de subventions. Les États-Unis font observer que la main-d'œuvre reste la même après la privatisation et que les aciéries ne changent pas. L'Organe d'appel a clairement constaté, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, que les subventions ne revenaient pas à des activités de production mais à des personnes morales. Les Communautés européennes se fondent sur l'Organe d'appel qui a rejeté l'opinion des États-Unis selon laquelle l'avantage devrait être considéré comme revenant aux activités de production.¹¹⁵

4.15 Les **États-Unis** ne contestent pas qu'une aliénation d'entreprise fait naître l'obligation de réexaminer l'existence d'une subvention.¹¹⁶ Toutefois, ils maintiennent que leur méthode actuelle est compatible avec l'Accord SMC. En se fondant sur leur interprétation du fait que les subventions résident chez la personne morale bénéficiaire, ils estiment que ce qui doit être pris en considération après qu'une aliénation d'entreprise a eu lieu, c'est la question de savoir si les subventions antérieures ont été remboursées en tout ou en partie, et si l'aliénation d'entreprise a créé un nouveau producteur de la marchandise visée, dont on peut dire qu'aucune partie d'aucune subvention accordée antérieurement ne lui revient.¹¹⁷ Ainsi, à la suite d'une aliénation d'entreprise, le Département du commerce examine

¹¹⁰ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 5.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* ("États-Unis – Plomb et bismuth II"), WT/DS138/R et Corr. 2, adopté le 7 juin 2000 tel qu'il a été confirmé par le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 6.81, cité dans la première communication écrite des CE, paragraphe 53.

¹¹² Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 7.

¹¹³ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 8.

¹¹⁴ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 16.

¹¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58.

¹¹⁶ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

¹¹⁷ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 15 et 16.

si le producteur actuel dispose d'une contribution financière et d'un avantage, ou si, conjointement à l'aliénation d'entreprise, la contribution ou l'avantage a été remboursé(e) ou supprimé(e).¹¹⁸

b) La notion de "personne morale distincte" utilisée par les États-Unis

4.16 Les **États-Unis** soutiennent que la méthode révisée relative à l'aliénation d'entreprise appliquée par le Département du commerce, à savoir la méthode de la "même personne", est compatible avec l'Accord SMC, en particulier tel que celui-ci a été interprété par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. À cet égard, ils expliquent que, dans son rapport, l'Organe d'appel a partagé l'opinion du Groupe spécial (fondée sur les propres constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*) selon laquelle une subvention devait être reçue par la personne physique ou morale qui produisait ou exportait la marchandise visée. Ils allèguent que l'Organe d'appel a également accepté la constatation du Groupe spécial selon laquelle la société privatisée concernée, UES, était une nouvelle personne morale distincte ayant droit à une détermination indépendante de l'existence d'une subvention (ce qu'elle n'avait pas obtenu du Département du commerce). Ils font valoir en outre que, du fait que les nouveaux propriétaires d'UES avaient payé la juste valeur marchande pour UES, l'Organe d'appel n'a constaté aucune erreur dans la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les contributions financières accordées à BSC ne pouvaient pas être réputées conférer un avantage à UES. De l'avis des États-Unis, même si l'Organe d'appel a accepté la conclusion du Groupe spécial selon laquelle BSC et UES étaient des personnes morales distinctes, il n'a pas adopté le raisonnement du Groupe spécial pour arriver à cette conclusion. Les États-Unis expliquent que, tandis que le Groupe spécial a constaté que BSC et UES étaient des personnes morales distinctes uniquement à cause de l'aliénation d'entreprise, l'Organe d'appel a simplement déclaré que, compte tenu des aliénations d'entreprise qui avaient conduit à la création d'UES, le Département du commerce était tenu de déterminer si UES avait elle-même reçu une contribution financière et un avantage.¹¹⁹ Les États-Unis soutiennent par ailleurs que l'Organe d'appel n'a pas identifié les facteurs spécifiques faisant qu'UES devait être traitée comme une personne morale distincte et a déclaré par deux fois que sa détermination était fondée sur "[les] circonstances propres à l'affaire".¹²⁰

4.17 Les **États-Unis** font observer que, alors que le Groupe spécial a souligné que les aliénations d'entreprise qui avaient conduit à la création de nouvelles personnes morales avaient été accompagnées du paiement d'une contrepartie, l'Organe d'appel a simplement déclaré que, compte tenu de la création de ces nouvelles personnes morales (qui étaient en fait les producteurs de la marchandise visée), le Département du commerce était tenu de déterminer si ces nouvelles personnes morales avaient reçu un avantage. À leur avis, l'idée selon laquelle l'Organe d'appel a simplement oublié de dire que le paiement de la juste valeur marchande était la raison pour laquelle les subventions antérieures n'étaient pas transmises aux sociétés nouvellement créées est également contredite par le fait que le paiement de la juste valeur marchande n'était pas une question d'importance secondaire, mais l'un des arguments centraux des Communautés européennes dans cette procédure. Les États-Unis considèrent que l'Organe d'appel n'a pas évoqué explicitement cette question parce qu'il croyait comprendre qu'elle n'avait pas été entièrement analysée ou expliquée. Ils soutiennent que l'Organe d'appel, disposant d'une base restreinte pour régler l'appel, a alors agi avec bon sens – il a réglé l'affaire sur cette base restreinte, sans aborder la question la plus difficile et la plus mal définie.¹²¹

¹¹⁸ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

¹¹⁹ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 39 et 40.

¹²⁰ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 40, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58.

¹²¹ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 4 du Groupe spécial.

4.18 Les **Communautés européennes** soutiennent que le principe voulant que c'est l'aliénation d'entreprise qui infirme la présomption selon laquelle un flux d'avantages se prolonge au-delà de la durée de vie moyenne des actifs a été explicitement accepté par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*.¹²² Pour les Communautés européennes, il est tout à fait clair que l'Organe d'appel considère l'aliénation d'entreprise comme le facteur crucial qui rend nécessaire de prendre à nouveau en considération l'existence ininterrompue du flux d'avantages. L'Organe d'appel, dans le même paragraphe, cite aussi, en l'approuvant, la déclaration du Groupe spécial ci-après:

"les aliénations d'entreprise qui ont conduit à la création d'UES et de BS plc/BSES auraient dû amener le Département à examiner si la production de barres en acier au plomb par UES et BS plc/BSES respectivement, et non par BSC, était subventionnée".¹²³ (non souligné dans l'original)

4.19 Les **Communautés européennes** considèrent, par conséquent, que c'était l'aliénation d'entreprise qui faisait naître la nécessité d'examiner l'avantage du point de vue de l'entité postérieure à la transaction. Elles considèrent que cette conclusion est renforcée par le fait que l'Organe d'appel a repris les constatations de fait du Groupe spécial selon lesquelles British Steel Corporation avait cessé d'exister et British Steel plc avait été créée avant l'opération effective de privatisation.¹²⁴ En d'autres termes, à ce moment-là, avant que la privatisation ait eu lieu, la personne morale exportant le produit faisant l'objet de l'enquête était différente de la personne morale qui avait reçu une subvention.¹²⁵ Les Communautés européennes font valoir que, si l'affirmation des États-Unis était correcte, ce simple changement de personne morale aurait été suffisant pour faire naître la nécessité de revoir la détermination concernant la subvention. Outre qu'une telle affirmation laisserait le champ libre au contournement, il était clair que ce fait n'était pas considéré comme déterminant ni par le Groupe spécial ni par l'Organe d'appel. Les Communautés européennes concluent que ce qui était considéré comme déterminant était l'aliénation d'entreprise, comme le prouvent les références explicites à cet élément factuel qui étaient faites dans les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel.

4.20 Les **États-Unis** font valoir que les Communautés européennes décrivent le Département du commerce comme élaborant *ex nihilo* sa nouvelle méthode en matière de privatisation suite à l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* (et à l'affaire *Delverde III*). À leur avis, toutefois, l'examen de la question de savoir si le producteur en question est la même personne qui a reçu la subvention découle directement de la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle le producteur de la marchandise visée dans cette affaire (UES) n'était pas la même personne que celle qui recevait la subvention (BSC). Les États-Unis notent que les Communautés européennes elles-mêmes ont admis que "l'Organe d'appel était convenu que lorsque l'aliénation d'entreprise avait abouti à la création d'une personne morale différente du bénéficiaire de la subvention, tout avantage devait être évalué du point de vue de l'entité postérieure à la transaction".¹²⁶ Les États-Unis font valoir que la nouvelle approche du Département

¹²² Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 23 à 25.

¹²³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

¹²⁴ *Ibid.*, paragraphe 2.

¹²⁵ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 54, dans laquelle les Communautés européennes notent qu'à la première réunion de fond du Groupe spécial, les États-Unis ont déclaré que BSC et BS plc seraient probablement considérées comme étant la même personne selon la "méthode de la même personne". Les Communautés européennes renvoient à la réponse des États-Unis à la question n° 7 qu'elles leur ont posée pendant la procédure du Groupe spécial, dans laquelle les États-Unis refusent d'expliquer si BSC et BS plc pourraient être considérées comme étant la même personne selon leur nouvelle méthode. Les Communautés européennes estiment qu'en appliquant sa nouvelle méthode, le Département du commerce constaterait que BSC et BS plc étaient la même personne et donc que le subventionnement a été transmis à travers la privatisation.

¹²⁶ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 41 (citant la première communication écrite des CE, paragraphe 51 (pas d'italique dans l'original)).

du commerce vérifie simplement le postulat reconnu énoncé dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* – à savoir si l'aliénation d'entreprise a abouti à "la création d'une personne morale différente". Ils soutiennent que, lorsque ce postulat de base fait défaut – autrement dit, lorsqu'une aliénation d'entreprise n'a *pas* abouti à "la création d'une personne morale différente" – le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* n'oblige pas le Département à constater que les subventions ont été éliminées.¹²⁷

4.21 Les **États-Unis** estiment que l'aliénation d'une entreprise ne crée pas automatiquement une nouvelle personne morale distincte. Ils font valoir que dans l'affaire "Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie", les Communautés européennes allèguent que la détermination relative à la subvention, établie initialement pour le bénéficiaire de la subvention lui-même (AST), doit être établie à nouveau – et ce uniquement par suite de l'aliénation d'entreprise – non pour le bénéficiaire de la subvention (toujours AST), mais pour les nouveaux propriétaires de ce bénéficiaire (KAI). C'est comme si KAI était devenue subitement, à la place d'AST, la société interrogée dans le cadre de l'enquête en matière de droits compensateurs et le producteur des aciers italiens visés par l'enquête. Les États-Unis font observer que les Communautés européennes elles-mêmes ont reconnu qu'une subvention "réside chez la personne physique ou morale qui a initialement reçu la subvention", et non chez le propriétaire de cette personne.¹²⁸

4.22 Les **États-Unis** font aussi observer que, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel a constaté que la présomption selon laquelle les avantages sont répartis dans le temps ne pouvait jamais être irréfragable, de sorte que les autorités administrantes étaient tenues de démontrer que le producteur retirait un avantage au sens de l'Accord SMC.¹²⁹ Ils estiment que leur nouvelle méthode de la "même personne" est pleinement compatible avec cette constatation. Suivant cette nouvelle méthode, suite à une aliénation d'entreprise, les États-Unis examinent si le producteur actuel bénéficie d'une subvention, ou si l'aliénation d'entreprise a soit mis fin à la subvention soit créé une nouvelle personne morale ayant droit à sa propre analyse en matière de subvention.¹³⁰ Pour établir cette détermination, les États-Unis examinent les éléments de preuve présentés par les sociétés interrogées montrant que la contribution financière a été remboursée ou retirée et/ou que l'avantage n'est plus conféré.

4.23 Les **Communautés européennes** allèguent que les États-Unis ajoutent à leur interprétation erronée de l'Accord SMC une manipulation et une distorsion de diverses notions juridiques relevant du droit interne. Elles considèrent que le fait d'assimiler les "aliénations d'entreprise" à la notion de création d'une "nouvelle entité juridique", qui est totalement différente, est à l'origine de l'interprétation erronée que font les États-Unis du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, qui repose selon eux sur une constatation portant sur des "personnes morales distinctes". Les Communautés européennes maintiennent que l'Organe d'appel n'a pas assimilé la personne physique ou morale qui retire un avantage au producteur exportateur visé par l'enquête.¹³¹ L'Organe d'appel n'a abordé la question de savoir ce qu'il faut entendre par "personne" ni dans son rapport sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, ni dans son rapport sur l'affaire *Canada – Aéronefs*. Les Communautés européennes expliquent que dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, il a été demandé à l'Organe d'appel quel était le critère permettant de calculer l'avantage: le coût pour les pouvoirs publics ou l'avantage pour le bénéficiaire¹³²; dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel examinaient la question de savoir si l'avantage

¹²⁷ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 42.

¹²⁸ Les États-Unis font référence à la première communication écrite des CE, paragraphe 12.

¹²⁹ Les États-Unis font référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

¹³⁰ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 16.

¹³¹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 31 à 35.

¹³² Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphe 154.

pouvait revenir aux actifs productifs. Ainsi, de l'avis des Communautés européennes, aucun des deux rapports n'appuie l'affirmation des États-Unis selon laquelle le producteur exportateur est la seule personne physique ou morale pertinente pour un examen relatif au subventionnement. Les Communautés européennes concluent donc que le fait que les États-Unis assimilent la "personne physique ou morale" au producteur exportateur visé par l'enquête n'est pas justifié.¹³³

- c) Les principes du droit des sociétés dans l'interprétation et l'application de l'Accord SMC
- i) *La pertinence de la distinction entre une société et ses propriétaires aux fins de l'évaluation de l'avantage*

4.24 Les **États-Unis** invoquent les principes du droit des sociétés pour étayer sur le plan logique leur recours au critère de la "personne morale distincte" aux fins de leur détermination relative à la continuation d'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire. Ils soutiennent que la distinction entre les propriétaires et les sociétés est réelle et ne peut pas être ignorée. Ils estiment aussi qu'ils ont démontré (et les Communautés européennes ne nient pas) que la distinction entre une société et ses propriétaires est fondamentale dans la plupart des juridictions, y compris celle des Communautés européennes. À leur avis, il n'est pas possible, cela étant, d'interpréter l'Accord SMC comme si cette distinction n'existait pas ou comme si les États Membres de l'OMC l'avaient désavouée au moment de rédiger l'Accord SMC, sans donner la moindre indication qu'ils agissaient en ce sens. Les États-Unis soutiennent que non seulement la distinction entre propriétaires et sociétés est incontournable, mais qu'en outre l'Organe d'appel a confirmé que les subventions étaient reçues par des personnes morales¹³⁴, et non par les propriétaires de ces personnes ou "entités économiques". Ils estiment en outre que les Communautés européennes elles-mêmes ont reconnu que les subventions "résidaient" chez les personnes morales qui les recevaient, non chez leurs propriétaires ou dans quelque "entité économique" à caractère global.¹³⁵

4.25 Selon l'interprétation des **États-Unis**, les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, selon lesquelles les subventions sont accordées à des personnes morales, signifient que les subventions continuent de résider chez la personne tant qu'elles n'en ont pas été sorties, ou que la personne n'a pas été dissoute. Les États-Unis affirment qu'une aliénation d'entreprise, en soi, ne fait aucune de ces deux choses.¹³⁶ Ils font valoir que la seule obligation au regard de l'Accord SMC créée par une aliénation d'entreprise est que les autorités chargées de l'enquête devraient examiner si, conjointement avec l'aliénation d'entreprise, les subventions ont été remboursées, ou n'ont pas été transférées au nouveau producteur de la marchandise visée (si un nouveau producteur a été créé). Les États-Unis maintiennent que cette position est totalement compatible avec le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*.¹³⁷

4.26 Les **Communautés européennes** font valoir que la proposition des États-Unis visant à établir une distinction entre la société productrice des marchandises exportées et ses propriétaires est contraire aux constatations du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Elles rappellent que le Groupe spécial a constaté qu'une telle distinction "donnerait à la forme primauté sur le fond", et avait été rejetée en soi par le Département du commerce.¹³⁸ De plus, elles ne pensent pas

¹³³ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 36 à 38.

¹³⁴ Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58.

¹³⁵ Les États-Unis se réfèrent à la première communication écrite des CE, paragraphe 12; voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 13 et 14.

¹³⁶ *Ibid.*, paragraphe 15.

¹³⁷ Deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 16.

¹³⁸ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 62.

qu'une distinction entre la société et ses propriétaires soit appropriée aux fins de l'analyse de l'existence d'un subventionnement.¹³⁹ Elles poursuivent en notant¹⁴⁰ que la distinction que les États-Unis tentent de faire entre la société et ses propriétaires, aux fins de l'application de droits compensateurs, est l'élément essentiel de leur argumentation. Elles admettent qu'une distinction peut être établie aux fins générales du droit des sociétés ou du droit commercial, mais elles estiment que la distinction entre propriétaires et société n'est pas pertinente pour l'imposition de droits compensateurs. C'est l'entité économique qui est l'objet de l'analyse de l'avantage et non simplement le producteur exportateur soumis à enquête. Voilà l'analyse utilisée en général, par les États-Unis, analyse qui part de l'un des principes fondamentaux de la législation en matière de droits compensateurs à savoir que l'argent est fongible.

4.27 Les **États-Unis** estiment que l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle aucune distinction ne peut être faite entre les sociétés et leurs propriétaires va à l'encontre du droit des sociétés aussi bien aux États-Unis que dans les Communautés, droit dont le principe fondamental est précisément l'idée que les sociétés sont des personnes morales distinctes de leurs propriétaires. Ils estiment aussi que, bien que le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* ait d'une certaine façon approuvé cette position, l'Organe d'appel n'a pas dit qu'aucune distinction ne pouvait être établie entre les sociétés et leurs propriétaires.¹⁴¹ Ils affirment que, quand bien même on admettrait, pour les besoins de l'argumentation, qu'une société privatisée et son nouveau propriétaire doivent être considérés conjointement, on comprend aisément pourquoi, du point de vue économique, la privatisation ne résorbe pas les subventions accordées antérieurement. Ce qui est accordé initialement à la société (par exemple une subvention de 3 milliards de dollars) lui donne un avantage compétitif artificiel. Lorsque, ensuite, la société est vendue (par exemple pour 2 milliards de dollars), ce que débourse le nouveau propriétaire/la nouvelle société (2 milliards de dollars au comptant) est précisément compensé par une rentrée d'une valeur de 2 milliards de dollars (le capital-actions – un revenu attendu d'une valeur actualisée nette de 2 milliards de dollars). Il n'est pas plus défendable de constater que la subvention de 3 milliards de dollars a été résorbée dans ce cas que dans le cas où le propriétaire/la société, après avoir reçu les 3 milliards de dollars, verse à l'État 2 milliards de dollars en échange d'un lot de charbon valant 2 milliards de dollars. Il est évident que l'achat de charbon, transaction effectuée à la juste valeur marchande, ne "rembourse" pas 2 milliards de dollars d'aide accordée antérieurement par les pouvoirs publics. Tout comme la transaction relative au capital-actions, il s'agit d'un échange d'une valeur contre une valeur égale.¹⁴²

4.28 Les **Communautés européennes** font observer que les États-Unis ont tenté de laisser entendre que les Membres de l'OMC n'avaient pas décidé, sans rien dire, de rejeter la distinction entre société et propriétaire dans le cadre de l'Accord SMC étant donné qu'il s'agit d'une notion fondamentale du droit des sociétés. Les Communautés européennes estiment, quant à elles, que c'est le contraire qui est vrai. À cet égard, elles expliquent qu'il est notoire depuis de nombreuses années et largement accepté par les Membres de l'OMC, que les subventions accordées à un propriétaire peuvent être attribuées à une filiale. Elles expliquent que le fait qu'une société-mère et une filiale

¹³⁹ Réponse des CE à la question n° 9 du Groupe spécial.

¹⁴⁰ Deuxième communication écrite des CE, paragraphes 39 à 43.

¹⁴¹ Les États-Unis comparent le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R (paragraphe 6.82) avec le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R (paragraphes 62 à 64). Ils soutiennent qu'en même temps, l'Organe d'appel a, dans ce contexte, confirmé ce qui suit: 1) des autorités peuvent répartir les avantages conférés par une subvention sur certaines années postérieures à l'octroi de celle-ci et appliquer une mesure compensatoire pour compenser ces avantages sans examiner si le bénéficiaire continue de bénéficier d'un avantage compétitif démontrable; et 2) il incombe à la société interrogée, dans une procédure en matière de droits compensateurs de démontrer, dans le cadre d'un réexamen, qu'une telle subvention a été supprimée, si elle veut que les droits compensateurs qui lui sont imposés soient levés ou ajustés. Si une simple aliénation d'entreprise avait suffi à satisfaire cette exigence, toute l'analyse de l'Organe d'appel aurait été superflue.

¹⁴² Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 68.

contrôlée à 100 pour cent puissent être considérées conjointement a été admis par l'Organe d'appel lorsque celui-ci a assimilé BS plc et sa filiale BSES dans la déclaration figurant dans son rapport sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Les Communautés européennes indiquent par ailleurs que les États-Unis ont depuis longtemps pour pratique de traiter les sociétés-mères et leurs filiales contrôlées à 100 pour cent comme si elles ne faisaient qu'une aux fins de l'application de droits compensateurs. Elles ajoutent que, de fait, les États-Unis ont conclu, lorsqu'ils ont adopté l'ancienne méthode "gamma", que la distinction entre les propriétaires et la société n'était pas pertinente aux fins de l'application de droits compensateurs.¹⁴³

4.29 Les **Communautés européennes** soutiennent que les méthodes ont peut-être changé, mais pas les principes de base des législations en matière de droits compensateurs au titre de l'Accord SMC. Elles concluent par conséquent que les États-Unis ont inventé le caractère fondamental de leur distinction entre sociétés et propriétaires uniquement pour les besoins de leur méthode de la "même personne", puisqu'il n'existait pas dans le cadre de leur ancienne méthode relative aux aliénations d'entreprise et que les États-Unis ne font actuellement pas cette distinction lorsqu'ils attribuent des subventions.¹⁴⁴

4.30 Les **États-Unis** disent que, comme les Communautés européennes ne peuvent pas expliquer comment le paiement de la juste valeur marchande par le nouveau propriétaire d'une société subventionnée extrait les subventions de cette société, elles affirment maintenant que la distinction admise entre propriétaires et sociétés¹⁴⁵ devrait être ignorée aux fins de l'analyse de l'existence de subventions, car celles-ci sont reçues par des "entités économiques."¹⁴⁶ Ils font valoir que, bien que les Communautés européennes n'aient pas expliqué, tout simplement, ce qu'elles entendent par "entité économique", cette notion est vraisemblablement assez large pour englober à la fois propriétaires et sociétés – investisseurs et producteurs. Selon eux, les Communautés européennes veulent que le Groupe spécial adhère à cette nouvelle notion et qu'il considère que l'argent sorti de la poche d'un propriétaire est réputé sorti de la société, ce qui peut signifier l'élimination des subventions qui résident dans ladite société. Si la subvention est perçue par une "entité économique" (unité société/propriétaire) et non par la société, elle peut être remboursée par la même "entité économique" (unité société/propriétaire) et non par le propriétaire.¹⁴⁷

4.31 Les **Communautés européennes** considèrent que les droits compensateurs sont appliqués sans référence à la distinction, en droit des sociétés, entre la société et ses propriétaires; c'est ce qui s'ensuit tant de l'Accord SMC que de la pratique des États-Unis. À l'appui de cette opinion, les Communautés européennes citent la déclaration faite par le Département du commerce devant la Cour d'appel du Circuit fédéral dans la procédure concernant l'affaire *British Steel plc c. United States*, qui indique ce qui suit:

"L'erreur dans l'analyse faite par la juridiction inférieure, pour parler simplement, tient au fait que la législation en matière de droits compensateurs n'est pas fondée sur les principes du droit des sociétés ou du droit de la propriété. La législation en matière de droits compensateurs prescrit que deux conditions doivent être réunies avant que le Département du commerce puisse appliquer des mesures compensatoires eu égard à des subventions: 1) octroi d'une subvention concernant la fabrication, la production ou l'exportation d'une catégorie ou d'un type de marchandises; et

¹⁴³ Voir la déclaration des CE à la deuxième réunion de fond, paragraphes 11 à 13.

¹⁴⁴ Voir la déclaration des CE à la deuxième réunion de fond, paragraphes 14 à 16.

¹⁴⁵ Les États-Unis se réfèrent à la réponse des CE à la question n° 11 posée par les États-Unis pendant la procédure du Groupe spécial.

¹⁴⁶ Les États-Unis se réfèrent à la réponse des CE à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphe 13.

¹⁴⁷ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 12.

2) dommage causé à la branche d'activité pertinente des États-Unis par des importations de cette catégorie ou de ce type de marchandises."¹⁴⁸

ii) *Les droits compensateurs sont-ils comparables aux responsabilités pour actes visés par la réglementation ou pour actes délictueux?*

4.32 Les **États-Unis** allèguent que leur "méthode de la même personne" est fondée sur les principes de la succession d'entreprises.¹⁴⁹ Ils font valoir que cette méthode est la seule approche compatible avec les principes de la succession d'entreprises – principes établis depuis si longtemps et si largement admis que les rédacteurs de l'Accord SMC ne les auraient jamais écartés sans l'indiquer clairement. Selon eux, rien dans l'Accord SMC n'oblige des autorités à traiter la responsabilité potentielle en matière de droits compensateurs différemment d'autres responsabilités potentielles, d'ordre réglementaire ou délictuel. Ils font également valoir qu'il n'existe aucune distinction juridique ou économique entre une responsabilité potentielle en matière de droits compensateurs et d'autres charges potentielles pour les revenus d'une société dont les actions en circulation changent de mains.

4.33 Les **Communautés européennes** contestent la pertinence des notions susmentionnées pour les déterminations en matière de droits compensateurs. Selon elles, alors que la responsabilité d'ordre réglementaire et la responsabilité délictuelle peuvent naître au moment de l'acte, et que la responsabilité pour dommages causés à l'environnement naît à la date à laquelle l'action qui cause le dommage a eu lieu, la responsabilité en matière de droits compensateurs ne naît pas le jour où la subvention a été accordée mais uniquement au moment de l'importation. En conséquence, les Communautés européennes concluent qu'une société peut choisir d'exporter ou non et, ce faisant, d'encourir une responsabilité en matière de droits compensateurs.¹⁵⁰

4.34 Les **États-Unis** considèrent que l'argumentation ci-dessus révèle une compréhension absolument erronée de la nature des responsabilités potentielles, c'est-à-dire des charges potentielles pour le flux de revenus d'une société. À leur avis, une fois qu'une société a pollué, la possibilité que la responsabilité environnementale soit invoquée existe et peut se matérialiser si quelqu'un engage des poursuites. Les États-Unis expliquent qu'à l'inverse, la société peut prendre des mesures pour remédier au préjudice en procédant volontairement au nettoyage. De même, une fois qu'une société a reçu une subvention amortissable, la possibilité existe que des droits compensateurs soient imposés. Les États-Unis soutiennent que cette responsabilité potentielle peut se matérialiser si une personne (une entreprise lésée dans un pays importateur) dépose une demande d'imposition de droits compensateurs. Ils ajoutent qu'à l'inverse, la société peut prendre des mesures pour remédier au préjudice en remboursant volontairement la subvention ou en mettant fin à ses exportations dommageables. Selon eux, l'extraordinaire suggestion des Communautés européennes selon laquelle les règles normales du droit des sociétés et de la succession d'entreprises cessent de s'appliquer lorsque la responsabilité en jeu concerne le risque de devoir payer des droits compensateurs n'a tout simplement aucun fondement. Ils ajoutent que l'argument des Communautés européennes est particulièrement inepte dans le cas d'Usinor, qui était visée par des ordonnances en matière de droits compensateurs au moment de la privatisation.¹⁵¹

4.35 En réponse à la question n° 6 du Groupe spécial sur la question de savoir s'il existait des normes ou des règles internationales concernant la création d'une nouvelle entité juridique à la suite d'une aliénation d'entreprise, les **États-Unis** ont déclaré que le droit des sociétés relatif à la responsabilité du successeur (et à la question des types d'aliénation d'entreprise créant une nouvelle

¹⁴⁸ Voir le mémoire pour défendeur-appelant, Cour d'appel du Circuit fédéral des États-Unis, *British Steel plc c. United States*, 23 octobre 1996, pages 21 et 22.

¹⁴⁹ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 15 à 17 et 72.

¹⁵⁰ Voir la déclaration des CE à la première réunion de fond, paragraphes 76 et 77.

¹⁵¹ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 6 du Groupe spécial.

entité juridique) était appliqué d'une façon généralement cohérente bien qu'il n'ait pas été harmonisé au niveau international.¹⁵²

4.36 Les **Communautés européennes** ont considéré, dans leur réponse à la question n° 6, que la détermination relative à une aliénation d'entreprise portait en grande partie sur un point de fait, devant être tranché conformément au droit national applicable. Elles font valoir qu'elles n'ont connaissance d'aucune règle internationale pertinente concernant l'aliénation d'entreprise même si elles ont signalé que l'article XXVIII n) de l'Accord général sur le commerce des services définissait la "propriété" (ownership) et le "contrôle" (control) aux fins de la détermination des obligations contractées dans le cadre de l'AGCS.¹⁵³

4.37 Les **Communautés européennes** conviennent que les droits compensateurs potentiels ont un effet restrictif pour un producteur exportateur. Elles expliquent que, si un producteur exportateur sait que ses produits risquent de faire l'objet de droits compensateurs, il se peut qu'il réfléchisse à deux fois avant d'exporter vers un pays qui impose des droits compensateurs (tel que les États-Unis). Elles ajoutent que, cependant, il est indiscutable qu'un simple subventionnement ne suffit pas à entraîner l'imposition de droits compensateurs. En outre, elles font valoir qu'à la différence de la responsabilité pour dommages causés par la pollution, un producteur exportateur a le choix de soumettre ses produits à des droits compensateurs sur ses produits car il peut décider d'exporter ou non. Elles expliquent qu'un droit compensateur est équivalent à un droit de douane et estiment qu'il est manifestement ridicule de dire que la responsabilité en matière de droits de douane est analogue à la responsabilité pour pollution de l'environnement, et qu'un critère en matière de succession d'entreprises est applicable.¹⁵⁴

4.38 Les **États-Unis** allèguent que les Communautés font valoir que, comme les responsabilités en matière de droits compensateurs ne fonctionnent pas exactement de la même manière que les responsabilités délictuelles potentielles, elles ne constituent en aucune façon des responsabilités potentielles.¹⁵⁵ Les États-Unis soutiennent qu'en réalité, le risque de devoir payer des droits compensateurs est très comparable à la responsabilité délictuelle potentielle: il s'agit dans les deux cas de charges potentielles pour les revenus de la société qu'un acquéreur éventuel prendrait en compte tout aussi certainement qu'il prendrait en compte les responsabilités délictuelles potentielles. Ils font valoir que, quoi qu'il en soit, la tentative des Communautés européennes de différencier les responsabilités potentielles en matière de droits compensateurs n'est pas convaincante car ces deux types de responsabilité ne deviennent effectifs que si les parties lésées du pays concerné engagent une action judiciaire. Les États-Unis affirment qu'en outre, de même qu'un producteur d'acier subventionné pourrait éviter des droits compensateurs en restituant les subventions ou en cessant d'exporter vers les pays qui ont adopté des ordonnances en matière de droits compensateurs, un producteur qui a causé un dégât à l'environnement dans un autre pays pourrait bien échapper à cette responsabilité potentielle en réparant le dégât ou en mettant fin à certaines activités dans le pays en question. Enfin, Ils font valoir que les droits compensateurs concernent très précisément le producteur subventionné; le montant du droit est calculé en divisant la subvention accordée à ce producteur pour l'année pendant laquelle la marchandise est produite par la production totale de ce même producteur pendant l'année en question.¹⁵⁶

4.39 Les **Communautés européennes** considèrent que l'exemple de la pollution de l'environnement choisi par les États-Unis est erroné.¹⁵⁷ Dans l'exemple de la responsabilité

¹⁵² *Ibid.*, paragraphe 21.

¹⁵³ Voir la réponse des CE à la question n° 6 du Groupe spécial.

¹⁵⁴ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 45 et 46.

¹⁵⁵ Les États-Unis se réfèrent à la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 44 à 46.

¹⁵⁶ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphes 31 à 33.

¹⁵⁷ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 46.

délictuelle, celle-ci est rattachée à l'acte qui a causé le dommage. La "potentialité" de la responsabilité dépend entièrement de la personne qui subit le dommage – elle peut ou non choisir d'engager des poursuites. Pour ce qui est des droits compensateurs, la potentialité dépend entièrement du producteur exportateur: il peut choisir ou non d'exporter, de rembourser les subventions ou de demander qu'une autorité chargée de l'enquête examine dûment s'il retire un avantage.

d) "Même personne" contre "même activité"

4.40 Les **Communautés européennes** maintiennent que le nom donné par les États-Unis à leur nouvelle méthode relative aux aliénations d'entreprise, à savoir la méthode de la "même personne", est trompeur. Elles font cette déclaration parce qu'elles estiment que l'expression "même personne" est une manière déguisée de dire "même activité". Ainsi, soutiennent-elles cette méthode, tout comme la méthode "gamma" traite les conditions de vente comme non pertinentes. À leur avis, cette méthode perpétue la conception erronée des États-Unis selon laquelle l'avantage réside d'une manière ou d'une autre dans les actifs, en examinant non pas si le producteur actuel a reçu un avantage quelconque, et donc une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, mais si les actifs et les opérations commerciales de la société peuvent être considérés comme étant les mêmes avant et après la transaction. Les Communautés européennes estiment que cette présomption, qui ne pourrait être réfutée que si l'entité postérieure à la transaction liquidait tous ses actifs et démarrait la production sur un autre site, avec une autre main-d'œuvre et une autre dénomination commerciale, n'implique aucun examen de l'existence d'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire. Elles concluent donc que la méthode de la "même personne" constitue, par conséquent, une présomption aussi incompatible avec les règles de l'OMC que la présomption adoptée par les États-Unis pour la méthode "gamma". Elles font observer que le Département du commerce considère la nature de l'opération comme non pertinente pour déterminer l'existence d'un avantage. Pour éviter d'examiner l'existence d'un avantage, le Département assimile le mot "personne" à la notion d'"actifs productifs". Les Communautés européennes considèrent que le Groupe spécial et l'Organe d'appel¹⁵⁸ ont déjà rejeté l'idée que deux entités pourraient être la même personne pour la simple raison que leurs activités restent les mêmes.¹⁵⁹

4.41 Se référant à la déclaration des Communautés européennes selon laquelle le critère de la "même personne" employé par le Département du commerce est un critère lié à la "même activité", qui ne peut être satisfait que si "l'entité postérieure à la transaction [a] liquidé tous ses actifs et démarr[e] la production sur un autre site, avec une autre main-d'œuvre et une autre dénomination commerciale"¹⁶⁰, les **États-Unis** considèrent qu'il s'agit là d'une représentation faussée de la méthode actuelle du Département, méthode solidement étayée par un raisonnement économique cohérent et les principes de la succession d'entreprises qui s'appliquent aussi bien aux États-Unis que dans les Communautés européennes. Les États-Unis expliquent que, selon ce critère, une entité constituée en société peut être considérée comme étant le successeur d'une autre si, en substance, il s'agit de la même personne. Comme le Département l'a expliqué, les divers facteurs qui permettent de déterminer si une société nominalement différente devrait être traitée, en substance, comme étant la même personne, ne sont précisément que des facteurs. Les États-Unis allèguent que rien ne permet d'affirmer que tous ces facteurs doivent inciter à constater qu'une nouvelle entité constituée en société a été créée, avant qu'une telle constatation puisse être établie. Ils soutiennent que dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, ni le Groupe spécial ni l'Organe d'appel n'ont dit que deux sociétés différentes ne pouvaient être traitées comme étant la même personne "pour la simple raison que leurs

¹⁵⁸ Les Communautés européennes se réfèrent au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, paragraphe 6.70, et au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

¹⁵⁹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 125.

¹⁶⁰ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 74 (citant la première communication écrite des CE, paragraphe 130).

activités restent les mêmes"¹⁶¹, comme l'allèguent les Communautés européennes. Ils estiment que, devant les faits très particuliers et complexes en l'espèce, le Groupe spécial a simplement déclaré (sans explication) qu'il "n'avait aucun doute" quant au fait que BSC et UES étaient des sociétés différentes et l'Organe d'appel a seulement déclaré ce qui suit: "étant donné les aliénations d'entreprise qui ont conduit à la création d'UES, le [Département du commerce] était tenu ... d'examiner, sur la base des renseignements qui lui étaient soumis concernant ces aliénations, si un "avantage" revenait à UES ...". Les États-Unis concluent que rien n'indique que l'Organe d'appel aurait demandé une nouvelle détermination de l'existence d'une subvention dans le cas d'une détermination concernant exactement la même entité constituée en société, accompagnée d'un dossier circonstancié démontrant la continuité de cette personne morale.¹⁶²

4.42 Les **Communautés européennes** estiment qu'il ne peut y avoir de doute quant aux faits que c'est l'aliénation d'entreprise que l'Organe d'appel a analysée dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et qui a fait naître la nécessité d'un nouvel examen de l'analyse de l'existence d'un avantage et, qu'en ignorant l'opération d'aliénation d'entreprise et en se concentrant sur l'existence de "mêmes personnes", les États-Unis ne font pas la détermination de l'existence d'un avantage requise à l'article premier de l'Accord SMC. Ils se contentent de supposer que l'avantage est transmis par l'opération, malgré le fait qu'il y a eu une aliénation d'entreprise qui a réorganisé l'entité économique et qu'une contrepartie a été payée pour des avantages auparavant retirés gratuitement. Les Communautés européennes considèrent que les facteurs examinés, qui sont centrés sur la continuité des activités commerciales, n'impliquent pas l'examen, sous quelque forme que ce soit, de l'existence d'un avantage accordé à l'entité postérieure à la privatisation et ne tiennent aucun compte de l'aliénation d'entreprise ainsi que du paiement d'une contrepartie. Elles font observer que les États-Unis admettent qu'ils n'ont jamais constaté qu'une entité antérieure à une privatisation était une personne différente de l'entité postérieure à la privatisation.¹⁶³ Elles pensent que la méthode de la "même personne" a pour élément central la continuité des activités commerciales, y compris le maintien des actifs et passifs, de la main-d'œuvre, etc., et ne fait, par conséquent, rien de plus que d'approfondir et d'élargir l'élément central qu'est la continuité des actifs, qui était au cœur de la méthode "gamma" désavouée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et par la Cour d'appel du Circuit fédéral des États-Unis dans l'affaire *Delverde III*.¹⁶⁴

4.43 Les **États-Unis** affirment qu'ils n'ont pas dit que les subventions résidaient dans les actifs. Ils font valoir qu'ils ont en fait maintes fois soutenu exactement le contraire, c'est-à-dire que les subventions résidaient chez les personnes morales. Ils expliquent que si le bénéficiaire de subventions ne fait que transférer ses actifs productifs à une personne morale différente, les subventions ne sont pas transférées à la personne qui achète les actifs. Ils considèrent que l'affirmation des Communautés européennes est surprenante compte tenu de la réponse qu'ils ont apportée à la question n° 10 des Communautés européennes, à savoir qu'"une vente de simples actifs est traitée différemment d'une vente d'actions. Dans l'hypothèse où les actifs sont vendus à une personne différente de celle qui a reçu initialement les subventions, le Département du commerce ne constatera pas que le producteur qui exploite les actifs acquis est soumis aux droits compensateurs".¹⁶⁵

4.44 Les **Communautés européennes** font valoir que l'utilisation de la méthode de la "même personne" montre que les États-Unis restent convaincus que les subventions résident dans les actifs productifs. Elles considèrent que les États-Unis ne jugent cette méthode économiquement rationnelle

¹⁶¹ Les États-Unis se réfèrent à la première communication écrite des CE, paragraphe 125.

¹⁶² Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 74.

¹⁶³ Les Communautés européennes se réfèrent à la réponse des États-Unis à la question n° 13 du Groupe spécial.

¹⁶⁴ Les Communautés européennes se réfèrent à la réponse des États-Unis à la question n° 11 posée par les Communautés européennes pendant la procédure du Groupe spécial, paragraphe 21.

¹⁶⁵ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 22.

que parce qu'ils croient qu'une société "gonflée" par des subventions ne peut être "dégonflée". Elles estiment que même si l'on admet, pour les besoins de l'argumentation, l'assertion des États-Unis selon laquelle l'Organe d'appel a fondé sa constatation sur le fait que le bénéficiaire de la subvention et le producteur exportateur étaient des personnes morales distinctes, la méthode de la "même personne" est encore incompatible avec les règles de l'OMC. À cet égard, elles font valoir qu'il ne peut guère y avoir de doute sur le fait que l'application de la "méthode de la même personne" à la privatisation de British Steel aboutirait effectivement à constater que les sociétés considérées sont les mêmes personnes puisque tous les facteurs examinés par les États-Unis dans le cadre de leur méthode de la "même personne" sont présents. En conséquence, les Communautés européennes concluent que, même selon l'interprétation faite par les États-Unis des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, la méthode de la "même personne" ne serait pas compatible avec les règles de l'OMC parce que cette méthode ne permet pas de distinguer de façon appropriée des personnes morales distinctes.¹⁶⁶

e) La notion d'"entité économique" des Communautés européennes

4.45 Dans leur deuxième communication écrite, les **Communautés européennes** ont affiné leur argumentation en développant la notion d'une "entité économique" en tant que bénéficiaire de l'avantage. À cet égard, elles font valoir que la question essentielle dans le présent différend est de savoir si une aliénation d'entreprise effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, telle qu'une privatisation, peut remettre en question la pertinence d'un "flux d'avantages" présumé résulter d'une subvention non récurrente. À leur avis, la notion de "flux d'avantages" ne fait qu'exprimer la présomption selon laquelle une contribution financière non récurrente confère un avantage sur une longue période. Les Communautés européennes considèrent qu'une aliénation totale d'entreprise (c'est-à-dire lorsque le contrôle passe d'une entité à une autre)¹⁶⁷ doit remettre en question toute analyse de l'avantage fondée sur l'ancien groupe, pour deux raisons: premièrement, l'avantage doit être examiné du point de vue de la nouvelle entité économique; deuxièmement, ce qui avait été reçu gratuitement a, désormais, été payé.¹⁶⁸

4.46 Les **Communautés européennes** maintiennent que le véritable objet d'une analyse de l'avantage est l'entité économique dont fait partie le producteur des marchandises en question. Elles expliquent qu'il peut s'agir d'une grande société ayant une structure très complexe ou tout simplement d'une seule société et de son propriétaire qui en a le contrôle. Selon elles, l'entité économique est l'objet de l'analyse parce que des subventions provenant de toutes les composantes de l'entité peuvent être attribuées au producteur visé par l'enquête, et parce qu'une subvention accordée à une partie de l'entité économique permet que des ressources soient utilisées à d'autres fins au sein de cette entité; en d'autres termes, l'argent est fongible.¹⁶⁹ Les Communautés européennes allèguent que cela est expressément autorisé par l'Accord SMC et correspond à la pratique des autorités chargées de l'enquête, des États-Unis précisément, mais aussi celles des Communautés européennes et d'autres. Elles expliquent que, dans le cas d'une aliénation d'entreprise, l'entité économique change et le "flux d'avantages" ne peut donc plus être présumé persister.¹⁷⁰

4.47 Selon les **Communautés européennes**, l'avantage doit "revenir" au producteur exportateur. Les Communautés expliquent que cela découle du principe que l'argent est fongible, c'est-à-dire que l'argent accordé à une partie d'une entité économique libère des ressources pour une autre partie de cette entité. Elles expliquent en outre qu'aucune autorité chargée d'une enquête n'est tenue d'imposer des droits compensateurs pour des subventions accordées à des parties d'une entité économique qui ne

¹⁶⁶ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 54 et 55.

¹⁶⁷ *Ibid.*, paragraphe 3.

¹⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 12.

¹⁶⁹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 29.

¹⁷⁰ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 12.

sont pas responsables de la production des produits visés par l'enquête. Elles ajoutent que, cependant, l'article VI:3 du GATT envisage clairement qu'il serait possible d'appliquer une mesure compensatoire pour ces subventions. Elles soutiennent que cela ressort aussi clairement du fait que l'article VI:3 évoque des subventions qui pourraient être accordées tant dans le pays d'origine que dans le pays d'exportation, et la possibilité qu'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire puisse être accordée pour le "transport d'un produit déterminé". Les Communautés allèguent que cela a également été reconnu par l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs* lorsqu'il a déclaré: *"Logiquement, on peut dire qu'il n'y a 'avantage' que si une personne, physique ou morale, ou un groupe de personnes, a en fait reçu quelque chose."*¹⁷¹

4.48 Les **États-Unis**, en réponse à l'argument ci-dessus des Communautés européennes selon lequel la distinction entre propriétaires et sociétés devrait être ignorée parce que l'argent est fongible au sein des "entités économiques"¹⁷², concèdent que, d'une manière générale, l'argent est fongible. Ils font cependant valoir que la fongibilité ne fonctionne qu'au sein de groupes d'entités qui peuvent être démantelés et traités comme ne faisant qu'un. Ils estiment que cela n'inclut pas les investisseurs et les producteurs. À leur avis, traiter l'argent comme s'il était fongible entre investisseurs et producteurs équivaldrait par exemple à dire que, si l'un des membres du Groupe spécial devait acquérir des actions d'IBM, les créanciers d'IBM pourraient adjoindre les avoirs de ce membre du Groupe spécial pour le remboursement d'une dette d'IBM. La fongibilité de l'argent ne va pas aussi loin.¹⁷³

4.49 Les **États-Unis** maintiennent que l'approche des Communautés européennes fondée sur la nouvelle "entité économique" présente deux défauts fondamentaux. Premièrement, comme l'a déclaré l'Organe d'appel, le bénéficiaire d'une subvention "doit être une personne physique ou morale".¹⁷⁴ Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes n'ont pas expliqué ce qu'était une "entité économique", mais que cette expression vise clairement à avoir une portée plus large que la personne morale ayant reçu la subvention. Deuxièmement, l'approche de l'"entité économique" conduit, sur le plan de la logique, à une suite d'absurdités. Selon les États-Unis, l'approche des Communautés fondée sur la nouvelle entité économique débouche sur une situation où: i) des pouvoirs publics accordent une subvention à une "entité économique", composée à la fois d'elle-même et de la personne morale à laquelle la subvention a été accordée; ii) les pouvoirs publics vendent alors une partie de l'"entité économique" (auparavant connue comme étant la société) à un nouveau propriétaire, ce qui crée une nouvelle "entité économique" composée d'une partie de l'entité antérieure à la privatisation et du nouveau propriétaire¹⁷⁵; et iii) lorsque le nouveau propriétaire rédige le chèque, il est distinct de la personne morale qui a reçu la subvention (sinon le bénéficiaire de la subvention s'achèterait à lui-même). Néanmoins, dès que la transaction est achevée, le bénéficiaire de la subvention fusionne avec le nouveau propriétaire pour former une nouvelle "entité économique" postérieure à la transaction, qui n'a jamais reçu de subvention.¹⁷⁶

4.50 Les **Communautés européennes** font valoir que l'existence d'une subvention n'est pas, comme l'allèguent les États-Unis, quelque chose qui peut être présumé de manière irréfragable jusqu'à ce qu'il soit démontré que la subvention a été "extraite" des actifs de la "personne morale" chez laquelle le Département du commerce a considéré qu'elle "résidait". C'est quelque chose qui doit être *déterminé* à la lumière de toutes les circonstances. Les Communautés européennes font valoir que,

¹⁷¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, cité dans la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 15.

¹⁷² Les États-Unis se réfèrent à la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 13.

¹⁷³ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 30.

¹⁷⁴ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 13 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58).

¹⁷⁵ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 15, citant la pièce n° 13 des États-Unis annexée à la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond.

¹⁷⁶ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphes 13 à 15.

puisque la participation effective à une société et le fait qu'elle appartient aux pouvoirs publics sont des circonstances qui influent sur l'existence d'une subvention, cela doit être réévalué lorsque les circonstances changent.

4.51 Les **États-Unis** considèrent que les Communautés européennes ont forgé la nouvelle expression "entité économique" pour faire perdre de vue le simple fait qu'une privatisation consiste en une vente, par des pouvoirs publics, d'un bénéficiaire d'une subvention à un nouveau propriétaire. Ils font valoir que le fait que la vente n'est pas celle d'une autre entité est démontré par le prix payé, à savoir la juste valeur marchande de la personne morale qui a reçu la subvention; il ne s'agit pas de la juste valeur marchande d'une autre "entité économique" plus grande. Les États-Unis estiment que le fait d'appeler "entités économiques" différentes le bénéficiaire de la subvention avant et après la vente, ne peut pas changer ce simple fait: la personne morale qui a reçu la subvention ne change pas nécessairement à cause simplement de la vente.¹⁷⁷

4.52 Les **Communautés européennes** font observer que les États-Unis eux-mêmes utilisent explicitement l'approche de l'entité économique. À cet égard, elles se réfèrent au paragraphe 351.525 b) 6) du document du Département du commerce intitulé *Countervailing Duties; Final Rule*, qui énonce un certain nombre de méthodes pour attribuer des subventions accordées à une partie d'un groupe à d'autres parties de ce groupe.¹⁷⁸ Elles soutiennent que cette attribution de subventions dépend des liens de contrôle; autrement dit, de la question de savoir si une société peut contrôler l'utilisation des actifs de l'autre. Les Communautés européennes font valoir que ces principes perdent toute pertinence lorsque les États-Unis insistent sur la nécessité d'examiner si la "personne morale" avant la privatisation est la même que la "personne morale" après la privatisation. Elles considèrent que, lorsqu'il y a aliénation d'entreprise, l'entité économique dont faisait partie le producteur exportateur ne peut pas continuer de faire l'objet de mesures compensatoires sur la même base et qu'il doit être déterminé, dans le cadre d'une enquête, si les avantages qui revenaient ou étaient attribués au producteur exportateur visé par l'enquête peuvent encore être attribués de la même manière. Les Communautés notent en outre que, dans leur réponse à la partie e) de leur question n° 12, les États-Unis expliquent que si la société mère faisait alors l'acquisition d'une nouvelle société, ils pourraient imposer des droits compensateurs sur les importations de cette société également, sur la même base que celle qu'ils avaient utilisée pour leur attribution aux filiales préexistantes. Les Communautés concluent donc que, pour les États-Unis, l'existence d'une participation est pertinente lorsqu'ils peuvent souhaiter accroître les possibilités d'imposer des droits compensateurs, mais n'est plus pertinente lorsqu'il peut être nécessaire de procéder à un nouvel examen de l'existence d'un subventionnement.¹⁷⁹ Selon elles, le Département du commerce ignore la distinction entre sociétés et propriétaires, de sorte qu'il applique lui aussi, dans les faits, une approche fondée sur l'"entité économique".¹⁸⁰

4.53 Les **États-Unis** soutiennent que la déclaration ci-dessus des Communautés européennes est totalement inexacte.¹⁸¹ Ils estiment que pour décrire correctement la pratique du Département du commerce, il convient de dire que, en règle générale, le Département considère que les sociétés et les propriétaires sont entièrement distincts, mais il attribue parfois des subventions à différents producteurs au sein du même groupe de sociétés. En ce qui concerne la règle générale, le Département n'attribue pas à des producteurs des subventions qui sont accordées à des investisseurs; il n'accorde pas non plus à des investisseurs des subventions qui sont accordées à des producteurs.

¹⁷⁷ *Ibid.*, paragraphe 16.

¹⁷⁸ Les Communautés européennes se réfèrent au document *Countervailing Duties; Final rule*, 19 C.F.R. § 351 (1998). Choix de pages figurant dans la pièce n° 32 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE.

¹⁷⁹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 16 à 20.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Les États-Unis se réfèrent à la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 16 à 20.

Les États-Unis ajoutent que le Département distingue aussi nécessairement les propriétaires des sociétés chaque fois qu'il constate que l'État a accordé une subvention à une société d'État – ne pas faire ainsi reviendrait à laisser entendre que l'État se subventionne lui-même. En ce qui concerne les exceptions, les États-Unis font observer que le fait même qu'il existe des exceptions soigneusement établies à la règle voulant que les personnes morales soient traitées comme des entités distinctes démontre en soi l'existence de la règle générale. Ils expliquent que l'exception la plus évidente concerne le cas où des subventions sont accordées nominalement à un holding qui sert simplement d'intermédiaire pour des subventions destinées à une ou plusieurs de ses filiales de production.¹⁸² Si les subventions étaient accordées strictement au sein du holding, elles ne s'appliqueraient jamais à la production en question, ce qui exclurait les mesures correctives que les régimes de droits compensateurs sont censés apporter. Cela étant, les États-Unis indiquent que l'attribution de subventions aux membres du groupe ne signifie pas qu'il n'y a aucune distinction entre les diverses personnes morales – cela signifie qu'en accordant la subvention au holding, les pouvoirs publics ont fait un don indirect aux diverses unités d'exploitation.¹⁸³ Les États-Unis expliquent que lorsque le Département attribue des subventions à l'ensemble des unités de production d'un groupe de sociétés étroitement apparentées, c'est parce que les divers membres de ce groupe participent tous à la production de marchandises similaires et, pour l'essentiel, fonctionnent comme une seule entité¹⁸⁴, ou, si l'entreprise qui a reçu une contribution financière non liée était un holding, y compris une société mère ayant sa propre production, le Département attribuerait la subvention en fonction des ventes globales du holding et de ses filiales.¹⁸⁵ Les États-Unis précisent que, lorsque l'identité d'intérêts entre la société mère et la filiale est insuffisante pour justifier que les entités soient traitées comme ne faisant qu'une, le Département applique la règle générale et n'attribue pas de subventions à l'ensemble du groupe.¹⁸⁶

3. L'avantage est-il transmis lorsque l'opération de privatisation a lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence?

4.54 Les **Communautés européennes** maintiennent que lorsque l'aliénation d'entreprise a eu lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, l'entité ne reçoit aucun avantage et, dès lors, aucune subvention. Elles soutiennent que, par conséquent, c'est seulement si la société a reçu des subventions après la transaction (par le biais d'une attribution), soit au titre de son appartenance à une entité économique différente, soit en raison d'une privatisation effectuée à un prix sous-évalué, que les exportations de l'entité postérieure à la transaction peuvent faire l'objet de droits compensateurs.¹⁸⁷

4.55 Les **Communautés européennes** estiment que ces deux notions sont également des aspects de l'analyse de l'entité économique. À leur avis, une opération d'aliénation d'entreprise n'implique pas deux entités économiques différentes si les parties prenantes à cette opération ne se trouvent pas dans des conditions de pleine concurrence. Elles ajoutent, poursuivant dans le même sens, qu'on pourrait s'attendre intuitivement à ce que deux entités économiques différentes engagent des négociations pour établir la juste valeur marchande de l'objet de la vente. Si une transaction n'a pas eu lieu à la juste valeur marchande, il faut supposer que les deux parties sont apparentées ou qu'elles ne se trouvent pas dans des conditions de pleine concurrence.¹⁸⁸

¹⁸² *Countervailing Duties; Final rule*, 19 C.F.R. § 351.525 b) 6) iii).

¹⁸³ *Countervailing Duties; Final rule*, 19 C.F.R. § 351.525 b) 4).

¹⁸⁴ *Countervailing Duties; Final rule*, 19 C.F.R. § 351.525 b) 6) ii).

¹⁸⁵ *Countervailing Duties; Final rule*, 19 C.F.R. § 351.525 b) 6) iii).

¹⁸⁶ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 29, citant l'affaire *Ferrosilicon From Venezuela*, 58 Fed. Reg. 27539, 27542 (Département du commerce, 10 mai 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs).

¹⁸⁷ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 27.

¹⁸⁸ *Ibid.*, paragraphe 28.

4.56 Les **Communautés européennes** font valoir que la notion d'entité économique est également pertinente pour établir si une valeur a été payée pour ce qui avait antérieurement été reçu gratuitement. Elles font valoir qu'une subvention offerte à une société a également un effet sur le propriétaire de la société. À leur avis, au lieu d'être investies dans la société, les ressources financières du propriétaire sont libérées pour d'autres investissements. Cela parce que l'argent est fongible. Les Communautés européennes expliquent que lorsqu'une société est vendue, la valeur que les subventions ont apportée est incorporée dans la valeur de la société. Un nouveau propriétaire achetant à la juste valeur marchande n'aura pas reçu un avantage, parce qu'il n'a rien reçu gratuitement. Autrement dit, l'entité économique qui produit les marchandises après l'aliénation d'entreprise n'a rien reçu gratuitement; tous les actifs qu'elle est en mesure de contrôler ont été entièrement payés.¹⁸⁹ Les Communautés européennes allèguent que leur interprétation selon laquelle c'est l'aliénation d'entreprise qui infirme la présomption qu'un flux d'avantages se prolonge au-delà de la durée de vie moyenne des actifs a été explicitement approuvée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*.¹⁹⁰ Elles allèguent que cette conclusion est renforcée par le fait que l'Organe d'appel a repris les constatations du fait établies par le Groupe spécial selon lesquelles British Steel Corporation avait cessé d'exister et British Steel plc avait été créée avant l'opération effective de privatisation.¹⁹¹ Les Communautés européennes font valoir qu'en d'autres termes, à ce stade, avant que la privatisation ait eu lieu, la personne morale exportant le produit faisant l'objet de l'enquête était différente de la personne morale qui avait reçu une subvention.¹⁹² Si l'assertion des États-Unis était correcte, ce simple changement de personne morale aurait été suffisant pour faire naître la nécessité de réexaminer la détermination de l'existence d'une subvention. Les Communautés européennes soutiennent que ce fait n'a manifestement pas été considéré comme déterminant ni par le Groupe spécial ni par l'Organe d'appel. Elles estiment que ce qui a été considéré comme déterminant était l'aliénation d'entreprise, comme l'attestent les références claires à cet élément factuel figurant dans les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel.¹⁹³

4.57 Les **Communautés européennes** expliquent qu'elles ont fait référence à la "transmission" d'un avantage plutôt qu'à l'idée qu'un avantage est "résorbé" ou "subsiste" après la privatisation. Elles précisent que cela tient au fait qu'un avantage ne "disparaît" pas nécessairement simplement; il réside chez la personne physique ou morale qui a reçu initialement la subvention. À leur avis, une opération de privatisation n'entraîne la "résorption" d'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire que si le bénéficiaire de la subvention d'avant la transaction n'existe plus.¹⁹⁴

4.58 Les **États-Unis** maintiennent que les Communautés européennes n'expliquent pas comment le paiement de la juste valeur marchande pour une société extrait une subvention de cette société. Ils estiment que les Communautés européennes devraient admettre qu'elles n'ont même pas établi *prima facie* qu'un paiement à la juste valeur marchande extrait des subventions d'une société, et que la seule conséquence d'un tel paiement est que les acquéreurs eux-mêmes n'ont pas obtenu un nouvel avantage distinct.¹⁹⁵ À propos de l'argument des Communautés européennes selon lequel celui qui acquiert à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence une production

¹⁸⁹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 21 et 22.

¹⁹⁰ Les Communautés européennes se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

¹⁹¹ *Ibid.*, paragraphe 2.

¹⁹² Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 54, où les Communautés européennes relèvent que pendant la première réunion de fond avec le Groupe spécial, les États-Unis ont déclaré que BSC et BS plc seraient probablement considérées comme étant la même personne si l'on appliquait la "méthode de la même personne".

¹⁹³ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 23 à 25.

¹⁹⁴ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 12.

¹⁹⁵ Voir la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphes 18 et 19.

précédemment subventionnée n'obtient personnellement aucun avantage, les États-Unis estiment que cette proposition n'est pas contestée car toutes les parties conviennent que les nouveaux propriétaires qui paient la juste valeur marchande (pour quoi que ce soit, y compris une société subventionnée) n'obtiennent personnellement aucun avantage. Les nouveaux propriétaires donnent une valeur égale à ce qu'ils obtiennent et ne reçoivent donc personnellement aucun avantage – leur situation financière est inchangée. Les États-Unis estiment en outre qu'il n'y a pas de nouvelle subvention en pareil cas, car les acquéreurs deviennent simplement les propriétaires de l'entité ou de la "personne" dans laquelle la subvention a toujours résidé et continue de résider. Ils considèrent que ce que les Communautés européennes veulent réellement laisser entendre par cet argument est que, d'une manière ou d'une autre, lorsque les nouveaux propriétaires paient la juste valeur marchande pour une société, non seulement ils n'obtiennent pas d'avantage personnellement, mais encore l'avantage découlant de toute subvention antérieure est, d'une manière ou d'une autre, extrait de la société. Les États-Unis considèrent que cette approche pose deux problèmes: premièrement, elle est incompatible avec la principale explication donnée par les Communautés européennes, selon laquelle l'"entité postérieure à la privatisation" est une personne nouvelle et distincte du bénéficiaire de la subvention. S'il en était ainsi, la subvention initiale ne serait plus là pour être extraite de l'entité "postérieure à la transaction" par ses propriétaires. Deuxièmement, les États-Unis soutiennent que la théorie des Communautés européennes n'est que pure spéculation car il n'y a aucun fondement quel qu'il soit, ni dans le dossier dont dispose le Département du commerce ni dans celui dont dispose le Groupe spécial, pour supposer que les nouveaux propriétaires d'AST vont extraire de la société quelque marge bénéficiaire supplémentaire. Les États-Unis soutiennent que les prix sont établis par l'offre et la demande et qu'en conséquence les nouveaux propriétaires ne peuvent pas augmenter tout simplement le prix des produits; ils ne peuvent pas non plus augmenter tout simplement la production sans faire encore baisser les prix. Pour parler simplement, quelles que soient leurs attentes en matière de bénéfices, ils ne peuvent pas extraire de la société plus que ce que faisaient les propriétaires antérieurs. Les États-Unis indiquent que cela est particulièrement vrai dans le cas de l'industrie sidérurgique, qui souffre d'une surcapacité chronique qui décourage même l'investisseur le plus âpre au gain dans ses tentatives de réaliser un bénéfice raisonnable.¹⁹⁶

4.59 Les **États-Unis** allèguent que, puisque l'Organe d'appel a constaté dans l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II* que les subventions étaient accordées à une personne morale (c'est-à-dire la société produisant la marchandise visée), ces subventions continuent de résider chez cette personne à moins qu'elles ne lui soient retirées, ou que la personne ne soit dissoute. Ils estiment qu'une aliénation d'entreprise, en soi, ne fait aucune de ces deux choses. En conséquence, les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que les aliénations d'entreprise concernant des sociétés subventionnées n'impliquent pas automatiquement que les subventions soient extraites de ces sociétés, mais que les autorités chargées de l'enquête devraient simplement examiner si, conjointement à l'aliénation d'entreprise, les subventions ont été remboursées ou n'ont pas été transférées au nouveau producteur de la marchandise visée.¹⁹⁷

4.60 Les **Communautés européennes** font valoir que lorsque les États-Unis emploient le terme "extraire", ils semblent parler de l'extraction du subventionnement des activités de production – qu'il s'agisse d'une main-d'œuvre dotée de compétences accrues ou d'aciéries qui ont été construites à l'aide de subventions. À leur avis, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II* a clairement constaté que les subventions ne revenaient pas à des activités de production mais à des personnes morales.¹⁹⁸ Les Communautés européennes estiment que les États-Unis déforment et manipulent les constatations de l'Organe d'appel avec leur nouvelle méthode de la même personne, car une analyse des facteurs utilisés dans cette méthode révèle qu'il s'agit en réalité d'un examen de la

¹⁹⁶ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 53 à 56.

¹⁹⁷ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 15.

¹⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58 (notes de bas de page omises).

continuité des activités de production.¹⁹⁹ Les Communautés européennes estiment par conséquent que l'attention accordée à la continuité des activités commerciales, y compris le maintien des actifs et des dettes, de la main-d'œuvre, etc., n'est rien de plus qu'une attention accrue et élargie accordée à la continuité des actifs, dans lesquels, semble-t-il, les États-Unis sont convaincus que le subventionnement réside.²⁰⁰ Elles font valoir que cela est manifestement contraire aux constatations de l'Organe d'appel selon lesquelles, premièrement, un avantage est calculé par rapport à une personne physique ou morale, et, deuxièmement, une aliénation d'entreprise effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence signifie qu'aucun subventionnement n'est transmis.²⁰¹

B. PRATIQUE DU DÉPARTEMENT DU COMMERCE EN MATIÈRE DE RÉEXAMENS ADMINISTRATIFS

4.61 Les **Communautés européennes** ne contestent pas les procédures en matière de réexamens administratifs suivies dans les affaires Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la Suède (cas n° 7) et Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie (cas n° 12), mais plutôt la méthode appliquée. Cependant, les Communautés européennes relèvent un problème de logique circulaire dans la pratique du Département du commerce selon laquelle les réexamens administratifs constituent le cadre approprié pour présenter des éléments de preuve d'une privatisation pour justifier une modification du droit compensateur. Les Communautés européennes soutiennent qu'il est fréquent que les sociétés exportatrices ne participent pas aux enquêtes du Département du commerce à cause des "coûts prohibitifs d'une coopération et [parce qu'elles savent] que la méthode relative à l'aliénation d'entreprise applicable par le Département du commerce aurait pour effet que la privatisation ne serait pas prise en compte".²⁰² Elles estiment également que tant dans l'affaire Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (cas n° 10) que dans l'affaire Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne (cas n° 11) les producteurs exportateurs ont été "empêchés d'en faire la demande parce que le Département du commerce interdit le réexamen d'une ordonnance si un fabricant étranger n'a effectué aucune expédition vers les États-Unis pendant la période visée par le réexamen pertinente."²⁰³

4.62 Les **États-Unis** maintiennent que, en ce qui concerne chacune des 12 mesures que les Communautés européennes ont contestées, ils ont donné à chaque société sidérurgique interrogée, pour chacun des pays et produits considérés, toute possibilité de demander un réexamen administratif de l'ordonnance pertinente en matière de droits compensateurs, lorsqu'il existe des raisons de compétence à cet effet en droit national.²⁰⁴ Les États-Unis contestent l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle les sociétés ne participent pas à la procédure parce que celle-ci est longue et onéreuse. Les États-Unis font observer que trois sociétés sidérurgiques européennes ont demandé des réexamens, dont l'un est achevé et deux sont en cours. Ils estiment que l'affirmation des Communautés européennes est de la "spéculation pure, que n'étaye aucun élément de preuve dans aucun dossier administratif".²⁰⁵

¹⁹⁹ Voir la déclaration des CE à la deuxième réunion de fond, paragraphes 8 et 9.

²⁰⁰ Bien que les États-Unis n'expliquent pas pourquoi la même logique ne s'applique pas dans le cas des faillites, lorsque les actifs, la main-d'œuvre, etc., restent aussi essentiellement les mêmes. Voir la réponse des États-Unis à la question n° 11 posée par les Communautés européennes pendant la procédure du Groupe spécial, paragraphe 21.

²⁰¹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 51.

²⁰² Voir la première communication écrite des CE, note de bas de page 102 au paragraphe 116.

²⁰³ Voir la première communication écrite des CE, note de bas de page 101 au paragraphe 115.

²⁰⁴ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 77.

²⁰⁵ Voir la première communication écrite des États-Unis, note de bas de page 84, paragraphe 77.

C. OBLIGATIONS DES MEMBRES DANS LES ENQUÊTES MENÉES DANS LE CADRE D'UN RÉEXAMEN À L'EXTINCTION

4.63 Les **Communautés européennes** allèguent que la pratique du Département du commerce concernant les réexamens à l'extinction est incompatible avec l'Accord SMC dans la mesure où le Département n'examine pas l'existence d'un avantage après une aliénation d'entreprise, au motif qu'il n'est pas tenu de prendre en compte les éléments de preuve qui lui sont soumis, autres que ceux provenant de l'enquête initiale, lorsqu'il n'y a pas eu de réexamens administratifs depuis l'enquête initiale.²⁰⁶

1. Portée des obligations des Membres au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC

4.64 Les **Communautés européennes** font valoir que l'article 21.1 et l'article 21.3 de l'Accord SMC, pris conjointement, créent manifestement une présomption selon laquelle des droits compensateurs devraient être supprimés cinq ans après l'imposition du droit initial à moins que l'autorité chargée de l'enquête, premièrement, n'entreprenne un réexamen et, deuxièmement, ne détermine, dans le cadre de ce réexamen, qu'il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront. À leur avis, la règle générale énoncée à l'article 21.1 trouve son expression concrète dans l'article 21.3.²⁰⁷ Les Communautés européennes soutiennent que, puisque l'article 21.1 de l'Accord SMC prescrit qu'un droit compensateur ne soit perçu que le temps et dans la mesure où le subventionnement dommageable existe, l'article 21.3 de l'Accord SMC doit être interprété comme prescrivant qu'une autorité chargée de l'enquête examine l'existence du subventionnement, dans le cadre de sa détermination de la probabilité que le subventionnement subsistera ou se reproduira.

4.65 Les **Communautés européennes** estiment que l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas déterminer si le subventionnement serait susceptible de subsister ou de se reproduire sans examiner si, et jusqu'à quel point, un avantage continue à être obtenu, et qu'elle est donc tenue d'effectuer une nouvelle enquête détaillée, dans laquelle elle déterminera, sur la base d'éléments de preuve positifs, la probabilité que le subventionnement subsiste ou se reproduise.²⁰⁸ Les Communautés européennes expliquent que dans chacun des quatre réexamens à l'extinction considérés dans le présent différend, le Département du commerce a fondé sa décision de maintenir les ordonnances en matière de droits compensateurs uniquement sur des renseignements provenant de l'enquête initiale.²⁰⁹ À leur sens, l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas simplement présumer une telle probabilité uniquement parce que certaines parties intéressées n'ont pas répondu à un avis d'ouverture.²¹⁰

4.66 Les **États-Unis** estiment que l'autorité chargée de l'enquête n'a pas besoin de réexaminer d'office sa détermination de l'existence d'une subvention dans un réexamen à l'extinction au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC. À leur avis, la détermination dans un réexamen à l'extinction au titre de l'article 21.3 concerne le comportement futur, c'est-à-dire la probabilité que le subventionnement

²⁰⁶ Les Communautés européennes considèrent que l'ouverture d'office automatique des réexamens à l'extinction par le Département du commerce est incompatible avec l'Accord SMC, mais leurs arguments, dans le présent différend, sont fondés sur le fait que les États-Unis perçoivent des droits compensateurs sans avoir déterminé l'existence d'un subventionnement (et en particulier d'un avantage). Il en est ainsi parce que la portée des attributions de l'autorité chargée de l'enquête dans le cadre d'une procédure de réexamen à l'extinction fait l'objet d'une procédure de groupe spécial parallèle, également engagée à la demande des Communautés européennes (WT/DS213, *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*). Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 62 et 66.

²⁰⁷ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 63 à 65.

²⁰⁸ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 71 et 72.

²⁰⁹ *Ibid.*, paragraphe 76.

²¹⁰ *Ibid.*, paragraphes 71 et 72.

subsistera ou se reproduira – et non le point de savoir si, ou dans quelle mesure, le subventionnement existe actuellement. Dans les résultats finals du réexamen à l'extinction concernant le cas n° 10, le Département du commerce a déclaré ce qui suit:

"un réexamen à l'extinction n'est pas la procédure appropriée pour examiner une opération de privatisation compliquée et envisager une nouvelle méthode de privatisation. Étant donné que cette question est complexe et axée sur les faits, il est impératif que les questions soient exposées de façon circonstanciée dans le dossier".²¹¹

4.67 Les **États-Unis** font observer que rien dans l'Accord SMC n'exige de tenir compte de l'ampleur du subventionnement pour déterminer la probabilité que ce dernier subsistera ou se reproduira.²¹² De plus, les États-Unis estiment que lorsqu'il n'y a eu aucun réexamen administratif d'une ordonnance en matière de droits compensateurs, les seuls éléments de preuve concernant le subventionnement que l'autorité chargée de l'enquête peut prendre en compte sont ceux qui proviennent de l'enquête initiale. Les États-Unis estiment que dans les quatre réexamens à l'extinction visés dans le présent différend, le Département du commerce n'avait aucune obligation, au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC, de transformer ses réexamens à l'extinction en des réexamens administratifs complets des ordonnances respectives en matière de droits compensateurs.²¹³

4.68 Les **Communautés européennes** sont en désaccord avec la position des États-Unis. Elles prétendent que les réexamens administratifs, au titre de l'article 21.2 de l'Accord SMC, sont facultatifs; les parties intéressées peuvent choisir ou non de demander des réexamens, et les autorités chargées des enquêtes peuvent estimer ou non qu'il est justifié d'ouvrir une enquête. Au titre de l'article 21.2, c'est à la partie intéressée de fournir des renseignements fondés, que l'autorité chargée de l'enquête est, selon l'Organe d'appel, obligée d'examiner complètement. Les Communautés européennes font valoir que, d'après l'article 21.3, il incombe à l'autorité chargée de l'enquête d'établir une détermination selon laquelle un subventionnement dommageable subsiste. À cet égard, elles indiquent que le fait de poser en principe que les éléments de preuve à examiner dans une détermination au titre de l'article 21.3 sont ceux qui ont été examinés dans un réexamen au titre de l'article 21.2 est une pure invention, qui n'est fondée sur aucune disposition de l'Accord SMC. Les Communautés européennes font observer que le CIT est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *Dillinger* lorsqu'il a constaté que le Département du commerce n'était pas habilité à fonder ses constatations dans les réexamens à l'extinction uniquement sur des éléments de preuve rassemblés lors de l'enquête initiale.²¹⁴ Le CIT a également signalé au Département du commerce que, dans le cas de

²¹¹ Voir *Issues and Decision Memorandum for the Sunset Reviews of the Countervailing Duty Orders on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products; Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products; and Cut-to-Length Carbon Steel Plate Products from Germany; Final Results, supra*, note de bas de page 62.

²¹² Voir la réponse des États-Unis à la question n° 19 du Groupe spécial.

²¹³ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 89.

²¹⁴ *Dillinger*, Court No. 00-09-00437, pages 12 à 14, 18 et 19. Dans l'affaire *Dillinger*, le CIT a exprimé l'avis suivant:

"Même dans le cadre d'un "réexamen accéléré fondé sur les données de fait disponibles" le Département du commerce est tenu de s'appuyer sur les renseignements provenant des déterminations précédentes ainsi que sur les communications des parties lors des procédures à l'extinction ... Il va de soi que, dans le cadre d'un "réexamen complet", le Département doit entreprendre une analyse qui consiste au moins à faire plus que chercher uniquement à continuer d'appliquer le taux de droit compensateur déterminé lors de l'enquête initiale pour des subventions particulières sans tenir compte des éléments de preuve présentés par les parties à l'appui d'un ajustement de ce taux."

Affaire *Dillinger*, Court No. 00-09-00437, pages 20 à 22 (à noter que dans la version jointe en tant que pièce n° 34 des CE, le passage cité figure page 14). Voir aussi la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 72.

réexamens à l'extinction "extraordinairement compliqués", le Secrétaire au commerce pouvait proroger d'une durée allant jusqu'à 90 jours le délai de publication des résultats finals.²¹⁵

2. Obligation d'examen

4.69 Pour les **Communautés européennes**, il incombe au Membre importateur de réexaminer si des droits compensateurs sont encore justifiés et s'il estime que cela lui impose de mener une nouvelle enquête détaillée, dans laquelle il déterminera, sur la base d'éléments de preuve positifs, la probabilité que le subventionnement subsistera ou se reproduira.²¹⁶ Elles soutiennent que, si aucun subventionnement existant ne peut être identifié, l'autorité chargée de l'enquête doit être tenue de fournir des éléments de preuve positifs à l'appui de sa détermination concernant la probabilité que le subventionnement se reproduira. Elles indiquent en outre que, dans un réexamen à l'extinction au titre de l'article 21.3, il incombe aux autorités de déterminer que le subventionnement serait susceptible de subsister ou de se reproduire, et non au défendeur de prouver le contraire.²¹⁷ Elles estiment que le fait que, dans trois des réexamens, les producteurs exportateurs n'ont pas répondu à l'avis d'ouverture ne peut pas être utilisé par les États-Unis comme prétexte pour renverser la charge de la preuve dans un réexamen à l'extinction. L'autorité chargée de l'enquête ne peut pas simplement présumer que le subventionnement dommageable serait susceptible de subsister ou de se reproduire parce que certaines parties intéressées n'ont pas répondu à un avis d'ouverture de réexamen. Selon les Communautés européennes, ce renversement de la charge de la preuve est incompatible avec l'article 21.3 de l'Accord SMC.²¹⁸

4.70 Les **États-Unis** contestent la nature de l'obligation relative aux réexamens à l'extinction. Les États-Unis estiment que, en l'absence d'un réexamen administratif, les seuls éléments de preuve qu'ils sont tenus d'évaluer afin de déterminer la probabilité que les subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire subsisteront ou se reproduiront sont ceux qui figurent dans l'enquête initiale. Les États-Unis soutiennent que, pour ce qui est du flux d'avantages découlant des subventions amortissables qui faisaient l'objet de l'enquête initiale, les réexamens à l'extinction ne sont pas l'occasion appropriée pour évaluer des éléments de preuve nouveaux.

4.71 Les **Communautés européennes** signalent la décision du CIT dans l'affaire *Dillinger*, où le Tribunal a rendu l'avis suivant:

"La loi, cependant, n'impose à aucune partie intéressée la charge ultime de la persuasion, ni ne crée autrement une présomption selon laquelle une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est susceptible ou non de subsister ou de se reproduire si l'ordonnance est révoquée. ... Parce qu'il n'y a pas de présomption quant à la probabilité que le subventionnement subsistera ou se reproduira, il s'ensuit qu'il n'y a pas de présomption selon laquelle les subventions

²¹⁵ Le CIT a également dit ce qui suit:

"Si le Département du commerce a jugé que les questions soulevées par les plaignants méritaient une analyse plus approfondie ou une collecte des données de fait plus large, il aurait pu demander plus de temps, mais il ne l'a pas fait. Le Département ne peut pas justifier sa décision de ne pas traiter les questions soulevées par les parties simplement en invoquant le fait que les questions se posent dans le contexte d'un réexamen à l'extinction et les stricts délais impartis, en particulier lorsqu'il ne fait pas usage des mécanismes prévus par sa propre réglementation."

Dillinger, Court No. 00-09-00437, page 63 (à noter que dans la version jointe en tant que pièce n° 34 des CE, le passage cité figure page 38).

²¹⁶ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 76.

²¹⁷ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 70 et 72.

²¹⁸ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 76.

pouvant donner lieu à une mesure compensatoire subsisteront au taux spécifique déterminé dans l'enquête initiale."²¹⁹

4.72 Les **Communautés européennes** estiment que les États-Unis, par leur pratique consistant, en l'absence d'un réexamen administratif, à limiter les éléments de preuve examinés dans les réexamens à l'extinction à ceux examinés dans l'enquête initiale, ont créé une présomption irréfragable selon laquelle le subventionnement subsistera ou se reproduira au taux spécifique déterminé dans l'enquête initiale.

D. ARGUMENTS CONCERNANT LA COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 771 5) F) DE LA LOI DOUANIÈRE DE 1930 DES ÉTATS-UNIS, TEL QUE MODIFIÉ (19 U.S.C. 1677 5) F)), AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

4.73 Les **Communautés européennes** soutiennent que l'article 1677 5) F) empêche le Département du commerce d'adopter le principe établi dans l'Accord SMC, et confirmé par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, selon lequel un avantage doit être évalué par rapport au point de repère du marché et, par conséquent, une transaction à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence signifie que tout flux d'avantages antérieur à la transaction ne bénéficie pas à l'entité postérieure à la transaction. Elles considèrent que l'article 1677 5) F) est de ce fait incompatible avec les articles 1.1 b), 10, 14 et 32.5 de l'Accord SMC, outre qu'il est incompatible avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.²²⁰

4.74 Pour les **Communautés européennes**, l'article 771 5) F) de la Loi douanière de 1930, tel que modifié (19 U.S.C., article 1677 5) F)) (ci-après, l'article 1677 5) F)), tel qu'il est interprété par la Cour d'appel du Circuit fédéral, empêche les États-Unis de reconnaître le principe selon lequel une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande exclut la transmission à l'entité postérieure à la transaction de tous avantages découlant de contributions financières antérieures à la transaction. Les Communautés européennes sont d'avis que l'article 1677 5) F) est spécifiquement destiné à empêcher le Département du commerce d'appliquer une "règle" selon laquelle un flux d'avantages ne subsiste pas après une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Elles font valoir que le libellé et l'historique de l'élaboration de l'article 1677 5) F) et la tentative d'ignorer le principe identique, tel qu'il a été établi par le CIT dans la décision concernant l'affaire *Saarstahl I*, prouvent que cet article est destiné à faire en sorte que, en cas d'aliénation d'entreprise à la juste valeur marchande, les avantages découlant des subventions ne soient jamais réputés n'avoir pas été transmis au nouveau propriétaire.²²¹ Elles citent les constatations du Département du commerce dans la nouvelle détermination à l'issue du renvoi par le Tribunal concernant l'affaire *Delverde*:

"L'article 771 5) F) a simplement pour effet de préserver la capacité du Département d'exercer son pouvoir discrétionnaire, et, à cette fin, infirme l'approche imposée dans l'affaire *Saarstahl I*, suivant laquelle le Département était tenu de constater que le fait qu'une transaction avait été effectuée dans des conditions de pleine concurrence, en lui-même et à lui seul, empêchait toute transmission à l'acheteur."²²²

²¹⁹ Affaire *Dillinger*, Court No. 00-09-00437, page 16 (à noter que dans la version jointe en tant que pièce n° 34 des CE, le passage cité figure pages 11 et 12).

²²⁰ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 139.

²²¹ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 157.

²²² "Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand", *Delverde Srl. v United States*, Consol. Ct. No. 96-08-01997 (CIT, 2 décembre 1997), page 33. Pièce n° 28 des CE annexée à la première communication écrite des CE (à noter que dans la version de cette nouvelle détermination à l'issue d'un renvoi communiquée au Groupe spécial, le texte cité figure page 16).

4.75 Les **États-Unis** soutiennent que l'article 1677 5) F) ne prescrit pas une approche fondée sur l'exclusion mutuelle pour la question de savoir si des subventions antérieures à la privatisation bénéficient à une entité postérieure à la privatisation.²²³ Ils font valoir qu'au contraire, les termes mêmes de cet article en démontrent le caractère facultatif. À cet égard, ils soutiennent que le texte de l'article 1677 5) F) prévoit clairement qu'une aliénation d'entreprise ne signifie pas en soi qu'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire par le passé n'est plus passible d'une telle mesure, ni ne signifie que la subvention continue à en être passible. Les États-Unis font valoir que la loi donne à l'autorité chargée de l'enquête le pouvoir discrétionnaire de prendre sa décision. Ils font aussi valoir que l'Énoncé des mesures administratives ("SAA") étaye aussi l'opinion selon laquelle l'article 1677 5) F) est facultatif et non impératif. À cet égard, le SAA indique que l'article 1677 5) F) a pour but de préciser que "la vente d'une société dans des conditions de pleine concurrence ne résorbe pas automatiquement, ni dans tous les cas, une subvention accordée antérieurement", et que c'est par la volonté de l'Administration que le "Département du commerce conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, et jusqu'à quel point ... des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire et accordées antérieurement" ont été éliminées.²²⁴

4.76 Les **Communautés européennes** allèguent qu'elles ne sont pas en mesure de déterminer si le Département du commerce a besoin de ce pouvoir discrétionnaire en tant qu'instance chargée d'établir les faits – pour déterminer si une transaction a eu lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, ou si le Département a besoin de ce pouvoir discrétionnaire pour pouvoir déterminer que, même après une transaction effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, le "flux d'avantages" découlant du subventionnement non récurrent antérieur à la transaction pourrait continuer de se produire. Les Communautés européennes indiquent qu'elles peuvent admettre qu'une opération de privatisation est souvent très complexe et peut exiger un examen détaillé. Cependant, elles ne peuvent admettre qu'une autorité chargée de l'enquête puisse avoir besoin d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer que l'avantage découlant du subventionnement antérieur à la transaction est transmis par une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. De l'avis des Communautés européennes, un tel pouvoir discrétionnaire serait à l'évidence incompatible avec l'article 1.1 de l'Accord SMC, qui exige l'existence d'un avantage pour qu'un subventionnement soit constaté et des droits compensateurs imposés, et n'autorise aucune exception.²²⁵

4.77 Dans leur réponse à la question n° 18 des Communautés européennes, les **États-Unis** indiquent que si une évaluation de tous les faits et circonstances relatifs à une privatisation particulière ou à une aliénation d'entreprise justifie une constatation selon laquelle, par suite d'une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, la société postérieure à la vente ne bénéficie pas d'un avantage découlant des subventions passées, alors une telle constatation peut être faite. De l'avis des États-Unis, il n'y a rien dans le libellé de la disposition concernant les aliénations d'entreprise, ni dans l'historique de l'élaboration de cette disposition, qui empêcherait le Département du commerce de faire une telle constatation.

4.78 Les **Communautés européennes** interprètent la déclaration ci-dessus comme signifiant que les États-Unis disent que, même si la "personne morale" après la transaction n'est pas une "personne morale" différente du bénéficiaire de la subvention selon leur "méthode de la même personne", l'article 1677 5) F) permettrait au Département du commerce de constater que lorsqu'il avait déterminé, en fait, que l'aliénation d'entreprise avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, il pouvait conclure qu'aucun avantage n'était transmis. Les Communautés européennes allèguent, cependant, que les États-Unis n'ont pas expliqué si le Département du commerce pouvait appliquer la logique de cette déclaration à chaque opération

²²³ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 91.

²²⁴ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 94 à 96.

²²⁵ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 79.

d'aliénation d'entreprise à laquelle il avait affaire, exposer une méthode indiquant cette intention, et néanmoins agir conformément à l'article 1677 5) F).²²⁶

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1 Parmi les trois tierces parties à la présente procédure, à savoir le Brésil, l'Inde et le Mexique, seul le Brésil a communiqué ses observations dans le délai fixé au 28 janvier 2002. Le Brésil et le Mexique ont fait des déclarations orales pendant la séance avec les tierces parties. L'Inde s'est réservé le droit de participer en tant que tierce partie à une éventuelle procédure d'appel.

A. BRÉSIL

1. Arguments concernant la méthode des États-Unis relative aux aliénations d'entreprise

a) L'existence d'un avantage dans l'entité postérieure à la privatisation

5.2 Le **Brésil** soutient que l'existence et la valeur des avantages pouvant donner lieu à une mesure compensatoire sont des paramètres qui peuvent changer par suite d'événements ayant lieu après la contribution financière initiale. Le Brésil note également que dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* l'Organe d'appel a déterminé qu'une aliénation d'entreprise faisait naître la nécessité d'un examen de la question de savoir si un avantage reçu avant l'aliénation d'entreprise continue d'avantager les nouveaux propriétaires. L'Organe d'appel a également conclu, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, que la question de savoir si une contribution financière confère un avantage dépendait de la question de savoir "si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché".²²⁷ Le Brésil prétend que, selon la méthode de la "même personne" utilisée par les États-Unis, le prix payé par les nouveaux propriétaires postérieurs à la privatisation n'est pas pertinent aux fins de la détermination sur le point de savoir si l'entité postérieure à la privatisation continue de bénéficier des avantages découlant des subventions antérieures à la privatisation. Le Brésil prétend que cela est contraire à la constatation faite dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, où il a été établi clairement que, pour l'essentiel, la détermination sur le point de savoir si une entité postérieure à la privatisation continue de bénéficier des avantages de l'entité antérieure à la privatisation consiste à savoir si oui ou non les nouveaux propriétaires ont payé la juste valeur marchande dans l'opération d'aliénation d'entreprise. Le Brésil maintient que la méthode de la "même personne" utilisée par les États-Unis n'aborde pas la question de savoir si l'opération d'aliénation d'entreprise s'est faite à la juste valeur marchande, mais consiste plutôt à examiner seulement si les entités antérieure à la privatisation et postérieure à la privatisation sont les mêmes. Le Brésil concède que le Groupe spécial et l'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, ont constaté qu'il doit y avoir un "bénéficiaire" d'un avantage conféré par une subvention et, par conséquent, que les avantages conférés par une subvention ne peuvent résider que chez des personnes physiques ou morales, mais le Brésil soutient que cette constatation "ne signifie ni que les avantages conférés par une subvention ne peuvent pas être transférés d'une entité juridique à une autre, ni que l'entité recevant initialement la subvention conserve l'avantage aussi longtemps qu'elle reste la même entité juridique".²²⁸ Le Brésil interprète plutôt les constatations concernant l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* comme signifiant que la question pertinente n'est pas de savoir si l'entité recevant initialement la subvention est la même personne morale que l'entité postérieure à la privatisation, mais de savoir si l'"avantage" a été transféré lors de la vente aux nouveaux propriétaires. Le Brésil soutient donc que la question centrale à

²²⁶ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 81.

²²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 67, citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R.

²²⁸ Déclaration du Brésil à la première réunion de fond, paragraphe 11.

examiner, selon les constatations concernant l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, est la nature de l'opération d'aliénation d'entreprise.

- b) Détermination de ce qui peut donner lieu à une mesure compensatoire selon l'article 14 de l'Accord SMC

5.3 Le **Brésil** soutient qu'une contribution financière ne peut conférer un "avantage" pouvant donner lieu à une mesure compensatoire si la contribution financière reçue l'est "à des conditions plus favorables que celles auxquelles [le bénéficiaire] a accès sur le marché".²²⁹ Le Brésil prétend également que de telles contributions ne peuvent continuer de donner lieu à des mesures compensatoires qu'aussi longtemps qu'elles sont accordées à des conditions plus favorables que celles disponibles sur le marché. Le Brésil maintient que l'article 14 de l'Accord SMC établit clairement que l'existence et l'ampleur des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire sont toujours déterminées par rapport à des critères "commerciaux" ou "de marché"²³⁰ et que les mêmes critères s'appliquent pour déterminer l'existence d'"avantages" découlant de l'apport de capitaux.

5.4 Le **Brésil** soutient que des "subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire peuvent changer avec le temps, aussi bien en ce qui concerne leur existence qu'en ce qui concerne leur ampleur".²³¹ Le Brésil est d'avis que les facteurs du marché constituent les critères permettant de déterminer si des apports de capitaux, tels que les prêts et les prises de participation, sont des contributions financières qui constituent un avantage conféré par une subvention. S'agissant des prêts, le Brésil prétend que l'indice consiste à vérifier si les intérêts perçus pour la somme prêtée concordent avec les intérêts perçus sur le marché; s'agissant des prises de participation, il s'agit de vérifier si l'injection de capitaux est évaluée de façon appropriée sur la base des attentes concernant le rendement adéquat à produire par l'entité bénéficiaire. Le Brésil soutient que le paramètre de l'existence d'un avantage repose sur les conditions auxquelles s'effectue l'apport de capitaux et que ce paramètre change si ces conditions changent.

5.5 Citant l'article 14 a) de l'Accord SMC, le **Brésil** déclare qu'une prise de participation au capital social ne peut constituer une contribution financière conférant un avantage que si cette prise de participation se fait à des conditions "incompatibles avec la pratique habituelle des investisseurs privés". Le Brésil soutient qu'une contribution financière accordée à un bénéficiaire non apte à bénéficier d'apports en capital à des conditions incompatibles avec la pratique habituelle des investisseurs privés cesse d'être un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire lorsque les capitaux ne sont plus disponibles à des conditions incompatibles avec la pratique habituelle des investisseurs privés. Le Brésil conclut donc que, dans le cas d'une prise de participation, la transaction concernant la vente du capital social constitue l'événement clé qui doit être analysé pour déterminer si oui ou non l'apport de capitaux continue de se faire à des conditions qui ne concordent pas avec celles du marché. Le Brésil prétend que la méthode des États-Unis ignore la question de savoir s'il existe des changements quant aux conditions de l'apport de capitaux par suite d'une vente du capital social. Le Brésil maintient que, une fois que le capital social a été transféré à un partenaire privé dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la valeur marchande, on s'attend à ce que (et donc les conditions de la prise de participation sont que) ce capital social se maintiendra ou s'accroîtra en valeur et procurera un rendement aux investisseurs, ou bien la société ne sera plus en mesure de se procurer des capitaux.

²²⁹ Le Brésil fait référence à la citation du rapport du Groupe spécial sur *Canada – Aéronefs* par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 67.

²³⁰ Déclaration du Brésil à la première réunion de fond, paragraphe 12.

²³¹ *Ibid.*, paragraphe 14.

c) Mauvaise affectation des ressources et droits compensateurs

5.6 Le **Brésil** estime que le véritable objectif de la "même personne" utilisée par les États-Unis est de faire en sorte que des événements ayant lieu après la contribution financière initiale ne puissent affecter la capacité des États-Unis d'imposer des droits compensateurs sur la contribution financière initiale et les avantages conférés par cette contribution financière initiale. Le Brésil note que les États-Unis soutiennent que même si une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence ne confère pas un avantage aux nouveaux propriétaires et à la nouvelle société, une distorsion du marché demeure et doit être corrigée. Le Brésil soutient que la logique de l'argumentation des États-Unis est la suivante: toute méthode qui ne permet pas aux Membres de traiter les effets macroéconomiques supposés d'une subvention n'est pas compatible avec l'objet et le but de l'Accord SMC. Cependant, le Brésil note que l'Accord SMC n'autorise pas de façon générale les Membres à remédier aux actions qui, selon eux, faussent le marché. Le Brésil prétend que l'Accord SMC exige, comme condition pour imposer des droits compensateurs, une contribution financière qui confère un avantage, rien de plus, rien de moins.

2. Arguments concernant l'article 1677 5) F)

5.7 Le **Brésil** prétend que la législation des États-Unis empêche l'adoption d'une méthode de détermination de l'existence d'avantages postérieurs à la privatisation qui serait compatible avec les constatations des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Le Brésil soutient que l'article 1677 5) F) rend non pertinent le point de savoir si l'aliénation d'entreprise a été une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, s'agissant de déterminer si les nouveaux propriétaires ont continué de bénéficier de l'avantage conféré par la subvention. À titre d'illustration, le Brésil allègue que pas même un seul des facteurs employés dans le critère de la "totalité des circonstances" appliqué dans la méthode de la "même personne" utilisée par les États-Unis n'examine si la transaction est une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Le Brésil reconnaît que selon la nouvelle méthode, on ne détermine plus si les avantages se rattachent uniquement aux actifs physiques de l'entité privatisée – l'une des raisons qui ont conduit au désaveu de la méthode "gamma" par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* – mais ils se rattachent à présent, dans les faits, à un ensemble d'actifs défini plus largement et qui inclut le nom, le personnel, la clientèle, la direction et les relations commerciales de l'entité. Ainsi, la nouvelle méthode de la "même personne" n'est qu'une variante de la méthode "gamma" qui a été désavouée, et ne prend toujours pas en considération les effets d'une aliénation d'entreprise comme le requiert la décision concernant l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*.

5.8 Le **Brésil** estime, étant donné que les États-Unis n'ont pas appliqué les déterminations relatives à l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, que le Groupe spécial devrait, en plus de constater que les actions des États-Unis sont incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC, donner une indication de la manière dont le critère de fond concernant la privatisation devrait être appliqué et proposer que les États-Unis entament et conduisent des réexamens de toutes les mesures compensatoires existantes.

B. MEXIQUE

1. Arguments concernant la méthode des États-Unis relative aux aliénations d'entreprise

5.9 Le **Mexique** estime que les États-Unis utilisent la méthode révisée du Département du commerce relative aux aliénations d'entreprise dans une dernière tentative pour continuer d'appliquer des droits compensateurs à des marchandises produites par des entreprises privatisées tout en évitant d'avoir à déterminer si une subvention accordée précédemment continue de conférer un avantage. Le Mexique allègue que l'Accord SMC et le GATT de 1994 exigent que deux conditions préalables

soient remplies pour que soient imposés des droits compensateurs, ainsi qu'il a été établi clairement dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, laquelle constitue un précédent direct pour le présent différend. Premièrement, la démonstration de l'existence d'une subvention est exigée. Conformément aux articles 19.1, 19.4 et 21 de l'Accord SMC et à l'article VI:3 du GATT de 1994, une autorité chargée de l'enquête ne peut pas autoriser ou maintenir des droits compensateurs sur un produit importé sans déterminer l'existence d'une subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation de toute marchandise. Deuxièmement, on exige la détermination de l'existence d'un "avantage" par rapport à un point de repère du marché. Comme l'ont montré les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les affaires *Canada – Aéronefs*²³² et *États-Unis – Plomb et bismuth II*²³³, un "avantage" est déterminé par rapport aux conditions dans lesquelles une "contribution financière" aurait été accessible au bénéficiaire *sur le marché*. En outre, conformément à l'article 1.1 (et à l'article 21) de l'Accord SMC, "l'autorité chargée de l'enquête doit établir l'existence d'une "contribution financière" et d'un "avantage" pendant la période visée par l'enquête ou le réexamen".

5.10 Le **Mexique** estime que la méthode de la "même personne" utilisée par le Département du commerce est incompatible avec les obligations des États-Unis en tant que Membre de l'OMC. Selon la nouvelle méthode du Département, s'il a été déterminé que la société est restée la même personne que l'entreprise à laquelle la subvention a été accordée initialement, il est indûment *supposé* que l'avantage conféré par cette subvention a été transmis à cette société. Le Mexique prétend qu'une telle supposition, en l'absence d'une détermination concrète de l'existence continue d'un avantage, ne peut être considérée comme valide au regard de l'Accord SMC tel qu'il a été interprété dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. En outre, la méthode de la "même personne", tout comme les méthodes précédemment utilisées par le Département, n'a aucun rapport avec les points de repère du marché invoqués par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel, car, selon les critères employés par le Département du commerce, pratiquement toute société privatisée serait considérée comme étant la même personne. Le Mexique soutient qu'il ne serait raisonnable, selon aucune logique économique, d'escompter qu'un investisseur privé qui achète une entreprise publique (par exemple une société sidérurgique) ait à en changer le nom, les installations, la ligne de production, la clientèle, etc., et à licencier des centaines de travailleurs qualifiés, uniquement pour éviter l'imposition de droits antidumping. À cet égard, le Mexique prétend que ces critères utilisés par le Département pour supposer le transfert de subventions accordées avant la privatisation répondent peut-être aux principes du droit des sociétés des États-Unis, mais non aux obligations des États-Unis en tant que Membre de l'OMC de faire une détermination adéquate de l'existence continue d'un "avantage" par rapport à un point de repère du marché, et, partant, de faire une démonstration adéquate qu'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire a été accordée, directement ou indirectement, à la production de marchandises par la société privatisée.

5.11 Le **Mexique** prétend que, dans le cas d'une aliénation d'entreprise impliquant le paiement d'une contrepartie, une distinction doit être établie entre la société antérieure à la privatisation qui a reçu initialement la subvention et l'entité postérieure à la privatisation, aux fins du réexamen de la continuité de l'avantage conféré par la subvention. Le Mexique allègue que cela a également été reconnu par le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*.²³⁴ Selon le Mexique, ce sont l'aliénation d'entreprise et le paiement subséquent d'une contrepartie pour les actifs productifs qui demandent une nouvelle détermination de l'existence de l'avantage conféré par la subvention. Le

²³² Voir le rapport du Groupe spécial, *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("Canada – Aéronefs"), WT/DS70/R, adopté le 20 août 1999, tel que confirmé par le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphe 9.112; et le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphes 154, 157.

²³³ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, paragraphe 6.66 (y compris la note de bas de page 78).

²³⁴ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, paragraphe 6.70.

Mexique estime donc que les disciplines SMC ne dispensent pas les États-Unis de l'obligation de déterminer l'existence continue d'un avantage accordé à une société privatisée, au simple motif qu'ils considèrent la nouvelle entreprise comme étant "non distincte" de l'entreprise initiale. Le Mexique prétend donc que la méthode de la "même personne" et les enquêtes et réexamens fondés sur cette méthode ne sont pas compatibles avec l'article VI:3 du GATT de 1994 et les articles 14, 19.1, 19.4 et 21 de l'Accord SMC.

2. Arguments concernant l'article 1677 5) F)

5.12 Le **Mexique** maintient qu'une détermination concrète de l'existence continue d'un avantage est nécessaire dans tous les cas concernant une aliénation d'entreprise réalisée au moyen d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence. Une aliénation d'entreprise au moyen d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence est un événement assez pertinent en lui-même pour exiger une constatation concrète concernant la subsistance de l'avantage conféré par la subvention accordée à l'entreprise avant la privatisation. Le Mexique allègue que l'article 1677 5) F) contrevient directement à cette exigence, car il est clair qu'il ne stipule pas la nécessité d'une telle détermination de l'existence d'un avantage. Par conséquent, cet article est contraire aux obligations des États-Unis au titre des articles 1^{er}, 10, 19, 21 et 32.5 de l'Accord SMC et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

VI. RÉEXAMEN INTÉrimAIRE²³⁵

6.1 Le 8 avril 2002, conformément à l'article 15:1 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a remis le projet de la partie descriptive de son rapport. Comme convenu, le 18 avril 2002, les deux parties ont présenté leurs observations sur ce projet. Le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire le 13 mai 2002. Le 27 mai 2002, conformément à l'article 15:2 du Mémoire d'accord, les États-Unis et les Communautés européennes ont présenté leurs observations et demandé que certains aspects du rapport intérimaire soient réexaminés et clarifiés. Aucune des deux parties n'a demandé au Groupe spécial de tenir une nouvelle réunion avec les parties. En l'absence d'une réunion et conformément au paragraphe 16 des procédures de travail du Groupe spécial²³⁶, chaque partie avait jusqu'au 5 juin 2002 pour présenter des observations supplémentaires par écrit sur les observations formulées par l'autre partie au sujet du réexamen intérimaire. Les deux parties ont communiqué des observations supplémentaires à cette date.

6.2 Comme suite aux observations formulées par les parties, le Groupe spécial a réexaminé les allégations, arguments et éléments de preuve présentés par les parties pendant la procédure. Lorsqu'il l'a jugé approprié, pour plus de clarté et pour éviter les malentendus, il a révisé ses constatations, y compris en corrigeant les erreurs d'ordre typographique et rédactionnel. Il a répondu aux préoccupations ci-après qui ont été soulevées par les parties.

6.3 D'une manière générale, les allégations des États-Unis concernent la description des faits donnée dans le rapport du Groupe spécial. Les États-Unis répètent que le Groupe spécial n'a pas tenu

²³⁵ Aux termes de l'article 15:3 du Mémoire d'accord, "[l]es constatations du rapport final du groupe spécial comprendront un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire". La section ci-après intitulée "Réexamen intérimaire" fait donc partie des constatations.

²³⁶ Le paragraphe 16 des procédures de travail du Groupe spécial est libellé comme suit: "Après la remise du rapport intérimaire, les parties disposeront d'au moins sept jours pour demander par écrit le réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire ainsi que la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial. Le droit de demander la tenue d'une telle réunion doit être exercé avant l'expiration de ce délai. Après réception de toute demande écrite de réexamen, lorsque aucune réunion supplémentaire avec le Groupe spécial n'est demandée, chaque partie pourra, dans un délai devant être fixé par le Groupe spécial, présenter par écrit des observations sur les demandes écrites de réexamen des autres parties. Ces observations se référeront uniquement aux demandes écrites de réexamen des autres parties."

compte de plusieurs de leurs demandes de modification de la partie descriptive du rapport présentées le 18 avril. Les observations des États-Unis semblent vouloir donner l'impression que le Groupe spécial a intentionnellement, ou sans faire preuve d'une diligence raisonnable, refusé d'accepter les éléments de preuve ou les arguments qui lui ont été présentés par les États-Unis pendant la procédure ou refusé d'y faire référence. Avant de passer à l'examen d'une allégation particulière, le Groupe spécial note que la plupart des demandes et des observations formulées par les États-Unis dans leur communication du 18 avril ont été acceptées par le Groupe spécial et consignées dans le rapport intérimaire. Dans les observations du 18 avril, les États-Unis n'indiquaient souvent pas les communications dans lesquelles figuraient les allégations factuelles ou juridiques en question. Le Groupe spécial note toutefois que le présent différend ne porte généralement pas sur des points factuels mais sur les conséquences juridiques des privatisations, qui sont apparues dans les 12 cas dont il est saisi. Voilà le fondement factuel sur lequel reposent les constatations et les conclusions du Groupe spécial. Cela étant, il appartenait aux États-Unis de réfuter les allégations factuelles formulées par les Communautés européennes.²³⁷ Le Groupe spécial a parfois explicitement invité les États-Unis à faire des observations sur la description des 12 déterminations donnée par les Communautés européennes.²³⁸ Les États-Unis n'ont pas pleinement répondu à ses questions. Néanmoins, soucieux de tenir compte des préoccupations des États-Unis dans la mesure où le droit de l'OMC le permet, il a passé le dossier en revue à la recherche des faits que les États-Unis souhaitent voir ajouter à la partie descriptive de son rapport. Dans la mesure du possible et en vue de promouvoir la transparence des circonstances propres aux cas visés, il a révisé certains des paragraphes de son rapport pour qu'il y soit fait référence à des données figurant dans les 12 déterminations communiquées par les Communautés européennes à titre de pièces. Comme il est indiqué ultérieurement, ces données de fait supplémentaires ne sont pas nécessairement pertinentes pour le mandat limité confié au présent Groupe spécial, notamment celles qui concernent la répartition et l'attribution des subventions. Dans tous les cas, le Groupe spécial a refusé d'apporter à la partie descriptive de son rapport des modifications qui auraient impliqué l'introduction d'éléments de preuve ou d'arguments nouveaux qui n'avaient pas été présentés pendant la procédure.

6.4 Les États-Unis ont fait quelques remarques générales sur ce qu'ils estiment être des "erreurs d'une importance particulière", à savoir: 1) "*que le Groupe spécial considère que toutes les subventions de taille en cause dans les cas contestés étaient antérieures à la privatisation (certaines ne l'étaient pas)*"; 2) "*que dans tous les cas le fait de ne pas prendre en compte les subventions antérieures à la privatisation aurait abouti à un avantage de minimis (ce n'était pas vrai dans plusieurs cas)*"; 3) "*que toutes les privatisations étaient complètes (certaines ne l'étaient pas)*"; 4) "*que toutes les privatisations en cause ont eu lieu à la juste valeur marchande (ce n'était vraisemblablement pas vrai pour certaines privatisations, et pour d'autres l'enquête n'avait pas été assez poussée pour permettre de conclure dans un sens ou dans l'autre)*"; et 5) "*que les descriptions des faits des CE dans les sections II à IV n'ont pas été réfutées par les États-Unis (certaines d'entre elles ont été réfutées avec vigueur)*".²³⁹

6.5 En ce qui concerne les allégations n° 1) et 2), le Groupe spécial ne comprend pas pourquoi les États-Unis considèrent qu'il a ignoré le fait que, s'agissant de certaines des déterminations visées par le présent Groupe spécial, le Département du commerce pouvait avoir soumis des subventions postérieures à la privatisation à une mesure compensatoire. Contrairement à ce que les États-Unis ont allégué, le Groupe spécial n'a jamais rien affirmé ou supposé de tel dans son rapport. Il s'est efforcé de circonscrire la portée de sa décision à son mandat, à savoir d'évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC des méthodes relatives aux aliénations d'entreprise appliquées par les États-Unis, qui

²³⁷ Le Groupe spécial rappelle que l'Organe d'appel a clairement indiqué que, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, une argumentation *prima facie* fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante présentant l'argumentation *prima facie*.

²³⁸ Voir, par exemple, les réponses des États-Unis à la question n° 11 du Groupe spécial.

²³⁹ Voir les observations des États-Unis au sujet du rapport intérimaire, paragraphes 2 et 3.

permettent de soumettre des subventions non récurrentes et antérieures à une privatisation à une mesure compensatoire après que la privatisation a eu lieu sans procéder au préalable à une détermination de l'existence d'un avantage en ce qui concerne le producteur privatisé qui soit compatible avec les règles de l'OMC, méthodes appliquées dans les 12 déterminations en matière de droits compensateurs en question. À cet égard, le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a énoncées au paragraphe 7.39 (6.39 du rapport intérimaire).

6.6 Le paragraphe 7.39 n'exclut pas l'éventualité de subventions postérieures à une privatisation ou même de subventions récurrentes et antérieures à une privatisation. Ces subventions ne sont toutefois pas pertinentes dans le cadre de notre analyse. Nous nous intéressons uniquement au traitement de subventions non récurrentes et antérieures à une privatisation au regard de l'Accord SMC suite à une aliénation d'entreprise, et plus précisément à l'effet de ce traitement sur le producteur privatisé.

6.7 Le Groupe spécial pense que sa demande d'abrogation des ordonnances en matière de droits compensateurs n'a peut-être pas été suffisamment claire et a peut-être conduit les États-Unis à croire qu'il a voulu faire abstraction de l'existence possible de subventions postérieures à la privatisation dans certaines des 12 déterminations, ce qui, à son avis, n'est pas une question dont il est saisi. Le Groupe spécial a donc modifié les paragraphes 7.87, 7.100, 7.116 et 7.117 pour clarifier ses recommandations.

6.8 Dans le cadre de leur allégation n° 3) selon laquelle les 12 déterminations ne portaient pas sur des privatisations complètes, les États-Unis allèguent que dans le cas d'Usinor, bénéficiaire de la subvention dans les trois cas français, le gouvernement français a maintenu un "niveau élevé" de participation des pouvoirs publics. Le Groupe spécial note que le gouvernement français a cédé le reste des actions d'Usinor qu'il détenait en 1997-1998, c'est-à-dire dans les trois cas avant la publication de l'ordonnance en matière de droits compensateurs.²⁴⁰ Comme il est indiqué dans les propres dossiers du Département du commerce, après la privatisation, les actionnaires dits "stables" détenaient environ 14 pour cent du total des actions d'Usinor; les États-Unis alléguent que 10 pour cent de ces actionnaires stables étaient des entités détenues ou contrôlées par les pouvoirs publics.²⁴¹ Pour satisfaire les États-Unis, le Groupe spécial a ajouté ces renseignements tirés du *Federal Register* dans la description factuelle des cas français pertinents. Le Groupe spécial utilise l'expression "privatisation complète" pour désigner les cas d'aliénation d'entreprises dans lesquels les pouvoirs publics ont cédé la totalité, ou l'essentiel, des parts qu'ils détenaient dans la société privatisée et ne pouvaient manifestement plus exercer de contrôle sur celle-ci. Compte tenu des éléments de preuve qui avaient été communiqués par les parties à la fin de la deuxième réunion de fond, le Groupe spécial continue de considérer que, dans les 12 déterminations dont il est saisi, les pouvoirs publics avaient mis fin, au moment de la privatisation, au contrôle qu'ils exerçaient sur les producteurs d'État et les producteurs privatisés ne pouvaient plus compter sur un financement public pour leurs activités et ne pouvaient plus rien obtenir gratuitement. Il s'agit donc, à son sens, de privatisations complètes. Pour faciliter la compréhension, le Groupe spécial a fait un exposé plus détaillé de ce qu'il entend par privatisation (complète) aux fins de la présente procédure. Pour tenir compte de la préoccupation exprimée par les États-Unis, il a supprimé le terme "complète", puisque cela n'a pas d'incidence sur ses considérations ni sur le raisonnement applicable à l'ensemble des 12 déterminations dont il est saisi, étant donné que, dans ces 12 cas, les pouvoirs publics avaient, au moment de la privatisation,

²⁴⁰ Il s'agit des cas suivants: cas n° 1 (enquête initiale) dans lequel la détermination finale a été publiée le 8 juin 1999; cas n° 2 (enquête initiale) dans lequel la détermination finale a été publiée le 29 décembre 1999; et cas n° 9 (réexamen à l'extinction de la mesure) dans lequel la détermination finale a été publiée le 7 avril 2000.

²⁴¹ *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, *supra*, note de bas de page 8, page 30776.

cédé la totalité, ou l'essentiel, des parts qu'ils détenaient dans les entreprises d'État aux producteurs privatisés et à leurs actionnaires.

6.9 S'agissant de l'allégation n° 4) des États-Unis, le Groupe spécial s'étonne des observations faites car il n'a jamais déclaré que les 12 privatisations avaient eu lieu à la juste valeur marchande. Au contraire, il a précisé que le Département du commerce lui-même avait constaté que les privatisations en cause avaient eu lieu à la juste valeur marchande dans deux déterminations seulement (cas n° 8 et 10). Il renvoie au paragraphe 2.2 de son rapport qui est très clair sur la question. Les constatations du Groupe spécial ne partent pas de l'hypothèse que toutes les privatisations ont eu lieu à la juste valeur marchande. Bien que les Communautés européennes aient présenté des allégations à cet effet, le Groupe spécial ne préjuge pas des privatisations lorsque le Département du commerce n'a pas constaté qu'elles ont été effectuées à la juste valeur marchande. Il considère toutefois que la pratique suivie par le Département, dans le cadre de sa méthode relative aux aliénations d'entreprise consistant à ne pas examiner si une privatisation a eu lieu à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, à moins que le producteur privatisé ne soit une personne morale distincte du producteur d'État, est contraire à l'Accord SMC. Hormis dans les cas n° 8 et 10, la question de savoir si les privatisations en question ont été effectuées à la juste valeur marchande n'est pas pertinente pour le présent Groupe spécial si le Département du commerce ne procède pas lui-même à son examen.

6.10 S'agissant de l'allégation n° 5), le Groupe spécial n'est pas d'accord avec les États-Unis lorsqu'ils affirment qu'ils ont réfuté avec vigueur la description des faits par les Communautés européennes qui figure dans les sections II à IV de son rapport. Avant la phase de réexamen intérimaire, les États-Unis avaient rarement contesté les données de fait fournies par les Communautés européennes. Par exemple, ils n'ont pas réfuté les données de fait communiquées par les Communautés européennes dans l'annexe de leur réponse à la question n° 11 du Groupe spécial qui contenait une description des différentes privatisations. Ce n'est qu'au stade du réexamen de la partie descriptive (dans leur communication du 18 avril) que les États-Unis ont tenté de contester ces données de fait d'une manière générale, n'indiquant souvent pas précisément l'élément de preuve versé au dossier qui risquait d'avoir été ignoré par le Groupe spécial.

6.11 Les États-Unis font valoir qu'au paragraphe 2.1 de son rapport le Groupe spécial a décrit de manière erronée la question dont il était saisi, en sous-entendant que toute subvention en place après une privatisation devait découler de la privatisation elle-même. Le Groupe spécial rappelle que son mandat se limite aux questions soulevées par les Communautés européennes dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. Plus précisément, les allégations des Communautés européennes concernent les conséquences juridiques d'une aliénation d'entreprise transformant des entreprises appartenant entièrement à l'État en producteurs privés ainsi que la question de savoir si les importations provenant des producteurs privatisés dans les 12 déterminations peuvent continuer de faire l'objet d'une mesure compensatoire appliquée en raison des subventions qui ont été accordées aux producteurs d'État avant les privatisations. Quoi qu'il en soit, le Groupe spécial a clarifié le libellé du paragraphe 2.1 en espérant qu'aucun doute ne subsisterait sur son mandat et ses intentions.

6.12 Les États-Unis considèrent que le paragraphe 2.3 indique de manière erronée que toutes les privatisations dont le Groupe spécial est saisi concernaient des aliénations d'entreprise complètes; en effet, la privatisation effectuée en France aboutissait dans trois des 12 cas en cause au maintien d'un "niveau élevé de participation des pouvoirs publics" par le biais des "actionnaires stables" appartenant aux pouvoirs publics français. Dans leurs observations du 5 juin 2002, les Communautés européennes suggèrent au Groupe spécial de remplacer le mot "participation" ("ownership") par "participation majoritaire" ("control"). Le Groupe spécial renvoie à la déclaration qu'il a faite dans le paragraphe 6.8 ci-dessus. De toute façon, même si les États-Unis ont raison de dire que le gouvernement français conservait une participation indirecte minoritaire dans la société Usinor, le Groupe spécial est d'avis que toutes les déterminations dont il est saisi, y compris les trois cas français, concernaient des aliénations d'entreprise aboutissant à la privatisation des entreprises d'État, en ce sens que les pouvoirs

publics avaient cédé la totalité, ou l'essentiel, de leurs participations ("ownership interest") et n'avaient manifestement plus aucune participation majoritaire ("controlling interest") dans les sociétés privatisées. Après la privatisation, les producteurs privatisés ne pouvaient plus compter sur un financement public pour leurs activités et ne pouvaient plus rien obtenir gratuitement. Le Groupe spécial estime que, selon cette définition, la privatisation d'Usinor correspond à une privatisation complète. Néanmoins, il a révisé le libellé du paragraphe 2.6 pour rendre compte des constatations relatives aux "actionnaires stables" établies par le Département du commerce dans la *Détermination finale positive en matière de droits compensateurs: Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*.²⁴² Le Groupe spécial pense que la modification apportée répond à la fois aux observations des États-Unis du 27 mai 2002 et à celles des Communautés européennes du 5 juin 2002.

6.13 En ce qui concerne le paragraphe 2.6, les États-Unis n'ont pas été en mesure, dans leurs observations du 18 avril, de désigner un élément de preuve parmi ceux qu'ils avaient communiqués au Groupe spécial pendant la procédure qui aurait été ignoré, écarté ou mal interprété par le Groupe spécial. Celui-ci a tout de même tenté de préciser davantage ce point.

6.14 Au paragraphe 2.10, les États-Unis ont contesté l'utilisation du terme "jugement" pour évoquer la nouvelle détermination à l'issue du renvoi ordonné par le CIT dans le cas AST, car aucun jugement final n'avait été rendu. Dans leurs observations du 5 juin, les Communautés européennes ont suggéré d'employer le mot "décision" au lieu de jugement. Le Groupe spécial a remplacé le terme "jugement" par "ordonnance".

6.15 Les États-Unis allèguent que le paragraphe 2.13 n'indique toujours pas que la manière dont le Département du commerce a attribué au prorata les subventions accordées au groupe Usinor à tous les producteurs du groupe, y compris GTS, n'a pas été contestée (ni par les Communautés européennes dans le présent différend, ni par les sociétés interrogées pendant l'enquête menée par le Département du commerce). Ils considèrent que, tel qu'il est rédigé, le paragraphe 2.11 donne à entendre que la question de savoir si GTS a "reçu" une partie des subventions initialement accordées par le gouvernement français est source de différend. Le Groupe spécial ne dispose d'aucun élément de preuve sur le point de savoir si l'attribution en question a été contestée ou non. Il est d'accord avec les Communautés européennes qui ont fait observer le 5 juin 2002 que la question de l'attribution n'entrait pas dans son mandat. Pour répondre aux préoccupations des États-Unis, il a révisé le paragraphe pertinent compte tenu du mandat limité qui lui avait été confié en l'espèce.

6.16 En ce qui concerne le paragraphe 2.14, les États-Unis allèguent qu'il ne décrit pas correctement les faits relatifs à l'évolution de la participation d'Usinor dans GTS, ni l'analyse de ces faits effectuée par le Département du commerce. Pour donner suite aux observations formulées par les États-Unis le 18 avril, le Groupe spécial a modifié le libellé de l'ancien paragraphe 2.12, mais il n'a pas adopté la manière dont les États-Unis décrivaient leur détermination, préférant employer ses propres termes. Le Groupe spécial rappelle que l'attribution au prorata des subventions et le pourcentage des droits compensateurs connexes ne sont pas une question dont il est saisi en l'espèce. Les États-Unis allèguent que le paragraphe 2.13 décrit encore de manière erronée l'enquête menée et la nouvelle détermination établie à l'issue du renvoi. Ils allèguent que c'est à la demande de GTS que le Département du commerce a centré son analyse sur l'aliénation d'Usinor (et non pas sur celle de GTS). Le Groupe spécial n'accepte pas cette observation des États-Unis parce que ceux-ci n'ont apporté aucun élément de preuve pour étayer l'affirmation selon laquelle GTS a demandé qu'il soit procédé à une telle analyse. Par ailleurs, il ne voit pas en quoi ce point est pertinent pour le présent différend.

²⁴² *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France*, supra, note de bas de page 8, page 30776.

6.17 Les États-Unis considèrent que le paragraphe 2.18 décrit de manière erronée l'octroi de la subvention, l'opération d'aliénation d'entreprise et l'analyse effectuée par le Département du commerce au sujet d'ILVA et de CAS, et ils renvoient à leurs observations du 18 avril. Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve provenant du *Federal Register* des États-Unis qui ont été communiqués par les Communautés européennes. Il convient en particulier de noter que le *Federal Register* (63 Fed. Reg. 810) indique ce qui suit: "*en 1989, les activités d'Aosta ont été transférées à ILVA. En décembre 1989, Cogne S.r.l. a été constituée comme une filiale contrôlée à 100 pour cent par ILVA S.p.A., qui exerçait les activités d'Aosta. La société Cogne S.r.l. a ultérieurement reçu le nom de Cogne Acciai Speciali S.p.A. (Cogne S.p.A.)*" (pas d'italique dans l'original). En conséquence, le Groupe spécial s'en tient à sa décision antérieure de ne pas accepter la demande des États-Unis. Il a toutefois modifié le libellé de ce paragraphe pour rendre davantage compte des éléments de preuve figurant dans le *Federal Register*.

6.18 Les États-Unis considèrent que les affirmations figurant au paragraphe 2.20 relatives à la maximalisation des recettes tirées de la vente d'AST et à l'indépendance des conseillers financiers devraient être supprimées car il ne s'agit pas de constatations de fait établies par le Département du commerce. Le Groupe spécial note que ces éléments de preuve communiqués par les Communautés européennes n'ont jamais été contestés par les États-Unis avant la phase de réexamen intérimaire. Après avoir examiné les éléments de preuve qui lui avaient été présentés, le Groupe spécial a supprimé le passage sur la maximalisation des recettes et conservé celui qui concernait l'indépendance déclarée des conseillers financiers. Il estime que ces allégations factuelles ne sont pas pertinentes dans le cadre de son analyse juridique.

6.19 Les États-Unis soutiennent que les paragraphes 2.22, 2.23 et 2.25 ne décrivent pas correctement les subventions en cause dans l'affaire *Acier inoxydable en provenance de l'Italie* et que les paragraphes 2.32 et 2.33 ne décrivent pas correctement les faits dans le cas n° 12, *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés en provenance de l'Italie*, parce qu'ils ne donnent pas de précisions sur l'attribution au prorata des subventions entre les groupes de sociétés pertinents. En vue de clarifier son rapport, le Groupe spécial a décidé de remanier le libellé du paragraphe 2.22 en s'alignant sur le passage pertinent du *Federal Register*; de remanier le libellé du paragraphe 2.23 et d'accepter les observations des États-Unis concernant le paragraphe 2.25. Les Communautés européennes font observer que les attributions effectuées par le Département du commerce ont été contestées au cours de la procédure interne menée aux États-Unis et font valoir que les modifications demandées par ce pays ne devraient donc pas être apportées. Le Groupe spécial ne corrige sa déclaration que pour mieux rendre compte de la conclusion tirée par le Département du commerce en l'espèce. Il ne prend pas position sur la validité des déterminations établies par le Département au sujet de l'attribution au prorata, ni sur leur pertinence, le cas échéant, car ces questions relèvent d'une autre enceinte et n'entrent pas dans le mandat qui lui a été confié.

6.20 En ce qui concerne le paragraphe 2.31, les États-Unis allèguent également que le Groupe spécial n'a pas accepté toutes leurs propositions. Le Groupe spécial a accepté la plupart des propositions faites par les États-Unis le 18 avril et a remplacé le mot "constatations" par "réexamen" pour répondre aux préoccupations que les États-Unis pourraient encore avoir.

6.21 Les États-Unis souhaiteraient que le Groupe spécial supprime les anciens paragraphes 2.33, 2.34 et 2.35 parce qu'au lieu de porter sur les aspects factuels ils exposent les arguments des parties. Le Groupe spécial a revu sa position et a déplacé les paragraphes en question pour les insérer dans une nouvelle section IV.B ("Pratique du Département du commerce en matière de réexamens administratifs") dans la partie relative aux arguments. Dans la partie factuelle (à présent 2.34 et 2.35), il a remplacé les paragraphes en question par des renseignements succincts sur la pratique pertinente du Département tirés du document "Countervailing Duties; Final Rule" cité dans la note de bas de page 50.

6.22 Les États-Unis considèrent que le paragraphe 2.37 (à présent 2.36) ne tient pas compte de leurs observations du 18 avril. Le Groupe spécial a modifié le libellé pour bien préciser qu'il savait qu'UES était l'exportateur effectif dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, mais que les subventions accordées à la société British Steel étaient les mêmes que celles qui étaient en cause dans le cas relatif au Royaume-Uni dont il était saisi. Il espère avoir ainsi répondu à la fois aux préoccupations exprimées par les États-Unis le 27 mai 2002 et aux préoccupations formulées par les Communautés européennes le 5 juin 2002.

6.23 Les États-Unis allèguent que le paragraphe 2.42 (à présent 2.41) ne rend pas compte des modifications qu'ils ont proposées dans leur communication du 18 avril. Pour éviter d'inclure des arguments dans la partie de son rapport consacrée à la description des faits, le Groupe spécial a révisé le passage en supprimant toute mention de la *manière* dont le Département était arrivé à la conclusion que les subventions non récurrentes accordées avant la privatisation continuaient de conférer un avantage à Usinor après la privatisation.

6.24 Les États-Unis considèrent que les allégations des Communautés européennes concernant les raisons pour lesquelles les exportateurs n'ont pas demandé de réexamen administratif devraient être supprimées de la note de bas de page 64 (à présent 67) relative au paragraphe 2.48 (à présent 2.47). Le Groupe spécial a déjà donné suite aux observations formulées par les États-Unis le 18 avril en modifiant le libellé de la note de bas de page en question (à présent note de bas de page 67) et n'estime pas nécessaire de modifier à nouveau ce libellé, dont la teneur est correcte du point de vue des faits et n'a été contestée par aucune des parties.

6.25 Les États-Unis allèguent que le paragraphe 2.59 (à présent 2.57) décrit de manière erronée la méthode "gamma" et ses résultats. Le Groupe spécial a déjà donné suite aux observations formulées par les États-Unis le 18 avril en modifiant le libellé du paragraphe en question. Afin de tenir compte de la préoccupation des États-Unis, et tout en notant que ce pays avait admis que la méthode "gamma" était incompatible avec l'Accord SMC, le Groupe spécial a révisé le texte en conséquence.

6.26 Les États-Unis allèguent au sujet du paragraphe 2.60 (à présent 2.58) qu'il décrit de manière erronée les décisions rendues par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans le différend *États-Unis - Plomb et bismuth II*. Selon les États-Unis, ces décisions indiquaient que trois déterminations particulières en matière de droits compensateurs, et non la méthode "gamma" en soi, étaient incompatibles avec les règles de l'OMC. Le Groupe spécial renvoie les États-Unis au paragraphe 12 de leur première communication écrite où ils ont déclaré que, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, "le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont rejeté la méthode "gamma" comme incompatible avec l'Accord SMC".²⁴³ Le Groupe spécial note également qu'à d'autres moments de la présente procédure les États-Unis ont indiqué qu'ils admettaient que leur méthode "gamma" était incompatible avec l'Accord SMC parce qu'il n'était pas établi que les prescriptions de l'Accord SMC avaient été respectées en ce qui concerne le producteur (privatisé) actuel.²⁴⁴ Pour tenir compte de la préoccupation des États-Unis, le Groupe spécial a modifié le texte en question.

6.27 Les États-Unis allèguent que le paragraphe 2.61 (à présent 2.60) indique à tort que, selon la méthode de la "même personne", les subventions antérieures sont "présumées" être "transmises" au producteur postérieur à l'aliénation d'entreprise. Le Groupe spécial a réexaminé les préoccupations des États-Unis et a modifié le libellé du paragraphe pertinent employant l'expression "continue de résider chez".

6.28 Les États-Unis allèguent que le rapport omet de mentionner, au paragraphe 4.5, le principal argument qu'ils ont avancé pour réfuter les arguments des Communautés européennes sur la question

²⁴³ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 12.

²⁴⁴ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 69.

de savoir si la privatisation fait naître la nécessité de réexaminer l'existence d'un avantage. Le Groupe spécial rappelle que les États-Unis ont admis qu'une aliénation d'entreprise fait naître l'obligation de réexaminer les conditions d'application de l'Accord SMC. Il a mentionné à de nombreuses reprises l'argument des États-Unis et l'a cité une nouvelle fois à la suite de la demande présentée par les États-Unis le 18 avril. Les États-Unis souhaitent également que nous insérions un nouvel argument indiquant qu'à leur sens aucune distinction ne devrait être faite entre une privatisation et une autre forme d'aliénation d'entreprise.²⁴⁵ Le Groupe spécial est d'avis que les États-Unis veulent, à ce stade avancé de la procédure, présenter un nouvel argument qui ne se rattache pas aux principales allégations et aux principaux arguments qu'ils ont avancés. Les États-Unis n'ont pas été en mesure de mentionner une seule de leurs communications présentées pendant la procédure du Groupe spécial dans laquelle ils auraient fait valoir que les privatisations n'étaient pas différentes d'une autre forme d'aliénation d'entreprise pour les raisons mentionnées dans leur communication du 14 mai. Le Groupe spécial connaît également bien l'argument des États-Unis selon lequel seule une modification de la personnalité juridique du producteur (et non pas une quelconque aliénation d'entreprise ou une privatisation) résorbe l'avantage en ce qui concerne le producteur privatisé ou, dit autrement, une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire continue de résider chez la personne à laquelle elle a été initialement accordée à moins que le producteur privatisé ne soit une personne juridique distincte de l'entreprise d'État.

6.29 Les États-Unis considèrent que le paragraphe 4.22 résume de manière erronée leur position sur les subventions et les aliénations d'entreprise ainsi que leur interprétation de l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II*. Le Groupe spécial a développé son exposé pour répondre aux préoccupations des États-Unis.

6.30 En ce qui concerne les observations des États-Unis relatives au paragraphe 4.32, le Groupe spécial a examiné la proposition des États-Unis et remanié le texte comme ils l'avaient suggéré.

6.31 Les États-Unis font observer à propos du paragraphe 6.6 (à présent 7.6) que le Département du commerce examine les "circonstances de la privatisation", y compris toutes les conditions de l'opération, lorsqu'il détermine si la personne visée par une enquête ou un réexamen est la même personne juridique que celle qui a reçu la subvention. Le Groupe spécial, qui a accepté la remarque des États-Unis, a revu la description de leur argument. Il maintient toutefois que le Département n'aborde pas la question de savoir si la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande lorsqu'il détermine si un producteur privatisé a retiré un avantage de la subvention accordée au producteur d'État, à moins que le producteur privatisé ne soit une personne juridique distincte du producteur d'État.

6.32 S'agissant de l'allégation des États-Unis selon laquelle le paragraphe 6.14 (à présent 7.14) décrit de manière erronée le critère utilisé par le Département du commerce, le Groupe spécial a réexaminé les préoccupations des États-Unis et a modifié le libellé du paragraphe pertinent pour employer l'expression "continue de résider chez".

²⁴⁵ Dans leur communication du 18 avril, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial d'ajouter l'argument ci-après, argument que le Groupe spécial n'a pu retrouver dans aucune des communications que lui avaient présentées les États-Unis:

"Aux fins de cette analyse, les États-Unis considèrent en outre que les privatisations ne nécessitent pas un traitement spécial différent de celui qui vaut pour d'autres aliénations d'entreprise simplement parce que le prix d'achat est payé aux pouvoirs publics et que les propriétaires publics sont remplacés par des propriétaires privés. Une telle distinction signifierait que c'était la participation des pouvoirs publics en soi (et non les contributions financières non commerciales) qui constituait la subvention initiale et que les subventions initiales correspondaient au coût supporté par les pouvoirs publics accordant la subvention et non à la totalité de l'avantage conféré à l'entreprise bénéficiaire."

6.33 Les États-Unis signalent certaines erreurs dans le tableau joint en annexe A au rapport intérimaire. Le Groupe spécial a mis à jour le tableau pour intégrer les observations faites par les États-Unis sur les données concernant les cas n° 7 et 10 et le cas français. Il a également examiné les observations des États-Unis sur l'utilisation du symbole % plutôt que de l'expression "points de pourcentage" dans la colonne relative aux subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire dans l'annexe A. Il fait observer que ce point n'a pas été soulevé dans les observations présentées le 18 avril par les États-Unis sur le projet de partie descriptive, qui incluait l'annexe A. Le Groupe spécial n'est pas certain qu'il soit utile d'utiliser l'expression "points de pourcentage" plutôt que le symbole %. Il a utilisé ce symbole pour réduire la longueur du texte dans l'annexe A. Toutefois, pour répondre aux préoccupations des États-Unis, il a modifié la colonne en question et repris le texte dans les passages correspondants de la partie descriptive, ce qui n'a pas soulevé d'objections de la part des États-Unis.

6.34 S'agissant du paragraphe 6.90 (à présent 7.90), le Groupe spécial a remanié le texte pour faire apparaître le mandat du Groupe spécial.

6.35 Les États-Unis font valoir que la déclaration du Groupe spécial selon laquelle les réexamens à l'extinction de la mesure "devraient être abrogés" comporte plusieurs erreurs de droit et de fait. Le Groupe spécial ne souscrit pas nécessairement aux observations des États-Unis. Néanmoins, pour répondre aux préoccupations de ce pays, le libellé des paragraphes 6.117 et 6.118 (à présent 7.116 et 7.117) a été modifié pour bien préciser que le Groupe spécial ne parlait que de l'abrogation ou de la suppression de (la partie de) l'ordonnance en matière de droits compensateurs qui se rapportait aux subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation, pour lesquelles aucune détermination de l'existence d'un avantage compatible avec les règles de l'OMC n'a eu lieu en ce qui concerne le producteur privatisé. Le Groupe spécial ne formule aucune constatation au sujet des subventions récurrentes ou des subventions postérieures à la privatisation ni sur le point de savoir si elles pouvaient donner lieu à une mesure compensatoire, car ces questions ne relèvent pas de son mandat.

6.36 Les Communautés européennes ont suggéré de modifier le paragraphe 6.130 (à présent 7.129) en remplaçant à la première ligne le terme "acquéreur" par "producteur". Le Groupe spécial est d'accord avec les États-Unis qui ont fait observer le 5 juin que cette modification rendrait la phrase incompréhensible; il a donc maintenu la version originale.

6.37 Les États-Unis notent que le Groupe spécial a indiqué à trois endroits différents qu'ils étaient d'avis que le cas n° 7 (le réexamen administratif concernant des produits en acier en provenance de la Suède) ne relevait pas du mandat du Groupe spécial parce qu'il avait été achevé avant le rapport de l'Organe d'appel relatif à l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II* (paragraphes 6.5, 6.27 et 6.99 du rapport intérimaire). Les États-Unis allèguent qu'ils n'ont jamais présenté cet argument et que toute mention à cet égard devrait être rayée du rapport. Le Groupe spécial fait remarquer qu'au paragraphe 99 de sa première communication écrite, les États-Unis ont affirmé ce qui suit: "[l]es allégations des Communautés européennes concernant le réexamen accéléré à l'extinction portant sur l'ordonnance en matière de droits compensateurs visant les tôles coupées à longueur, en provenance de la Suède, ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial".²⁴⁶ Comme le Groupe spécial sait à présent que l'insertion de cette allégation était une erreur, il supprimera les passages en question.

6.38 Les États-Unis opposent un certain nombre d'arguments aux constatations de fait établies par le Groupe spécial au sujet de l'article 1677 5) F). Premièrement, ils allèguent que le Groupe spécial a fait erreur lorsqu'il a tenté d'établir le sens de la législation, en tant qu'élément de fait, en examinant les "éléments internes" pertinents pour l'interprétation de la loi - l'historique de son élaboration et les interprétations judiciaires. Le Groupe spécial reprend l'exposé qu'il a fait dans ses constatations. Dans son rapport sur l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, l'Organe d'appel a indiqué que lorsque la

²⁴⁶ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 99.

violation alléguée en cause était le fait d'une législation nationale, il était essentiel d'examiner les aspects pertinents du droit interne pour déterminer si le Membre s'était acquitté de ses obligations.²⁴⁷ Le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis - Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur* a donné des indications aux groupes spéciaux interprétant le droit interne en déclarant qu'un groupe spécial ne devrait pas interpréter le droit "en tant que tel" mais établir le sens de la législation contestée en tant qu'*élément de fait* et déterminer si cet élément de fait constitue, de la part du Membre défendeur, un comportement contraire à ses obligations dans le cadre de l'OMC.²⁴⁸ Le Groupe spécial estime également qu'il était opportun d'utiliser l'historique de l'élaboration de l'article 1677 5) F) et les interprétations judiciaires pour établir le sens de la législation. Dans l'affaire *États-Unis - Loi de 1916 (CE)*, le Groupe spécial, confirmé par l'Organe d'appel, a dit que, même si le texte de la loi en question était clair tel qu'il était libellé, il était nécessaire d'examiner l'application sur le plan interne de ladite loi, son contexte historique, l'historique de son élaboration et les déclarations ultérieures des autorités des États-Unis, pour en évaluer la compatibilité avec le droit de l'OMC.²⁴⁹ Compte tenu de cette jurisprudence, le Groupe spécial maintient qu'il a eu raison d'examiner les aspects pertinents de la loi des États-Unis et d'établir le sens de la législation en tant qu'élément de fait.

6.39 Les États-Unis font spécifiquement valoir que le Groupe spécial a fait des suppositions erronées sur l'intention que la Cour d'appel du Circuit fédéral avait en examinant la notion de "conditions de pleine concurrence" dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Delverde III*. Nous notons toutefois que la Cour d'appel du Circuit fédéral s'est spécifiquement fondée sur l'historique de l'élaboration de la disposition pour déterminer l'intention du Congrès lorsque celui-ci avait promulgué la loi. La définition de l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" qui figure dans le SAA²⁵⁰, sur laquelle le Groupe spécial s'est fondé, est identique au libellé contenu dans le rapport de la Chambre des Représentants cité par la Cour comme base pour son interprétation du sens de la loi.²⁵¹ Le Groupe spécial note aussi que dans toute son analyse, aussi bien de l'affaire *Delverde III* que de l'affaire *Saarstahl II*, la Cour semble utiliser les deux expressions de manière interchangeable. Lorsque nous avons demandé aux États-Unis d'expliquer ce que signifiait l'expression "conditions de pleine concurrence" en droit américain et en quoi elle différait de la juste valeur marchande, le représentant des États-Unis a dit qu'il y avait beaucoup de confusion au sujet de ces termes aux États-Unis et qu'il n'était pas en mesure de répondre.²⁵² En conséquence, eu égard à la définition de l'expression "dans des conditions de pleine concurrence" donnée par le Congrès, au fait que les expressions "dans des conditions de pleine concurrence" et "juste valeur marchande" sont utilisées de manière interchangeable par la Cour d'appel du Circuit fédéral, et à l'incapacité des

²⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Inde - Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 66.

²⁴⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.18 citant le rapport de l'Organe d'appel *Inde - Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 66 (pas d'italique dans l'original).

²⁴⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Loi de 1916 (CE)*, WT/DS136/R, paragraphe 6.48. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis - Article 337 de la Loi douanière de 1930 ("États-Unis - Article 337")*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386.

²⁵⁰ "Aux fins de l'article 771 5) F), l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" désigne une transaction négociée entre des parties non apparentées, agissant chacune dans son propre intérêt, ou entre des parties apparentées aux mêmes conditions que si la transaction avait été négociée entre des parties non apparentées". SAA 1994 U.S.C.C.A.N 3773, 4241. Pièce n° 25 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

²⁵¹ Le Groupe spécial reconnaît que le rapport de la Chambre des Représentants, en tant que tel, n'a pas été versé au dossier. Cependant, ce rapport est cité par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Le Groupe spécial a décidé d'examiner le texte intégral du document afin de répondre aux observations formulées par les États-Unis dans leur demande de réexamen intérimaire. Il note aussi que la Cour d'appel du Circuit fédéral a déclaré que le rapport du Sénat était "presque identique" au rapport de la Chambre qu'elle avait cité. *Delverde III* 202 F. 3d. 1360, pages 1366 et 1367.

²⁵² Voir la réponse des États-Unis à la question n° 15 du Groupe spécial.

États-Unis d'expliquer comment ces deux expressions se différencient dans le droit américain, le Groupe spécial maintient que sa position n'est pas "non étayée et injustifiée". Il convient avec les États-Unis que l'on peut raisonnablement interpréter les deux concepts comme étant différents, mais maintient que la législation des États-Unis et la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral semblent avoir défini l'expression "dans des conditions de pleine concurrence" comme incluant la juste valeur marchande.²⁵³

6.40 Les États-Unis soutiennent également que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'analyse effectuée par la Cour d'appel du Circuit fédéral lorsqu'elle a désapprouvé la méthode "gamma" aboutissait aussi à une désapprobation de la méthode de la "même personne". Le Groupe spécial n'a jamais allégué que la Cour d'appel du Circuit fédéral s'était expressément prononcée sur la licéité de la méthode de la "même personne" sur la base de l'article 1677 5) F); il estime par ailleurs que cette question n'est pas pertinente. Lorsqu'elle a examiné la méthode "gamma", la Cour d'appel du Circuit fédéral a évoqué et analysé l'article 1677 5) F) et constaté qu'une méthode *per se* enfreindrait la loi. C'est à cet examen et à cette constatation que le Groupe spécial se réfère. Il note que le Département du commerce a lui-même fait valoir que "la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* avait très clairement dit que l'article 1677 5) F) 19 U.S.C. empêchait l'adoption de règles *per se*, y compris une qui considérerait automatiquement que l'aliénation d'entreprise résorbait des subventions antérieures".²⁵⁴ Le Groupe spécial maintient là encore son analyse selon laquelle l'interprétation de la loi donnée par la Cour d'appel du Circuit fédéral a pour effet de rendre l'article 1677 5) F) incompatible avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC.

6.41 Les États-Unis font valoir que le problème fondamental de l'analyse du Groupe spécial est qu'elle ne tient pas compte du fait que dans le cadre du système juridique des États-Unis, les tribunaux construisent le droit affaire après affaire. Le Groupe spécial croit savoir que le droit, dans un ordre juridique fondé sur la *common law*, évolue constamment. Cependant, l'état actuel du droit aux États-Unis aujourd'hui est celui qui est exprimé par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Les États-Unis n'ont apporté aucun élément de preuve concernant d'autres décisions prises en dernier ressort par la Cour d'appel du Circuit fédéral ou la Cour suprême des États-Unis (la seule instance supérieure), qui modifieraient la nature contraignante de l'avis formulé par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* ou l'interprétation par le Groupe spécial de ce que cet arrêt exige du Département du commerce.²⁵⁵ Les États-Unis soutiennent également que tout ce que l'on peut objectivement dire à l'heure actuelle c'est que la Cour d'appel du Circuit fédéral a jugé la méthode "gamma" illicite et doit encore indiquer si, à son avis, le type de méthode proposé par le Groupe spécial serait permis par la loi des États-Unis. Le Groupe spécial tient à signaler qu'il n'a nullement l'intention de proposer que les États-Unis adoptent telle ou telle méthode en particulier. Il a examiné l'affaire *Delverde III*, non pas pour établir ou analyser la compatibilité de la méthode "gamma", mais pour comprendre la nature et les effets juridiques de l'article 1677 5) F), tel que celui-ci a été interprété par la Cour d'appel du Circuit fédéral, dans le cadre de l'examen de la méthode "gamma". Étant donné que les États-Unis eux-mêmes ont fait valoir que la décision relative à l'affaire *Delverde III* empêchait clairement l'adoption de règles *per se*, y compris une qui considérerait automatiquement que l'aliénation d'entreprise résorbait des subventions antérieures²⁵⁶, le Groupe

²⁵³ Voir la demande de réexamen intérimaire présentée par les États-Unis, paragraphe 44.

²⁵⁴ Defendant's Memorandum in Opposition to Plaintiff's Motion for Judgment upon the agency record, *Acciai Speciali Terni et al. v United States et al.* Court No. 01-00051 (Tribunal du commerce international, 5 octobre 2001). (Extraits; page de couverture, table des matières, et pages 9 à 18 annexées en tant que pièce n° 26 des CE), document cité dans la première communication écrite des CE, paragraphe 150.

²⁵⁵ Les États-Unis eux-mêmes ont admis que "les décisions judiciaires [étaient] bien souvent définitives en pratique au niveau des cours d'appel de circuit, entre autres raisons parce que la possibilité de former un recours devant la Cour suprême des États-Unis n'[était] pas automatiquement accordée". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, WT/DS136/R, paragraphe 6.139.

²⁵⁶ *Ibid.*

spécial continue de penser que l'interprétation actuelle de l'article 1677 5) F) par la Cour d'appel du Circuit fédéral, qui est contraignante pour le CIT et le Département du commerce, empêcherait les États-Unis d'appliquer cet article d'une manière compatible avec l'Accord SMC.

6.42 Les États-Unis estiment que le Groupe spécial devrait expliquer plus précisément au paragraphe 7.1 (à présent paragraphe 8.1) pourquoi leurs mesures visées sont incompatibles avec les articles 1^{er}, 10, 14, 19.1, 19.4, 21.1, 21.2, 21.3 et 32.5 de l'Accord SMC et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, ou violent ces articles. Le Groupe spécial convient avec les États-Unis que, *stricto sensu*, l'article premier étant une définition, il ne peut pas être violé en tant que tel. Il comprend les préoccupations des États-Unis et a donc étoffé ses explications et conclusions pour préciser le raisonnement suivi dans chaque cas de violation.

6.43 Dans leur communication relative au réexamen intérimaire du 27 mai 2002, les Communautés européennes indiquent qu'elles souhaiteraient que le Groupe spécial explique pourquoi il n'a pas jugé nécessaire d'adopter leurs suggestions ou d'adopter ses propres suggestions. L'article 19:1 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("*Mémorandum d'accord*") dispose simplement qu'un groupe spécial "pourra" suggérer au Membre concerné des façons de mettre en œuvre les recommandations. Cela relève du pouvoir discrétionnaire du groupe spécial qui n'est en aucune façon tenu de retenir les suggestions faites par la partie plaignante. Le Groupe spécial estime que ses constatations et conclusions sont suffisamment claires et que les Membres ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer la manière de rendre une mesure jugée incompatible avec les règles de l'OMC conforme aux obligations découlant de l'OMC.

6.44 Le Groupe spécial note que, le 4 juin 2002, le CIT s'est prononcé sur l'action introduite par AST pour contester la détermination finale du Département du commerce dans le réexamen administratif relatif à l'affaire *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés en provenance de l'Italie* (cas n° 12).²⁵⁷ À son avis, le CIT a confirmé que la méthode de la "même personne" était compatible avec l'article 1677 5) F), et en particulier avec la décision rendue par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Comme cette décision du CIT est parue après la phase de réexamen intérimaire, le Groupe spécial n'en a pas tenu compte dans la partie descriptive ni dans les constatations. Il souhaite néanmoins faire des observations au sujet des paragraphes du présent rapport sur lesquels la décision du CIT pourrait avoir quelque incidence.

6.45 En particulier, le paragraphe 2.33 qui indique que la société AST a contesté la détermination finale établie par le Département du commerce dans le réexamen administratif relatif à l'affaire *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés en provenance de l'Italie*²⁵⁸ pourrait être complété par le texte suivant:

"... Le 4 juin 2002, le CIT s'est prononcé sur l'action introduite par AST pour contester la détermination finale du Département du commerce dans le réexamen administratif. Le CIT a renvoyé l'affaire devant le Département du commerce pour qu'il précise si AST après la vente ou KAI [l'acquéreur] devenaient juridiquement responsables de tous les actifs et de toutes les dettes qu'avait AST avant la vente.²⁵⁹ Le CIT a confirmé que la méthode de la "même personne" était compatible avec l'article 1677 5) F), en particulier avec la décision rendue par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*."

²⁵⁷ *Acciai Speciali Terni v. United States of America* Court n° 01-00051, page 29.

²⁵⁸ La case correspondante du tableau figurant à l'Annexe A serait également visée.

²⁵⁹ *Ibid.*

6.46 Le paragraphe 7.79 cite une décision du 4 janvier 2002 du CIT²⁶⁰ dans laquelle le tribunal a conclu que la méthode de la "même personne" était incompatible avec l'article 1677 5) F). Pour rendre pleinement compte de l'état actuel de la jurisprudence du CIT sur la méthode de la "même personne", ce paragraphe pourrait être étoffé et indiquer que dans sa décision du 4 juin 2002²⁶¹ le CIT a conclu que la méthode de la "même personne" était compatible avec l'affaire *Delverde III* et l'article 1677 5) F).²⁶² Le Groupe spécial reconnaît que, dans la décision du 4 juin 2002, le CIT semble avoir admis la validité de la méthode de la "même personne", mais cela ne modifie pas son raisonnement en ce qui concerne les mesures dont il est saisi. À notre avis, le CIT assimile la responsabilité en matière de droits compensateurs à d'autres responsabilités des sociétés, dont le nouveau propriétaire peut hériter. Une responsabilité en matière de droits compensateurs ne peut toutefois exister que s'il y a un subventionnement pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au titre de l'Accord SMC. En conséquence, le Groupe spécial estime que puisqu'à son avis l'avantage résultant de la subvention ne revient plus au producteur privatisé du fait du paiement de la juste valeur marchande pour les actions, il n'y a plus de subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au titre de l'Accord SMC. Pour le Groupe spécial, dès lors qu'il n'y a plus de subventions devant faire l'objet d'une mesure compensatoire, la responsabilité des importateurs en matière de droits compensateurs disparaît en ce qui concerne les marchandises importées produites par le producteur privatisé.

6.47 Il pourrait également être utile de mentionner la décision du 4 juin 2002 du CIT dans le paragraphe 7.153. Dans ce paragraphe, le Groupe spécial indique que l'interprétation actuelle de l'article 1677 5) F) par la Cour d'appel du Circuit fédéral, qui est contraignante pour le CIT et le Département du commerce, empêche les États-Unis d'appliquer cet article d'une manière compatible avec l'Accord SMC. La décision du 4 juin 2002 du CIT étaye la conclusion à laquelle est arrivé le Groupe spécial, à savoir que les autorités des États-Unis ne sont pas en mesure d'appliquer systématiquement l'Accord SMC au travers de l'article 1677 5) F), tel que celui-ci a été interprété dans l'affaire *Delverde III*.²⁶³ La décision du CIT vient corroborer l'argument présenté par les États-Unis, parmi les éléments de preuve communiqués au présent Groupe spécial²⁶⁴, selon lequel l'article 1677 5) F) de la loi interdit l'adoption d'une règle *per se* pour déterminer si une subvention continue de pouvoir donner lieu à une mesure compensatoire en ce qui concerne le nouveau propriétaire à la suite d'une aliénation d'entreprise²⁶⁵ et a donc confirmé que la méthode de la "même personne" était compatible avec l'article 1677 5) F) et en particulier avec la décision rendue par la

²⁶⁰ *GTS Industries v. United States* Court No. 00-03-00118 (Tribunal du commerce international, 4 janvier 2002), pages 14 à 18. Pièce n° 30 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE. Voir aussi *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Allegheny Ludlum Corp. et al. v. United States* Court No. 99-09-00566 (Tribunal du commerce international, 13 décembre 2000) (document non publié) ("*Allegheny Ludlum I*").

²⁶¹ *Acciai Speciali Terni v. United States of America* Court n° 01-00051, page 29.

²⁶² Plus précisément, le CIT a estimé ce qui suit:

"Le simple paiement d'une somme plus ou moins élevée pour l'achat d'actions ne semblerait pas avoir plus d'incidence en soi sur le montant de droits compensateurs exigible que sur le montant exigible au titre d'une hypothèque dont AST serait responsable. Cela signifierait simplement que l'acquéreur a versé une somme plus ou moins élevée pour l'achat des actions. Le paiement en tant que tel ne résorberait pas les exigibilités envers les tierces parties."

Ibid., page 16.

Le Groupe spécial est d'avis que le CIT donne à la forme primauté sur le fond, ce qui est aussi le cas des arguments que lui ont présentés les États-Unis.

²⁶³ *Acciai Speciali Terni v. United States of America* Court n° 01-00051, page 29.

²⁶⁴ Defendant's Memorandum in Opposition to Plaintiff's Motion for Judgment upon the agency record, *Acciai Speciali Terni et al. v. United States et al.* Court No. 01-00051 (Tribunal du commerce international, 5 octobre 2001). (Extraits; page de couverture, table des matières, et pages 9 à 18 annexées en tant que pièce n° 26 des CE), document cité dans la première communication écrite des CE, paragraphe 150.

²⁶⁵ *Acciai Speciali Terni v. United States of America* Court n° 01-00051, page 13.

Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Le CIT a conclu que l'article 1677 5) F) n'obligeait pas le Département du commerce à procéder à une deuxième détermination de l'existence d'un avantage si l'entité qui recevait initialement la subvention était la "même personne" que celle qui faisait l'objet de l'examen après la privatisation.²⁶⁶ Cela montre que, au titre de l'article 1677 5) F), le Département du commerce ne sera pas tenu, [ou même en mesure] de procéder à une évaluation indépendante de l'avantage en ce qui concerne le producteur privatisé et ne sera pas non plus en mesure de conclure que lorsque la privatisation a lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'avantage ne revient plus au producteur privatisé.²⁶⁷

VII. CONSTATATIONS

A. ALLÉGATIONS DES PARTIES

7.1 Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de se prononcer sur la compatibilité, avec les règles de l'OMC de 12²⁶⁸ déterminations en matière de droits compensateurs énumérées au paragraphe 2.1 plus haut. Six de ces déterminations ont été établies dans le contexte d'enquêtes initiales²⁶⁹, deux dans le contexte de réexamens administratifs²⁷⁰ et les quatre autres dans le contexte des réexamens à l'extinction²⁷¹, comme il est indiqué de manière plus détaillée dans le paragraphe mentionné.

7.2 Les Communautés européennes allèguent d'une manière générale que les États-Unis n'ont pas respecté leurs obligations au titre de l'Accord SMC dans les 12 déterminations énumérées et que les droits compensateurs mis en place sont donc incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre de l'Accord SMC et de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'Accord sur l'OMC).²⁷² Selon elles, une aliénation d'entreprise, telle qu'une privatisation, crée pour l'autorité chargée de l'enquête l'obligation impérative d'examiner les conditions de l'opération d'aliénation afin de déterminer si un avantage quelconque revient à la nouvelle entité économique.²⁷³

²⁶⁶ *Ibid.*, page 15.

²⁶⁷ Par exemple, en l'espèce, même si le nouveau propriétaire d'AST (c'est-à-dire KAI) a payé plus cher que la juste valeur marchande initialement prévue, ce paiement en soi n'a pas été jugé suffisant par le CIT pour résorber ladite responsabilité en matière de droits compensateurs. *Ibid.*, page 16.

²⁶⁸ Des allégations sont aussi formulées au sujet des nouvelles déterminations établies par le Département du commerce des États-Unis à l'issue d'enquêtes sur renvois ordonnés par le CIT dans le contexte des appels visant quatre de ces 12 déterminations. Voir l'Annexe A du présent rapport du Groupe spécial.

²⁶⁹ Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (C-427-815) (cas n° 1); certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (C-427-817) (cas n° 2); certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie (C-475-821) (cas n° 3); tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (C-475-823) (cas n° 4); tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (C-475-825) (cas n° 5); certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie (C-475-827) (cas n° 6).

²⁷⁰ Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la Suède (C-401-804) (cas n° 7); aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie (C-475-812) (cas n° 12).

²⁷¹ Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni (C-412-815) (cas n° 8); certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France (C-427-810) (cas n° 9); tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne (C-428-817) (cas n° 10); et tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Espagne (C-469-804) (cas n° 11).

²⁷² Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ci-après "l'Accord sur l'OMC"), y compris les Annexes 1, 2, 3 et 4, dans Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, 15 avril 1994, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round vol. 1 (1994); 33 I.L.M.1125 (1994).

²⁷³ Dans le présent différend, les parties ont dû faire référence à des entreprises avant et après la privatisation. Elles ont employé les expressions "société antérieure à la privatisation", "producteur antérieur à la privatisation", "entité (économique) antérieure à la privatisation", ainsi que d'autres expressions analogues. Par

Les Communautés européennes font valoir que lorsqu'une privatisation a lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande²⁷⁴, l'avantage conféré par la subvention accordée au producteur d'État antérieur ne continue pas à revenir à l'entité économique postérieure à la privatisation. Elles affirment que l'obligation, pour l'autorité chargée de l'enquête, d'examiner si l'avantage continue à revenir au producteur privatisé existe pour tous les types de procédures en matière de droits compensateurs, que celles-ci soient des enquêtes initiales, des réexamens administratifs ou des réexamens à l'extinction. Elles allèguent que le Département du commerce, qu'il applique la méthode "gamma" ou la méthode de la "même personne", n'examine pas les conditions de la transaction et omet donc de déterminer si un avantage continue à revenir au producteur actuel, contrairement aux prescriptions des articles 1^{er}, 10, 14, 19 et 21 de l'Accord SMC.

7.3 Les Communautés européennes allèguent aussi que l'article 771 5) F) de la Loi douanière de 1930 des États-Unis, telle qu'il a été modifié (19 U.S.C. §1677 5) F)) ("Article 1677 5) F)"), "en tant que tel", interdit au Département du commerce d'évaluer systématiquement l'avantage dans les cas de privatisation d'une manière compatible avec l'Accord SMC et qu'il est, en conséquence, également incompatible avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

7.4 Les États-Unis répondent que la principale question à examiner lorsqu'il y a aliénation d'entreprise ne consiste pas à savoir si la transaction a été faite dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande mais si elle a entraîné un changement de la personnalité juridique du producteur, autrement dit, si le nouveau producteur est une "personne morale distincte" du producteur d'État antérieur à la privatisation. Les États-Unis soutiennent qu'une aliénation d'entreprise ou privatisation n'entraîne pas nécessairement un changement de la personnalité juridique du producteur et que, en tant que telle, elle ne devrait modifier aucune détermination antérieure concernant l'avantage évalué au moment où la subvention a été accordée au producteur d'État, puisque la subvention réside chez la même personne morale qu'avant la privatisation. À leur avis, à moins que le producteur postérieur à la privatisation ne soit devenu une nouvelle personne morale distincte après la privatisation, le Membre importateur peut attribuer au producteur privatisé la partie non amortie d'une subvention non récurrente accordée au producteur d'État. En conséquence, selon eux, les exportations du producteur privatisé peuvent faire l'objet d'une mesure compensatoire ou continuer à en faire l'objet après la privatisation au titre de l'Accord SMC.

7.5 Les États-Unis admettent que dans les cas n° 1 à 7, dans lesquels la méthode "gamma" était appliquée, leurs déterminations étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, mais uniquement dans la mesure où ils ne les ont pas reconsidérées en appliquant leur nouvelle méthode de la "même personne".

7.6 Les États-Unis soutiennent que leur méthode de la "même personne", processus en deux temps qui consiste d'abord à examiner si le producteur postérieur à la privatisation est une nouvelle

souci de cohérence, le Groupe spécial, lorsqu'il se référera à l'entreprise appartenant entièrement à l'État avant la privatisation, utilisera l'expression "producteur d'État". Les parties ont aussi employé les expressions "société postérieure à la privatisation", "producteur postérieur à la privatisation", "entité (économique) postérieure à la privatisation", ainsi que d'autres expressions analogues. Par souci de cohérence, le Groupe spécial, lorsqu'il se référera à l'entreprise appartenant au secteur privé après la privatisation, emploiera l'expression "producteur privatisé".

²⁷⁴ Initialement puis de manière sporadique, les Communautés européennes ont fait valoir que, dans le cas d'une aliénation d'entreprise effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, l'avantage résultant d'une subvention accordée au producteur antérieur ne serait pas transmis au nouveau producteur. Elles se sont référées aux concepts de "contrôle" comme critères permettant de déterminer quelle aliénation d'entreprise exigeait un nouvel examen en ce sens des conditions d'application de l'Accord SMC. Dans leur deuxième communication écrite et lors de la deuxième réunion de fond, les Communautés européennes ont limité leur argumentation à la privatisation, car les 12 déterminations contestées concernaient des privatisations.

personne morale distincte puis à évaluer l'avantage uniquement une fois qu'il a été déterminé que le producteur postérieur à la privatisation est une nouvelle personne morale, est compatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Ils affirment que si le producteur postérieur à la privatisation n'est pas une nouvelle personne morale, l'avantage attribué au producteur d'État revient automatiquement au producteur privatisé. Ils déclarent aussi que des transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande ne signifient pas nécessairement qu'aucun avantage ne revient au producteur postérieur à la privatisation. En outre, ils font valoir que les réexamens à l'extinction ne sont pas le cadre approprié pour l'analyse d'opérations de privatisation complexes. Ils estiment qu'ils ne sont tenus, dans un réexamen à l'extinction, d'examiner aucun élément de preuve concernant le subventionnement qui ne soit pas déjà versé au dossier. À leur avis, en l'absence d'un réexamen administratif, les seuls éléments de preuve concernant le subventionnement qu'il faut examiner dans un réexamen à l'extinction seront ceux qui proviennent de l'enquête initiale.

7.7 Quant à la compatibilité de l'article 1677 5) F) avec les règles de l'OMC, les États-Unis font valoir que cet article ne fait que maintenir le pouvoir discrétionnaire du Département du commerce de déterminer si l'avantage continue ou non à résider dans la société même après une aliénation d'entreprise (privatisation) effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Ils soutiennent que rien dans l'Accord SMC ne permet de conclure que l'aliénation d'une entreprise bénéficiaire d'une subvention, qu'elle ait eu lieu à la juste valeur marchande ou autrement, élimine automatiquement l'avantage conféré à la société. En conséquence, l'article 1677 5) F) est compatible avec les règles de l'OMC.

B. LES MESURES EN CAUSE

1. Évolution des méthodes relatives à l'aliénation d'entreprise appliquées par le Département du commerce des États-Unis

7.8 Il est indiqué que la question de l'effet d'une aliénation d'entreprise en tant que conséquence d'une privatisation effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence a été traitée pour la première fois par le Département du commerce dans le réexamen administratif de l'ordonnance en matière de droits compensateurs dans l'affaire *Lime from Mexico* en 1989.²⁷⁵ Il est aussi indiqué que dans ce réexamen le Département a déterminé d'abord si une vente effective avait eu lieu, et ensuite si les subventions versées à la société d'État continuaient à conférer des avantages aux propriétaires de la société privatisée.²⁷⁶ Ayant déterminé qu'il y avait eu vente effective, le Département a conclu que le prix payé pour la société privatisée reflétait sa valeur marchande et qu'"en conséquence, aucun avantage conféré [à la société d'État] n'a[vait] été transmis à [la société privatisée]".²⁷⁷ En 1992, dans une détermination préliminaire établie dans le cadre de l'enquête concernant l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, le Département a suivi l'approche adoptée dans l'affaire *Lime from Mexico* en constatant qu'une privatisation effectuée à la juste valeur marchande ne conférait aucun avantage à l'entité postérieure à la privatisation.²⁷⁸ Cependant, dans la détermination finale du 27 janvier 1993 concernant ladite affaire, le Département a appliqué la méthode de la "transmission" pour conclure que toutes les subventions antérieures à la privatisation et pouvant donner lieu à une mesure compensatoire avaient été transmises à la société privatisée et pouvaient

²⁷⁵ *Lime from Mexico*, 54 Fed. Reg. 1753, 1754-55 (Département du commerce, 17 janvier 1989) (réexamen administratif préliminaire). Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 19.

²⁷⁶ *Ibid.*, page 1754.

²⁷⁷ *Ibid.*, page 1755.

²⁷⁸ *Certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 57 Fed. Reg. 42974 (Département du commerce, 17 septembre 1992) (détermination préliminaire).

continuer à faire l'objet d'une mesure compensatoire.²⁷⁹ Cette méthode de la "transmission" a été remplacée d'abord par la méthode dite "gamma" puis par la méthode dite "de la même personne", qui sont l'une et l'autre contestées dans le présent différend.

2. Méthodes relatives à l'aliénation d'entreprise qui sont contestées dans le présent différend

7.9 Le présent différend porte sur deux méthodes utilisées par le Département du commerce pour évaluer l'incidence de la privatisation dans la détermination de l'existence d'un subventionnement en ce qui concerne des sociétés postérieures à la privatisation. Il s'agit de la méthode "gamma" et de la méthode de la "même personne". À cet égard, des 12 déterminations contestées par les Communautés européennes, onze étaient fondées initialement sur la méthode "gamma". Dans le douzième cas (*Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie - "GOES"*)²⁸⁰ le Département du commerce a employé la méthode de la "même personne". Cette méthode a été appliquée pour la première fois dans les résultats finals du réexamen administratif de ce cas, qui ont été publiés le 12 janvier 2001.²⁸¹ Elle avait été appliquée antérieurement dans plusieurs déterminations établies à l'issue de renvois ordonnés par le CIT dans le cadre des procédures d'appel relatives à quatre des onze déterminations indiquées plus haut.²⁸² La méthode de la "même personne" a été contestée devant le CIT pour toutes ces nouvelles déterminations établies à l'issue de renvois²⁸³ (ainsi que pour la détermination relative à l'affaire *GOES*).²⁸⁴ Les États-Unis ont admis que sept de ces 12 déterminations (cas n° 1 à 7) étaient incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC dans la mesure où la méthode "gamma" était utilisée dans la détermination et où le Département du commerce n'avait pas examiné pleinement la question de savoir si les entités antérieures et postérieures à l'aliénation d'entreprise étaient les mêmes personnes morales.²⁸⁵

a) La méthode "gamma"

7.10 En juillet 1993, le Département du commerce a introduit la méthode "gamma".²⁸⁶ Selon cette méthode, après avoir établi l'existence de subventions antérieures à la privatisation, le Département détermine dans quelle mesure (le cas échéant) le prix de l'opération de privatisation a constitué le remboursement des subventions non amorties, et il soumet le reste (le cas échéant) à une mesure compensatoire. Ainsi, à la différence de la méthode de la "transmission", selon laquelle la totalité des subventions antérieures est transmise, la méthode "gamma" ne prévoit que la transmission d'une partie de ces subventions.

²⁷⁹ *Certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 58 Fed. Reg. 6237 (Département du commerce, 27 janvier 1993) (détermination finale en matière de droits compensateurs).

²⁸⁰ *GOES Admin. Review*, *supra*, note de bas de page 47. Le texte original de la détermination finale en matière de droits compensateurs était publié dans *GOES Final Determination*, *supra*, note de bas de page 47.

²⁸¹ Première communication écrite des CE, paragraphe 124, point non contesté par les États-Unis.

²⁸² Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (C-427-815) (cas n° 1); certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (C-427-817) (cas n° 2) (en ce qui concerne GTS); tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (C-475-823) (cas n° 4) et certaines tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Italie (C-475-827) (cas n° 6); voir l'Annexe A du présent rapport du Groupe spécial.

²⁸³ Les États-Unis allèguent qu'étant donné que "les CE n'ont pas contesté dans cette instance les quatre déterminations établies à l'issue de renvois ... l'examen par le Groupe spécial se limite aux six déterminations initiales pour lesquelles le Département du commerce a appliqué son ancienne méthode". Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85.

²⁸⁴ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 124.

²⁸⁵ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85.

²⁸⁶ La méthode a été exposée dans une annexe sur des questions d'ordre général (*supra*, note de bas de page 84; l'analyse pertinente de la privatisation figure aux pages 37259 à 37265).

7.11 En 2000, la Cour d'appel du Circuit fédéral des États-Unis a constaté que la méthode "gamma" était incompatible avec l'article 1677 5) F).²⁸⁷ La Cour a constaté que la méthode "gamma", du fait qu'elle présumait la transmission d'une certaine partie de l'avantage, signifiait que le Département du commerce avait adopté une règle *per se* selon laquelle une subvention antérieure à la privatisation serait toujours transmise même si la transaction avait été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.²⁸⁸ La Cour a constaté que l'article 1677 5) F) empêchait l'adoption d'une règle *per se* selon laquelle soit une subvention continuait à pouvoir donner lieu à une mesure compensatoire même si la transaction avait été effectuée dans des conditions de pleine concurrence soit la subvention ne pouvait plus donner lieu à une mesure compensatoire à la suite d'une telle transaction.²⁸⁹

7.12 La méthode "gamma" était la méthode appliquée dans les trois réexamens administratifs visés dans le différend *États-Unis – Plomb et bismuth II* et dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté l'incompatibilité avec l'Accord SMC.²⁹⁰

b) Méthode de la "même personne"

7.13 Dans l'affaire *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*²⁹¹, le Département du commerce a appliqué pour la première fois la méthode de la "même personne", qu'il avait élaborée à l'issue d'un renvoi après le jugement concernant l'affaire *Delverde III*. Cette méthode avait été exposée d'abord dans les résultats préliminaires puis dans les résultats finals d'une nouvelle détermination établie à l'issue d'un renvoi ordonné par le tribunal dans l'affaire *Acciai Speciali Terni v United States*.²⁹²

7.14 La méthode de la "même personne" prévoit une analyse en deux étapes. La première étape consiste à savoir si le producteur d'État et le producteur privatisé sont ou non des personnes morales distinctes. À cette fin, le Département du commerce vérifie les critères ci-après, dont la liste n'est pas exhaustive: i) continuité des opérations commerciales générales, ii) continuité des installations de production, iii) continuité des actifs et passifs, et iv) maintien du personnel. Si l'application de ces critères amène le Département à conclure que l'entité postérieure à la privatisation est une nouvelle personne morale, distincte de l'entité qui a reçu les subventions antérieures, il ne serait pas constaté que l'avantage conféré par une subvention antérieure continue de résider chez le producteur postérieur à la privatisation et le Département examinerait si une nouvelle subvention a été attribuée au producteur privatisé à la suite de cette aliénation d'entreprise (et il le ferait en évaluant si la vente s'est faite dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande). Si, à la suite de l'application des critères susmentionnés, le Département conclut qu'aucune personne morale nouvelle ou distincte n'a été créée, il constatera que toute la subvention continue de résider chez le producteur postérieur à la privatisation et il n'évaluera pas si la privatisation s'est faite dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.

²⁸⁷ *Delverde Srl. v. United States ("Delverde III")* 202 F.3rd 1360 (Cour d'appel du Circuit fédéral, 2 février 2000), nouvelle audition refusée (20 juin 2000). Pièce n° 5 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

²⁸⁸ *Ibid.*, page 12.

²⁸⁹ *Ibid.*, page 10.

²⁹⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni ("États-Unis – Plomb et bismuth II")*, WT/DS138/AB/R, adopté le 7 juin 2000.

²⁹¹ *GOES Admin. Review*, *supra*, note bas de page 47.

²⁹² *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Acciai Speciali Terni ("AST") v. United States* Court n° 99-06-00364 (Tribunal du commerce international, 19 décembre 2000) (document non publié) (Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie). Pièce n° 6 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

7.15 En réponse à la question n° 13 du Groupe spécial²⁹³, les États-Unis ont informé le Groupe spécial que, jusqu'à ce jour, il n'y avait pas eu de cas dans lesquels l'application de la méthode de la "même personne" dans le contexte d'une privatisation donnée avait amené le Département du commerce à constater qu'aucun avantage ne continuait à revenir au producteur privatisé.

c) Article 1677 5) F)

7.16 Les Communautés européennes demandent aussi au Groupe spécial de constater que l'article 1677 5) f) du titre 19 du Code des États-Unis est incompatible avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC. L'article 1677 5) F) se lit comme suit:

"l'aliénation de la totalité ou d'une partie d'une entreprise étrangère ou des actifs productifs d'une entreprise étrangère n'oblige pas en soi l'autorité administrante à déterminer qu'une subvention obtenue précédemment par l'entreprise et passible d'une mesure compensatoire n'est plus passible d'une telle mesure, même si l'aliénation a été opérée dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence".²⁹⁴

7.17 L'historique de l'élaboration de cette disposition législative est analysé plus loin dans la section F.

C. L'INCIDENCE DE LA PRIVATISATION SUR LA DÉTERMINATION DE L'EXISTENCE D'UN SUBVENTIONNEMENT ET DES DROITS COMPENSATEURS CONNEXES

1. Allégations et arguments des parties

a) Allégations et arguments des Communautés européennes

i) *La méthode "gamma"*

7.18 Les Communautés européennes allèguent que la méthode "gamma" appliquée par les États-Unis dans onze des déterminations en matière de droits compensateurs portées devant le Groupe spécial, et la méthode de la "même personne" appliquée, entre autres choses, dans le réexamen administratif de l'affaire *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie*, sont incompatibles avec l'Accord SMC. Selon elles, les États-Unis refusent d'appliquer correctement l'Accord SMC tel que celui-ci a été interprété par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Comme les États-Unis admettent que la méthode "gamma" est incompatible avec les règles de l'OMC, les Communautés européennes ont axé leur argumentation sur la compatibilité de la méthode "de la même personne" avec les règles de l'OMC.

ii) *Méthode de la "même personne"*

7.19 Les Communautés européennes estiment que la méthode de la "même personne" est incompatible avec l'article 1.1 b) de l'Accord SMC, qui dispose qu'une détermination de l'existence d'un avantage doit être établie avant que des droits compensateurs puissent être imposés.²⁹⁵ Elles

²⁹³ "Les États-Unis pourraient-ils donner des exemples de cas dans lesquels l'application de la méthode de la "même personne" dans le contexte d'une privatisation donnée a amené le Département du commerce à constater qu'il n'y avait pas d'avantage conféré à l'entité privatisée?"

²⁹⁴ Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994); 19 U.S.C. § 1677 5) F). Pièce n° 4 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

²⁹⁵ Les Communautés européennes estiment que tout droit compensateur imposé sur la base de cette méthode sera incompatible avec les articles 1.1 b), 10, 14, 19.4 et soit l'article 19.1 soit l'article 21.1, 21.2 ou

allèguent que cette méthode ignore les critères énoncés à l'article 14 de l'Accord SMC, selon lequel tout avantage doit être calculé en fonction de l'avantage obtenu par rapport à ce qui était disponible sur le marché.

7.20 Selon les Communautés européennes, lorsqu'une aliénation d'entreprise se fait dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'avantage attribué aux contributions financières antérieures (subventionnement) ne continue pas à revenir à la nouvelle entité économique. Les Communautés européennes estiment que la privatisation est une opération fondamentale d'aliénation d'entreprise qui exige à plus forte raison une nouvelle analyse de l'avantage.²⁹⁶ Elles pensent que le critère permettant de déterminer si un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire continue à être obtenu après la privatisation ne consiste pas à savoir si la nouvelle entité est la "même personne morale" qu'auparavant mais si la transaction a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Fondant leur argument sur le raisonnement suivi par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, les Communautés européennes soutiennent que puisque l'avantage ne réside pas dans les actifs eux-mêmes, aucun avantage ne continue à découler de contributions financières non liées et non récurrentes après une aliénation d'entreprise effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence. Elles estiment qu'il ne serait possible d'étayer une constatation selon laquelle l'avantage est transmis à la nouvelle entité économique que "si tous les actifs productifs ... [n'avaient] pas été [acquis] à leur juste valeur marchande" (pas d'italique dans l'original).²⁹⁷

La notion d'"avantage" au regard de l'Accord SMC

7.21 Les Communautés européennes affirment que, contrairement à la décision du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, confirmée par l'Organe d'appel, les États-Unis, par le biais de leur méthode, créent une présomption quasiment irréfragable selon laquelle l'avantage conféré par des subventions non récurrentes pouvant donner lieu à une mesure compensatoire qui résulte de contributions financières accordées à l'entreprise d'État est toujours transmis à l'entité économique postérieure à la privatisation. Elles estiment que cette présomption des États-Unis ne pourrait être réfutée que si l'entité postérieure à la transaction liquidait tous ses actifs et démarrerait la production sur un autre site, avec une autre main-d'œuvre et une autre dénomination commerciale. Elles allèguent que le critère de "la même personne" n'implique aucun examen de l'existence d'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire: ce critère est donc aussi incompatible avec les règles de l'OMC que la méthode "gamma".²⁹⁸

7.22 En réponse à l'argument des États-Unis selon lequel une aliénation d'entreprise ou privatisation n'"extraît" pas la subvention ou l'avantage de la société, les Communautés européennes font valoir que lorsque les États-Unis emploient le terme "extraire", ils semblent parler de l'extraction du subventionnement des activités de production – qu'il s'agisse d'une main-d'œuvre dotée de compétences accrues ou d'aciéries qui ont été construites à l'aide de subventions. À leur avis, l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* a clairement constaté que les subventions ne revenaient pas à des activités de production mais à des personnes morales.²⁹⁹

21.3 (selon qu'il s'agit d'une enquête initiale ou d'une enquête pour réexamen). Première communication écrite des CE, paragraphe 126.

²⁹⁶ Voir la Première communication écrite des CE, paragraphe 26.

²⁹⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni* ("États-Unis – Plomb et bismuth II"), WT/DS138/R, tel qu'il a été confirmé par l'Organe d'appel dans son rapport *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 6.81, cité dans la première communication des CE au paragraphe 53.

²⁹⁸ Voir la première communication écrite des CE, paragraphe 125.

²⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Plomb et Bismuth II*, WTDS138/AB/R, paragraphe 58 (notes de bas de page omises).

Personnes morales distinctes

7.23 Les Communautés européennes estiment que l'expression "même personne" est une manière déguisée de dire "même activité". Elles font valoir que cette nouvelle méthode continue de traiter comme non pertinentes les conditions de vente, tout comme le faisait la méthode "gamma". Elles estiment que les États-Unis persistent à appliquer leur conception erronée selon laquelle l'avantage réside d'une manière ou d'une autre dans les actifs, en examinant non pas si le producteur actuel a reçu un avantage quelconque, et donc une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, mais si les actifs et les opérations commerciales de la société peuvent être considérés comme étant les mêmes avant et après la transaction.

Principes du droit des sociétés

7.24 Les Communautés européennes rejettent les parallèles avec le droit des sociétés et la distinction entre propriétaires et société invoqués par les États-Unis pour défendre leur position selon laquelle c'est uniquement lorsque la subvention est remboursée par la société bénéficiaire elle-même et non par ses propriétaires (actionnaires) que l'on peut considérer que l'avantage a été résorbé. Selon les Communautés européennes, les droits compensateurs sont appliqués sans référence à la distinction, en droit des sociétés, entre la société et ses propriétaires; c'est ce qui s'ensuit tant de l'Accord SMC que de la pratique des États-Unis. Les Communautés européennes admettent qu'une distinction entre la société et ses propriétaires peut être établie aux fins générales du droit des sociétés ou du droit commercial, mais elles estiment que cette distinction n'est pas pertinente pour l'imposition de droits compensateurs car c'est l'entité économique qui est l'objet de l'analyse de l'avantage, et non simplement le producteur exportateur soumis à enquête.

7.25 En réponse à l'analogie établie par les États-Unis entre la responsabilité des sociétés et la responsabilité potentielle en matière de droits compensateurs, les Communautés européennes font valoir qu'à la différence du droit réglementaire et du droit de la responsabilité délictuelle, dans lesquels la responsabilité peut naître au moment de l'acte et la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement naît à la date à laquelle l'action qui cause le dommage a eu lieu, la responsabilité en matière de droits compensateurs ne naît pas le jour où la subvention a été accordée mais uniquement au moment de l'importation. Un producteur subventionné peut décider de ne pas exporter et d'éviter des droits compensateurs, tandis qu'une société ne peut simplement pas éviter d'être responsable une fois que l'acte a été commis. Les Communautés européennes expliquent qu'un droit compensateur est équivalent à un droit de douane et estiment qu'il est inapproprié de dire que la responsabilité en matière de droits de douane est analogue à la responsabilité pour pollution de l'environnement, ou qu'un critère en matière de succession d'entreprises est applicable.

b) Allégations et arguments des États-Unis

7.26 Les États-Unis allèguent que leur méthode de la "même personne" est compatible avec l'Accord SMC et avec l'Accord sur l'OMC et qu'aucune disposition de l'Accord SMC ne prévoit que, lors d'une aliénation d'entreprise effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'avantage revenant au producteur d'État lorsque celui-ci a obtenu une subvention ne continue pas à revenir au(x) nouveau(x) propriétaire(s).

i) La méthode "gamma"

7.27 Les États-Unis admettent que, eu égard à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et à la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral des États-Unis dans l'affaire *Delverde III*, la méthode "gamma" n'était compatible ni avec l'Accord SMC ni avec le droit américain. En conséquence, les États-Unis conviennent que les six enquêtes initiales et un

réexamen administratif (cas n° 1 à 7), dans la mesure où les déterminations correspondantes n'ont pas comporté un examen complet de la question de savoir si les entités antérieures et postérieures à l'aliénation d'entreprise en cause étaient les mêmes personnes morales, sont incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Ils allèguent qu'ils sont disposés à mettre en conformité ces déterminations, dans la mesure où ils ne l'ont pas déjà fait. Ils signalent que toutes les six enquêtes initiales contestées par les Communautés européennes et pour lesquelles les déterminations étaient établies d'après la méthode "gamma" font actuellement l'objet d'affaires portées devant le CIT.³⁰⁰ Le Département du commerce ajoute que, bien qu'il ne soit pas obligé de le faire par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, il a, dans le cadre des procédures judiciaires internes, révisé ses déterminations concernant les quatre cas (cas n° 1, 2, 4 et 6) qui sont en instance, en appliquant sa nouvelle méthode de la "même personne". Comme les États-Unis allèguent que les Communautés européennes n'ont pas contesté les quatre déterminations à l'issue de renvois dont le Groupe spécial de l'OMC est saisi, ils affirment que l'examen par le Groupe spécial se limite aux six déterminations initiales pour lesquelles le Département du commerce a appliqué son ancienne méthode.³⁰¹

ii) *La méthode de la "même personne"*

7.28 Les États-Unis déclarent que leur nouvelle méthode de la "même personne" est compatible avec l'Accord SMC et qu'elle a été spécifiquement élaborée pour prendre en compte les décisions du Groupe spécial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et les décisions de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Ils rappellent au Groupe spécial que le seul cas dont celui-ci est saisi et dans lequel la méthode de la "même personne" a été appliquée par le Département du commerce concerne les *acières dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie* (cas n° 12).

7.29 Les États-Unis soutiennent que la méthode de la "même personne" est solidement étayée par un raisonnement économique cohérent et les principes de la succession d'entreprises qui s'appliquent aussi bien aux États-Unis que dans les Communautés européennes. D'après cette méthode, une entité constituée en société peut être considérée comme étant le successeur d'une autre si, en substance, il s'agit de la même personne morale. Comme le Département du commerce l'a expliqué, les différents critères qui permettent de déterminer si une société nominalement différente devrait être traitée, en substance, comme étant la même personne, sont simplement des "facteurs" (à savoir: i) la continuité des opérations commerciales générales, ii) la continuité des installations de production, iii) la continuité des actifs et passifs, et iv) le maintien du personnel). Les États-Unis allèguent que rien ne permet d'affirmer que tous ces critères doivent inciter à constater qu'aucune nouvelle entité constituée en société n'a été créée avant qu'une telle constatation soit effectivement établie.

7.30 Les États-Unis invoquent pour étayer leur méthode de la "même personne" le libellé de l'Accord SMC, la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et les principes du droit des sociétés, et ils établissent des parallèles avec les responsabilités des sociétés.

La notion d'"avantage" dans l'Accord SMC

7.31 Les États-Unis soutiennent que la nature des avantages qui peuvent donner lieu à une mesure compensatoire ressort clairement des articles 1^{er} et 14 de l'Accord SMC. Ils expliquent qu'un avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire est la partie de la contribution financière qui est obtenue à des conditions plus généreuses que celles que le bénéficiaire aurait pu obtenir dans

³⁰⁰ Les cas n° 3 et 5 sont suspendus; les quatre autres (cas n° 1, 2, 4 et 6) ont passé le stade de la constitution des dossiers et se trouvent à différents stades de la procédure devant les juges respectifs. Voir la première communication écrite des CE, paragraphes 84 à 101.

³⁰¹ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 85.

une transaction commerciale. À leur avis, les avantages qui peuvent donner lieu à une mesure compensatoire sont, pour l'essentiel, simplement des *sommes d'argent fixes*, qui (dans le cas d'avantages non récurrents) sont amorties avec le temps.³⁰²

7.32 Les États-Unis soutiennent que, comme les avantages pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, une fois identifiés et évalués, sont essentiellement des sommes d'argent, la méthode qui permet d'y mettre fin est simple: cette somme d'argent est amortie avec le temps, à moins que le bénéficiaire ne rembourse le solde non amorti. Les États-Unis conviennent qu'un tel remboursement pourrait avoir lieu conjointement avec une aliénation d'entreprise et, suivant leur nouvelle méthode, ils étudieraient toute allégation selon laquelle un tel remboursement a eu lieu. Ils ajoutent que, cependant, rien dans l'Accord SMC ne permet de conclure que l'aliénation d'une entreprise bénéficiaire d'une subvention effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, élimine ou extrait automatiquement l'avantage conféré à la société.

7.33 Les États-Unis estiment que les Communautés européennes n'ont pas suffisamment expliqué comment "la juste valeur marchande résorbe les subventions", ni n'ont indiqué quelles dispositions de l'Accord SMC pouvaient justifier cette conclusion.³⁰³ Le raisonnement des États-Unis est fondé sur leur interprétation de la constatation formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* selon laquelle les subventions sont accordées à des personnes morales. Ils estiment que cela signifie que les subventions continuent à résider chez la personne morale bénéficiaire tant qu'elles n'en ont pas été sorties, ou que la personne n'a pas été dissoute.³⁰⁴ Les États-Unis font observer que les Communautés européennes elles-mêmes ont reconnu qu'une subvention "résid[ait] chez la personne physique ou morale qui [avait] initialement reçu la subvention", et non chez le propriétaire de cette personne.³⁰⁵ En se fondant sur leur interprétation du fait que les subventions résident chez la personne morale bénéficiaire, les États-Unis estiment que ce qui doit être déterminé après qu'une aliénation d'entreprise a eu lieu, c'est le point de savoir si les subventions ont été remboursées ou si elles ont été transférées au nouveau producteur de la marchandise visée. Ils soutiennent que leur méthode actuelle consiste justement à examiner cet aspect; elle est donc compatible avec l'Accord SMC.³⁰⁶

"Personne morale distincte"

7.34 Les États-Unis soutiennent que la méthode révisée relative à l'aliénation d'entreprise appliquée par le Département du commerce, à savoir la méthode de la "même personne", est compatible avec l'Accord SMC, en particulier tel que celui-ci a été interprété par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. À cet égard, ils expliquent que, dans son rapport, l'Organe d'appel a partagé l'opinion du Groupe spécial (fondée sur les propres constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Canada – Aéronefs*) selon laquelle une subvention devait être reçue par la personne physique ou morale qui produisait ou exportait la marchandise visée. Les États-Unis notent que les Communautés européennes elles-mêmes ont admis que "l'Organe d'appel était convenu que lorsque l'aliénation d'entreprise avait abouti à la *création d'une personne morale différente* du bénéficiaire de la subvention, tout avantage devait être évalué du point de vue de l'entité postérieure à la transaction".³⁰⁷ Les États-Unis soutiennent que, lorsque ce postulat de base fait défaut – autrement dit, lorsqu'une aliénation d'entreprise n'a *pas* abouti à "la création d'une personne morale différente" – le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* n'oblige pas

³⁰² Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 4.

³⁰³ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 7.

³⁰⁴ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 16.

³⁰⁵ Les États-Unis se réfèrent à la première communication écrite des CE, paragraphe 12.

³⁰⁶ Voir la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphes 11 et 16.

³⁰⁷ Les États-Unis se réfèrent à la première communication écrite des CE, paragraphe 50 (pas d'italique dans l'original).

le Département du commerce à constater que les subventions ont été éliminées.³⁰⁸ Les États-Unis soutiennent que l'Organe d'appel, lorsqu'il concluait que les conditions d'application de l'Accord SMC devaient être réexaminées, a mis davantage l'accent sur le fait que les producteurs privatisés étaient des personnes morales distinctes du producteur d'État que sur le fait qu'il y avait eu aliénation d'entreprise avec contrepartie. En particulier, les États-Unis soulignent que l'Organe d'appel, lorsqu'il citait et confirmait la conclusion du Groupe spécial, n'a fait aucune référence à une aliénation d'entreprise "avec contrepartie". Selon eux, cela prouve qu'une aliénation d'entreprise effectuée à la juste valeur marchande n'était pas le critère déterminant pour le raisonnement de l'Organe d'appel.

Principes du droit des sociétés

7.35 Les États-Unis invoquent les principes du droit des sociétés pour étayer sur le plan logique leur recours au critère de la "personne morale distincte" et leur opinion selon laquelle un paiement effectué à la juste valeur marchande par les actionnaires (propriétaires) de la société privatisée pour l'acquisition de l'entreprise d'État ne résorbe pas un avantage antérieur attribué à ladite entreprise d'État. Ils soutiennent que la distinction entre les propriétaires et les sociétés est réelle et ne peut pas être ignorée. Ils estiment aussi qu'ils ont démontré (et les Communautés européennes ne nient pas) que la distinction entre une société et ses propriétaires est fondamentale dans la plupart des juridictions, y compris celle des Communautés européennes. À leur avis, il n'est pas possible, cela étant, d'interpréter l'Accord SMC comme si cette distinction n'existait pas ou comme si les États Membres de l'OMC l'avaient désavouée au moment de rédiger l'Accord SMC, sans donner la moindre indication qu'ils agissaient en ce sens.

7.36 Selon les États-Unis, la distinction entre propriétaires et sociétés est incontournable, et cela est confirmé par le fait que l'Organe d'appel a établi que les subventions étaient reçues par des personnes morales, et non par les propriétaires de ces personnes ou "entités économiques".³⁰⁹ Les États-Unis estiment que l'affirmation des Communautés européennes selon laquelle aucune distinction ne peut être faite entre les sociétés et leurs propriétaires va à l'encontre du droit des sociétés aussi bien aux États-Unis que dans les Communautés, dont le principe fondamental est précisément l'idée que les sociétés sont des personnes morales distinctes de leurs propriétaires. Ils estiment aussi que le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* a peut-être approuvé la position des Communautés européennes, mais que l'Organe d'appel n'a pas dit qu'aucune distinction ne pourrait jamais être établie entre les sociétés et leurs propriétaires.³¹⁰

7.37 Les États-Unis disent que, comme les Communautés européennes ne peuvent pas expliquer comment le paiement de la juste valeur marchande par le nouveau propriétaire d'une société subventionnée extrait les subventions de cette société, elles affirment maintenant que la distinction admise entre propriétaires et sociétés devrait être ignorée aux fins de l'analyse de l'existence de subventions, car celles-ci sont reçues par des "entités économiques".³¹¹ Selon eux, les Communautés européennes veulent que le Groupe spécial adhère à ce nouveau concept et qu'il considère que l'argent sorti de la poche d'un propriétaire est réputé sorti de la société, ce qui peut signifier l'élimination des subventions qui résident dans ladite société.

7.38 Les États-Unis soutiennent que le risque de devoir payer des droits compensateurs est très comparable à la responsabilité délictuelle potentielle: il s'agit dans les deux cas de charges

³⁰⁸ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 42.

³⁰⁹ Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 58.

³¹⁰ Les États-Unis comparent le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R (paragraphe 6.82) avec le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R (paragraphe 62 à 64).

³¹¹ Les États-Unis se réfèrent à la réponse des CE à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphe 13.

potentielles pour les revenus de la société qu'un acquéreur éventuel prendrait en compte tout aussi certainement qu'il prendrait en compte les responsabilités délictuelles potentielles. Les États-Unis font valoir que, comme dans le cas des autres responsabilités des entreprises, une fois qu'une société a reçu une subvention non récurrente, la possibilité existe que des droits compensateurs soient imposés. Ils soutiennent que cette responsabilité potentielle peut se matérialiser si une personne (une entreprise lésée dans un Membre importateur) dépose une demande d'imposition de droits compensateurs. Ils ajoutent qu'à l'inverse, la société peut prendre des mesures pour remédier au préjudice en remboursant volontairement la subvention ou en mettant fin à ses exportations dommageables. Les États-Unis affirment qu'en outre, de même qu'un producteur qui a causé un dégât à l'environnement dans un autre pays pourrait bien échapper à cette responsabilité potentielle en réparant le dégât ou en mettant fin à certaines activités dans le pays en question, un producteur d'acier subventionné pourrait éviter des droits compensateurs en restituant les subventions ou en cessant d'exporter vers les pays qui ont adopté des ordonnances en matière de droits compensateurs.³¹²

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.39 La principale question dont le Groupe spécial est saisi consiste à évaluer les conséquences juridiques, au regard de l'Accord SMC, d'une aliénation d'entreprise débouchant sur la privatisation de producteurs d'État. Plus exactement, les 12 déterminations en matière de droits compensateurs contestées concernent toutes une aliénation d'entreprise transformant des entreprises appartenant entièrement à l'État en producteurs privés, autrement dit une privatisation. Dans tous ces cas, une subvention non récurrente pouvant donner lieu à une mesure compensatoire avait été accordée avant la privatisation. La subvention non récurrente avait été répartie sur une période donnée (par exemple 12 ans) et la privatisation a eu lieu avant qu'elle n'ait été entièrement amortie. En résumé, la question dont nous sommes saisis est le point de savoir si une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande peut résorber une subvention pouvant donner lieu par ailleurs à une mesure compensatoire, et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les 12 déterminations en cause.

7.40 Nous devrions donc commencer notre examen en considérant l'objet et le but de l'Accord SMC, et en particulier les conditions d'application des droits compensateurs. La principale question juridique dont nous sommes saisis est la détermination de l'existence d'un "avantage" au sens de l'Accord SMC à la suite d'une aliénation d'entreprise par le biais de la privatisation.³¹³ En particulier, le Groupe spécial aura à déterminer à qui revient l'avantage – plus spécifiquement si une distinction doit être établie entre l'"avantage conféré aux propriétaires" de la société et l'"avantage

³¹² Déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphes 31 à 34.

³¹³ Tout au long du présent différend et dans le présent rapport du Groupe spécial, les parties et le Groupe spécial ont fait référence à la "transmission ou continuation d'avantages" du producteur d'État au producteur privatisé, à la "transmission ou continuation d'un avantage résultant d'une subvention antérieure ou d'un subventionnement antérieur", ou à la "transmission ou continuation d'une subvention antérieure ou d'un subventionnement antérieur". Comme il sera analysé de manière plus approfondie ci-après, une subvention ou un subventionnement existe s'il y a contribution financière et avantage. En l'absence d'un avantage quelconque, il ne peut y avoir subvention ni subventionnement. En conséquence, l'avantage résultant d'une contribution financière (antérieure), ou l'avantage provenant d'une subvention antérieure ou d'un subventionnement antérieur signifie l'élément "avantage" de la subvention accordée au producteur d'État. Dans le présent différend, nous examinons des enquêtes initiales ainsi que des enquêtes menées dans le cadre de réexamens administratifs et de réexamens à l'extinction, et notre raisonnement s'applique à tous les trois types de détermination. Dans le cas d'enquêtes initiales, il est peut-être plus exact de parler d'"avantage provenant d'une contribution financière antérieure" tandis que dans le cas de déterminations établies à l'issue de réexamens, il est peut-être plus exact de parler d'"avantage provenant de subventions antérieures". Nous notons que les Communautés européennes ne nient pas devant le présent Groupe spécial qu'un subventionnement a été accordé à des entreprises d'État. Il s'agit plutôt de savoir si l'élément avantage de ce subventionnement continue à revenir au producteur privatisé.

conféré à la société elle-même" – et comment l'existence d'un avantage doit être établie lorsqu'une privatisation a eu lieu.

- a) Objectif de l'application de droits compensateurs au titre de l'Accord SMC et conditions à remplir à cet égard

7.41 À l'OMC, les subventions sont réglementées de même que le recours à des droits compensateurs imposés en vue de neutraliser l'incidence du subventionnement. L'article VI du GATT de 1994 et la note de bas de page 36 relative à l'article 10 de l'Accord SMC³¹⁴ précisent le but des droits compensateurs. En particulier, l'article VI:3 dispose ce qui suit:

"Il faut entendre par le terme "droit compensateur" un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute prime ou subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit."

7.42 Nous notons d'emblée que les droits compensateurs ne sont pas destinés à contrebalancer toutes les distorsions du marché ou carences dans la répartition des ressources qui pourraient avoir été causées par le subventionnement.

7.43 L'article 10 dispose que les droits compensateurs ne peuvent être imposés que d'une manière compatible avec l'Accord SMC et, en particulier, précise qu'un droit compensateur peut être imposé pour neutraliser toute subvention accordée. L'Accord SMC prévoit que des droits compensateurs peuvent être imposés sur des marchandises importées pour autant que trois conditions fondamentales soient réunies, à savoir: i) les produits importés sont subventionnés, ii) un dommage est causé à la branche de production nationale qui produit les produits similaires, et iii) il existe un lien de causalité entre les importations subventionnées et le dommage. Le présent différend est principalement axé sur la réalisation de la première condition, c'est-à-dire la détermination de l'existence d'un subventionnement et en particulier d'un "avantage".

- b) L'existence d'un "avantage"

7.44 L'article 1.1 de l'Accord SMC dispose qu'une subvention n'existera que s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics qui confère un avantage.³¹⁵ Cette détermination de l'existence d'un avantage (en tant qu'élément du subventionnement) doit être effectuée avant que des droits compensateurs puissent être imposés, et permet de calculer l'ampleur du subventionnement, comme il est prescrit aux articles 19.4 et 21.1.

7.45 Cependant, l'Accord SMC ne définit pas le terme "avantage". Dans son rapport sur l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a estimé qu'il faudrait interpréter ce terme comme signifiant un avantage conféré à un "bénéficiaire", c'est-à-dire une personne physique ou morale:

"Un "benefit" (avantage) n'est pas une chose abstraite; il faut qu'un bénéficiaire le reçoive et en bénéficie. Logiquement, on peut dire qu'il n'y a "avantage" que si une

³¹⁴ La note de bas de page 36 relative à l'article 10 de l'Accord SMC dispose ce qui suit: "L'expression "droit compensateur" s'entend d'un droit spécial perçu en vue de neutraliser toute subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit, ainsi qu'il est prévu au paragraphe 3 de l'article VI du GATT de 1994."

³¹⁵ L'article 1.1 de l'Accord SMC se lit comme suit: "Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:

a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), ... et
b) si un avantage est ainsi conféré."

personne, physique ou morale, ou un groupe de personnes, a en fait reçu quelque chose. Le terme "avantage" implique donc qu'il doit y avoir un bénéficiaire."³¹⁶

7.46 Comme l'Organe d'appel l'a constaté, tout "avantage", et donc le flux d'avantages provenant de subventions non récurrentes, doit être considéré du point de vue d'une personne physique ou morale. L'avantage ne doit pas être déterminé par référence au "coût pour les pouvoirs publics"³¹⁷ et il ne réside pas dans les actifs productifs ni n'y est rattaché:

"Les États-Unis font valoir, en s'appuyant sur la note de bas de page 36 relative à l'article 10 de l'*Accord SMC* et sur l'article VI:3 du GATT de 1994, que l'"avantage" pertinent est un avantage conféré aux *activités de production* d'une société plutôt qu'un avantage conféré à *des personnes morales ou physiques*, comme en a décidé le Groupe spécial. Il est vrai, comme le soulignent les États-Unis, qu'il est question à la fois dans la note de bas de page 36 relative à l'article 10 de l'*Accord SMC* et dans l'article VI:3 du GATT de 1994 des subventions accordées, directement ou indirectement, "à la fabrication, à la production ou à l'exportation d'un produit". Cependant, à notre avis, ce libellé ne signifie pas nécessairement que l'"avantage" mentionné à l'article 1.1 b) de l'*Accord SMC* est un avantage conféré aux *activités de production*."³¹⁸

7.47 En effet, dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel la subvention "réside" dans les activités de production de la société. La détermination de l'existence d'un avantage concerne l'avantage³¹⁹ conféré au producteur qui exporte les marchandises visées par une enquête ou ordonnance en matière de droits compensateurs. C'est là un support textuel qui étaye le point de vue selon lequel l'examen au titre de l'article 1.1 b) devrait être axé sur le bénéficiaire et non sur l'autorité accordant la subvention.³²⁰ Nous estimons que l'examen devrait porter sur l'avantage conféré à une personne physique ou morale, et non sur les "activités de production ou les produits".³²¹

i) *Qui est le bénéficiaire de l'avantage dans le cas d'une aliénation d'entreprise?*

7.48 L'"avantage" visé aux articles 1.1 et 14 de l'*Accord SMC* s'entend de l'"avantage conféré au bénéficiaire". Dans le présent différend, qui porte sur une aliénation d'entreprise, il s'agit d'identifier l'entité pertinente afin de déterminer qui est le bénéficiaire d'un avantage. Nous convenons avec les États-Unis qu'une subvention est "payée" ou "donnée" à une personne morale, à une société, et non directement aux propriétaires ou actionnaires eux-mêmes.

7.49 Pour ce qui est d'identifier la personne morale ou physique pertinente aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage et de son bénéficiaire, les États-Unis font la distinction entre les propriétaires (actionnaires) et la société elle-même. Ils allèguent que la contribution financière, et l'avantage qui en résulte, "résident" chez la personne morale ou dans la société et

³¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("Canada – Aéronefs"), WT/DS70/AB/R, paragraphe 154.

³¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphe 153.

³¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS/AB/138/R, paragraphe 56 (note de bas de page omise).

³¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphe 153.

³²⁰ *Ibid.*, paragraphe 154.

³²¹ *Ibid.*, paragraphes 154 et 155. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* ("Brésil – Aéronefs"), WT/DS46/AB/R, adopté le 20 août 1999, paragraphe 157; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphes 56 à 58. Il convient de noter que la notion d'avantage est aussi distincte de celle des "coûts" encourus par les pouvoirs publics qui accordent la subvention.

continuent à revenir à la même personne morale, même lorsqu'il y a aliénation d'entreprise. Les États-Unis estiment que si la société proprement dite est la même personne morale qu'avant la privatisation, cette société peut toujours bénéficier des contributions financières antérieures. Selon eux, la privatisation n'entraîne pas automatiquement un changement de la personnalité juridique du producteur. Si le producteur d'État et le producteur privatisé sont la même personne morale, la contribution financière et l'avantage qui en découle, accordés au producteur d'État, "résident" en soi chez cette personne morale ou dans cette société et continuent à revenir à la personne morale qui appartient désormais aux actionnaires du producteur privatisé. D'après les États-Unis, l'aliénation d'entreprise en soi n'affecte pas la détermination de l'existence d'un avantage, qui demeure dans la société.³²² Cette même société, cette même personne morale, est le bénéficiaire de l'avantage. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial ne devrait pas considérer que l'argent sorti de la poche d'un propriétaire est réputé sorti de la société, ce qui peut signifier l'élimination des subventions qui résident dans la société.

7.50 Nous sommes d'avis que la distinction entre une société et ses actionnaires telle qu'elle est employée par les États-Unis n'est pas appropriée dans le contexte de l'Accord SMC. Nous convenons qu'aux fins des législations nationales sur les sociétés appliquées par les États-Unis et de nombreux autres Membres de l'OMC, une distinction peut être établie entre les actionnaires et la société. Cependant, l'Accord SMC ne fait aucune distinction entre les actionnaires et la société et ne contient aucune référence à ce sujet lorsqu'il y est question de la nécessité d'établir l'existence d'un avantage. Les articles 1^{er}, 10 et 14 de l'Accord font uniquement référence au "bénéficiaire" (ou à l'"avantage conféré au bénéficiaire") et au "producteur". La notion d'avantage est indépendante de la structure juridique de l'entreprise établie conformément à la législation nationale sur les sociétés. La raison en est le fait que l'Accord SMC traite des effets commerciaux défavorables identifiés du subventionnement sur la branche de production nationale qui produit le produit similaire. La production et l'exportation de marchandises sont effectuées par un producteur afin de générer un avantage économique pour ses propriétaires. Lorsque l'existence d'une subvention améliore la capacité d'un producteur de produire et d'exporter une marchandise, elle a forcément une incidence sur sa rentabilité et, par conséquent, sur le taux de rendement pour les actionnaires.

7.51 En fait, dans une économie fondée sur le marché, la valeur d'une société dépend de sa capacité de générer des revenus pour ses actionnaires. Lorsque cette capacité a été améliorée par le subventionnement, la valeur de l'avantage conféré par une contribution financière devrait être prise en compte dans la valeur marchande globale de la société qui a reçu cette contribution. Lorsqu'une personne achète une société à sa juste valeur marchande, le prix d'achat inclut la valeur de l'avantage conféré à cette société. Aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage sur la base de critères commerciaux (un élément que nous développerons plus loin), il ne devrait y avoir aucune distinction entre l'avantage ou gain conféré par la contribution financière à la société et celui qui est conféré aux actionnaires, c'est-à-dire aux propriétaires de la société.

7.52 Nous notons que le Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II* est arrivé à la même conclusion en ce qui concerne les sociétés UES et BS plc/BSES et leurs propriétaires:

"Selon nous, il est indifférent que le prix correspondant à la juste valeur marchande susmentionnée ait été versé par les (nouveaux) propriétaires d'UES et de BS plc/BSES respectivement, plutôt que par ces sociétés elles-mêmes. Toute approche exigeant que le prix correspondant à la juste valeur marchande soit versé par la société elle-même, plutôt que par ses propriétaires, donnerait à la forme primauté sur le fond. Dans le contexte de privatisations négociées dans des conditions de pleine concurrence, pour une juste valeur marchande et de façon compatible avec des principes commerciaux, la distinction entre une société et ses

³²² Voir *supra*, paragraphe 4.59.

propriétaires est inutile aux fins d'établir l'existence d'un "avantage". Après une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence, pour une juste valeur marchande et de façon compatible avec des principes commerciaux, les propriétaires de la société privatisée s'efforceront de maximiser leurs bénéfices et de s'assurer, pour la totalité de leur investissement dans la société privatisée, un rendement correspondant à ce qui peut être obtenu sur le marché. Par conséquent, en fin de compte, les propriétaires récupéreront leur investissement dans la société privatisée du fait que celle-ci leur assurera, pour le montant total de leur investissement, un rendement correspondant à ce qui peut être obtenu sur le marché. Dans ces circonstances, il serait extrêmement trompeur de donner à entendre que le prix payé par les propriétaires de la société privatisée n'est pas en fin de compte payé par la société privatisée elle-même."³²³

7.53 Le Groupe spécial note aussi qu'en 1993, le Département du commerce a exprimé très clairement le même avis:

"Le simple fait qu'une entreprise a été constituée en société pour protéger ses propriétaires contre les risques liés aux responsabilités juridiques de la société ou pour bénéficier d'avantages fiscaux et comptables (ou pour ces deux raisons), n'entraîne pas nécessairement que la situation financière des propriétaires est sans rapport avec celle de l'entreprise. Le mode d'acquisition de la société d'État par les nouveaux propriétaires n'influe pas sensiblement sur la façon dont l'entreprise sera généralement exploitée. Le fait que les propriétaires sont des actionnaires et lèvent des capitaux pour acheter la société d'État en émettant de nouvelles actions, et que ce n'est pas la société elle-même qui contracte un emprunt, ne signifie pas que les propriétaires peuvent se désintéresser de la marge bénéficiaire de l'entreprise, ainsi que le soutiennent les requérants. En fait, sur le marché réel, le rendement que les propriétaires-actionnaires attendent de leur investissement est indissociable de la rentabilité de la société nouvellement privatisée. ... Les propriétaires chercheront à obtenir de leur société un taux de rendement au moins égal à celui d'autres investissements comportant un risque similaire. Comme en témoigne le marché, il n'y a donc aucune différence sensible entre la capacité de la société de dégager des bénéfices et l'obtention par les propriétaires d'un rendement intéressant sur les fonds qu'ils ont placés dans cette entreprise. ... S'il fallait adopter le principe posé par les requérants, selon lequel seul leur remboursement intégral par la nouvelle société peut résorber les subventions antérieures, il serait établi un critère qui donnerait à la forme primauté sur le fond et qui inciterait les pouvoirs publics étrangers à modifier simplement la forme de la privatisation pour tenir compte de cette distinction artificielle."³²⁴

7.54 Nous concluons que, aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage au regard de l'Accord SMC, aucune distinction ne devrait être faite entre une société et ses actionnaires car ils constituent ensemble un producteur, une personne physique ou morale qui peut être le "bénéficiaire" de l'avantage à évaluer. Toute distinction artificielle entre les propriétaires (actionnaires) et la société méconnaît la relation entre une société et ses propriétaires, et c'est cette relation qui change avec la privatisation. Lorsqu'il est fait référence dans l'Accord SMC au bénéficiaire d'un avantage, cela signifie la société et ses actionnaires considérés ensemble, qui sont le producteur des marchandises exportées visées par l'enquête (l'ordonnance) en matière de droits compensateurs.

³²³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, paragraphe 6.82.

³²⁴ Le texte intégral de la déclaration du Département du commerce se trouve dans l'*Annexe sur des questions d'ordre général*, *supra*, note de bas de page 84, page 37262.

7.55 Nous notons que les critères utilisés dans la méthode de la "même personne" des États-Unis – i) continuité des opérations commerciales générales, ii) continuité des installations de production, iii) continuité des actifs et passifs, et iv) maintien du personnel – se rapportent tous aux actifs productifs des entreprises concernées. La référence constante des États-Unis au fait que la privatisation n'"extraîrait" pas le subventionnement de la société semble établir un lien entre le subventionnement et l'avantage revenant aux activités de production et actifs productifs.³²⁵ Les États-Unis soutiennent que comme les avantages pouvant donner lieu à une mesure compensatoire, une fois identifiés et évalués, sont, pour l'essentiel, des sommes d'argent, les seules méthodes par lesquelles il est possible d'y mettre fin sont l'amortissement au fil du temps ou le remboursement du montant non amorti par la société bénéficiaire. Ce faisant, les États-Unis semblent "rattacher" l'avantage à l'activité de production et négliger l'objectif fondamental des activités de production dans une économie fondée sur le marché, à savoir générer des revenus pour l'investissement d'une personne. Le Groupe spécial rappelle que l'avantage ne revient pas aux activités de production mais à des personnes morales, comme l'Organe d'appel l'a clairement indiqué dans les affaires *Canada – Aéronefs*³²⁶ et *États-Unis – Plomb et bismuth II*.³²⁷

7.56 Le Groupe spécial est d'avis que, dans une enquête en matière de droits compensateurs, l'accent devrait être mis sur le producteur (la société et ses propriétaires) qui exporte les produits dont il est allégué qu'ils sont subventionnés en vue d'établir s'il est le bénéficiaire d'un avantage au sens de l'Accord SMC.

ii) *Comment faudrait-il évaluer l'avantage: par rapport au marché*

7.57 Le terme "avantage" représente en fait l'"avantage financier"³²⁸ que, par référence à un point de repère du marché, le bénéficiaire obtient "gratuitement". Cet avantage financier est ce que le bénéficiaire n'a pas "payé". Dans le cas d'un "avantage" conféré par des "contributions financières" non liées et non récurrentes, les États-Unis semblent présumer que cet "avantage" est utilisé pour conférer un avantage à la production future par le biais d'investissements dans des actifs productifs. Dans ce sens, le bénéficiaire de "contributions financières" non liées et non récurrentes est réputé avoir acquis des actifs productifs "gratuitement".

7.58 Nous sommes d'avis que le terme "avantage", tel qu'il est employé à l'article 1.1 b), implique une comparaison qui est, selon nous, fondée sur le marché. En effet, à l'article 14, toutes les comparaisons sur la base de points de repère se rapportent aux conditions du marché: "pratique habituelle concernant les investissements" (article 14 a)); "prêt commercial comparable ... sur le marché" (14 b)); "prêt commercial comparable en l'absence de garantie des pouvoirs publics" (14 c)); "rémunération ... adéquate ... aux conditions du marché existantes" (14 d)).

7.59 Dans l'affaire *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a confirmé cette opinion selon laquelle l'analyse de l'"avantage" implique une comparaison, laquelle devrait être effectuée par rapport au marché:

"Il doit en être ainsi, car il ne peut pas y avoir "avantage" pour le bénéficiaire si, avec la "contribution financière", celui-ci n'est pas "mieux loti" qu'en l'absence de contribution. À notre avis, le marché constitue une bonne base de comparaison lorsqu'on détermine si un "avantage" a été "conféré", parce qu'on peut identifier la

³²⁵ Il convient de noter que les États-Unis admettent qu'un avantage réside chez une personne physique ou morale qui a initialement reçu la subvention. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 50.

³²⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS70/AB/R, paragraphes 154 à 156.

³²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 56.

³²⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, note de bas de page 80.

capacité d'une "contribution financière" de fausser les échanges en déterminant si le bénéficiaire a reçu une "contribution financière" à des conditions plus favorables que celles auxquelles il a accès sur le marché."³²⁹

c) Les circonstances particulières de la privatisation

i) *Une forme particulière d'aliénation d'entreprise*

7.60 La privatisation est une forme très particulière et complexe d'aliénation d'entreprise. Elle comporte la transformation fondamentale d'une entité appartenant à l'État et contrôlée par lui en une société appartenant au secteur privé et orientée vers le marché. Après la privatisation et conformément aux principes commerciaux, les propriétaires de la société privatisée devraient s'efforcer de maximiser leurs bénéfices et de s'assurer, pour la totalité de leur investissement dans la société privatisée, un rendement correspondant à ce qui peut être obtenu sur le marché. Par conséquent, en fin de compte, les propriétaires récupéreront leur investissement dans la société privatisée du fait que celle-ci leur assurera, pour le montant total de leur investissement, un rendement correspondant à ce qui peut être obtenu sur le marché.

7.61 Nous notons là encore que la déclaration suivante du Département du commerce sur ce sujet est très pertinente:

"En fait, sur le marché réel, le rendement que les propriétaires-actionnaires attendent de leur investissement est indissociable de la rentabilité de la société nouvellement privatisée. Les sociétés privatisées (et leurs actifs) sont maintenant détenues et contrôlées par des parties du secteur privé qui cherchent à maximiser leurs bénéfices. Contrairement à l'ancienne société, qui n'avait pas besoin de rentabiliser les apports de capitaux quand elle était détenue et contrôlée par l'État (quand l'État est propriétaire à 100 pour cent, il n'a pas besoin de se verser de dividendes à lui-même), l'entreprise privatisée est maintenant assujettie aux mêmes contraintes financières du marché que ses concurrents. ... En d'autres termes, la société privatisée doit maintenant assurer à ses propriétaires du secteur privé, pour sa valeur intégrale, un rendement correspondant à ce qui peut être obtenu sur le marché."³³⁰

7.62 Dans les arguments qu'elles ont présentés au Groupe spécial, les deux parties se sont référées à la question de l'aliénation d'entreprise en soi, et ont élaboré une distinction entre une aliénation d'entreprise partielle et une aliénation complète. Les Communautés européennes ont initialement fait valoir que toute aliénation d'entreprise exigerait une réévaluation de l'avantage. Les États-Unis ont fait valoir que, comme la propriété des sociétés cotées en bourse et leur valeur marchande changeait chaque jour, une réévaluation à chaque changement de propriété serait irréalisable. Les Communautés européennes ont répondu que le changement de propriété devait être d'une ampleur suffisante pour modifier le contrôle de l'entreprise et susciter ainsi une réévaluation des conditions d'application de l'Accord SMC. Nous n'avons pas jugé nécessaire de traiter toutes ces situations, car nous sommes saisis de 12 déterminations concernant des cas dans lesquels les pouvoirs publics en question avaient vendu la totalité, ou l'essentiel, des parts qu'ils détenaient et n'avaient manifestement plus aucune participation majoritaire dans le producteur d'État privatisé.

³²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, WT/DS/70/AB/R, paragraphe 157.

³³⁰ *Annexe sur des questions d'ordre général, supra*, note de bas de page 84, page 37262.

ii) *Question de savoir si la privatisation fait naître l'obligation d'examiner (de réexaminer) les conditions d'application de l'Accord SMC*

7.63 Les Communautés européennes allèguent, et les États-Unis admettent, que dans le cas d'une aliénation d'entreprise (y compris la privatisation), le Membre procédant à l'enquête a l'obligation d'examiner (de réexaminer) les conditions d'application de l'Accord SMC.³³¹ Le différend découle d'une divergence quant à la question de savoir quel examen satisfait à cette obligation. Les Communautés européennes allèguent que l'autorité chargée de l'enquête doit déterminer si la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Les États-Unis soutiennent que l'autorité chargée de l'enquête a uniquement besoin de considérer la nature de l'opération de privatisation si l'entité postérieure à la privatisation est une "personne morale distincte" du producteur d'État initial.³³²

7.64 Le Groupe spécial est d'avis que l'Accord SMC dispose que lorsqu'un Membre est informé de la privatisation d'un producteur d'État dont les exportations sont visées par une ordonnance ou enquête en matière de droits compensateurs, le Membre importateur doit (ré)examiner les conditions d'application de l'Accord SMC à l'égard du nouveau producteur privatisé. Il y a une raison fondamentale à cette prescription.

7.65 Comme nous l'avons déjà dit, après la privatisation, un nouveau producteur privatisé exporte les produits qui sont visés par l'enquête en matière de droits compensateurs. Dans les 12 cas dont nous sommes saisis, les pouvoirs publics avaient mis fin, au moment de la privatisation, au contrôle qu'ils exerçaient sur les producteurs d'État. Les producteurs privatisés ne pouvaient plus compter sur un financement public pour leurs activités et ne pouvaient plus rien obtenir gratuitement. En effet, il est raisonnable de supposer que l'acte de privatisation a comporté un paiement pour les actifs et les parts du producteur d'État. Un paiement de contrepartie implique nécessairement que le producteur privé n'a peut-être rien reçu gratuitement. En fait, comme nous l'expliquons de manière plus détaillée ci-après, si ce paiement de contrepartie reflète la juste valeur marchande dans une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence, le producteur privatisé n'aura reçu aucun avantage.³³³ En conséquence, après une privatisation, les conditions de l'Accord SMC devraient être (ré)examinées en ce qui concerne le producteur privatisé, car il est possible que l'avantage, c'est-à-dire l'avantage qui provient de la contribution financière antérieure (subventionnement), ait été résorbé en ce qui concerne le producteur privatisé.

7.66 Selon les États-Unis, dans le cas d'une aliénation d'entreprise, cette détermination de l'existence d'un avantage est uniquement axée sur la société/le producteur, qui, d'après leurs allégations, peuvent ne pas avoir été transformés en une personne morale distincte au moment de la privatisation; étant donné que l'avantage réside dans la société, tant que celle-ci restera la même personne morale, l'avantage continuera à revenir au producteur privatisé.

³³¹ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 26; voir aussi la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 11.

³³² Les États-Unis ont admis que, dans une situation dans laquelle une personne achetait à leur juste valeur marchande 100 pour cent des parts d'un producteur, le nouveau propriétaire ne retirait aucun avantage de la transaction. Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 53, la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 9, et la déclaration des États-Unis à la deuxième réunion de fond, paragraphe 19.

³³³ Le raisonnement économique sur lequel se fonde cette supposition est que la subvention accordée au producteur d'État sera nécessairement prise en compte dans le bilan de ce producteur. Après la privatisation (par laquelle la propriété passe du secteur public au secteur privé), le prix de vente acquitté pour les actifs et les parts du producteur d'État comprendra une estimation de l'avantage apporté par la contribution financière, c'est-à-dire de l'avantage au sens de l'Accord SMC. Comme nous l'analyserons de manière plus détaillée ci-après, lorsque cette estimation reflète les conditions du marché, l'avantage serait résorbé puisqu'il a été pleinement couvert par le paiement.

7.67 L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*³³⁴ a reconnu qu'après la privatisation du producteur d'État BSC, le Département du commerce aurait dû réexaminer et prendre à nouveau en considération l'existence ininterrompue du flux d'avantages pour les nouveaux producteurs privatisés, UES et BS plc/BSES.

"Nous souscrivons donc à la constatation du Groupe spécial selon laquelle ... les aliénations d'entreprise qui ont conduit à la création d'UES et de BS plc/BSES auraient dû amener le Département à examiner si la production de barres en acier au plomb par UES et BS plc/BSES respectivement, *et non par BSC*, était subventionnée."³³⁵ (pas d'italique dans l'original)

7.68 Selon notre interprétation des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel ne semble avoir fondé aucune de ses constatations sur l'hypothèse que BSC et UES et BS plc/BSES étaient deux personnes morales distinctes ou qu'UES et BS plc/BSES participaient à des activités commerciales et industrielles qui étaient distinctes de celles de BSC, comme le laissaient entendre les États-Unis. Les parties semblent avoir admis que les activités de BSC étaient les mêmes que celles d'UES et de BS plc/BSES.³³⁶ Selon nous, il semble que la privatisation de BSC qui avait entraîné la création d'UES et de BS plc/BSES ne semblait pas avoir débouché sur des personnes morales distinctes d'après les critères appliqués par les États-Unis suivant la méthode de la "même personne" (à savoir continuité des opérations commerciales générales, continuité des installations de production, continuité des actifs et passifs, et maintien du personnel). Néanmoins, l'Organe d'appel a conclu que la détermination de l'existence d'un avantage devait être axée sur le producteur privatisé et non sur le producteur d'État, la société, ou les activités de production.

7.69 Les États-Unis soulignent aussi que, à leur avis, la conclusion de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* (à savoir que les conditions d'application de l'Accord SMC devaient être réexaminées en ce qui concernait le producteur privatisé) était fondée sur l'hypothèse que les producteurs privatisés étaient des personnes morales distinctes du producteur d'État, et non sur le fait qu'il y avait eu aliénation d'entreprise avec contrepartie. En particulier, les États-Unis soulignent que l'Organe d'appel, lorsqu'il citait et confirmait la conclusion du Groupe spécial, n'a fait aucune référence à une aliénation d'entreprise "avec contrepartie". Selon eux, cela prouve qu'une aliénation d'entreprise effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande n'était pas pertinente pour le raisonnement de l'Organe d'appel.

7.70 Nous ne souscrivons pas à l'interprétation que donnent les États-Unis du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. À notre avis, lorsque l'Organe d'appel souhaitait exprimer un désaccord concernant le rapport du Groupe spécial, il le faisait très explicitement (comme il l'a fait au sujet de la nature du processus d'examen dans le cadre des réexamens administratifs³³⁷). En outre, comme les parties avaient admis que la privatisation avait eu lieu à la juste valeur marchande, il s'ensuivrait que la contrepartie avait été pleinement versée; en conséquence, l'Organe d'appel n'avait pas à traiter la question des contreparties. Nous notons aussi

³³⁴ Dans ladite affaire, l'aliénation d'entreprise a été invoquée dans le contexte d'un réexamen administratif.

³³⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

³³⁶ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, paragraphe 6.70 où il est fait référence aux réponses des États-Unis aux questions dudit Groupe spécial dans lesquelles les États-Unis eux-mêmes faisaient valoir que le producteur d'État et les producteurs privatisés menaient les mêmes activités.

³³⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 63.

que l'Organe d'appel a confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle c'était l'aliénation d'entreprise conduisant à la création des producteurs privatisés qui avait fait naître l'obligation de réexaminer les conditions d'application de l'Accord SMC.³³⁸ Comme la constatation du Département du commerce relative à la continuation de l'"avantage" pouvant donner lieu à une mesure compensatoire qui avait été conféré au producteur privatisé était effectivement fondée sur le fait que l'ancienne société d'État acquérait, entre autres choses, des actifs productifs gratuitement, une privatisation avec contrepartie donne à penser qu'il est possible que la détermination initiale de l'existence d'un "avantage" concernant le producteur d'État ne soit plus valable pour le nouveau producteur privatisé (la société et/ou ses propriétaires). Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il existe une allégation concernant une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.

7.71 Le Groupe spécial conclut, en conséquence, que lorsqu'ils ont été informés de la privatisation dans chacune des affaires visées par les 12 déterminations en cause, les États-Unis auraient dû examiner si chaque producteur privatisé "était subventionné", c'est-à-dire si celui-ci avait retiré un avantage quelconque de la contribution financière antérieure (subventionnement) accordée au producteur d'État.

iii) *Le producteur privatisé a-t-il retiré un "avantage" quelconque de la contribution financière antérieure?*

7.72 Lorsqu'une société/un producteur d'État reçoit des subventions des pouvoirs publics, l'avantage conféré par la subvention devrait être pris en compte dans la juste valeur marchande (prix de vente) de l'entreprise d'État à privatiser. Ainsi, si, au moment de la privatisation, une juste valeur marchande est acquittée pour tous les actifs productifs, survaleurs et autres ressources employées par le producteur d'État, le Groupe spécial ne voit pas comment les subventions accordées au producteur d'État pourraient être par la suite considérées comme continuant à conférer un "avantage" au producteur privatisé (c'est-à-dire la société considérée conjointement avec ses propriétaires) qui a payé à leur juste valeur marchande tous les parts et actifs, prenant en compte, nous devons le présumer, la valeur du subventionnement antérieur. Le producteur privatisé n'aura pas reçu un avantage ou gain quelconque, car il n'a rien reçu gratuitement: tous les actifs qu'il a acquis, à la suite de l'opération de privatisation, ont été pleinement payés dans des conditions commerciales normales, et ce sont ces conditions commerciales qui servent de point de repère pour évaluer l'avantage conféré au producteur privatisé, comme il est prévu à l'article 14 de l'Accord SMC. De plus, comme la juste valeur marchande payée au producteur d'État est réputée inclure (*de facto*) la valeur du gain ou de l'avantage déjà obtenu, le Groupe spécial estime que l'opération de privatisation effectuée à la juste valeur marchande inclut le remboursement aux pouvoirs publics de la subvention telle qu'elle a été évaluée d'après le marché au moment de la privatisation.³³⁹

7.73 Les États-Unis admettent que les propriétaires du producteur privatisé n'ont retiré aucun avantage nouveau de la transaction, puisqu'ils ont payé à sa juste valeur marchande ce qu'ils ont acquis et n'ont rien reçu gratuitement. Les États-Unis allèguent, cependant, que l'avantage découlant des contributions financières antérieures (subventionnement) accordées au producteur d'État demeure

³³⁸ "En l'espèce, compte tenu des aliénations d'entreprise qui ont conduit à la création d'UES et de BS plc/BSES, le Département était tenu, au titre de l'article 21.2, d'examiner, à partir des données dont il disposait concernant ces aliénations, la question de savoir si un "avantage" était conféré à UES et à BS plc/BSES". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

³³⁹ Cela ne signifie pas que l'existence d'un avantage doive être déterminée suivant une approche fondée sur les "coûts pour les pouvoirs publics". Le coût nominal de la contribution financière n'a peut-être pas grand-chose à voir avec le prix de vente, qui sera dicté par le marché et non par la situation antérieure en matière de financement public. Ce qui en ressort clairement c'est que la valeur de l'avantage accordé au producteur d'État a été estimée d'après le marché et que cet avantage est désormais pleinement couvert par un paiement.

dans la société/le producteur privatisé, car ils font la distinction entre les propriétaires et la société postérieure à la privatisation elle-même. Ils allèguent que la privatisation n'entraîne pas automatiquement un changement de la personnalité juridique du producteur; ainsi, le producteur d'État et le producteur privatisé étant la même personne, la contribution financière et l'avantage qui en découle, accordés au producteur d'État, "résident" chez la personne morale ou la société et continuent à revenir à la personne morale qui appartient désormais au producteur privatisé.

7.74 À l'argument selon lequel les nouveaux propriétaires ont payé pour tout ce qu'ils ont reçu au moment de la privatisation, les États-Unis répondent que les propriétaires n'ont peut-être reçu aucun avantage nouveau si la transaction a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, mais que la société elle-même, le producteur – s'il s'agit toujours de la même personne morale qu'avant la privatisation – peut néanmoins continuer à bénéficier des contributions financières antérieures. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial ne devrait pas considérer que l'argent sorti de la poche d'un propriétaire et réputé sorti de la société, ce qui peut signifier l'élimination des subventions qui résident dans cette société. Ils ajoutent que si la société (et non les propriétaires) qui produit les marchandises assujetties aux droits compensateurs rembourse elle-même la subvention, ou si les actifs du producteur d'État sont vendus à une personne morale nouvelle et distincte qui produit les mêmes marchandises, l'avantage (et donc le subventionnement) peut alors être résorbé. Les États-Unis soulignent qu'il faut faire la distinction entre les actionnaires et la société, que la subvention "réside" dans la société et y demeure, et que le paiement de la juste valeur marchande par les propriétaires du producteur ne résorbe pas l'avantage conféré à ce même producteur avant ou après la privatisation. En conséquence, ils estiment qu'ils ne sont obligés d'examiner les conditions de la transaction – et la question de savoir si l'aliénation d'entreprise a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande – que lorsqu'il est déterminé que le producteur privatisé est une personne morale distincte du producteur d'État qui a reçu la contribution financière antérieure.

7.75 De l'avis du Groupe spécial, la méthode des États-Unis ne reconnaît pas que la privatisation peut en soi modifier la détermination de l'existence d'un avantage au regard de l'Accord SMC; les États-Unis cherchent à identifier le bénéficiaire de la détermination de l'existence d'un avantage en se référant au bénéficiaire initial de la contribution financière. Le Groupe spécial croit savoir que suivant une pratique normale et acceptée (y compris aux États-Unis et dans les Communautés européennes), le Membre importateur peut présumer qu'une subvention non récurrente apportera un avantage au cours d'une période donnée, qui est normalement présumée être la durée de vie utile moyenne des actifs dans le secteur considéré. Nous notons que rien dans l'article 1.1 ni dans l'article 14 de l'Accord SMC ne prévoit explicitement une telle possibilité. Cette pratique est fondée sur le fait qu'une contribution financière non récurrente ne sera pas traitée par une société comme étant imputable uniquement à la période en cours mais sera considérée comme apportant un avantage durable sur une longue période. L'autorité chargée de l'enquête suppose normalement que cette longue période sera la période d'amortissement applicable dans le secteur considéré.³⁴⁰

7.76 À notre avis, une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande résorbe l'avantage conféré au producteur privatisé, avantage qui a été évalué par le marché lorsqu'il s'est agi d'estimer le juste prix du marché que le producteur privatisé a entièrement payé au moment de la privatisation. Autrement dit, une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande infirme la présomption selon laquelle l'avantage conféré par une contribution financière non récurrente qui a été attribuée au cours d'une période donnée continuera à revenir au bénéficiaire pendant la période d'attribution. En conséquence, s'il souhaite appliquer (continuer à appliquer) des droits compensateurs, le Membre importateur doit démontrer, sur la base de son examen des conditions de la privatisation, que le producteur privatisé bénéficie (toujours) de la contribution financière antérieure (du subventionnement).

³⁴⁰ Voir les réponses des États-Unis et des CE à la question n° 6 du Groupe spécial.

7.77 De l'avis du Groupe spécial, la méthode de la "même personne" des États-Unis, en tant que telle, interdit l'examen des conditions de l'opération de privatisation lorsque le producteur privatisé n'est pas une personne morale distincte d'après des critères se rapportant principalement aux activités industrielles des producteurs concernés. Lorsqu'il applique sa méthode, le Département du commerce ne cherche pas à savoir si le producteur privatisé a retiré un avantage quelconque des contributions financières antérieures. En fait, les États-Unis ont admis à deux reprises que le(s) nouveau(x) propriétaire(s) de la société privatisée ne retire(nt) aucun avantage nouveau de la contribution financière antérieure lorsqu'il(s) a (ont) payé à leur juste valeur marchande les actifs et les parts du producteur d'État. Ils font cependant valoir que la société continue à "véhiculer" le flux d'avantages réparti sur la durée de vie utile de certains articles productifs. Nous ne sommes pas d'accord. Nous estimons que la privatisation appelle une (re)détermination de l'existence d'un avantage conféré au producteur privatisé et que le paiement de la juste valeur marchande par le producteur privatisé (et ses propriétaires) résorbe l'avantage résultant de la contribution financière antérieure (subventionnement) accordée au producteur d'État, car aucun gain ou avantage ne revenait à ce producteur privatisé en sus de ce que permettaient les conditions du marché au sens de l'article 14 de l'Accord SMC.

7.78 Les États-Unis ont admis que lorsque le nouveau producteur privatisé n'était pas une personne morale distincte (d'après les activités, les actifs productifs, la gestion et le personnel) du producteur d'État antérieur, ils considéraient que l'avantage attribué au producteur d'État pouvait automatiquement être attribué au producteur privatisé sans aucun examen des conditions de la transaction. Nous sommes d'avis qu'avec la méthode de la "même personne" (comme il l'a fait avec la méthode "gamma"), le Département du commerce, en omettant d'examiner les conditions des privatisations, n'a pas son analyse sur les questions pertinentes: il ne détermine pas s'il existe un subventionnement (et en particulier un avantage) pour le producteur privatisé soumis à enquête.

7.79 Nous notons que c'était l'un des aspects sur lesquels le CIT³⁴¹ a fondé son raisonnement lorsqu'il a conclu que la méthode de la "même personne" était incompatible avec l'article 1677 5) F) de la loi des États-Unis:

"... la nouvelle loi exigeait deux actions de la part du Département du commerce: tout d'abord, les conditions de vente doivent être examinées et il doit y avoir une analyse de l'ensemble de la transaction pour déterminer si la subvention (et non l'entité constituée en société) a été transmise à une personne actuellement soumise à enquête. ... En outre, cet examen doit être axé sur le nouveau propriétaire. ... Le Département du commerce ... doit considérer les faits et circonstances de la TRANSACTION, pour déterminer si l'ACHETEUR a reçu une subvention, directement ou indirectement, pour laquelle il n'a pas PAYÉ UNE COMPENSATION ADÉQUATE."

7.80 Nous aimerions aborder une question supplémentaire. Les États-Unis semblent "rattacher" l'avantage à l'activité de production, qui peut ne pas avoir changé avec la privatisation, même si le producteur privatisé doit désormais soutenir la concurrence suivant les règles du marché et ne peut plus profiter des avantages assortis de coûts inférieurs aux coûts du marché auxquels le producteur d'État avait accès. Bien que les États-Unis déclarent que l'Accord SMC n'exige pas que les autorités chargées de l'enquête cherchent à savoir si le bénéficiaire d'une subvention retire un avantage compétitif quelconque d'une subvention³⁴², ils semblent se plaindre du fait que le subventionnement

³⁴¹ *GTS Industries v. United States* Court No. 00-03-00118 (Tribunal du commerce international, 4 janvier 2002), pages 14 à 18. Pièce n° 30 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE. Voir aussi *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Allegheny Ludlum Corp. et al. v. United States* Court No 99-09-00566 (Tribunal du commerce international, 13 décembre 2000) (document non publié) ("*Allegheny Ludlum I*").

³⁴² Voir la réponse des États-Unis à la question n° 14 du Groupe spécial.

antérieur peut avoir faussé le marché et maintenu artificiellement des producteurs qui, autrement, ne seraient pas présents. En effet, les États-Unis ont développé leurs arguments en utilisant des exemples hypothétiques de sociétés qui ne seraient pas sur le marché s'il n'y avait pas eu subventionnement.³⁴³ Nous comprenons les préoccupations des États-Unis. Cependant, comme il est indiqué au paragraphe 7.42, les droits compensateurs ne sont pas destinés à contrebalancer toutes les distorsions du marché ou carences dans la répartition des ressources qui pourraient avoir été causées par le subventionnement. Aux fins de la détermination de l'existence d'un avantage au regard de l'Accord SMC, il importe peu de savoir si des distorsions potentielles du marché résultant d'une subvention antérieure demeurent ou non après une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.³⁴⁴ L'existence d'un avantage devrait être déterminée uniquement par référence aux conditions auxquelles une contribution financière pourrait être obtenue par le bénéficiaire sur le marché.³⁴⁵

7.81 Pour les raisons mentionnées plus haut, nous concluons que la méthode de la "même personne" – appliquée dans le cas n° 12 – est incompatible avec l'Accord SMC, tel que celui-ci a été interprété dans les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et par le présent Groupe spécial, car elle n'exige pas que dans tous les cas de privatisation, le Département du commerce examine les conditions de la privatisation en cause afin de déterminer si l'avantage résultant de la contribution financière reçue par le producteur d'État continue à revenir au producteur privatisé. La méthode de la "même personne" est incompatible avec l'Accord SMC car dans des situations dans lesquelles la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, il est interdit au Département du commerce de conclure systématiquement que le producteur privatisé n'a reçu aucun avantage, réfutant ainsi la présomption, le cas échéant, selon laquelle l'avantage découlant des contributions financières antérieures (ou du subventionnement) continue à revenir au producteur privatisé, à moins qu'il ne constate que le producteur privatisé est une personne juridiquement distincte du producteur d'État d'après les critères utilisés avec la méthode de la "même personne".

7.82 À notre avis, dans les situations où il y a eu privatisation, le Membre importateur doit toujours examiner les conditions de la privatisation pour déterminer si le producteur privatisé a retiré un avantage quelconque d'une contribution financière antérieure accordée au producteur d'État, indépendamment de la question de savoir si le producteur privatisé est une personne morale distincte du producteur d'État. Des privatisations effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande doivent conduire à la conclusion que le producteur privatisé a payé pour ce qu'il a obtenu et qu'il n'a donc retiré aucun avantage ou gain de la contribution financière antérieure accordée au producteur d'État. Les Membres peuvent maintenir une présomption réfutable selon

³⁴³ Voir, par exemple, la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 62 et 63.

³⁴⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/R, note de bas de page 95 relative au paragraphe 6.81. Nous rappelons que, dans la procédure de règlement des différends et dans leurs recommandations, il est interdit aux groupes spéciaux d'accroître ou de diminuer les droits et obligations des Membres au titre des accords visés, articles 3.2 et 19.2 du Mémoire d'accord.

³⁴⁵ Il est intéressant de noter que dans l'affaire *Saarstahl I*, le CIT a conclu que l'interprétation donnée par le Département du commerce "impose[rait] une lourde charge sur les transactions commerciales car elle oblige effectivement les acheteurs à évaluer la responsabilité potentielle liée à l'achat d'unités de production qui ont reçu antérieurement une subvention. Un acquéreur ne pourrait plus évaluer une entreprise d'après des considérations commerciales; il serait obligé de chercher à savoir s'il y a eu des subventions antérieures qui font l'objet de mesures compensatoires, ou pourraient éventuellement en faire l'objet à l'avenir. Cette charge serait particulièrement pesante lorsqu'une unité de production qui a reçu des subventions et qui n'a jamais exporté vers les États-Unis lorsqu'elle appartenait au propriétaire précédent commence à faire ces exportations." *Saarstahl AG v. United States* 858 F. Supp. 187 (Tribunal du commerce international, 1994) (ci-après dénommé *Saarstahl I*), paragraphe 9. Il convient de noter que cette décision a été cassée par la Cour d'appel du Circuit fédéral sur la base de l'interprétation de la législation des États-Unis antérieure à la loi sur la mise en œuvre des Accords du Cycle d'Uruguay.

laquelle l'avantage découlant de contributions financières antérieures (ou d'un subventionnement) continue à revenir au producteur privatisé, mais le fait que la privatisation a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande suffit pour réfuter une telle présomption. De plus, puisque la juste valeur marchande payée pour le producteur d'État est réputée inclure la valeur marchande de l'avantage reçu, le Groupe spécial estime qu'une opération de privatisation effectuée à la juste valeur marchande inclut le remboursement aux pouvoirs publics, en tant qu'actionnaire du producteur d'État, de la subvention telle qu'elle a été évaluée par le marché au moment de la privatisation.

7.83 Comme il a été dit plus haut, la méthode de la "même personne" des États-Unis a été appliquée dans le cas n° 12 dans le contexte d'un réexamen administratif. Les obligations spécifiques des Membres dans le cadre des réexamens administratifs sont analysées dans la section suivante du présent rapport et nous terminerons dans la section D ci-après notre examen de l'application de la méthode de la "même personne" dans le réexamen administratif du cas n° 12.

7.84 Dans tous les autres cas dont nous sommes saisis, les déterminations ont été effectuées suivant la méthode "gamma" qui a déjà été désapprouvée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Les États-Unis admettent que dans les enquêtes initiales relevant des cas n° 1 à 6 et dans le réexamen administratif du cas n° 7, ils doivent réexaminer leurs déterminations de l'existence d'un avantage car celles-ci étaient fondées sur la méthode "gamma"; ils notent que, conformément aux arrêts rendus par les tribunaux du pays, ces six cas ont été renvoyés pour nouvelle détermination.

7.85 Nous n'avons pas besoin d'examiner de manière approfondie tous les aspects de la méthode "gamma" car celle-ci a déjà été désapprouvée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*.³⁴⁶ Nous rappelons les constatations de l'Organe d'appel selon lesquelles les États-Unis, lorsqu'ils appliquaient la méthode "gamma" dans la détermination établie à l'encontre d'UES et de BS plc/BSES, avaient violé l'Accord SMC:

"Compte tenu du raisonnement qui précède, nous confirmons la constatation du Groupe spécial selon laquelle, compte tenu des circonstances propres à l'affaire, le Département aurait dû examiner, dans le cadre des réexamens administratifs qu'il a effectués en 1995, 1996 et 1997, la question de savoir si un "avantage" avait été conféré à UES et à BS plc/BSES à la suite des aliénations d'entreprise, ainsi que la constatation du Groupe spécial selon laquelle, compte tenu des faits de la cause, aucun avantage n'avait été conféré à UES ni à BS plc/BSES par suite des contributions financières accordées à BSC."³⁴⁷

7.86 À la lumière des allégations des Communautés européennes et de notre mandat, nous concluons que les déterminations établies à l'issue d'enquêtes initiales dans les cas n° 1, 2, 3, 4, 5 et 6, sur la base de la méthode "gamma", sont incompatibles avec les articles 10, 14 et 19.1 et 19.4 de l'Accord SMC. En omettant d'examiner les conditions des privatisations en cause, en l'occurrence la question de savoir si celles-ci avaient eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, les États-Unis n'ont pas déterminé d'abord si les producteurs privatisés avaient

³⁴⁶ L'Organe d'appel a clairement fait savoir dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends ("États-Unis – Crevettes (Article 21:5 – Malaisie)"), WT/DS58/AB/RW, adopté le 21 novembre 2001, que ses interprétations et constatations suscitaient chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être prises en compte lorsqu'elles avaient un rapport avec un autre différend; paragraphes 108 et 109.*

³⁴⁷ Rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R/, paragraphe 74.

retiré un avantage quelconque, au sens de l'Accord SMC, de la contribution financière antérieure (subventionnement).

7.87 L'Accord SMC ne permet l'imposition de droits compensateurs que lorsqu'un Membre importateur a déterminé que le producteur soumis à examen – à savoir la société et ses propriétaires – a reçu un avantage indu. Ainsi, dans les cas n° 1, 2, 3, 4, 5 et 6, les États-Unis n'étaient pas habilités à imposer, comme ils l'ont fait, des droits pour compenser des subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation. Étant donné que ces droits compensateurs ont été imposés sans fondement juridique au sens de l'Accord SMC, ils devraient être supprimés en conséquence.

7.88 La méthode "gamma" a aussi été employée dans le contexte du réexamen administratif relatif au cas n° 7. Nous examinerons de manière plus détaillée la détermination concernant le cas n° 7 dans la section D ci-après.

7.89 La méthode "gamma" a aussi été employée dans les quatre réexamens à l'extinction (cas n° 8, 9, 10 et 11). Les États-Unis ont présenté des arguments et moyens de défense spécifiques concernant leurs obligations dans le cadre de réexamens à l'extinction, que nous examinerons dans la section E ci-après, après avoir achevé notre examen de ces déterminations.

7.90 Les États-Unis proposent d'effectuer à nouveau ces déterminations sur la base de la méthode "de la même personne" et font valoir que ces nouvelles déterminations à l'issue de renvois, qui font partie de procédures encore en cours, ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial. Le Groupe spécial convient avec les États-Unis que ces nouvelles déterminations à l'issue de renvois ne relèvent pas de son mandat, au sens strict du terme. Il note, cependant, que la méthode de la "même personne" est en soi incompatible avec l'Accord SMC pour les raisons mentionnées plus haut.

7.91 Nous examinons maintenant l'application des constatations exposées plus haut quant à la conséquence d'une privatisation au regard de l'Accord SMC, lorsque la question est soulevée dans le cadre de réexamens administratifs et de réexamens à l'extinction.

D. EXAMEN DES PRIVATISATIONS DANS LES RÉEXAMENS ADMINISTRATIFS

1. Allégations et arguments des parties

7.92 Les Communautés européennes allèguent que dans le contexte du réexamen administratif du cas n° 7³⁴⁸, le Département du commerce a appliqué la méthode "gamma" d'une manière incompatible avec l'article 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC. Les États-Unis ont admis que leur détermination concernant le cas n° 7 était incompatible avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC dans la mesure où elle n'avait pas été établie sur la base de la méthode de la "même personne". Ils n'admettent pas la même chose pour le cas n° 12³⁴⁹, pour lequel la détermination à l'issue du réexamen administratif était fondée sur la méthode de la "même personne" et est aussi contestée par les Communautés européennes comme étant incompatible avec l'article 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC.

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.93 Nous devons déterminer si et comment les États-Unis sont tenus d'examiner et de prendre en compte les privatisations lorsque cela leur est demandé dans le cadre de la procédure de réexamen administratif.

³⁴⁸ *Sweden Admin. Review, supra*, note de bas de page 43.

³⁴⁹ *GOES Admin. Review, supra*, note de bas de page 47.

7.94 L'article 21.1 de l'Accord SMC dispose que les droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement. L'article 21.2 prévoit que les autorités réexamineront la nécessité de maintenir le droit dans les cas où cela sera justifié, de leur propre initiative ou, à condition qu'un laps de temps raisonnable se soit écoulé depuis l'imposition du droit compensateur définitif, à la demande de toute partie intéressée qui justifierait par des données positives la nécessité d'un tel réexamen.

7.95 Dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*, l'Organe d'appel a clairement fait savoir que le Membre importateur ne pouvait simplement pas ignorer des faits qui pouvaient montrer qu'il n'existait aucun avantage, et donc aucun subventionnement, en ce qui concernait le producteur privatisé. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"Après avoir apprécié les données qui leur ont été communiquées par les parties intéressées ainsi que les autres éléments de preuve dont elles disposent concernant la période visée par le réexamen, les autorités chargées de l'enquête doivent déterminer s'il est nécessaire de continuer à appliquer des droits compensateurs. *Elles n'ont pas la liberté de faire abstraction de ces données.* Si elles pouvaient faire fi de ces données, le mécanisme de réexamen prévu à l'article 21.2 ne serait d'aucune utilité."³⁵⁰ (pas d'italique dans l'original)

7.96 L'Organe d'appel a ajouté qu'il était d'avis que la privatisation de BSC – l'aliénation d'entreprise aboutissant à la création d'UES et de BS plc/BSES – était de nature à exiger que les États-Unis réexaminent, dans le contexte du réexamen administratif en question, la question de savoir si la privatisation avait eu lieu à la juste valeur marchande de sorte que si aucun avantage n'était conféré au nouveau producteur privatisé, ils devraient abroger leurs ordonnances en matière de droits compensateurs.

"En l'espèce, compte tenu des aliénations d'entreprise qui ont conduit à la création d'UES et de BS plc/BSES, le Département était tenu, au titre de l'article 21.2, d'examiner, à partir des données dont il disposait concernant ces aliénations, la question de savoir si un "avantage" était conféré à UES et à BS plc/BSES."³⁵¹ (pas d'italique et non souligné dans l'original)

7.97 Nous rappelons aussi qu'"afin d'établir la nécessité de maintenir les droits compensateurs, les autorités chargées de l'enquête devront établir une constatation de *subventionnement*, c'est-à-dire répondre à la question de savoir si oui ou non la subvention continue d'exister. S'il n'y a plus de subvention, un droit compensateur n'est plus d'aucune nécessité".³⁵² Comme il a été dit dans la section C plus haut, afin de conclure qu'il y avait eu subventionnement dans les cas n° 7 et 12, le Département du commerce était tenu d'examiner les conditions de la privatisation pour savoir si l'avantage conféré au producteur d'État antérieur continuait à revenir au producteur privatisé. En l'absence d'une telle détermination préalable de l'existence d'un avantage (et donc d'un subventionnement), aucune ordonnance en matière de droits compensateurs ne pouvait être maintenue.

7.98 Bien que l'enquête effectuée dans le cadre d'un réexamen administratif diffère d'une enquête initiale³⁵³, nous sommes d'avis que dans le contexte du réexamen administratif des cas n° 7 et 12, les

³⁵⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 61.

³⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 62.

³⁵² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 54.

³⁵³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 63:

États-Unis, qui avaient été informés des privatisations par les producteurs intéressés et par les Communautés européennes (et leurs États membres concernés), étaient tenus de réexaminer les conditions d'application de l'Accord SMC à l'égard du producteur privatisé. En particulier, ayant été informés de la privatisation d'un producteur d'État, les États-Unis étaient tenus de déterminer si le producteur privatisé continuait à retirer un avantage quelconque du subventionnement antérieur, avant de pouvoir formuler une conclusion quelconque selon laquelle les droits compensateurs devraient être maintenus. Si cette privatisation avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, les États-Unis étaient tenus de conclure que le producteur privatisé ne retirait plus aucun avantage du subventionnement antérieur accordé au producteur d'État. En refusant d'examiner les conditions de ces privatisations, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC.

7.99 Le Groupe spécial est plutôt d'avis que, si les États-Unis ont raison de dire que l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* n'obligeait pas le Département du commerce à modifier rétroactivement des ordonnances en matière de droits compensateurs concernant des affaires closes et que les mesures correctives dans le cadre de l'OMC ont généralement un caractère prospectif, les Communautés européennes n'étaient pas dans l'impossibilité de contester d'autres ordonnances fondées sur des déterminations établies d'après la méthode "gamma" du simple fait que ces ordonnances étaient antérieures à la décision de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II*. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont décidé dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* que, dans le cas de la privatisation de BSC, les ordonnances en matière de droits compensateurs adoptées à l'encontre de BSC devraient être abrogées car il n'avait pas été établi qu'un avantage avait été conféré à UES et à BS plc/BSES au sens de l'Accord SMC. Les Communautés européennes, et les autres Membres de l'OMC, ont toujours toute latitude de demander que les États-Unis mettent en conformité avec l'Accord sur l'OMC toute autre mesure en matière de droits compensateurs (en cours d'application) dont il est allégué qu'elle est incompatible avec les règles de l'OMC, même si la mise en œuvre du présent rapport du Groupe spécial aura un caractère prospectif.

7.100 En résumé, dans leurs déterminations à l'issue d'un réexamen administratif concernant les cas n° 7 et 12, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec les articles 10, 14, 19.4, 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC, car le Département du commerce n'a pas pris en compte les privatisations qui avaient eu lieu après l'enquête initiale et n'a pas réexaminé les conditions d'application de l'Accord SMC à l'égard des producteurs privatisés. En omettant d'examiner les conditions desdites privatisations (pour savoir si elles avaient eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande), le Département du commerce n'a pas déterminé si les producteurs privatisés continuaient à retirer un avantage quelconque de la contribution financière antérieure (subventionnement). En conséquence, dans les cas n° 7 et 12, les États-Unis n'étaient pas habilités à maintenir, comme ils l'ont fait, des droits pour compenser des subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation. Étant donné que ces droits compensateurs ont été imposés sans fondement juridique au sens de l'Accord SMC, ils devraient être supprimés en conséquence.

"... Nous estimons qu'il est important de faire la distinction entre l'enquête initiale qui conduit à l'imposition de droits compensateurs et le réexamen administratif. Dans une enquête initiale, les autorités chargées de l'enquête doivent démontrer que *toutes* les conditions énoncées dans l'Accord SMC concernant l'imposition de droits compensateurs sont remplies. Toutefois, dans le cadre d'un réexamen administratif, elles doivent s'intéresser aux questions qui ont été soulevées devant elles par les parties intéressées ou, dans le cas d'une enquête menée sur leur initiative, aux questions qui ont justifié l'examen."

E. EXAMEN DES PRIVATISATIONS DANS LES RÉEXAMENS À L'EXTINCTION

1. Allégations et arguments des parties

7.101 Les Communautés européennes allèguent que l'application des procédures de réexamen à l'extinction des États-Unis dans les cas n° 8, 9, 10 et 11 est incompatible avec l'article 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC. Les États-Unis contestent cette allégation.

7.102 Les Communautés européennes estiment que l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas déterminer si le subventionnement serait susceptible de subsister ou de se reproduire sans examiner si, et jusqu'à quel point, un avantage continue à être obtenu, et qu'elle est donc tenue d'effectuer une nouvelle enquête détaillée, dans laquelle elle déterminera, sur la base d'éléments de preuve positifs, la probabilité que le subventionnement subsiste ou se reproduise.³⁵⁴ Les Communautés européennes font valoir que, d'après l'article 21.3 de l'Accord SMC, il incombe à l'autorité chargée de l'enquête d'établir une détermination selon laquelle le subventionnement dommageable subsiste. À cet égard, elles indiquent que le fait de poser en principe que les éléments de preuve à examiner dans une détermination au titre de l'article 21.3 sont ceux qui ont été examinés dans un réexamen au titre de l'article 21.2 est incompatible avec l'Accord SMC, surtout dans le cas de producteurs qui n'exportent pas et qui, d'après la réglementation des États-Unis, n'ont pas la possibilité de demander un réexamen administratif au titre de l'article 21.2. Les Communautés européennes signalent que le CIT est arrivé à la même conclusion dans l'affaire *Dillinger* lorsqu'il a constaté que le Département du commerce n'était pas habilité à fonder ses constatations dans les réexamens à l'extinction uniquement sur des éléments de preuve rassemblés lors de l'enquête initiale.³⁵⁵

7.103 Les Communautés européennes font aussi valoir que les États-Unis renversent de manière inappropriée la charge de la preuve dans les réexamens à l'extinction en l'attribuant aux producteurs exportateurs lorsque ceux-ci ne répondent pas à l'avis d'ouverture d'un réexamen à l'extinction. Elles font valoir que l'autorité chargée de l'enquête ne peut pas simplement présumer que le subventionnement dommageable serait susceptible de subsister ou de se reproduire pour la seule raison que certaines parties intéressées n'ont pas répondu à un avis d'ouverture de réexamen. Elles estiment que d'après l'article 21.3 de l'Accord SMC, il incombe aux autorités de déterminer que le subventionnement serait susceptible de subsister ou de se reproduire, et non au défendeur de prouver le contraire.³⁵⁶ En conséquence, les Communautés européennes concluent que ce renversement de la charge de la preuve est incompatible avec l'article 21.3 de l'Accord SMC.³⁵⁷

7.104 Les États-Unis estiment que l'autorité chargée de l'enquête n'a pas besoin de réexaminer d'office sa détermination de l'existence d'une subvention dans un réexamen à l'extinction au titre de l'article 21.3 de l'Accord SMC. Ils estiment que lorsqu'il n'y a eu aucun réexamen administratif d'une ordonnance en matière de droits compensateurs, les seuls éléments de preuve concernant le subventionnement que l'autorité chargée de l'enquête a besoin de prendre en compte sont ceux qui proviennent de l'enquête initiale. Ils déclarent que dans les quatre réexamens à l'extinction visés par le présent différend, le Département du commerce n'avait aucune obligation, au titre de l'article 21.3, de transformer ces réexamens à l'extinction en des réexamens administratifs complets des ordonnances respectives en matière de droits compensateurs.³⁵⁸

³⁵⁴ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 71 et 72.

³⁵⁵ *AG Dillinger Huttenwerke et al v. United States* ("Dillinger"); Court No. 00-09-00437 (Tribunal du commerce international, 28 février 2002), page 14. Pièce n° 34 des CE annexée à la deuxième communication écrite des CE.

³⁵⁶ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphes 70 et 72.

³⁵⁷ Voir la deuxième communication écrite des CE, paragraphe 76.

³⁵⁸ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 89.

7.105 Les États-Unis ne semblent pas contester la question de la charge de la preuve en tant que telle, mais la nature de l'obligation relative aux réexamens à l'extinction. Ils pensent que, en l'absence d'un réexamen administratif, les seuls éléments de preuve concernant le subventionnement qu'ils sont tenus d'évaluer dans un réexamen à l'extinction, afin de déterminer la probabilité que des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire subsisteront ou se reproduiront, sont ceux qui figurent dans l'enquête initiale. Ils soutiennent que les réexamens à l'extinction ne sont pas la procédure appropriée pour l'évaluation d'éléments de preuve nouveaux et complexes concernant le subventionnement.

2. Évaluation par le Groupe spécial

7.106 Les parties se sont fréquemment référées à un différend en cours, l'affaire *États-Unis - Produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne* (WT/DS213) dans laquelle les Communautés européennes allèguent que la législation, les règles administratives et la pratique des États-Unis en matière de réexamens à l'extinction sont contraires aux obligations de ce pays au titre de l'Accord SMC et l'Accord sur l'OMC. Dans le présent différend, les Communautés européennes limitent aux cas n° 8, 9, 10 et 11 leurs allégations concernant la compatibilité, avec les règles de l'OMC, de l'"application" de cette pratique en matière de réexamen à l'extinction.

7.107 Comme il l'a été dit plus haut, l'article 21.1 de l'Accord SMC énonce une règle générale:

"Les droits compensateurs ne resteront en vigueur que le temps et dans la mesure nécessaires pour contrebalancer le subventionnement qui cause un dommage."

7.108 La première phrase de l'article 21.3 semble prévoir une application spécifique de la règle générale énoncée à l'article 21.1 lorsqu'elle dispose ce qui suit:

"tout droit compensateur définitif sera supprimé cinq ans au plus tard à compter de la date à laquelle il aura été imposé (ou à compter de la date du réexamen le plus récent au titre du paragraphe 2 si ce réexamen a porté à la fois sur le subventionnement et le dommage, ou au titre du présent paragraphe), à moins que les autorités ne déterminent, au cours d'un réexamen entrepris avant cette date, soit de leur propre initiative, soit à la suite d'une demande dûment justifiée présentée par la branche de production nationale ou en son nom, dans un laps de temps raisonnable avant cette date, qu'il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront si le droit est supprimé".

7.109 Selon l'interprétation du Groupe spécial, ces dispositions imposent une présomption selon laquelle les droits compensateurs seront supprimés après cinq ans à moins que l'autorité chargée de l'enquête n'engage un réexamen (d'office ou à la demande de la branche de production nationale) et ne détermine, dans ce réexamen, qu'il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront. Les deux parties admettent en fait qu'il appartient au Membre importateur de "déterminer", à la fin de la première période d'application de cinq ans, qu'il est probable que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront une fois le droit compensateur supprimé.

7.110 Les parties sont en désaccord, toutefois, quant à l'étendue de cette obligation de "déterminer" la probabilité que le subventionnement dommageable subsistera ou se reproduira et pour ce qui est de savoir si cette obligation exige un examen de l'"ampleur" du subventionnement. Elles sont aussi en désaccord sur la question de savoir si des faits nouveaux intervenus depuis l'enquête initiale devraient être pris en compte lorsqu'il s'agit de déterminer si le subventionnement dommageable est susceptible de subsister ou de se reproduire. Eu égard à notre mandat, nous sommes d'avis que nous ne devons

répondre à cette allégation que dans la mesure où les réexamens à l'extinction concernent des privatisations.

7.111 Les États-Unis estiment que lorsqu'il n'y a pas eu de réexamen administratif d'une ordonnance en matière de droits compensateurs, les seuls éléments de preuve concernant le subventionnement que l'autorité chargée de l'enquête a besoin de prendre en compte dans un réexamen à l'extinction sont ceux qui proviennent de l'enquête initiale. Nous ne partageons pas cette opinion. L'objet d'un réexamen à l'extinction est de déterminer, à la lumière des faits nouveaux intervenus depuis l'enquête initiale, si le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront. L'article 21.3 dispose clairement que l'État importateur doit déterminer s'"il est probable que le subventionnement ... subsister[a] ou se reproduir[a]". Ignorer ces faits nouveaux et limiter les éléments de preuve que le Membre importateur doit examiner à ce qui figure dans l'enquête initiale transforment le réexamen à l'extinction en une simple formalité. Nous sommes d'avis que le réexamen à l'extinction est un mécanisme distinct du réexamen administratif que, conformément à l'article 21.2 de l'Accord SMC, toute partie intéressée peut demander à condition qu'un laps de temps raisonnable se soit écoulé depuis l'imposition des droits. Subordonner la réalisation du réexamen à l'extinction à des procédures de réexamen administratif préalable annulerait effectivement la présomption selon laquelle les droits compensateurs doivent être supprimés après cinq ans à moins que le Membre importateur ne détermine que le subventionnement et le dommage sont susceptibles de subsister ou de se reproduire.

7.112 À la deuxième audition, le représentant des États-Unis a déclaré que la privatisation d'une société dont les exportations sont visées par une ordonnance en matière de droits compensateurs après l'imposition initiale d'un droit compensateur peut être un fait que le Département du commerce examinerait dans un réexamen à l'extinction, à condition que la société exportatrice ou le Membre exportateur apporte des éléments de preuve indiquant que la subvention a été, par exemple, remboursée à l'occasion de la privatisation. Comme il est dit plus haut, les États-Unis sont d'avis qu'une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, en tant que telle, ne peut pas être invoquée afin de démontrer l'absence d'avantage pertinent pour la détermination dans le cadre d'un réexamen à l'extinction d'une mesure compensatoire. Les États-Unis soutiennent que des éléments de preuve indiquant qu'une privatisation a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande ne pourraient pas modifier automatiquement leur décision antérieure concernant l'amortissement d'une subvention sur une période allant au-delà de la privatisation.

7.113 Le Groupe spécial est d'avis que la privatisation du producteur d'État (des marchandises visées par les ordonnances en matière de droits compensateurs) est un fait que le Membre importateur est tenu de prendre en considération et d'examiner dans le contexte d'un réexamen à l'extinction, car elle peut apporter des éléments de preuve établissant l'inexistence du subventionnement qui, en soi, sont pertinents pour l'évaluation de la probabilité que le subventionnement et le dommage subsisteront ou se reproduiront, comme il est prescrit à l'article 21.3 de l'Accord SMC.

7.114 Nous estimons que, dans une enquête menée dans le cadre d'un réexamen à l'extinction, le Membre importateur est tenu d'examiner au moins tous les éléments de preuve apportés par une partie intéressée, et non uniquement ceux qui proviennent du producteur importateur, qui ont trait à l'existence ou à la suppression du subventionnement et sur la base desquels les mesures compensatoires sont adoptées; c'est seulement alors que le Membre effectuant l'enquête pourra trancher la question de savoir s'il existe un subventionnement et si celui-ci est susceptible de subsister ou de se reproduire.³⁵⁹ La privatisation est un fait que le Membre importateur "ne peut pas

³⁵⁹ Nous notons que le CIT est arrivé à une conclusion analogue lorsqu'il a constaté que les pratiques du Département du commerce dans les réexamens à l'extinction étaient incompatibles avec la législation des États-Unis, car "de par sa nature, un réexamen à l'extinction [était] alors destiné à prendre en compte les changements apportés à la loi qui [avaient] une incidence sur la question de savoir si des subventions pouvant

simplement ignorer", car elle peut apporter des éléments de preuve indiquant qu'il a été mis fin au subventionnement. Comme il est analysé de manière plus détaillée aux paragraphes 7.60 à 7.89 plus haut, si la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'avantage résultant d'un subventionnement antérieur accordé au producteur d'État ne revient plus au producteur privatisé soumis à enquête. En l'absence d'un avantage, il ne peut y avoir subventionnement. S'il n'y a pas subventionnement, un Membre ne peut pas imposer de droits compensateurs. Même si c'était au sujet de la procédure de réexamen administratif, l'Organe d'appel a clairement fait savoir qu'"afin d'établir la nécessité de maintenir les droits compensateurs, les autorités chargées de l'enquête devront établir une constatation de *subventionnement*, c'est-à-dire répondre à la question de savoir si oui ou non la subvention continue d'exister. S'il n'y a plus de subvention, un droit compensateur n'est plus d'aucune nécessité".³⁶⁰

7.115 Dans le présent différend, les États-Unis font valoir que dans les cas n° 8, 9 et 11, la société exportatrice n'a pas coopéré avec le Département du commerce.³⁶¹ Il existe des éléments de preuve montrant que, pour les réexamens à l'extinction dans les cas n° 8³⁶², 9³⁶³ et 11³⁶⁴, les Communautés européennes (et leurs États membres) avaient informé le Département du commerce des privatisations en question et avaient fourni d'autres renseignements sur ces transactions quant à la juste valeur marchande et aux conditions de pleine concurrence. Les États-Unis ne nient pas ce fait. Dans la mesure où les États-Unis ont été informés de ces privatisations et qu'il y a des éléments de preuve montrant que les Communautés européennes avaient fourni d'autres renseignements sur les conditions des opérations de privatisation, le Groupe spécial estime que le Département du commerce, en omettant de prendre en compte ces privatisations et d'examiner les conditions desdites privatisations, a choisi d'ignorer des éléments de preuve pertinents et que, en conséquence, son comportement dans les réexamens à l'extinction en cause était incompatible avec l'article 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC.

7.116 Étant donné que les réexamens à l'extinction dans les cas n° 8, 9, 10 et 11 ont été effectués sur la base de la méthode "gamma", le Groupe spécial constate que les États-Unis n'ont pas examiné les conditions de ces privatisations et n'ont pas déterminé si les producteurs privatisés avaient retiré un avantage quelconque du subventionnement antérieur accordé aux producteurs d'État, en violation des articles 10, 14, 19.4 et 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC. Dans ces cas, les États-Unis n'étaient pas habilités à maintenir, comme ils l'ont fait, des mesures compensatoires à l'encontre de subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation. Étant donné que ces droits compensateurs étaient ainsi maintenus sans fondement juridique au sens de l'Accord SMC, ils devraient être supprimés en conséquence.

donner lieu à une mesure compensatoire subsisteraient ou se reproduiraient". Nous notons aussi que le tribunal des États-Unis a rejeté les arguments du Département du commerce selon lesquels il n'était pas approprié d'aborder la question de la privatisation dans un réexamen à l'extinction ou qu'une partie intéressée participant à un réexamen à l'extinction devait d'abord avoir demandé un réexamen administratif qui aurait été achevé. *Dillinger*, Court No. 00-09-00437, page 32.

³⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Plomb et bismuth II*, WT/DS138/AB/R, paragraphe 54.

³⁶¹ Le cas n° 10 est l'affaire *Dillinger* et le producteur exportateur a participé à tous les enquêtes et réexamens.

³⁶² *Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni* (réexamen accéléré à l'extinction), *supra*, note de bas de page 51. Au sujet de ce cas, le Département du commerce a déterminé que les communications du gouvernement du Royaume-Uni et celles des Communautés européennes étaient "inadéquates aux fins d'un réexamen complet à l'extinction". *Ibid.*

³⁶³ *Produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France*, note de bas de page 58, page 18063.

³⁶⁴ *Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Espagne*, *supra*, note de bas de page 67, page 18308.

7.117 Nous notons que dans les cas n° 8 et 10, les États-Unis admettent que les privatisations ont eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.³⁶⁵ En conséquence, le Département du commerce aurait dû conclure que la privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande réfutait la présomption, le cas échéant, selon laquelle l'avantage provenant du subventionnement antérieur accordé au producteur d'État continuait à revenir au producteur privatisé soumis à enquête, puisque ce dernier avait payé pleinement la valeur marchande des actifs et parts détenus par le producteur d'État. Les déterminations issues de réexamens à l'extinction établies dans les cas n° 8 et 10 sont donc incompatibles avec les articles 10, 14, 19.4, et 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC. Les États-Unis n'étaient donc pas habilités à imposer des droits pour compenser des subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation, étant donné qu'aucun avantage ne revenait aux producteurs privatisés en question. Ces droits compensateurs ont donc été maintenus d'une façon contraire à l'Accord SMC et devraient donc être supprimés.

F. COMPATIBILITÉ DE L'ARTICLE 1677 5) F) DE LA LOI DES ÉTATS-UNIS AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

1. Allégations et arguments des parties

7.118 Les Communautés européennes allèguent que l'article 1677 5) F), tel qu'il a été interprété par la Cour d'appel du Circuit fédéral, empêche les États-Unis de reconnaître systématiquement le principe qu'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande exclut la transmission à l'entité postérieure à la transaction de tous avantages découlant de contributions financières antérieures à la transaction. Elles sont d'avis que l'article 1677 5) F) est spécifiquement destiné à empêcher le Département du commerce d'appliquer une "règle *per se*" selon laquelle un flux d'avantages ne subsiste pas après une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.³⁶⁶ Elles affirment que l'article 1677 5) F), dans la mesure où il permet au Département du commerce d'imposer des droits compensateurs sans établir l'existence d'un subventionnement pouvant donner lieu à une mesure compensatoire après une privatisation ou une aliénation d'entreprise, est incompatible avec les articles 1.1 b), 10, 14, 19 et 32.5 de l'Accord SMC et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

7.119 Les États-Unis soutiennent que l'article 1677 5) F) ne prescrit pas une approche fondée sur l'exclusion mutuelle pour la question de savoir si des subventions antérieures à la privatisation bénéficient à une entité postérieure à la privatisation.³⁶⁷ Ils font valoir que les termes mêmes de cet article en démontrent le caractère facultatif. À cet égard, ils soutiennent que le texte de l'article 1677 5) F) prévoit clairement qu'une aliénation d'entreprise ne signifie pas en soi qu'une subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire par le passé n'est plus passible d'une telle mesure, ni ne signifie que la subvention continue à en être passible. Les États-Unis font valoir que la loi donne à l'autorité chargée de l'enquête le pouvoir discrétionnaire de prendre sa décision. Ils font aussi valoir que le SAA étaye aussi l'opinion selon laquelle l'article 1677 5) F) est facultatif et non impératif. Le SAA indique que l'article 1677 5) F) a pour but de préciser que "la vente d'une société dans des conditions de pleine concurrence ne résorbe pas automatiquement, ni dans tous les cas, une subvention accordée antérieurement", et que c'est par la volonté de l'Administration que le "Département du commerce conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer si, et jusqu'à quel

³⁶⁵ Voir la déclaration à cet effet des États-Unis, *infra*, paragraphes 2.39 et 2.45.

³⁶⁶ Pour étayer cette opinion, les Communautés européennes se réfèrent à *Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, Delverde Srl. v. United States* Consol. Ct n° 96-08-01997 (Tribunal du commerce international, 2 décembre 1997), page 33. Pièce n° 28 des CE annexée à la première communication écrite des CE. (Dans la version de cette nouvelle détermination établie à l'issue d'un renvoi qui a été communiquée au Groupe spécial, le texte pertinent se trouve à la page 16).

³⁶⁷ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 91.

point ... des subventions pouvant donner lieu à une mesure compensatoire et accordées antérieurement" ont été éliminées.³⁶⁸

2. Évaluation par le Groupe spécial

- a) Possibilité de contester une législation en tant que telle – distinction entre législation impérative et législation dispositive

7.120 Dans le cadre des procédures de règlement des différends du GATT et de l'OMC, une mesure peut être contestée si elle est contraignante et non facultative, même si elle n'est pas encore appliquée ou n'est pas encore en vigueur.³⁶⁹ Seule une législation qui "exige" une violation des règles du GATT/de l'OMC peut être jugée incompatible avec les règles de l'OMC.³⁷⁰ L'Organe d'appel, dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916*, a confirmé ce qui suit:

"le concept de législation impérative par opposition à celui de législation dispositive a été élaboré par un certain nombre de groupes spéciaux du GATT comme étant une *considération fondamentale* pour déterminer quand une législation en tant que telle - plutôt qu'une application particulière de cette législation - était incompatible avec les obligations d'une partie contractante dans le cadre du GATT de 1947.³⁷¹ La pratique des groupes spéciaux du GATT a été résumée comme suit dans l'affaire *États-Unis – Tabac*³⁷²:

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

³⁶⁸ Voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphes 94 à 96.

³⁶⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* ("*Fonds spécial pour l'environnement*"), adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, paragraphes 5.2.6 à 5.2.9.

³⁷⁰ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes* ("*États-Unis – Loi de 1916 (CE)*"), WT/DS136/R et *États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte du Japon* ("*États-Unis – Loi de 1916 (Japon)*"), WT/DS162/R et WT/DS162/Add.1, adopté le 26 septembre 2000, tel qu'il a été confirmé par l'Organe d'appel dans son rapport *États-Unis – Loi antidumping de 1916* ("*États-Unis – Loi de 1916*") WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145; le rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*, adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214; le rapport du Groupe spécial *Communauté économique européenne – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142; et le rapport du Groupe spécial, *Fonds spécial pour l'environnement*, IBDD, S34/154.

³⁷¹ [Note de bas de page de l'original] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, IBDD, S34/154 – La raison pour laquelle il doit être possible d'établir qu'une législation en tant que telle est incompatible avec les obligations d'une partie contractante dans le cadre du GATT de 1947 a été expliquée comme suit: [les dispositions du GATT de 1947] ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs. Cet objectif ne saurait être atteint si les parties contractantes n'ont pas la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général tant que les textes administratifs d'application ne sont pas effectivement appliqués à leur commerce.

³⁷² [Note de bas de page de l'original] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145.

façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée.³⁷³
(pas d'italique dans l'original)³⁷⁴

"Ainsi, le pouvoir discrétionnaire dont il s'agit, afin de faire la distinction entre législation impérative et législation dispositive, est un pouvoir discrétionnaire conféré à l'exécutif."³⁷⁵

7.121 Trois groupes spéciaux récents ont indiqué dans leurs rapports que la législation "en tant que telle" était considérée impérative si elle ne pouvait pas être appliquée d'une manière compatible avec l'Accord SMC. Dans ces trois affaires, les groupes spéciaux ont conclu que même s'il était possible de concevoir que les lois seraient appliquées d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC, les autorités compétentes en question avaient le pouvoir discrétionnaire de les appliquer d'une manière compatible avec ces règles. En conséquence, les lois en question n'étaient pas nécessairement contraires à l'Accord SMC.³⁷⁶

7.122 En résumé, un texte de loi ne serait pas contraire aux règles de l'OMC s'il peut être appliqué par le pouvoir exécutif du Membre de l'OMC d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC; les Membres de l'Organisation sont censés administrer leurs lois nationales conformément à leurs obligations dans le cadre de l'OMC.³⁷⁷

³⁷³ [Note de bas de page de l'original] Rapport de l'Organe d'appel *Ibid.*, paragraphe 118, renvoyant dans une note de bas de page aux textes suivants: rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, IBDD, S34/154, page 181; rapport du Groupe spécial *CEE – Pièces détachées et composants*, *supra*, note de bas de page 20, page 212; rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*, *supra*, note de bas de page 34, pages 243 et 244; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt*, *supra*, note de bas de page 34, pages 318 et 327 et 328; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chausures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, pages 170 et 171.

³⁷⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, paragraphe 88. Voir aussi la note de bas de page 45 relative au paragraphe 88:

"La raison pour laquelle il doit être possible d'établir qu'une législation en tant que telle est incompatible avec les obligations d'une partie contractante dans le cadre du GATT de 1947 a été expliquée comme suit: [les dispositions du GATT de 1947] ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs. Cet objectif ne saurait être atteint si les parties contractantes n'ont pas la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général tant que les textes administratifs d'application ne sont pas effectivement appliqués à leur commerce. Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, IBDD, S34/154, note de bas de page 34, paragraphe 5.2.2."

³⁷⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, paragraphe 89.

³⁷⁶ Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures traitant les restrictions à l'exportation comme des subventions* ("*États-Unis – Restrictions à l'exportation*"), WT/DS194/R, adopté le 23 août 2001, paragraphes 8.126 à 8.132; le rapport du Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Deuxième recours du Canada à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* ("*Brésil – Aéronefs (Article 21:5 – Canada II)*"), WT/DS46/RW/2, adopté le 23 août 2001, paragraphes 5.11 à 5.13, 5.43, 5.48, 5.5, 5.55, 5.126, 5.142; et le rapport du Groupe spécial *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux* ("*Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*"), WT/DS222/R, adopté le 19 février 2002, paragraphes 7.56 à 7.62.

³⁷⁷ Article 26 de la Convention sur le droit des traités, faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur* a aussi accepté la déclaration des États-Unis selon laquelle: "dans leur droit interne, un principe élémentaire d'interprétation des lois veut qu'"une loi du Congrès ne soit jamais interprétée de façon contraire au droit international public s'il existe une autre interprétation possible". *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Bien que les obligations internationales ne puissent pas l'emporter sur les prescriptions du droit interne

7.123 Même si seule une législation qui prescrit un manquement à des obligations dans le cadre de l'OMC peut être incompatible avec les règles de l'OMC, nous sommes d'avis que l'existence d'une certaine forme de pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ne suffit pas à elle seule pour rendre une loi compatible *prima facie* avec les règles de l'OMC; ce qui importe c'est la question de savoir si les pouvoirs publics ont la faculté discrétionnaire effective d'interpréter et d'appliquer la législation du pays d'une manière compatible avec les règles de l'OMC.³⁷⁸

b) Examen par le Groupe spécial des lois nationales et autres instruments juridiques internes

7.124 Lorsque la violation alléguée en cause est le fait d'une législation nationale, il est essentiel d'examiner les aspects pertinents du droit interne pour déterminer si le Membre s'est acquitté de ses obligations.³⁷⁹ Suivant une pratique bien établie pour l'interprétation du droit dans la jurisprudence internationale, "chaque fois qu'il sera essentiel, pour que la Cour puisse statuer dans une affaire, de trancher une question de droit interne, la Cour devra apprécier la jurisprudence des tribunaux internes".³⁸⁰

7.125 Lorsqu'il analyse le droit interne, un groupe spécial ne devrait pas interpréter le droit "en tant que tel" mais établir le sens de la législation contestée en tant qu'*élément de fait* et déterminer si cet élément de fait constitue, de la part du Membre défendeur, un comportement contraire à ses obligations dans le cadre de l'OMC.³⁸¹ Dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"Il était tout simplement impossible pour le Groupe spécial de procéder à cette détermination sans examiner la législation indienne. Mais, ... le Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne "comme telle"; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC."³⁸²

7.126 Dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, le Groupe spécial, confirmé par l'Organe d'appel, a dit que même si le texte de la loi en question était clair tel qu'il était libellé, il était nécessaire d'examiner l'application sur le plan interne de ladite loi, son contexte historique,

qui sont incompatibles avec elles, "les dispositions législatives ambiguës ... [devraient] être interprétées, si possible, de façon à être compatibles avec les obligations internationales des États-Unis". *Footwear Distributors and Retailers of America v. United States*, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT), appel rejeté, 43 F.3d 1486 (Fed. Cir. 1994), citant *Debartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988)". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* ("*États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*"), WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, note de bas de page 681 relative au paragraphe 7.108. Les Membres sont aussi censés ne pas contrevenir à leur législation impérative afin d'administrer leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998, paragraphes 69 et 70.

³⁷⁸ Dans son rapport sur l'affaire *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, aux paragraphes 7.53 et 7.54, le Groupe spécial conclut, au sujet des allégations au titre de l'article 23 du Mémoire d'accord, qu'une législation qui accorde un pouvoir discrétionnaire à l'exécutif peut aussi constituer un manquement à des obligations dans le cadre de l'OMC si ce pouvoir discrétionnaire est prohibé par l'Accord de l'OMC pertinent.

³⁷⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 66.

³⁸⁰ *Emprunts brésiliens*, C.P.I.J., série A, n° 20/21, page 124, cité dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Arrêt, C.I.J.R. Recueil 1989, page 47, paragraphe 62.

³⁸¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.18 citant le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, adopté le 16 janvier 1998, paragraphe 66.

³⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphe 66.

l'historique de son élaboration et les déclarations ultérieures des autorités des États-Unis, pour en évaluer la compatibilité avec le droit de l'OMC.³⁸³

7.127 Dans l'affaire *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, au sujet des allégations de violation de l'article 23 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a conclu que dans les cas où la violation était constituée par la loi en tant que telle, "les éléments internes juridiquement pertinents pour l'interprétation de cette loi devraient en principe être déterminants".³⁸⁴ Il a aussi conclu que les éléments des lois nationales étaient souvent inséparables et qu'ils "ne devraient pas être interprétés indépendamment l'un de l'autre lorsque l'on évalu[ait] la conformité générale de la loi avec les obligations au regard de l'OMC".³⁸⁵ En outre, le Groupe spécial a noté qu'il entendait par "gouvernement des États-Unis" non seulement les pouvoirs législatif et exécutif mais aussi le pouvoir judiciaire.³⁸⁶

7.128 Le Groupe spécial estime que, dans son examen de la compatibilité de l'article 1677 5) F), il devrait prendre en considération les éléments internes des États-Unis qui sont juridiquement pertinents pour l'interprétation de la législation à l'examen, afin de savoir si le Département du commerce a le pouvoir discrétionnaire effectif d'appliquer l'article 1677 5) F) d'une manière compatible avec l'Accord sur l'OMC.

c) L'article 1677 5) F) de la loi des États-Unis peut-il être effectivement appliqué d'une manière compatible avec les règles de l'OMC?

7.129 Comme nous l'avons analysé aux paragraphes 7.60 à 7.89 ci dessus, si l'acquéreur (la société et les actionnaires du producteur privatisé) du producteur d'État a payé la juste valeur marchande, il a payé pour l'avantage conféré par une contribution financière antérieure (subventionnement). Ainsi, le producteur privatisé n'a reçu aucun avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au titre de l'Accord SMC. Lorsqu'il est informé d'une telle aliénation d'entreprise avec contrepartie, le Membre importateur est tenu d'examiner les conditions de l'opération de privatisation car il se peut que l'avantage puisse cesser de revenir au producteur privatisé. Lorsque la privatisation a lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, le Membre importateur doit conclure qu'aucun avantage ne revenait au producteur privatisé.

7.130 Nous notons tout d'abord que l'article 1677 5) F) mentionne uniquement des transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence et ne contient aucune référence à la "juste valeur marchande". Lorsque nous avons demandé aux États-Unis d'expliquer ce que signifiait l'expression "conditions de pleine concurrence" en droit américain et en quoi elle différait de la juste valeur marchande, le représentant des États-Unis a dit qu'il y avait beaucoup de confusion au sujet de ces termes aux États-Unis et qu'il n'était pas en mesure de répondre.³⁸⁷ Nous notons aussi que l'Énoncé des mesures administratives, au sujet de l'interprétation de l'article 1677 5) F), dispose clairement qu'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence est présumée être une transaction ayant lieu dans des conditions commerciales normales, c'est-à-dire une transaction effectuée à la juste valeur marchande. Cela est d'autant plus clair que les transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence y sont définies comme incluant des transactions entre des parties

³⁸³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, WT/DS136/R, paragraphe 6.48. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD S36/386.

³⁸⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.114.

³⁸⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.27.

³⁸⁶ *Ibid.*, note de bas de page 700 relative au paragraphe 7.136 (pas d'italique dans l'original).

³⁸⁷ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 15 du Groupe spécial.

apparentées lorsque ces transactions sont assorties des mêmes modalités que si les parties n'étaient pas apparentées, c'est-à-dire lorsqu'elles sont assujetties à toutes les conditions commerciales normales:

"Aux fins de l'article 771 5) F), l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" désigne une transaction négociée entre des parties non apparentées, agissant chacune dans son propre intérêt, ou entre des parties apparentées aux mêmes conditions que si la transaction avait été négociée entre des parties non apparentées."³⁸⁸

7.131 Ainsi, aux fins des présentes constatations, nous considérerons que la définition de l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" figurant à l'article 1677 5) F) inclut également la notion de "juste valeur marchande".

7.132 Il a été demandé au Groupe spécial de déterminer si l'article 1677 5) F) permettrait aux États-Unis de conclure systématiquement que dans des cas de privatisations effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage dont l'existence avait été déterminée initialement pour le producteur d'État ne continuait à revenir au producteur privatisé et qu'en conséquence, aucun droit compensateur ne pourrait être imposé ni maintenu à l'encontre des produits exportés par le producteur privatisé.

7.133 L'article 1677 5) F) dispose ce qui suit:

"L'aliénation de la totalité ou d'une partie d'une entreprise étrangère ou des actifs productifs d'une entreprise étrangère n'oblige pas en soi l'autorité administrante à déterminer qu'une subvention obtenue précédemment par l'entreprise et passible d'une mesure compensatoire n'est plus passible d'une telle mesure, même si l'aliénation a été opérée dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence."³⁸⁹

7.134 Nous notons que l'article 1677 5) F) ne prescrit pas expressément la méthode de la "même personne". En fait, il ne prescrit aucune méthode spécifique à appliquer pour déterminer si une aliénation d'entreprise a pour effet de résorber l'avantage provenant d'une contribution financière antérieure. Par contre, il dispose clairement qu'une aliénation d'entreprise effectuée dans des conditions de pleine concurrence ne peut pas, en elle-même et à elle seule, être un facteur décisif pour la détermination de l'existence d'un avantage. Comme les États-Unis l'ont expliqué devant le Groupe spécial, la loi donne au Département du commerce un certain pouvoir discrétionnaire pour évaluer l'incidence de l'aliénation d'entreprise sur l'existence ininterrompue d'un avantage et le Département a choisi d'exercer ce pouvoir discrétionnaire en élaborant sa méthode de la "même personne".

7.135 Le Groupe spécial reconnaît que les privatisations sont des questions très complexes et que l'évaluation des conditions dans lesquelles la privatisation a lieu - c'est-à-dire la question de savoir si elle a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande - est aussi complexe. Ainsi, lorsqu'il est allégué qu'il y a eu privatisation avec contrepartie, le Membre importateur doit pouvoir déterminer si la transaction a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande.

³⁸⁸ SAA 1994 U.S.C.C.A.N. 3773, 4241. Pièce n° 25 des CE annexée à la première communication écrite des CE. (Il convient de noter que dans la version communiquée au Groupe spécial, le texte cité figure à la page 928.)

³⁸⁹ Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103-465, Stat. 4809 (1994); 19 U.S.C. § 1677 5) F). Pièce n° 4 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

7.136 À notre avis, une fois qu'il a déterminé que la privatisation avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, le Membre importateur doit conclure, conformément à l'Accord SMC, que l'avantage conféré par une contribution financière antérieure (subventionnement) au producteur d'État ne continue pas à revenir au producteur privatisé.³⁹⁰

7.137 La question dont nous sommes saisis est le point de savoir si, dans des situations dans lesquelles les privatisations ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'article 1677 5) F) peut être appliqué sans qu'il y ait violation de l'Accord SMC, tel que celui-ci a été interprété par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports sur l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II* et par le présent Groupe spécial. En d'autres termes, il s'agit de savoir si, dans des situations dans lesquelles les privatisations ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'application de l'article 1677 5) F) constituera nécessairement une violation de l'Accord SMC.

7.138 Le Groupe spécial pense que si, et dans la mesure où, le Département du commerce a pu exercer son propre pouvoir discrétionnaire en tant qu'organe exécutif, d'une manière compatible avec les règles de l'OMC - c'est-à-dire conclure systématiquement que dans les cas où la privatisation a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage ne revient au producteur privatisé qui provienne de la contribution financière antérieure (subventionnement) accordée au producteur d'État -, il pourrait être conclu que l'article 1677 5) F), d'après ses termes mêmes, n'exige pas que les États-Unis violent l'Accord sur l'OMC. Bien qu'il soit concevable que l'article 1677 5) F) soit appliqué d'une manière incompatible avec les règles de l'OMC, le libellé de la loi à lui seul indique que l'autorité compétente pourrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'appliquer cet article d'une façon compatible avec le droit de l'OMC. En tant que telle, la législation à elle seule ne pourrait pas être déclarée incompatible avec l'Accord SMC.

7.139 Nous sommes d'avis, cependant, que lorsqu'il examine une législation nationale, un groupe spécial doit considérer tous les éléments qui en établissent la signification, et non simplement le libellé de la loi. En conséquence, il est aussi nécessaire de considérer les autres éléments d'interprétation internes tels que l'historique de l'élaboration de la loi, l'énoncé des mesures administratives, et les interprétations judiciaires pertinentes dans la mesure où ces éléments font partie de la mise en œuvre concrète de la législation.³⁹¹

7.140 Comme nous l'analysons plus loin, dans les circonstances particulières de la présente affaire, il semble que l'incidence globale de l'objet et du but de l'article 1677 5) F), l'historique de son élaboration, son interprétation par la Cour d'appel du Circuit fédéral, et l'énoncé des mesures administratives sont tels qu'il est interdit aux États-Unis d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré à l'exécutif de façon à pouvoir conclure systématiquement que dans les cas où la privatisation a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage ne revient au producteur privatisé qui provienne de la contribution financière antérieure accordée aux producteurs d'État, comme il est indiqué dans nos constatations exposées aux paragraphes 7.60 à 7.89

³⁹⁰ Le Groupe spécial rappelle que "si ... il est constaté que les obligations spécifiques [dans le cadre de l'OMC] prohibent un certain type de pouvoir discrétionnaire de nature législative, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans le dispositif législatif ... exclurait présomptivement la compatibilité avec les règles de l'OMC". Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.54.

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphes 7.25 à 7.27. L'Organe d'appel a semblé approuver ce principe dans son rapport sur l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, paragraphes 60 à 63, lorsqu'il examinait l'importance relative des diverses actions administratives et législatives entreprises par l'Inde pour s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 70:8 a) de l'*Accord sur les ADPIC*.

ci-dessus. Nous examinons maintenant ces éléments internes qui peuvent être juridiquement pertinents.

i) *L'historique de l'élaboration de l'article 1677 5) F)*

7.141 L'article 1677 5) F) a son origine dans des différends antérieurs au Cycle d'Uruguay et portés devant les tribunaux des États-Unis qui concernent la méthode du Département du commerce relative aux aliénations d'entreprise. Les Communautés européennes allèguent, et les États-Unis n'ont pas nié, que l'article 1677 5) F) était destiné à infirmer les décisions du CIT dans les affaires *Saarstahl I*³⁹² et *Inland Steel*³⁹³ et donc à neutraliser l'effet de ces décisions selon lesquelles la méthode "gamma" était contraire au droit des États-Unis.³⁹⁴

7.142 Dans l'affaire *Delverde III*, le Département du commerce a fait valoir devant la Cour d'appel du Circuit fédéral que l'article 1677 5) F) avait été adopté en vue d'annuler les décisions rendues dans les affaires *Inland Steel* et *Saarstahl I*³⁹⁵ selon lesquelles "comme l'avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire dispara[issait] lorsque la transaction [était] effectuée dans des conditions de pleine concurrence, aucun avantage n'[était] conféré à l'acheteur et il n'exist[ait] donc aucune subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au sens de [la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs]".³⁹⁶

ii) *Interprétation de l'article 1677 5) F) dans le SAA*

7.143 Cette opinion est confirmée par les États-Unis eux mêmes. Le SAA précise ce qui suit:

"L'article 771 5) F) dispose que l'aliénation de "la totalité ou d'une partie d'une entreprise étrangère" (c'est-à-dire d'une firme ou d'une division d'une firme) ou des actifs productifs d'une firme, même lorsqu'elle est accomplie dans le cadre d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence, n'oblige pas en soi le Département à constater que les subventions obtenues précédemment par la firme et passibles d'une mesure compensatoire ne sont plus passibles d'une telle mesure. Aux fins de l'article 771 5) F), l'expression "transaction effectuée dans des conditions de

³⁹² *Saarstahl I*, 858 F. Supp. 187.

³⁹³ *Inland Steel Bar co. v. United States* 858 F. Supp. 179 (Tribunal du commerce international, 1994).

³⁹⁴ Les Communautés européennes se réfèrent à l'ouvrage de David Codevilla intitulé *Discouraging the practice of what we preach, Saarlust I, Inland Steel and the implementation of the Uruguay Round of GATT 1994* 3 Geo. Mason Independent L. Rev. 435. Elles expliquent que l'auteur était un collaborateur de haut niveau du Congrès qui a participé à la rédaction de l'article 1677 5) F) et de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay, d'une manière générale. Version LexisNexis annexée en tant que pièce n° 23 des CE à la première communication écrite des CE.

³⁹⁵ Voir *Delverde III*, 202 F.3rd 1360, note de bas de page 3, dans laquelle la Cour d'appel du Circuit fédéral relevait ce qui suit: "Les deux parties nous ont dit que la disposition relative aux aliénations d'entreprise était destinée à annuler la décision rendue par le Tribunal du commerce international dans l'affaire *Saarstahl AG v. United States*, 858 F. Supp. 187 (Tribunal du commerce international, 1994) ("*Saarstahl I*")."

³⁹⁶ Le passage suivant explique l'essentiel du jugement du Tribunal dans l'affaire *Saarstahl I*: "Lorsqu'il est déterminé qu'une transaction donnée a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence, il faut en conclure que l'acheteur et le vendeur ont négocié dans leur intérêt respectif, que l'acheteur a pris en considération tous les faits pertinents et qu'il a versé un montant correspondant à la valeur marchande de tout ce qu'il a obtenu. Comme l'avantage pouvant donner lieu à une mesure compensatoire disparaît lorsque la transaction est effectuée dans des conditions de pleine concurrence, aucun avantage n'est conféré à l'acheteur et il n'existe donc aucune subvention pouvant donner lieu à une mesure compensatoire au sens de [la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs]. L'acheteur n'obtiendra donc aucun avantage concurrentiel pouvant donner lieu à une mesure compensatoire et les droits compensateurs qui pourraient lui être imposés équivaldraient à une sanction. [...]" Passage extrait de la première communication écrite des CE, paragraphe 140.

pleine concurrence" désigne une transaction négociée entre des parties non apparentées, agissant chacune dans son propre intérêt, ou entre des parties apparentées aux mêmes conditions que si la transaction avait été négociée entre des parties non apparentées.

L'article 771 5) F) est ajouté afin de préciser que la vente d'une firme effectuée dans des conditions de pleine concurrence ne résorbe pas automatiquement, ni dans tous les cas, toutes subventions accordées antérieurement. Faute de cette précision, il pourrait être soutenu qu'il suffirait pour annuler toute obligation d'acquitter des droits compensateurs de vendre les actifs productifs subventionnés à une partie non apparentée. En conséquence, il est impératif que le projet de loi sur la mise en œuvre corrige et prévienne une interprétation aussi extrême."³⁹⁷

7.144 Le SAA se définit comme étant "l'expression officielle de l'opinion de l'Administration sur l'interprétation des Accords du Cycle d'Uruguay et les obligations des États-Unis quant à leur mise en œuvre, y compris dans le cadre du droit interne, telle qu'elle a été convenue entre l'Administration et le Congrès". Le même Groupe spécial (*États-Unis – Restrictions à l'exportation*) a déclaré ce qui suit:³⁹⁸

"En conséquence, nous estimons que l'Énoncé constitue une directive impérative en matière d'interprétation s'agissant de la loi. En tant que tel, compte tenu de sa valeur exceptionnelle en tant que directive en matière d'interprétation, l'Énoncé présente une importance fondamentale dans le présent différend, en ce sens que la loi ne peut être interprétée convenablement sans référence à l'Énoncé."³⁹⁹

iii) *Objet et but de la législation*

7.145 Nous notons qu'il est précisé dans le SAA qu'"il est impératif que le projet de loi sur la mise en œuvre corrige et prévienne une *interprétation aussi extrême*" (au sujet de la décision rendue dans l'affaire *Saarstahl I*). Nous croyons savoir que l'objet et le but de l'article 1677 5) F) sont d'interdire au Département du commerce de faire ce que, à notre avis, il est tenu de faire aux termes de l'Accord SMC, tel que celui-ci est interprété dans les rapports de l'Organe d'appel et du Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et dans le présent rapport: conclure systématiquement que dans les cas où les privatisations ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, le Membre exportateur a réfuté la présomption, le cas échéant, selon laquelle l'avantage provenant des contributions financières antérieures (subventionnement) continue à revenir au producteur privatisé. Le SAA considère comme une "interprétation extrême à corriger" ce que nous estimons être l'interprétation correcte de l'Accord SMC.

³⁹⁷ SAA 1994 U.S.C.C.A.N. 3773, page 4241. Pièce n° 25 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

³⁹⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, WT/DS194/R, paragraphe 8.95. Le Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur* a expliqué comme suit l'importance du SAA: "Le SAA exprime donc l'opinion de l'Administration, soumise par le Président au Congrès, qui l'a approuvée, à la fois sur l'interprétation et sur l'application des accords, et il énonce des engagements qui doivent être respectés par les Administrations suivantes, et auxquels les acteurs nationaux et internationaux peuvent se fier." Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301 de la Loi sur le commerce extérieur*, WT/DS152/R, paragraphe 7.111. Le Groupe spécial a aussi conclu que le SAA était "un élément important pour l'interprétation du dispositif législatif". *Ibid.*, paragraphe 7.133.

³⁹⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, WT/DS194/R, paragraphe 8.100

7.146 Il semble clair pour le présent Groupe spécial, et les États-Unis l'admettent également, que l'article 1677 5) F) était destiné à faire en sorte que dans les situations dans lesquelles l'aliénation d'entreprise a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'avantage provenant de la subvention antérieure ne soit jamais automatiquement considéré comme ayant été transmis au nouveau producteur privatisé. Les États-Unis, au cours de la procédure relative à l'affaire *Delverde III*, ont cité une des constatations du Département du commerce:

"L'article 771 5) F) a simplement pour effet de préserver la capacité du Département d'exercer son pouvoir discrétionnaire, et, à cette fin, infirme l'approche imposée dans l'affaire *Saarstahl I*, suivant laquelle le Département était tenu de constater que le fait qu'une transaction avait été effectuée dans des conditions de pleine concurrence, en lui-même et à lui seule, empêchait toute transmission à l'acheteur."⁴⁰⁰

iv) *Interprétation de l'article 1677 5) F) par les autorités judiciaires des États-Unis*

7.147 L'historique de l'élaboration de cette disposition et le SAA sont pertinents, mais la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* est déterminante pour ce qui est d'établir le sens de l'article 1677 5) F) aux États-Unis. Dans le contexte de son examen de la méthode "gamma", la Cour, dans l'affaire *Delverde III*, a examiné et analysé l'article 1677 5) F) et l'a interprété comme empêchant l'adoption d'une règle *per se* (c'est-à-dire systématique) pour ce qui est de l'effet d'une opération d'aliénation d'entreprise. Elle a déclaré ce qui suit:

"Cette disposition [l'article 1677 5) F)] indique clairement qu'il ne peut être conclu qu'une subvention a été résorbée du seul fait que l'aliénation d'entreprise a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence. Cependant, il est clair aussi que le Congrès n'a pas prévu le contraire, à savoir qu'une aliénation d'entreprise exige toujours une détermination selon laquelle une subvention antérieure pouvant donner lieu à une mesure compensatoire reste passible d'une telle mesure, que l'aliénation d'entreprise ait été accomplie ou non par le biais d'une transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence. Si telle avait été l'intention du Congrès, la loi l'aurait ainsi précisé. En fait, la disposition relative à l'aliénation d'entreprise ne fait qu'interdire une règle *per se* dans un cas comme dans l'autre."⁴⁰¹

7.148 Nous notons que la Cour d'appel du Circuit fédéral s'est spécifiquement fondée sur l'historique de l'élaboration de la disposition pour déterminer l'intention du Congrès lorsque celui-ci avait promulgué la loi. La définition de l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" qui figure dans le SAA⁴⁰², citée au paragraphe 7.143 plus haut, est identique au libellé contenu dans le rapport de la Chambre des Représentants cité par la Cour comme base pour son interprétation du sens de la loi.⁴⁰³ Le Groupe spécial note aussi que dans toute son analyse, aussi bien

⁴⁰⁰ Final Results of Redetermination pursuant to Court Remand, *Delverde Srl. v United States* Consol. Ct. No. 96-08-01997. (Il convient de noter que dans la version de cette nouvelle détermination à l'issue d'un renvoi qui a été communiquée au Groupe spécial, le passage cité figure à la page 16.)

⁴⁰¹ *Delverde III.*, 202 F.3rd 1360, page 5.

⁴⁰² "Aux fins de l'article 771 5) F), l'expression "transaction effectuée dans des conditions de pleine concurrence" désigne une transaction négociée entre des parties non apparentées, agissant chacune dans son propre intérêt, ou entre des parties apparentées aux mêmes conditions que si la transaction avait été négociée entre des parties non apparentées." SAA 1994 U.S.C.C.A.N. 3773, 4241. Pièce n° 25 des CE annexée à la première communication écrite des CE.

⁴⁰³ Le Groupe spécial reconnaît que le rapport de la Chambre des Représentants, en tant que tel, n'a pas été versé au dossier. Cependant, ce rapport est cité par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Le Groupe spécial a décidé d'examiner le texte intégral du document afin de répondre aux observations formulées par les États-Unis dans leur demande de réexamen intérimaire. Il note aussi que la Cour

de l'affaire *Delverde III* que de l'affaire *Saarstahl II*, la Cour semble utiliser les deux expressions de manière interchangeable. En conséquence, eu égard à la définition de l'expression "dans des conditions de pleine concurrence" donnée par le Congrès, au fait que les expressions "dans des conditions de pleine concurrence" et "juste valeur marchande" sont utilisées de manière interchangeable par la Cour d'appel du Circuit fédéral, et à l'incapacité des États-Unis d'expliquer comment ces deux expressions se différencient dans le droit américain, le Groupe spécial est d'avis que, même si l'on peut raisonnablement interpréter les deux concepts comme étant différents, la législation des États-Unis et la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral semblent avoir défini l'expression "dans des conditions de pleine concurrence" comme incluant la juste valeur marchande.⁴⁰⁴

7.149 Ainsi, d'après la Cour d'appel du Circuit fédéral, l'article 1677 5) F) empêche l'adoption d'une règle *per se* selon laquelle une privatisation effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande résorbe l'avantage en ce qui concerne le producteur privatisé. En d'autres termes, la Cour a déterminé que l'article 1677 5) F) empêchait le Département du commerce d'élaborer toute méthode pour la mise en œuvre de cet article suivant laquelle il serait tenu de constater que l'avantage provenant de la contribution financière antérieure (ou du subventionnement) était résorbé en ce qui concernait le producteur privatisé du simple fait que les privatisations avaient eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Le Groupe spécial note que le Département du commerce a lui-même fait valoir que "la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* avait très clairement dit que l'article 1677 5) F) 19 U.S.C. empêchait l'adoption de règles *per se*, y compris une qui considérerait automatiquement que l'aliénation d'entreprise résorbait des subventions antérieures".⁴⁰⁵

7.150 Le Groupe spécial croit savoir que le droit, dans un ordre juridique fondé sur la common law, évolue constamment. Cependant, l'état actuel du droit aux États-Unis aujourd'hui est celui qui est exprimé par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III*. Les États-Unis n'ont apporté aucun élément de preuve concernant d'autres décisions prises en dernier ressort par la Cour d'appel du Circuit fédéral ou la Cour suprême des États-Unis (l'instance la plus élevée aux États-Unis), qui modifieraient la nature contraignante de l'avis formulé par la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* ou l'interprétation par le Groupe spécial de ce que cet arrêt exige du Département du commerce. Le Groupe spécial tient à signaler qu'il n'a nullement l'intention de proposer que les États-Unis adoptent telle ou telle méthode en particulier. Il a examiné l'affaire *Delverde III*, non pas pour établir ou analyser la compatibilité de la méthode "gamma" avec la loi, mais pour comprendre la nature et les effets juridiques de l'article 1677 5) F), tel que celui-ci a été interprété par la Cour d'appel du Circuit fédéral, dans l'ordre juridique des États-Unis.

7.151 Nous sommes d'avis que l'avantage et donc le subventionnement sont résorbés en ce qui concerne le producteur privatisé du simple fait que la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Alors que l'article 1677 5) F) interdit une règle *per se* selon laquelle l'avantage et donc le subventionnement sont résorbés en ce qui concerne le producteur privatisé du simple fait que la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, l'Accord SMC, tel qu'il est interprété par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Plomb et bismuth II* et par le présent Groupe spécial, exige que les lois, réglementations et pratiques intérieures obligent les autorités à constater que dans tous les cas dans lesquels la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la

d'appel du Circuit fédéral a déclaré que le rapport du Sénat était "presque identique" au rapport de la Chambre qu'elle avait cité. *Delverde III* 202 F.3d. 1360, pages 1366 et 1367.

⁴⁰⁴ Demande de réexamen intérimaire présentée par les États-Unis, paragraphe 44.

⁴⁰⁵ Defendant's Memorandum in Opposition to Plaintiff's Motion for Judgment upon the agency record, *Acciai Speciali Terni et al. v United States et al.* Court No. 01-00051 (Tribunal du commerce international, 5 octobre 2001). (Extraits; page de couverture, table des matières, et pages 9 à 18 annexés en tant que pièce n° 26 des CE), document cité dans la première communication écrite de CE, paragraphe 150.

juste valeur marchande, aucun avantage provenant des contributions financières antérieures (subventionnement) accordées au producteur d'État ne continue à revenir au producteur privatisé.

7.152 Étant donné que les États-Unis eux-mêmes ont fait valoir que la décision relative à l'affaire *Delverde III* empêchait clairement l'adoption de règles *per se*, y compris une qui considérerait automatiquement que l'aliénation d'entreprise résorbait des subventions antérieures⁴⁰⁶, le Groupe spécial est d'avis que l'interprétation actuelle de l'article 1677 5) F) par la Cour d'appel du Circuit fédéral, qui est contraignante pour le Tribunal du commerce international et le Département du commerce, empêcherait les États-Unis d'appliquer cet article d'une manière compatible avec l'Accord SMC.

7.153 Nous voudrions signaler qu'il faut établir une distinction avec la conclusion de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916* concernant la pertinence, au regard du droit de l'OMC, des avis judiciaires en tant qu'acte discrétionnaire des pouvoirs publics. Dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916*, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"Pour terminer, nous notons que, devant le Groupe spécial et devant nous, les États-Unis se sont appuyés sur la distinction entre législation impérative et législation dispositive pour faire valoir que la Loi de 1916 ne peut pas être une législation impérative parce que les tribunaux des États-Unis l'ont interprétée ou pourraient l'interpréter dans un sens qui la rendrait compatible avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC. Comme nous l'avons vu, dans la jurisprudence élaborée dans le cadre du GATT de 1947, la distinction entre législation impérative et législation dispositive est centrée sur le point de savoir si le pouvoir discrétionnaire voulu a été conféré à l'*exécutif*. Les États-Unis, toutefois, ne s'appuient pas sur le pouvoir discrétionnaire conféré à leur exécutif, mais sur l'interprétation de la Loi de 1916 donnée par leurs tribunaux. Selon nous, cet argument est sans rapport avec la distinction entre législation impérative et législation dispositive."⁴⁰⁷

7.154 Dans le présent rapport, nous considérons la Cour d'appel du Circuit fédéral non pas en tant qu'organe "exerçant" la faculté discrétionnaire des pouvoirs publics mais par rapport au rôle qu'elle joue en établissant la signification déterminante de l'article 1677 5) F) pour les États-Unis.⁴⁰⁸ Tant l'affaire *États-Unis – Loi de 1916* que le présent différend portent sur la relation entre les pouvoirs exécutif et judiciaire des États-Unis. L'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916* a reconnu que l'exécutif ne pouvait pas donner des instructions à l'autorité judiciaire et que les États-Unis ne pouvaient donc pas escompter que l'autorité judiciaire exercerait son pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec les règles de l'OMC.⁴⁰⁹ Or chacun sait qu'en droit américain, l'autorité judiciaire peut formuler des déterminations contraignantes. En conséquence, nous pouvons nous fonder sur les interprétations judiciaires comme indicateur de la manière dont le Département du commerce est tenu d'appliquer l'article 1677 5) F).

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 1916*, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, paragraphe 100.

⁴⁰⁸ Selon un principe bien établi de la jurisprudence aux États-Unis, "il relève incontestablement de la compétence et du devoir de l'autorité judiciaire de dire le droit". *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1804). Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916* (CE), WT/DS136/R, paragraphe 2.14 et note de bas de page 21.

⁴⁰⁹ L'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, WT/DS50/AB/R, a aussi conclu que la conformité avec les obligations dans le cadre de l'OMC ne pouvait pas être assurée par une promesse de l'administration d'ignorer sa propre législation interne ayant force obligatoire, c'est-à-dire par un engagement de l'administration d'agir illégalement. Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphes 69 à 71. Nous sommes d'avis que ce principe s'applique aussi à toute disposition légale ayant force obligatoire, quelle qu'en soit la source.

v) *L'article 1677 5) F) prescrit-il une violation de l'Accord sur l'OMC?*

7.155 Pendant la deuxième audition, le Groupe spécial a demandé au représentant des États-Unis si l'article 1677 5) F) permettrait aux États-Unis de conclure systématiquement que dans des cas de privatisations effectuées à la juste valeur marchande, aucun avantage dont l'existence avait été déterminée initialement pour le producteur d'État ne continuait à revenir au producteur privatisé et qu'en conséquence, aucun droit compensateur ne pouvait être imposé ni maintenu. Le représentant des États-Unis a répondu que même si le Groupe spécial devait arriver à la conclusion qu'il y avait une telle règle, il ne serait pas nécessaire de modifier la législation des États-Unis car le Département du commerce pouvait se conformer à ces constatations en s'en tenant aux paramètres de l'article 1677 5) F) actuel. Le représentant n'a pas évoqué l'incidence du SAA ou de l'arrêt de la Cour d'appel du Circuit fédéral sur ce pouvoir discrétionnaire.

7.156 À notre avis, les termes mêmes de l'article 1677 5) F), qui maintient le pouvoir discrétionnaire du Département du commerce, n'exigent pas une violation de l'Accord SMC. Cependant, le SAA (qui est une interprétation officielle des obligations énoncées à l'article 1677 5) F)) et la décision de la Cour d'appel du Circuit fédéral dans l'affaire *Delverde III* (qui constitue une détermination contraignante de ce que l'article 1677 5) F) signifie effectivement en droit américain et de ce que la législation exige des autorités des États-Unis) montrent clairement que les États-Unis sont tenus d'appliquer l'article 1677 5) F) d'une manière non conforme. En résumé, nous sommes d'avis que, lus conjointement avec les autres dispositions de l'Accord SMC, l'article 32.5 ainsi que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC exigent que les États-Unis maintiennent une législation, des réglementations et des pratiques qui garantissent que, dans les cas où la privatisation a été effectuée à la juste valeur marchande et dans des conditions de pleine concurrence, il sera déterminé qu'aucun avantage en ce qui concerne le producteur privatisé ne continue à résulter d'un subventionnement antérieur ou de contributions financières antérieures accordés à un producteur d'État. Dans le système juridique des États-Unis, l'article 1677 5) F) interdit *de facto* au Département du commerce de reconnaître que dans tous les cas où une privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage résultant des contributions financières antérieures (subventionnement) accordées au producteur d'État ne peut continuer à revenir au producteur privatisé. Nous ne voyons pas comment le Département du commerce pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire allégué, en tant qu'organe exécutif, au titre de l'article 1677 5) F) d'une manière compatible avec les règles de l'OMC lorsque les tribunaux du pays (et le SAA) lui interdisent de conclure systématiquement que dans les cas où une privatisation a été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage ne continue à revenir au producteur privatisé qui provienne des contributions financières antérieures (ou du subventionnement) accordées au producteur d'État, comme il est indiqué dans nos constatations aux paragraphes 7.60 à 7.89 ci-dessus.

7.157 L'article 32.5 de l'Accord SMC et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC exigent que les Membres assurent la conformité de leur législation avec l'Accord SMC et les accords visés, respectivement. Le Groupe spécial conclut que l'historique de l'élaboration de la disposition, l'objet et le but de l'article 1677 5) F), le SAA, et l'interprétation déterminante de cette législation par la Cour d'appel du Circuit fédéral ont pour effet cumulé de prescrire une application de l'article 1677 5) F) qui sera incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'Accord SMC puisqu'il interdit à l'autorité concernée d'adopter une règle générale selon laquelle dans toutes les situations dans lesquelles les privatisations ont été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage résultant des contributions financières antérieures (ou du subventionnement) accordées au producteur d'État ne continue à revenir au producteur privatisé,

même si le libellé de l'article 1677 5) F) à lui seul ne prescrirait pas une violation de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC.⁴¹⁰

7.158 Comme il est constaté que l'article 1677 5) F) est incompatible avec l'Accord SMC, les États-Unis n'ont pas assuré la conformité avec l'Accord SMC comme cela est requis à l'article 32.5 de l'Accord SMC et à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Le Groupe spécial conclut qu'en maintenant ces lois, réglementations et pratiques incompatibles avec les règles de l'OMC, les États-Unis agissent aussi d'une manière incompatible avec l'article 32.5 de l'Accord SMC et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

VIII. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

8.1 En conséquence, conformément aux constatations exposées plus haut, le Groupe spécial conclut ce qui suit:

- a) Les six déterminations dans les enquêtes initiales, fondées sur la méthode "gamma", sont incompatibles avec l'Accord SMC, car le Département du commerce n'a pas examiné si les privatisations avaient été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande; les États-Unis n'ont donc pas déterminé si le nouveau producteur privatisé retirait un avantage quelconque des contributions financières antérieures qui avaient été accordées aux producteurs d'État. En omettant de déterminer l'existence d'un avantage avant d'imposer des droits compensateurs, les États-Unis ont violé les articles 14 et 19.1 et 19.4 de l'Accord SMC, qui interdisent l'imposition de droits compensateurs lorsqu'il n'y a pas eu subventionnement ou de droits compensateurs dépassant tout subventionnement existant. Étant donné que les États-Unis ont imposé des droits compensateurs qui sont incompatibles avec les articles 14 et 19.1 et 19.4, ils ont aussi violé l'article 10, qui dispose que les droits compensateurs doivent être imposés d'une manière compatible avec l'Accord SMC.

En conséquence, les ordonnances en matière de droits compensateurs concernant les produits suivants:

- *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France (C-427-815) (cas n° 1);*
- *Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France (C-427-817) (cas n° 2);*
- *Certains fils machine en acier inoxydable, en provenance de l'Italie (C-475-821) (cas n° 3);*
- *Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie (C-475-823) (cas n° 4);*

⁴¹⁰ Nous voudrions rappeler que nos conclusions et constatations se limitent aux cas de privatisations complètes, assorties de contrepartie et effectuées à la juste valeur marchande, et que nous n'avons pas examiné la question plus générale de savoir si toute aliénation d'entreprise fait naître l'obligation de réexaminer les conditions d'application de l'Accord SMC à l'égard du (des) nouveau(x) propriétaire(s). Nous notons que l'article 1677 5) F) traite de toutes les aliénations d'entreprise en ce sens et qu'il vise donc aussi les situations autres que celles qui comportent une privatisation complète telles que celles sur lesquelles porte le présent rapport du Groupe spécial.

- *Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie* (C-427-825) (cas n° 5);
- *Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie* (C-475-827) (cas n° 6);

sont incompatibles avec les articles 10, 14, et 19.1 et 19.4 de l'Accord SMC.

- b) Les deux déterminations établies dans le contexte des réexamens administratifs et fondées sur la méthode "gamma" (cas n° 7) et sur la méthode de la "même personne" (cas n° 12) sont incompatibles avec l'Accord SMC car le Département du commerce n'a pas examiné si la privatisation qui avait eu lieu après l'imposition initiale des droits compensateurs avait été effectuée dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande; ainsi, les États-Unis n'ont pas déterminé si les producteurs privatisés tiraient un avantage quelconque des contributions financières accordées antérieurement aux producteurs d'État. En omettant de déterminer, avant de décider de maintenir des droits compensateurs, qu'un avantage continuait d'exister, les États-Unis ont violé les articles 14, 19.4, et 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC, qui interdisent à un Membre de maintenir, à la suite d'un réexamen administratif, des droits compensateurs lorsqu'il n'a pas été déterminé que le subventionnement subsistait et que des droits compensateurs restaient donc nécessaires. Étant donné que les États-Unis ont maintenu des droits compensateurs qui sont incompatibles avec les articles 14, 19.4, et 21.1 et 21.2, ils ont aussi violé l'article 10, qui dispose que les droits compensateurs doivent être imposés et donc maintenus d'une manière compatible avec l'Accord SMC.

En conséquence, les ordonnances en matière de droits compensateurs concernant les

- *Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la Suède* (C-401-804) (cas n° 7) et
- *Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie* (C-475-812) (cas n° 12).

sont incompatibles avec les articles 10, 14, 19.4, et 21.1 et 21.2 de l'Accord SMC.

- c) Les quatre déterminations établies dans le contexte des réexamens à l'extinction et fondées sur la méthode "gamma" sont incompatibles avec l'Accord SMC, car le Département du commerce n'a pas examiné si les privatisations, qui avaient eu lieu après l'imposition initiale des droits compensateurs, avaient été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande. Ainsi, les États-Unis n'ont pas déterminé si les producteurs privatisés tiraient un avantage quelconque des contributions financières accordées antérieurement aux producteurs d'État. En omettant de déterminer, avant de décider de maintenir des droits compensateurs, la probabilité qu'un subventionnement subsisterait ou se reproduirait, les États-Unis ont violé les articles 14, 19.4, et 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC, qui interdisent aux Membres de maintenir, à la suite d'un réexamen à l'extinction, des droits compensateurs lorsqu'il n'a pas été déterminé que le subventionnement serait susceptible de subsister ou de se reproduire et que des droits compensateurs restaient donc nécessaires. Étant donné que les États-Unis ont maintenu des droits compensateurs qui sont incompatibles avec les articles 14, 19.4, et 21.1 et 21.3, ils ont aussi violé l'article 10, qui dispose que les droits compensateurs doivent être imposés ou maintenus d'une manière compatible avec l'Accord SMC.

En conséquence, les ordonnances en matière de droits compensateurs concernant les produits suivants:

- *Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni* (C-412-815) (cas n° 8);
- *Certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France* (C-427-810) (cas n° 9);
- *Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne* (C-428-817) (cas n° 10); et
- *Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Espagne* (C-469-804) (cas n° 11)

sont incompatibles avec les articles 10, 14, 19.4, et 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC.

Par ailleurs, étant donné que les États-Unis ont admis que les privatisations dans les cas n° 8 et 10 avaient été effectuées dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, aucun avantage ne revenait aux producteurs privatisés qui provienne de la contribution financière antérieure accordée au producteur d'État. En maintenant des droits compensateurs en réponse à des subventions non récurrentes et antérieures à la privatisation, malgré l'absence de tout avantage conféré au producteur privatisé, les États-Unis ont violé les articles 10, 14, 19.4, et 21.1 et 21.3 de l'Accord SMC.

- d) Une fois qu'un Membre importateur a déterminé qu'une privatisation avait eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, il doit conclure qu'aucun avantage résultant de la contribution financière antérieure (ou du subventionnement) ne continue à revenir au producteur privatisé. Dans la mesure où l'article 1677 5) F), tel qu'il a été interprété par la Cour d'appel du Circuit fédéral et dans le SAA, exige que le Département du commerce applique une méthode suivant laquelle il n'est pas systématiquement constaté que l'avantage résultant d'une contribution financière ne revient plus au producteur privatisé du simple fait que la privatisation a eu lieu dans des conditions de pleine concurrence et à la juste valeur marchande, il empêche les États-Unis d'exercer un pouvoir discrétionnaire compatible avec les règles de l'OMC. En conséquence, l'article 1677 5) F) est incompatible avec les articles 10, 14, 19 et 21 de l'Accord SMC, tel que celui-ci a été interprété par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans leurs rapports sur l'affaire *États-Unis - Plomb et bismuth II* et par le présent Groupe spécial. Comme il est constaté que l'article 1677 5) F) est incompatible avec l'Accord SMC, les États-Unis n'ont pas assuré la conformité avec l'article 32.5 de l'Accord SMC et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, respectivement.

8.2 Aux termes de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre les avantages découlant dudit accord. Les États-Unis n'ont apporté aucun élément de preuve pour réfuter cette présomption. En conséquence, le Groupe spécial conclut que, dans la mesure où les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec les dispositions de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC, ils ont annulé ou compromis des avantages revenant aux Communautés européennes en vertu desdits accords.

8.3 Le Groupe spécial recommande que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de rendre leurs mesures conformes à leurs obligations au titre de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'OMC.

ANNEXE A

Cas n°	Produit/société	Type d'enquête/date/taux auquel le droit compensateur est imposé	Subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire (contributions effectuées avant la privatisation)	Privatisation	Méthode	État de l'affaire
1	<i>Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de la France</i> C-427-815 Usinor-Sollac	Enquête initiale 8 juin 1999 Droit compensateur: 5,38%	Prêts à caractéristiques spéciales; avances d'actionnaire; Fonds d'intervention sidérurgique (représente l'essentiel du droit compensateur imposé).	Avant juillet 1995: État français 90,2%; Offre publique: juillet 1995 Après juillet 1995: État français 9,8%, "actionnaires stables" 14% (dont 10% sont des banques ou des entités contrôlées par l'État français) Au 22 octobre 1997: État français 1% 1998: État français 0%	Méthode "gamma" NB: enquête suite à un renvoi par les tribunaux (méthode de la "même personne")	Appel devant le CIT. Jugement rendu le 4 janvier 2002, condamnant la méthode de la "même personne" (Pièce n° 29 des CE).
2	<i>Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la France</i> C-427-817 Usinor-Sollac; GTS Industries	Enquête initiale 29 décembre 1999 Droit compensateur: 5,56% (Usinor) 6,86% (GTS)	Participations au capital social suite à la conversion de prêts à caractéristiques spéciales et d'obligations du Fonds d'intervention sidérurgique en actions ordinaires, et avances d'actionnaire (représente la totalité des droits compensateurs imposés). Les subventions en question ont été accordées au groupe Usinor et attribuées au prorata à GTS (membre du groupe).	GTS avant 1992: Dillinger 10,27% Aliénation d'entreprise: 28 décembre 1992 1992-1995: GTS: Dillinger 100% Dillinger: DHS 95,3% DHS: Usinor 70% Usinor: voir supra. Avant 1996: DHS: Usinor 48,75%.	Méthode "gamma" NB: enquête suite à un renvoi par les tribunaux (méthode de la "même personne")	Appel devant le CIT. Jugement rendu le 4 janvier 2002, condamnant la méthode de la "même personne" (Pièce n° 30 des CE).
3	<i>Certains fils machine en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie</i> C-475-821 Cogne Acciai Speciali	Enquête initiale 29 juillet 1998 Droit compensateur: 22,22%	Participations au capital social de Finsider et ILVA Aide préalable à la privatisation Annulation de la dette (représente au moins 21,74 pour cent du taux de droit compensateur).	Début des années 90: Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI) (État italien): 100%, puis sociétés de holding contrôlées par l'IRI: Finsider S.p.A., Deltasider S.p.A. ou ILVA S.p.A. 31 décembre 1992: création de CAS CAS: 100% Cogne S.p.A., également société d'État. 27 décembre 1993: CAS: 100% GE.VAL. S.p.A.	Méthode "gamma"	Détermination finale 7 janvier 1998

Cas n°	Produit/société	Type d'enquête/date/taux auquel le droit compensateur est imposé	Subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire (contributions effectuées avant la privatisation)	Privatisation	Méthode	État de l'affaire
4	<i>Tôles en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie</i> C-475-823 Acciai Speciali Terni	Enquête initiale 31 mars 1999 Droit compensateur: 15,16%	Participations au capital social de Terni, TAS et ILVA Avantages découlant de la restructuration de Finsider en 1988-1990 Annulation de la dette d'ILVA en faveur d'AST (représente au moins 13,42 pour cent du taux de droit compensateur)	Septembre 1993: La division des aciers spéciaux d'ILVA est séparée pour créer Acciai Speciali Terni (AST), d'abord en tant que société à responsabilité limitée, puis en tant que société par actions. AST: 100% IRI 14 juillet 1994: AST: 100% KAI (société de holding d'un consortium d'investisseurs privés)	Méthode "gamma" NB: enquête suite à un renvoi par les tribunaux (méthode de la " <i>même personne</i> ")	Appel devant le CIT. Jugement rendu le 1 ^{er} février 2002, condamnant la méthode de la "même personne" (Pièce n° 31 des CE).
5	<i>Tôles et bandes en acier inoxydable, en rouleaux, en provenance de l'Italie</i> C-475-825 Acciai Speciali Terni	Enquête initiale 8 juin 1999 Droit compensateur: 12,22%	Voir supra (représente 10,49 pour cent du taux de droit compensateur)	Voir supra	Méthode "gamma"	Appel devant le CIT (suspendu en attendant la conclusion de l'appel dans le cas n° 4)
6	<i>Certaines tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de l'Italie</i> C-475-827 ILVA	Enquête initiale 29 décembre 1999 Droit compensateur: 26,12%	Participations au capital social de Nuova Italsider et de (l'ancienne) ILVA Annulation de la dette Dotations en capital en faveur de Nuova Italsider au titre de la Loi n° 675/77 (représente 22,68 pour cent du taux de droit compensateur)	Septembre 1993: La division des produits plats en acier au carbone de (l'ancienne) ILVA est séparée pour créer Laminati Piani (ILP), constituée en société par actions (S.p.A.). ILP: 100% IRI Mars 1995: privatisation ILP: 100% Riva Acciaio S.p.A. janvier 1997 : ILP renommée ILVA (nouvelle).	Méthode "gamma" NB: enquête suite à un renvoi par les tribunaux (méthode de la " <i>même personne</i> ")	Appel devant le CIT

Cas n°	Produit/société	Type d'enquête/date/taux auquel le droit compensateur est imposé	Subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire (contributions effectuées avant la privatisation)	Privatisation	Méthode	État de l'affaire
7	<i>Tôles en acier au carbone, coupées à longueur, en provenance de la Suède</i> C-401-804 SSAB Svetskt Stal	Réexamen administratif 7 avril 1997 Droit compensateur: 1,91%	Participations au capital social: 0,51% <i>ad valorem</i> Prêts à l'ajustement structurel: 0,26% <i>ad valorem</i> Annulation des prêts à la reconstruction: 1,14% <i>ad valorem</i> Imposition d'un droit compensateur au taux de 1,91 pour cent <i>ad valorem</i> le 7 avril 1997	SSAB privatisée en trois étapes: Avant la privatisation: SSAB: 100% État suédois Étape 1: 1987 SSAB: 66% État suédois. L'État suédois vend un tiers de ses parts à un consortium d'investisseurs internationaux. Étape 2: 1989 SSAB: 47,8% État suédois. L'État suédois et les investisseurs vendent une partie des parts qui leur restent. Peu après les actions de SSAB sont introduites en Bourse. Étape 3: 1992 L'État suédois lance des obligations assorties d'options d'achat sur le reste des parts qu'il détient encore. En février 1994 , toutes les options avaient été exercées. SSAB est désormais détenue par plus de 30 000 petits porteurs.	Méthode "gamma"	Détermination finale le 7 avril 1997 jamais contestée devant les tribunaux des États-Unis
8	<i>Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance du Royaume-Uni</i> C-412-815 British Steel plc	Réexamen à l'extinction 7 avril 2000 Droit compensateur: 12,00% (droit initial imposé en 1993)	Participations de l'État au capital social Annulation de la dette à l'égard du NLF (représente l'essentiel du taux de droit compensateur)	Avant 1988, British Steel Corporation (BSC), sans actions, appartient à 100% à l'État britannique. 26 juillet 1988: une société publique par actions, nommée British Steel plc (BS plc) est constituée. L'État britannique détient 100% des actions. 23 novembre 1988: offre publique de 2 milliards d'actions ordinaires	Méthode "gamma"	Détermination finale le 7 avril 2000
9	<i>Certains produits plats en acier au carbone résistant à la corrosion, en provenance de la France</i> C-427-810 Usinor	Réexamen à l'extinction 6 avril 2000 Droit compensateur: 15,13% (droit initial imposé en 1993)	Participations au capital social suite à la conversion de prêts à caractéristiques spéciales et d'obligations du Fonds d'intervention sidérurgique en actions ordinaires; avances d'actionnaire (représente l'essentiel du taux de droit compensateur)	Voir <i>supra</i> l'historique d'Usinor.	Méthode "gamma"	Détermination finale le 7 avril 2000

Cas n°	Produit/société	Type d'enquête/date/taux auquel le droit compensateur est imposé	Subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire (contributions effectuées avant la privatisation)	Privatisation	Méthode	État de l'affaire
10	<i>Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Allemagne</i> C-428-817 Dillinger Huttenwerke Saarstahl	Réexamen à l'extinction 2 août 2000 Droit compensateur: 14,84% (droit initial imposé en 1993)	Aides destinées à l'amélioration des structures Subventions sous forme d'allègement de dette accordé à DHS liées à sa création en 1989 (représente la totalité du taux de droit compensateur)	Avant 1989: Saarstahl Völklingen GmbH: détenue à 76% par le gouvernement de la Sarre (un land allemand) et à 24% par Arbed-Finanz Deutschland GmbH, filiale d'Arbed Luxembourg 15 juin 1989: fusion de Saarstahl Völklingen GmbH et de Dillinger (appartenant à Usinor Sacilor) dans une société de holding (DHS). Après la fusion, DHS: 70% Usinor Sacilor, 27,5% gouvernement de la Sarre, 2,5 % Arbed. Le 30 juin 1989, DHS transfère les actifs et passifs de l'ancienne Saarstahl Völklingen GmbH à la filiale nouvellement créée, Saarstahl. DHS devient ainsi une société de holding avec deux filiales d'exploitation, Saarstahl and Dillinger. 1993: DHS vend sa participation de 100% dans le capital de Saarstahl au gouvernement de la Sarre. 1997: le gouvernement de la Sarre transfère la majorité de ses parts de Saarstahl à des tierces parties conformément à un plan de réorganisation.	Méthode " <i>gamma</i> " dans l'enquête initiale	Appel devant le CIT. Jugement rendu le 28 février 2002, constatant que divers aspects de la pratique du Département du commerce en matière de réexamens à l'extinction sont incompatibles avec la législation des États-Unis (Pièce n° 34 des CE).

Cas n°	Produit/société	Type d'enquête/date/taux auquel le droit compensateur est imposé	Subventions alléguées pouvant donner lieu à une mesure compensatoire (contributions effectuées avant la privatisation)	Privatisation	Méthode	État de l'affaire
11	<i>Tôles en acier au carbone coupées à longueur, en provenance de l'Espagne</i> C-469-804 Aceralia	Réexamen à l'extinction 7 avril 2000 Droit compensateur: 36,86% (droit initial imposé en 1993)	Loi n° 60/78 (prêts et participations au capital) Décret royal n° 878/81 (prêts, dons et participations au capital) 1984: réunion du Conseil des ministres (participations au capital, garanties de prêts et dons) 1987: Commission déléguée du gouvernement pour les affaires économiques (prêts, dons et prestations de retraite) (représente l'essentiel du droit compensateur)	Privatisation en trois étapes: CSI – Corporación Siderúrgica (prédécesseur d'Aceralia) Phase un: Arbed achète 35% des parts et devient le " <i>partenaire technologique</i> " (1 ^{er} août 1997). Phase deux: Corporación JM Aristrain achète 11% des parts et Gestamp SL en achète 1%; ces deux sociétés deviennent " <i>partenaires de soutien</i> " (17 octobre 1997). Phase trois: les parts restantes sont vendues par souscription internationale ouverte aux investisseurs privés (mars 1998).	Méthode "gamma"	Le Département du commerce a publié sa détermination finale le 7 avril 2000.
12	<i>Aciers dits "magnétiques" à grains orientés, en provenance de l'Italie</i> C-475-812 Acciai Speciali Terni	Réexamen administratif 7 juillet 2000 Droit compensateur: 14,25% Réexamen à l'extinction 1 ^{er} novembre 2000 Droit compensateur: maintien du droit compensateur initial imposé en 1994	Participations au capital social de Terni, TAS et ILVA Avantages découlant de la restructuration de Finsider en 1988-1990 Annulation de la dette d'ILVA en faveur d'AST Prestations de retraite versées avant la privatisation au titre de la Loi n° 451/94 à ILVA Residua (représente 11,50 pour cent du droit compensateur)	Acciai Speciali Terni privatisée en décembre 1994 (voir cas n° 4 <i>supra.</i>)	Méthode de la "même personne"	En appel devant le CIT