

LA  
JURISPRUDENCE  
DE L'OMC

THE  
CASE-LAW  
OF THE WTO

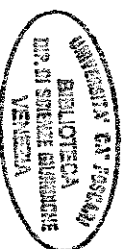
1999-1

*Sous la direction de  
Edited by*

Brigitte Stern

Hélène Ruiz Fabri

MARTINUS NIJHOFF PUBLISHERS  
LEIDEN/BOSTON



## FOREWORD / DIRECTIONS FOR USE

Readers who now have Volume Four of this collection before them are perhaps already familiar with the books in this series on the case law of the WTO. For more complete instructions on how to use these books, you may wish to refer to the preface of the first volume.

However, it is worth recalling the main choices that were made in launching this collection.

The first was the desire to adopt a dual approach to each case: neutral and objective on the one hand, with the aim of giving as complete an account as possible of the reasoning of the dispute resolution mechanism, including numerous quotes (in *italics* when they are extracted from the case in question) in order to guarantee as close as possible an account of the decisions themselves, making these books effective working tools; and subjective and critical on the other hand, judging the reasoning adopted and placing it in a perspective of global evolution, either approving or criticizing them. These two approaches are clearly distinguished, in order to guarantee the rigor of the works (the critical approach being presented under the heading "Observations", which is a sort of free expression area for authors.

Then there was the desire to associate as wide a range of authors as possible: professors and doctorate students, researchers and French and English speaking practitioners.

Finally, the choice of a bilingual approach was intended to provide access to the reflections contained in these volumes to as wide a public as possible.

The two editors of this book hope that these characteristics respond to the expectations of readers.

Brigitte Stern

*Professor at the University of Paris I  
Panthéon Sorbonne  
Directrice of the CERDIN Paris I*

Hélène Ruiz Fabri

*Professor at the University of Paris I  
Panthéon Sorbonne  
Member of Institut universitaire de  
France*

## PRÉFACE / MODE D'EMPLOI

Les personnes qui ont entre les mains le volume 4 de cette collection sont déjà peut-être familières des ouvrages de cette série sur la jurisprudence de l'OMC. Pour une présentation plus complète du mode d'emploi de ces ouvrages, il est renvoyé à la « Préface/Mode d'emploi » du premier volume.

Il y a tout de même lieu de rappeler ici quelques choix forts qui président à cette collection.

Il y a tout d'abord la volonté d'aborder chaque affaire selon une double approche : l'une neutre et objective, dont le but est de rendre compte aussi fidèlement que possible des raisonnements des organes du MRD, avec de nombreuses citations – en *italiques* lorsqu'elles sont extraites de l'affaire commentée – pour garantir la fidélité aux décisions prises et faire de ces ouvrages des outils de travail efficaces ; l'autre subjective et critique, mettant en jugement les raisonnements adoptés, les replaçant dans une perspective d'évolution globale, les approuvant ou les critiquant. Ces deux approches sont clairement distinguées, afin de garantir à ce travail toute sa rigueur – l'approche critique étant présentée sous la rubrique « Observations », qui constitue un espace de libre parole pour les auteurs.

Il y a ensuite la volonté d'associer des auteurs très divers, professeurs et doctorants, chercheurs et praticiens francophones et anglophones.

Et en dernier lieu, il y a le choix d'ouvrages bilingues qui permet l'accès des réflexions contenues dans ces ouvrages au plus grand nombre.

Les deux éditeurs de cet ouvrage espèrent que ces caractéristiques permettent de répondre aux attentes des lecteurs.

Brigitte Stern

*Professeuse à l'Université Paris I  
Panthéon Sorbonne  
Directrice du CERDIN de Paris I*

Hélène Ruiz Fabri

*Professeuse à l'Université Paris I  
Panthéon Sorbonne  
Membre de l'Institut universitaire de  
France*

## TABLE OF CONTENTS

	Pages
Foreword .....	vii
DS99 <i>United States – Anti-Dumping Duty on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) of one Megabit or above from Korea</i> by Geneviève Burdeau .....	1
DS75-84 <i>Korea – Taxes on Alcoholic Beverages</i> by Sandrine Maljean-Dubois .....	13
DS76 <i>Japan – Measures Affecting Agricultural Products</i> by Vincent Tomkiewicz .....	39
DS70 <i>Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft</i> by Stanimir A. Alexandrov and Todd J. Friedbacher .....	69
DS126 <i>Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather</i> by Fabrizio Marrella .....	139
DS46 <i>Brazil – Export Financing Programme for Aircraft</i> by Stanimir A. Alexandrov and Todd J. Friedbacher .....	179
Table of cases .....	271
Index .....	273
Presentation of contributors .....	283
Abbreviations .....	285

## TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Préface .....	
DS99 <i>États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée</i> par Geneviève Burdeau .....	
DS75-84 <i>Corée – Taxes sur les boissons alcooliques</i> par Sandrine Maljean-Dubois .....	
DS76 <i>Japon – Mesures visant les produits agricoles</i> par Vincent Tomkiewicz .....	
DS70 <i>Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils</i> par Stanimir A. Alexandrov et Todd J. Friedbacher .....	
DS126 <i>Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles</i> par Fabrizio Marrella .....	
DS46 <i>Bésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs</i> par Stanimir A. Alexandrov et Todd J. Friedbacher .....	
Tableau récapitulatif des affaires .....	
Index .....	
Présentation des contributeurs .....	
Abbréviations .....	

**AUSTRALIA – SUBSIDIES  
PROVIDED TO PRODUCERS  
AND EXPORTERS OF AUTOMOTIVE  
LEATHER**

*by*

**Fabrizio Marrella**

**Professor of International Law and International Trade Law, Venice International University and the Cà Foscari University of Venice. Lecturer and Member of the Board of Directors of the European Interuniversity Center for Human Rights and Democratization (EIUC). Doctor of Law, University of Paris I Panthéon Sorbonne, Graduate of the Hague Academy of International Law**

**AUSTRALIE – SUBVENTIONS  
ACCORDÉES AUX PRODUCTEURS  
ET EXPORTATEURS DE CUIR POUR  
AUTOMOBILES**

*par*

**Fabrizio Marrella**

**Professeur de droit international et de droit du commerce international, Université internationale de Venise et Université Cà Foscari de Venise. Enseignant et membre du Conseil d'Administration du Centre interuniversitaire européen pour les droits de l'homme et la démocratisation (EIUC). Docteur en droit de l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, Diplômé de l'Académie de droit international de La Haye**

## SYNOPSIS

This was one of the first cases to concern the application of the SCM Agreement. The Australian government had concluded two separate agreements – a grant contract and a loan contract – with an automotive leather exporter. The *grant contract* provided for a series of three payments totalling up to a maximum of A\$30 million, based on the company's performance against the targets set out in the contract. The performance targets consisted of sales targets and capital expenditure targets. The *loan contract* provided for a fifteen-year \$A25 million government loan on concessionary (non-market) terms. During the first five years, the beneficiary was not required to pay either principal or interest. Several issues were raised before the Panel. First of all, the Panel was requested to give a preliminary ruling on its own competence and on the nature of the evidence that could be presented. On the merits, the Panel had to clarify and apply the notion of "subsidy in fact". During the stage in which the measure had to be brought into conformity, the Panel addressed the question of the possible "retrospective effect" of repayment of the prohibited subsidy.

## Official sources

Panel Report: *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WT/DS126/R, 25 May 1999, 117 pp.

Panel Report: *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, WT/DS126/RW, 21 January 2000, 140 pp.<sup>1</sup>

## Parties

## Parties before the Panel

Complainant: United States.

Defendant: Australia.

Third parties: none.

<sup>1</sup> See WT/DS126/RW/Corr.1, 2 February 2000.

## SYNOPSIS ET REFERENCES DE L'AFFAIRE

Il s'agit d'une des premières affaires sur l'application de l'Accord SMC. Le gouvernement australien a conclu avec une société exportatrice de cuir pour automobiles deux accords séparés : un contrat de don et un contrat de prêt. Le *contrat de don* prévoit une série de trois versements pouvant atteindre, au total, 30 millions de dollars australiens au maximum, et ce, en fonction des résultats de vente obtenus par la société commerciale au regard des objectifs fixés dans le contrat. Les objectifs de résultat se composent d'objectifs en matière de ventes et d'objectifs en matière de dépenses d'équipement. Le *contrat de prêt* prévoit l'octroi d'un prêt préférentiel de la part de l'Etat australien (à des conditions différentes du marché) de 25 millions de dollars australiens pour une durée de 15 ans. Pendant les cinq premières années, la société bénéficiaire n'est tenue ni de rembourser le capital, ni de payer les intérêts. Plusieurs questions sont portées devant le Groupe spécial. En préliminaire, l'on demande au Groupe spécial de se prononcer au regard de sa compétence ainsi que sur la nature des preuves qui lui peuvent être présentées. Sur le fond, le Groupe spécial doit mettre en oeuvre la notion de « subvention de fait » et la préciser. Dans la phase de mise en conformité, le Groupe spécial aborde la question de l'éventuel « effet rétroactif » du remboursement de la subvention prohibée.

## Mode officiel de citation

Rapport du Groupe spécial : *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, WT/DS126/R, 25 mai 1999, 129 p.

Rapport du Groupe spécial : *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Recours des Etats-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS126/RW, 21 janvier 2000, 155 p.<sup>1</sup>

## Parties

## Parties devant le Groupe spécial

Plaignant : Etats-Unis.

Défendeur : Australie.

Tierces parties : aucune.

<sup>1</sup> Cf. WT/DS126/RW/Corr.1, 2 février 2000.

**Parties before the Panel (Art. 21.5)**

Complainant: United States.

Defendant: Australia.

Third parties: European Communities, Mexico.

**Composition of the Panel**

Chairman: H.E. Mme Carmen Luz Guarda; Members: Jean-François Bellis; Wieslaw Karsz.

**Bibliography**H. Ruiz Fabri, "Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce", *JDI*, 2000, No. 3, pp. 605-645.G. Goh, A. Ziegler, "Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather", *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No. 3, 2003, pp. 545-564.**Areas affected by the decision****Procedure**

Problem of the simultaneous existence of several panels – Limitation on evidence and arguments –

Confidentiality of business information

**Substance**

Distinction between export subsidies "in law" and "in fact" – Retrospectivity of subsidy withdrawal.

**Relevant articles**

Articles 1, 3.1 and 4.2 of the SCM Agreement – Articles 4, 19, 21.5 of the DSU – Articles 1, 3.1(a), 4, 4.07 of the SCM Agreement.

**Parties devant le Groupe spécial (Art. 21:5)**

Plaignant : Etats-Unis.

Défendeur : Australie.

Tierces parties : Communautés Européennes, Mexique.

**Composition du Groupe spécial**

Présidente : S.E. Mme Carmen Luz Guarda ; Membres : M. Jean-François Bellis ; M. Wieslaw Karsz.

**Références bibliographiques**H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *JDI*, n° 3, 2000, pp. 605-645.G. Goh, A. Ziegler, « Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather », *Journal of international economic law*, 2003, vol. 6, n° 3, pp. 545-564.**Domaines concernés par la décision****Procédure**

Problème de l'existence simultanée de plusieurs groupes spéciaux – Limitations concernant les éléments de preuve et les arguments – Confidentialité des renseignements d'entreprise

**Fond**

Distinction des subventions à l'exportation « en droit » ou « en fait » – Rétroactivité du retrait de la subvention.

**Articles pertinents**

Articles 1, 3.1, 4.2 de l'Accord SMC – Articles 4, 19, 21:5 du Mémoire d'opposition – Articles 1, 3:1.a, 4, 4:07 de l'Accord de SMC

## PART ONE: THE INITIAL PHASE

## I. SUMMARY OF THE FACTS

This dispute concerns certain financial assistance provided by the Australian Government to the only automotive leather producer and exporter in Australia, namely, Howe and Company Proprietary Ltd. (“Howe”).

Following upon a claim under Section 301 of the 1974 Trade Act by the domestic leather industry, on 7 October 1996 the United States requested consultations with Australia concerning subsidies available to leather under the Import Credit Scheme for textiles, clothing and footwear<sup>2</sup> (the “ICS”) and any other subsidies for leather granted or maintained in Australia which were prohibited under Article 3 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (the “SCM Agreement”).<sup>3</sup>

After these consultations, on 24 November 1996, the United States and Australia reached a settlement. This mutually agreed solution was announced on 25 November 1996 and duly notified to the DSB and the relevant Committee in accordance with Article 3.6 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (the “DSU”).

Under the terms of the settlement, the government of Australia would exclude automotive leather from eligibility under the ICS, as well as under the Export Facilitation Scheme for Automotive Products (the “EFS”), by 1 April 1997.<sup>4</sup>

At the same time, the Australian government announced its intention to provide Howe with financial assistance to help it maintain its commercial viability in the light of the settlement reached between Australia and the United States.

Accordingly, in March 1997, the Australian government signed two separate contracts with Howe and its parent company, Australian Leather Holdings Ltd. (“ALH”): a grant contract and a loan contract:

<sup>2</sup> The ICS came into effect on 1 July 1991 and remained in effect until 30 June 2000. Under this programme, exporters of eligible textile, clothing and footwear products could earn import credits that could be used to reduce the import duties payable on eligible textiles, clothing and footwear items by up to the value of the credits held. Exporters were not required to use their credits as offsets against import duties but could transfer them to another holder in exchange for a cash payment. See Panel Report WT/DS126/R, footnote 7.

<sup>3</sup> WT/DS57/1, G/SCM/D/7/1, 9 October 1996.

<sup>4</sup> The EFS was introduced in 1991 and remained in force through 31 December 2000. It allowed Australian manufacturers to earn A\$1 of export credit for every dollar of eligible exports of covered automotive items.

## PREMIERE PARTIE : LA PHASE INITIALE

## I. RAPPEL DES FAITS À L'ORIGINE DU DIFFÉREND

Le présent différend concerne certaines aides financières accordées par le gouvernement australien au seul producteur et exportateur de cuir pour automobiles en Australie, c'est-à-dire Howe and Company Proprietary Ltd. (« Howe »).

Suite à la réclamation d'après la Section 301 du Trade Act du 1974 par la branche de production nationale de cuir, le 7 octobre 1996, les Etats-Unis ont demandé l'ouverture des consultations avec l'Australie au sujet de subventions applicables au cuir dans le cadre du Programme de crédits à l'importation pour les textiles, vêtements et chaussures<sup>2</sup> (l'« ICS ») ainsi que de toutes autres subventions prohibées en faveur du cuir, accordées ou maintenues en Australie en vertu de l'article 3 de l'Accord SMC<sup>3</sup>.

Après les consultations, les Etats-Unis et l'Australie sont parvenus à un règlement le 24 novembre 1996. Cette solution convenue d'un commun accord a été annoncée le 25 novembre 1996 et a été dûment notifiée à l'ORD et au Comité pertinent au sens de l'article 3:6 du Mémoire d'accord.

Le règlement prévoyait que le gouvernement australien exclurait, à partir du 1<sup>er</sup> avril 1997, le cuir pour automobiles du champ d'application de l'ICS, ainsi que du Programme de facilitation des exportations pour le secteur automobile (l'« EFS »)<sup>4</sup>.

En même temps, le gouvernement australien a annoncé qu'il s'engageait à fournir une assistance financière à Howe pour l'aider à maintenir sa viabilité commerciale compte tenu du règlement intervenu entre l'Australie et les Etats-Unis.

En mars 1997, le gouvernement australien a, donc, conclu avec Howe et sa société mère, Australian Leather Holdings Ltd. (« ALH ») deux accords séparés : un contrat de don et un contrat de prêt :

<sup>2</sup> L'ICS est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1991 et le restera jusqu'au 30 juin 2000. Dans le cadre de ce programme, les exportateurs de textiles, de vêtements et de chaussures admissibles peuvent obtenir des crédits à l'importation qui peuvent être utilisés pour réduire, d'un montant maximum égal à la valeur des crédits détenus, les droits d'importation dus au titre de textiles, vêtements et chaussures admissibles. Les exportateurs ne sont pas tenus d'utiliser leurs crédits en déduction des droits d'importation qu'ils doivent acquitter, mais peuvent les transférer à un autre détenteur contre paiement. Voir Rapport du Groupe spécial WT/DS126/R, note 1.

<sup>3</sup> WT/DS57/1, G/SCM/D/7/1, 9 octobre 1996.

<sup>4</sup> L'EFS a été mis en oeuvre en 1991 et restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000. Il permettait aux fabricants australiens d'obtenir 1 dollar australien de crédit à l'exportation pour chaque dollar d'exportations admissibles d'articles automobiles visés par le programme.

- (a) the grant contract provided for a series of three grant payments totalling up to a maximum of A\$30 million, based on Howe's performance against the performance targets set out in the contract. The performance targets consisted of sales and capital expenditure targets. Under the terms of the contract, Howe was required to use its best endeavours to achieve the performance targets and to provide the Australian government with reports on its sales and capital expenditure. The last payment was scheduled for July 1998;
- (b) the loan contract provided for a fifteen-year loan of SA25 million by the government of Australia to Howe and its parent company, ALH. During the first five years, Howe was not required to pay principal or interest. For the next ten years, interest on the loan was to be based on the rate for Australian Commonwealth Bonds plus two percentage points. The loan was secured by a second lien on the assets and undertakings of ALH.

On 10 November 1997, the United States requested consultations regarding allegedly prohibited subsidies provided to Australian producers and exporters of automotive leather, including the subsidies provided to Howe.<sup>5</sup> Consultations held between the United States and Australia on 16 December 1997 failed to resolve the dispute. Therefore, at the request of the United States, at its meeting of 22 January 1998 the Dispute Settlement Body (the "DSB") established a panel in accordance with Article 4.4 of the SCM Agreement and Article 6 of the DSU. However, that panel was never composed.

On 4 May 1998, the United States again requested consultations with Australia on the same subject<sup>6</sup> and, on 11 June 1998, it requested the immediate establishment of a panel which was established on 22 June 1998 with standard terms of reference. The present report was the result of the activities of that panel.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> WT/DS106/1, G/SCM/D17/1, 17 November 1997.

<sup>6</sup> WT/DS126/1, G/SCM/D20/1, 8 May 1998.

<sup>7</sup> The Panel met with the parties on 9-10 December 1998 and on 13-14 January 1999. Its interim report was submitted on 8 March; the parties then submitted written requests for review, and the Panel submitted its final report on 23 March 1999.

- a) le contrat de don prévoyait une série de trois versements pouvant atteindre, au total, 30 millions de dollars australiens au maximum, et ce, en fonction des résultats de vente obtenus par Howe au regard des objectifs fixés dans le contrat. Les objectifs de résultat se composaient d'objectifs en matière de ventes et d'objectifs en matière de dépenses d'équipement. Aux termes du contrat, Howe devait faire l'effort maximal pour atteindre ces objectifs et communiquer au gouvernement australien des rapports indiquant ses ventes et dépenses d'équipement. Le dernier versement était prévu en juillet 1998 ;
- b) Le contrat de prêt prévoyait l'octroi d'un prêt de 25 millions de dollars australiens à Howe et sa société mère, ALH, par le gouvernement australien, pour une durée de 15 ans. Pendant les cinq premières années, Howe n'était tenue ni de rembourser le capital, ni de payer les intérêts. Les dix années suivantes, le prêt devait porter intérêt à un taux égal au taux des obligations du Commonwealth australien, majoré de deux points de pourcentage. Le prêt était garanti par un privilège de second rang sur les actifs et les opérations de ALH.

Le 10 novembre 1997, les Etats-Unis ont demandé l'ouverture de consultations au sujet de subventions prétendument prohibées accordées aux producteurs et exportateurs australiens de cuir pour automobiles y compris des subventions accordées à Howe<sup>5</sup>. Les consultations tenues entre les Etats-Unis et l'Australie le 16 décembre 1997 n'ont pas permis de résoudre le différend. Ainsi, suite à la demande présentée par les Etats-Unis, l'ORD, à sa réunion du 22 janvier 1998, a établi un groupe spécial conformément à l'article 4:4 de l'Accord SMC et à l'article 6 du Mé-morandum d'accord. Toutefois, la composition de ce groupe spécial n'a jamais été arrêtée.

Le 4 mai 1998, les Etats-Unis ont à nouveau demandé l'ouverture de consultations avec l'Australie au même sujet<sup>6</sup> et, le 11 juin 1998, ils ont demandé l'établissement immédiat d'un groupe spécial qui a été établi le 22 juin 1998 et doté du mandat type. Le présent rapport est le résultat de l'activité du dit groupe spécial<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> WT/DS106/1, G/SCM/D17/1, 17 novembre 1997.

<sup>6</sup> WT/DS126/1, G/SCM/D20/1, 8 mai 1998.

<sup>7</sup> Le Groupe spécial a tenu des réunions avec les parties les 9 et 10 décembre 1998, et les 13 et 14 janvier 1999. Le rapport intérimaire a été présenté le 8 mars ; s'en est suivie une demande de réexamen par les parties pour finalement aboutir au rapport final le 23 mars 1999.



## II. CLAIMS OF THE PARTIES BEFORE THE PANEL

The claims can be divided into two parts: the first concerns the preliminary issues and requests for preliminary rulings (1), and the second the merits of the case, that is to say, the notion of subsidy (2).

### 1. Preliminary issues and requests for preliminary rulings

In their first written submissions, both the United States and Australia requested preliminary rulings.

The arguments put forward concerned the documents to be produced by Australia (1); the establishment of the Panel (2); the disclosure obligations under Article 4 of the SCM Agreement (3); and the admissibility of evidence (4).

#### *Australia to produce all the relevant documents, including those of the Howe company*

The United States asked the Panel to order Australia to produce, by 30 November 1998, authentic copies of certain documents.

These documents included: the contracts relating to the grant and loan made to Howe, the report prepared by the accounting firm commissioned by the Australian government and used in devising the replacement package, the financial statements of Howe (or related corporate entities) since 1989, its internal strategic plans since 1995; any correspondence between the Australian government and Howe; Howe's annual reports and any analysis or forecast of the Australian automotive leather market.

The United States also indicated that it was prepared to agree to appropriate procedures to ensure the confidentiality of the documents produced.

Australia responded that the obligation was upon the complainant, *i.e.*, the United States, to come forward with the facts on which its case was based and show that there had been a breach of the rules. It therefore considered that it was under no obligation to provide the information requested by the United States.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Eventually, at the Panel's first substantive meeting with the parties, Australia agreed to provide redacted versions of the grant and loan contracts, from which the figures that constituted business

## II. OBJET DES DEMANDES DES PARTIES

Les demandes se divisaient en deux parties : la première concernant les questions préliminaires et demandes de décisions préjudicielles (1), la seconde concernant le fond, c'est-à-dire la notion de subvention (2).

### 1. Questions préliminaires et décisions préjudicielles

Les Etats-Unis et l'Australie ont formulé des demandes de décisions préjudicielles dans leurs premières communications.

Les arguments présentés concernaient les documents à produire de la part de l'Australie (1) ; la compétence du Groupe spécial (2) ; les obligations de divulgation au titre de l'article 4 de l'Accord SMC (3) ainsi que la recevabilité des éléments de preuve (4).

#### *L'Australie doit produire tous les documents pertinents y compris ceux de la société Howe*

Les Etats-Unis ont demandé au Groupe spécial d'ordonner à l'Australie de produire, au plus tard le 30 novembre 1998, des copies authentiques de certains documents.

Les documents étaient, *inter alia*, les suivants : le contrat de don et de prêt à Howe, le rapport du cabinet d'experts comptables retenu par le gouvernement australien pour mettre au point l'ensemble des subventions de remplacement, les états financiers de Howe (ou de personnes morales apparentées) depuis 1989, ses plans stratégiques internes depuis 1995 ; toute correspondance entre le gouvernement australien et Howe ; les rapports annuels de Howe ainsi que toute analyse ou prévision relative au marché australien du cuir pour automobiles.

Les Etats-Unis ont aussi indiqué qu'ils étaient disposés à donner leur accord aux procédures appropriées pour garantir la confidentialité des documents produits.

En réponse, l'Australie faisait valoir qu'il incombait au plaignant, c'est-à-dire les Etats Unis, de présenter les faits sur lesquels leur demande était fondée, voire d'établir qu'il y avait eu infraction aux règles. Elle jugeait, par conséquent, n'avoir aucune obligation de fournir les renseignements demandés par les Etats-Unis.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Finalement, à la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, l'Australie a consenti à communiquer des versions « caviardées » des contrats de don et de prêt, après en avoir supprimé

### *Establishment of the Panel*

Australia asked the Panel to *terminate its work* on the grounds that it had been established inconsistently with the DSU. In particular, Australia argued that the United States did not have the right to have a second panel established, especially as it had been established against Australia's wishes.

In the event of its first request being rejected, that is to say, if the Panel refused to terminate its work, Australia asked that it requires the United States to limit itself to certain information and arguments in presenting its case, on the grounds that it had failed to fulfil its disclosure obligations under Article 4 of the SCM Agreement.

Likewise, Australia asked that facts and arguments not explicitly put forward in the consultation request should not be taken into account.

### *Disclosure obligations under Article 4 of the SCM Agreement*

Australia argued that, in its request for consultations,<sup>9</sup> the United States had failed to meet its disclosure obligations under Article 4 of the SCM Agreement which provides that: "A request for consultations under paragraph 1 shall include a statement of available evidence with regard to the existence and nature of the subsidy in question".

According to Australia, the reference to "evidence with regard to the existence and nature of the subsidy", in Article 4.2, included not only the facts but also argumentation why such facts would lead the complainant to consider that the measure in question was in breach of Article 3 of the SCM Agreement.

Moreover, the complainant should have provided a statement of available evidence *at the time of the request for consultations*.

According to Australia, the question of how much of that evidence could be developed after the request for consultations, or after the establishment, or even

confidential information had been deleted. At the same time, however, on 17 December 1998, Australia responded that the report by the accounting firm would have to remain confidential because that was a stipulation of the contract between the firm (which had accepted the commission only on this condition) and the government. Finally, on 14 January 1999, Australia ended up by providing Howe's balance sheet figures.

<sup>9</sup> WT/DS126/1.

### *La compétence du Groupe spécial*

L'Australie demandait au Groupe spécial de *mettre fin à ses travaux*, au motif que son établissement était incompatible avec le Mémorandum d'accord. En particulier, l'Australie faisait valoir que les Etats-Unis n'avaient pas le droit de faire établir un deuxième groupe spécial, d'autant plus que ce Groupe spécial avait été établi contre les vœux de l'Australie.

En cas de rejet de la première demande, c'est-à-dire si le Groupe spécial refusait de mettre fin à ses travaux, l'Australie lui demandait d'imposer aux Etats-Unis de se limiter à certains renseignements et arguments dans la présentation de leur argumentation, au motif qu'ils n'avaient pas satisfait aux obligations de divulgation qui leur incombaient en vertu de l'article 4 de l'Accord SMC.

De même, la demande de l'Australie visait à ce qu'il ne soit pas tenu compte de tous les faits et arguments non explicitement exposés dans la demande de consultations.

### *Les obligations de divulgation au titre de l'article 4 de l'Accord SMC*

L'Australie faisait valoir que les Etats-Unis n'avaient pas, dans leur demande de consultations<sup>9</sup>, satisfait aux obligations de divulgation qui leur incombaient en vertu de l'article 4 de l'Accord SMC qui dispose que : « Toute demande de consultations au titre du paragraphe 1 comportera un exposé des éléments de preuve disponibles au sujet de l'existence et de la nature de la subvention en question ».

Selon l'Australie, la référence aux « éléments de preuve [...] au sujet de l'existence et de la nature de la subvention », à l'article 4:2, visait non seulement les faits, mais aussi l'argumentation établissant pourquoi ces faits devaient conduire le plaignant à considérer que la mesure en question violait l'article 3 de l'Accord SMC.

De plus, selon l'Australie, le plaignant était tenu de fournir un exposé des éléments de preuve disponibles à l'époque de la demande de consultations.

Savoir dans quelle mesure ces éléments de preuve pouvaient être développés après la demande de consultations, ou après l'établissement du Groupe spécial,

les chiffres qui étaient des renseignements commerciaux confidentiels. En revanche, l'Australie répondait le 17 décembre 1998 que, pour ce qui était du rapport des experts comptables, il devait rester confidentiel car tel le stipulait le contrat entre le cabinet (qui avait accepté à cette seule condition) et le gouvernement. Enfin, le 14 janvier 1999, l'Australie a fini par fournir les bilans chiffrés de Howe.

<sup>9</sup> WT/DS126/1.

composition, of the Panel, under Article 4 of the SCM Agreement, was an important systemic issue that went beyond the circumstances of the present case. Some of the United States exhibits were dated well after the request for consultations and thus had not reached the respondent in good time. As a consequence, the Panel should terminate the proceedings or rule immediately that the United States had not demonstrated its claims.

The United States, on the other hand, contended that the Panel should reject Australia's request because the plain language of Article 4.2 did not require that the consultation request should include "argumentation". Nor did the rule require that a list of exhibits be included. According to the United States, Article 4.2 simply stated that a statement of available evidence with regard to the existence and nature of the subsidy should be included in the request for the establishment of a panel.

#### *Admissibility of evidence*

In the alternative, if the Panel were to reject its request for the immediate termination of the proceedings, Australia asked it to rule that the United States had failed to meet its disclosure obligations under Article 4 of the SCM Agreement. In other words, for Australia, the United States had not provided the necessary evidence in the consultation request. Therefore, the evidence not provided at the time of submission of the consultation request should no longer be admissible.

The United States asserted that it had satisfied its obligations and that the Panel should reject the Australian request. It noted that Article 4.2 of the SCM Agreement did not state that all the evidence had to be included in the consultation request and frozen at the time of its submission. That was the interpretation adopted by the Appellate Body in *India – Patents*<sup>10</sup> and confirmed by two panel reports, in *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel, and Other Items*<sup>11</sup> and *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> WT/DS50/AB/R, 16 January 1998, para. 94.

<sup>11</sup> WT/DS56/R, 22 April 1998.

<sup>12</sup> WT/DS24/R, 25 February 1997, para. 7.27.

ou même après que la composition de ce dernier a été arrêtée, au titre de l'article 4 de l'Accord SMC, était, selon l'Australie, une importante question systémique allant au-delà des circonstances de la présente affaire. Certaines des pièces des Etats-Unis portaient une date bien postérieure à celle de la demande de consultations et, donc, n'avaient pas été fournies au défendeur en temps utile. Par conséquent, le Groupe spécial devait mettre fin à la procédure ou décider immédiatement que les Etats-Unis n'avaient pas démontré leurs allégations.

Les Etats-Unis, en revanche, soutenaient que le Groupe spécial devait rejeter la demande de l'Australie, parce que le libellé clair de l'article 4:2 n'exigeait pas que la demande de consultations inclue une « argumentation ». La règle n'exigeait pas non plus l'inclusion d'une liste de pièces. Selon les Etats-Unis, l'article 4:2 dispose simplement qu'un exposé des éléments de preuve disponibles au sujet de l'existence et de la nature de la subvention sera inclus dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

#### *La recevabilité de la preuve*

Si le Groupe spécial rejetait sa demande tendant à obtenir la fin immédiate de la procédure en cours, l'Australie lui demandait, à titre subsidiaire, de décider que les Etats-Unis n'avaient pas respecté les obligations de divulgation prévues à l'article 4 de l'Accord SMC. Autrement dit, pour l'Australie, les Etats-Unis n'avaient pas fourni les éléments de preuve nécessaires dans la demande de consultations. Par conséquent, les éléments de preuve non fournis lors de la présentation de la demande de consultations ne devraient plus être recevables.

Les Etats-Unis affirmaient qu'ils avaient satisfait auxdites obligations et que le Groupe spécial devait rejeter la demande de l'Australie. Ils notaient que l'article 4:2 de l'Accord SMC ne dit pas que tous les éléments de preuve doivent être inclus dans la demande des consultations et figés à la date de présentation de celle-ci. Telle était l'interprétation retenue par l'Organe d'Appel dans l'affaire *Inde – Brevets*<sup>10</sup> et confirmée par deux rapports des Groupes spéciaux, dans les affaires *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*<sup>11</sup> et *Etats-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> WT/DS50/AB/R, 16 janvier 1998, par. 94.

<sup>11</sup> WT/DS56/R, 22 avril 1998.

<sup>12</sup> WT/DS24/R, 25 février 1997, par. 7.27.

## 2. Issues of substance: the characterization of subsidies

The discussion on the merits developed along three main lines: (1) the interpretation of Article 3.1(a) of the SCM Agreement; (2) the compatibility of the measures with Article 1 of that Agreement; and (3) the notion of contingent “in law” or “in fact” upon export performance.

### *The prohibited measures*

Australia argued that the only measures before the Panel were the A\$25 million preferential loan to Howe and the first two payments made to Howe under the grant contract. Thus, neither the third payment made to Howe, in June 1998, nor the grant contract itself were “measures” covered by the establishment request and they could not be taken into consideration by the Panel.

Consequently, Australia maintained that the Panel should examine the compatibility with the SMC Agreement of each of the grant payments and the loan separately and could find that one or more was consistent with the Agreement.

For its part, the United States submitted that its request specifically identified the measures before the Panel as being the loan contract and the grant contract, including any and all disbursements under the latter.

In the alternative, citing the report in *Japan – Photographic Film and Paper*,<sup>13</sup> the United States argued that, if the Panel were to share Australia’s view, the measures *de quibus* were clearly included in the Panel request since they were subsidiary or closely related to the measures specifically described therein.

Finally, in response to Australia’s attempt to limit its challenges, at any cost, the United States noted that it was the panel request, not the consultation request, that was relevant for determining the scope of the measures before the Panel.

Australia disagreed with the “subsidiary measures” argument put forward by the United States and criticized the legal basis of its complaint, which was again incomplete. Moreover, it once again urged the Panel to consider whether the alleged subsidy was the grant contract, or whether it was the individual payments made under the grant contract that were at issue.

<sup>13</sup> WT/DS44/R, 22 April 1998.

## 2. Questions de fond : la qualification des subventions

Sur le fond, le débat se développait autour de trois axes : l’interprétation de l’article 3:1 a) de l’Accord SMC (1) ; la compatibilité des mesures avec l’article 1 du même Accord (2) et la notion de subordination « en droit » ou « en fait » aux résultats à l’exportation (3).

### *Les mesures prohibées*

L’Australie faisait valoir que les mesures dont le Groupe spécial était saisi n’étaient que le prêt préférentiel de 25 millions de dollars australiens accordé à Howe et les deux premiers versements faits à Howe au titre du contrat de don. Ainsi, ni le troisième versement fait à Howe, en juin 1998, ni le contrat de don lui-même n’étaient des « mesures » couvertes par la demande d’établissement et ne pouvaient pas être pris en considération par le Groupe spécial.

Par conséquent, l’Australie soutenait que le Groupe spécial devait examiner séparément la compatibilité avec l’Accord SMC de chacun des versements à titre de don et celle du prêt et pourrait constater qu’un ou plusieurs étaient compatibles avec l’Accord.

Les Etats-Unis, de leur côté, affirmaient que leur demande indiquait explicitement les mesures dont le Groupe spécial était saisi comme étant le contrat de prêt et le contrat de don, y compris tous les décaissements éventuellement effectués dans le cadre de ce dernier contrat.

À titre subsidiaire, citant le rapport relatif à l’affaire *Japon – Pellicules et papiers photographiques*<sup>13</sup>, les Etats-Unis affirmaient que, si le Groupe spécial devait retenir la thèse de l’Australie, les mesures *de quibus* étaient clairement incluses dans la demande d’établissement car annexées ou étroitement liées aux mesures expressément indiquées.

Enfin, les Etats-Unis notaient, en réponse à la tentative de l’Australie de limiter coûte que coûte les contestations présentées par les Etats-Unis, que c’est la demande d’établissement d’un groupe spécial et non la demande de consultations qui est pertinente pour déterminer la portée des mesures dont le Groupe est saisi.

L’Australie s’opposait à la thèse des « mesures annexes » des Etats-Unis et se plaignait du fondement juridique de la plainte des Etats-Unis qui s’avérait, encore une fois, incomplet. Elle soulignait, au surplus et encore une fois, que le Groupe spécial devait examiner la question de savoir si la prétendue subvention était le contrat de don ou si c’étaient les versements individuels effectués à titre de contrat de don qui étaient en cause.

<sup>13</sup> WT/DS44/R, 22 avril 1998.

*Media reports as evidence*

Australia noted that the United States had chosen to use intergovernmental communications without consulting it. Moreover, the nature of the evidence on which the United States had based its requests was dubious, as the information came from media reports.

The United States defended itself by pointing out that although Australia had questioned the probative value of media articles, it had not specifically disputed any of the information obtained from those articles.

*Consistency of the measures with Article 1 of the SCM Agreement*

The discussion finally turned to the notions of financial contribution and benefit and to the calculation of the benefit, within the meaning of Article 1 of the SCM Agreement.

With regard to the existence of a “financial contribution”, the United States argued that the Australian government had directly transferred two sums of money to Howe, one in the form of a grant and the other in the form of a preferential loan. Consequently, the measures involved were of the kind described in Article 1(a)(1)(i) of the SCM Agreement.

With regard to the existence of a “benefit”, the United States noted that in the case of the grant the benefit was self-evident, since Howe had been given government money which it did not need to repay. Thus, for Howe, it was a free source of capital that could be used to improve its productivity and enhance its competitiveness.

As for the loan, Howe was not required to pay principal or interest during the first five years, the terms of the loan were more favourable than those Howe could have obtained commercially and, finally, the loan was inadequately secured by a second mortgage.

After the United States had described its subsidy calculations, Australia challenged both the method of calculating the “benefit” and the result. For Australia, the United States had still not shown that the grant contract was a subsidy. It buttressed its defence by arguing that the government had focused not on finding some way of circumventing the rules on export subsidies but on safeguarding jobs in disadvantaged regional areas, through WTO-consistent means.

*Les médias et les éléments de preuve*

L'Australie remarquait que les Etats-Unis avaient choisi de faire usage de communications intergouvernementales sans consultation avec l'Australie. Par ailleurs, la nature des preuves au fondement des demandes des Etats-Unis était douteuse s'agissant d'informations données par les médias.

Les Etats-Unis se défendaient en indiquant que l'Australie se limitait à mettre en doute la force probante d'articles publiés par les médias sans, toutefois, contester spécifiquement aucun des renseignements contenus dans ces pièces.

*Compatibilité des mesures avec l'article 1 de l'Accord SMC*

Le débat portait, finalement, sur la notion de contribution financière, d'avantage, et sur le calcul de l'avantage au sens de l'article 1 de l'Accord SMC.

Quant à l'existence d'une « contribution financière », les Etats-Unis faisaient valoir que le gouvernement australien avait transféré directement à Howe deux sommes d'argent, l'une sous la forme d'un don et l'autre sous la forme d'un prêt préférentiel. Par conséquent, il s'agissait de mesures du type de celles visées à l'article 1a) 1) i) de l'Accord SMC.

Pour ce qui concerne l'existence d'un « avantage », les Etats-Unis affirmaient que l'avantage était évident dans le cas du don, puisqu'il s'agissait pour Howe de recevoir de l'argent public qu'elle n'avait pas à rembourser. C'était, donc, pour Howe, une source gratuite de capital pour améliorer sa productivité et sa compétitivité.

Quant au prêt, il suffisait de noter que Howe n'était tenue de rembourser ni le capital ni les intérêts pendant les cinq premières années, que le prêt était assorti de conditions plus favorables que celles que Howe aurait pu obtenir sur le marché et, enfin, que le prêt n'était assorti que d'une faible garantie de second rang.

Sur le calcul de l'« avantage », les Etats-Unis présentaient un montant de subventions dont l'Australie contestait tant la méthode de calcul que le résultat. Pour l'Australie, les Etats-Unis n'avaient pas encore démontré que le contrat de don était une subvention. Elle renforçait sa ligne de défense en avançant l'argument suivant lequel l'objectif central du gouvernement n'avait pas été de trouver quelque moyen de contourner les règles concernant les subventions à l'exportation, mais de maintenir des emplois dans des régions défavorisées, par des moyens compatibles avec les règles de l'OMC.

*Contingent “in law or in fact” upon export performance*

The United States, recalling that under Article 3.2 of the DSU the covered agreements are to be interpreted in accordance with “customary rules of interpretation of public international law” and that the Vienna Convention sets forth the customary rules of treaty interpretation, argued that the rights and obligations of the parties under the SCM Agreement should be interpreted in accordance with the Vienna Convention.<sup>14</sup> According to the United States, it was clear that the subsidies granted to Howe were contingent, “in fact” upon its export performance.<sup>15</sup>

For its part, Australia considered that the United States was overextending the scope of the expression “in fact”. It was a question of proving that the act of granting the subsidy was tied to export sales. The fact that an enterprise had a high level of exports, or the fact that its exports were increasing, did not fulfil the above condition and proved nothing.

The United States countered this by arguing that Australia’s defence reduced to maintaining that both subsidies contingent “in law” and those contingent “in fact” should contain explicit declarations of contingency upon exports, whereas contingency in fact covered precisely the situation in which no clear and precise declarations could be found. According to the United States, to the extent that the new package of assistance measures had been granted to Howe specially with a view to replacing the subsidies “in law” from which the company benefited under the ICS and the EFS, the new subsidies also constituted export subsidies “in law”.

Australia asserted that, on the contrary, there was no legal contingency in the grant and loan contracts. This demonstration by the United States appeared to be seeking to establish that the legal status of a previous measure determined the legal status of a subsequent measure.

Finally, it was clear to the United States that, anticipating its exclusion from the ICS and EFS programmes, Howe had embarked on an extensive lobbying campaign to persuade the Australian government that its export prospects would be jeopardized without a substitute form of assistance.

<sup>14</sup> In particular, its Articles 31 and 32.

<sup>15</sup> The Uruguay Round negotiators expanded the scope of the prohibited subsidies. They therefore note that footnote 4 relating to Article 3.1 of the SCM Agreement stipulates that the contingent “in fact” standard “is met when the facts demonstrate that the granting of a subsidy, without having been made legally contingent upon export performance, is in fact tied to actual or anticipated exportation or export earnings”.

*La subordination « en droit ou en fait » aux résultats à l’exportation*

Les Etats-Unis, rappelant que l’article 3:2 du Mémorandum d’accord dispose que les accords visés doivent être interprétés conformément aux « règles coutumières d’interprétation du droit international public » et que la Convention de Vienne énonce les règles coutumières d’interprétation des traités, faisaient valoir que les droits et obligations des parties au regard de l’Accord SMC devaient être interprétés conformément à la Convention de Vienne<sup>14</sup>. Selon eux, il était clair que les subventions accordées à Howe étaient subordonnées « en fait » aux résultats à l’exportation<sup>15</sup>.

L’Australie, de son côté, estimait que les Etats-Unis étendaient trop la portée de l’expression « en fait ». Selon elle, il s’agissait de prouver que l’acte consistant à octroyer la subvention était lié aux ventes à l’exportation. Or, le fait qu’une entreprise ait un niveau élevé d’exportations ou que celles-ci soient en plein essor ne remplissait pas la condition ci-dessus et ne prouvait rien.

Au cela, les Etats-Unis opposaient que la position de l’Australie revenait à soutenir que tant les subventions subordonnées « en droit » que celles « en fait » devaient comporter des déclarations expresses de subordination aux exportations alors que la subordination en fait couvre justement la situation où l’on ne peut trouver des déclarations claires et précises. Selon eux, dans la mesure où le nouvel ensemble de mesures d’aides avait été accordé à Howe spécialement en vue de remplacer les subventions « en droit » dont l’entreprise bénéficiait au titre de l’ICS et de l’EFS, les nouvelles subventions constituaient aussi des subventions à l’exportation « en droit ».

L’Australie affirmait, au contraire, que, dans les contrats de dons et de prêt, ne figurait aucune subordination juridique. D’après elle, cette démonstration des Etats-Unis semblait vouloir prouver que le statut juridique d’une mesure antérieure déterminait le statut juridique d’une mesure ultérieure.

Enfin, il était évident pour les Etats-Unis que Howe, prévoyant son exclusion de l’ICS et de l’EFS, avait entrepris une vaste campagne en vue de convaincre le gouvernement australien que ses perspectives d’exportations seraient compromises si elle ne bénéficiait pas d’une autre forme d’aide.

<sup>14</sup> Et notamment ses articles 31 et 32.

<sup>15</sup> Les négociateurs du Cycle d’Uruguay ont élargi le champ d’application des subventions prohibées. Par conséquent, ils font observer que la note de bas de page 4 relative à l’article 3:1 de l’Accord SMC précise que la condition de subordination « en fait » « est remplie lorsque les faits démontrent que l’octroi d’une subvention, sans avoir été juridiquement subordonné aux résultats à l’exportation, est en fait lié aux exportations ou recettes d’exportation effectives ou prévues ».

In short, the United States considered that, given the limited size of the domestic market and the fact that Howe was mainly export-oriented, the assistance was tied to the earnings from the exports necessary to sell the surplus production.

En résumé, les Etats-Unis estimaient que, étant donné l'étroitesse du marché intérieur et le fait que Howe était principalement orientée vers l'exportation, l'aide était liée aux recettes des exportations, nécessaires pour écouler le surplus de production.

### III. ANALYSIS OF THE PANEL'S REASONING

The Panel's reasoning concerned (1) the requests for preliminary rulings and (2) the issues of substance.

#### 1. Requests for preliminary rulings denied

*The Panel does not have "Kompetenz-Kompetenz"*

With regard to Australia's request that the Panel terminate its work on the grounds that its establishment was inconsistent with the DSU, it was by no means clear that, once the DSB had established a panel, that panel had the authority to rule on the propriety of its own establishment.

Moreover, according to the report, the issues raised by Australia were inappropriate since they concerned the functioning of the WTO's dispute settlement system. Thus, in view of the right to have a panel established to examine a matter, in the absence of a consensus not to do so, the report found that Australia's request to have the proceedings terminated was not appropriate.

For the Panel, Australia had raised two different and not necessarily related questions. The first was whether the United States had a right, or was entitled under the DSU, to unilaterally terminate the first panel, and the second was whether the present panel was properly established. The answer to the first question did not control the answer to the second. The establishment of a panel being the task of the DSB, it followed that once the DSB had established a panel, as it had done in the present case at its meeting on 22 June 1998, the panel so established did not have the authority to rule on the propriety of its own establishment. Nothing in the terms of references expressly authorized the Panel to consider whether the DSB had acted correctly. Moreover, the DSU did not explicitly address the issue of multiple panels between the same parties regarding the same matter and thus did not expressly prohibit the establishment of such multiple panels.

However this might be, it ought to be noted that, in this dispute, the special or additional procedures in Articles 4.2 through 4.12 of the SCM Agreement

### III. ANALYSE ET RAISONNEMENT DU GROUPE SPÉCIAL

Le raisonnement du Groupe spécial concerne les demandes préjudicielles (1) et les questions de fond (2).

#### 1. Les demandes préjudicielles sont rejetées

*Le Groupe spécial n'a pas de « Kompetenz-Kompetenz »*

Concernant la demande de l'Australie visant à obtenir que le Groupe spécial mette fin à ses travaux au motif que son établissement était incompatible avec le Mémoire d'accord, on peut relever qu'il n'est en aucune façon clairement établi que, une fois que l'Organe de règlement des différends a mis en place un groupe spécial, ce dernier ait le pouvoir de se prononcer sur la régularité de son propre établissement.

En outre, le rapport considère que les questions soulevées par l'Australie sont inappropriées car elles touchent au fonctionnement du système de règlement des différends de l'OMC. Donc, compte tenu du droit de faire établir un groupe spécial pour examiner une question et en l'absence de consensus négatif, le rapport ne juge pas appropriée la demande de l'Australie de mettre fin à la procédure.

Pour le Groupe spécial, l'Australie a soulevé deux questions différentes et pas forcément liées. La première est celle de savoir si les Etats-Unis avaient le droit, aux termes du Mémoire d'accord, de mettre fin unilatéralement à la procédure du premier groupe spécial ou y étaient habilités tandis que la seconde consiste à savoir si le présent Groupe spécial a été correctement établi. La réponse à la première question est indépendante de la réponse à la seconde. L'établissement d'un groupe spécial étant la tâche de l'ORD, il s'ensuit qu'une fois que l'ORD a établi un groupe spécial, comme il l'a fait dans la présente affaire à sa réunion du 22 juin 1998, le groupe spécial ainsi établi n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la régularité de son propre établissement. Rien dans le mandat n'autorise expressément le Groupe spécial à examiner si l'ORD a agi correctement. Par ailleurs, le Mémoire d'accord n'aborde pas explicitement la question des groupes spéciaux multiples opposant les mêmes parties au sujet de la même question et n'interdit, donc, pas expressément l'établissement de tels groupes spéciaux multiples.

Quoi qu'il en soit, dans le présent différend, il faut relever que les règles spéciales ou additionnelles des articles 4:2 à 4:12 de l'Accord sur les subventions



were also applicable.<sup>16</sup> Hence, in order for a panel to be established in respect of a complaint concerning an allegedly prohibited subsidy, a Member had to respect the applicable procedures for consultations and panel establishment set out in those provisions of the DSU and the SCM Agreement. If these procedures were followed, the DSU did not impose any further constraints upon the establishment of a panel. Consequently, Australia was asking the Panel to read into the DSU an *implicit* prohibition on multiple panels between the same parties regarding the same matter that did not exist in the text of the DSU. In the light of the fundamental importance, under the WTO dispute settlement system, of the right to have a panel established to examine a matter, in the absence of a consensus not to do so, the Panel did not consider it appropriate to read such an implicit prohibition into the DSU.

Finally, the Panel noted that this was not a case where a complainant was actively pursuing two proceedings with respect to the same matter since the United States had made it very clear that it was not pursuing the first dispute. To the contrary, the United States had sought to terminate the first dispute, and it was Australia which had sought to prevent that result. Nor was this a case where a complainant had sought a second panel before a first panel had completed its work with respect to the same matter since the first panel had never been composed and thus had never begun its work.

For these reasons, the Panel denied Australia's request that the proceedings be terminated.

#### *Compliance with Article 4.2 of the SCM Agreement*

According to the Panel, the ordinary meaning of the phrase "include a statement of available evidence" in Article 4.2 does not, on its face, require disclosure of arguments in the request for consultations.<sup>17</sup>

Regarding the question of what is required as a "statement of available evidence", the Panel noted that Australia read this to require disclosure of all facts and evidence on which the complaining Member would rely in the course of the dis-

<sup>16</sup> Article 4.2 of the SCM Agreement deals with requests for consultations and Article 4.4 with requests for the establishment of panels.

<sup>17</sup> Article 4.2 of the SCM Agreement reads as follows: "A request for consultations under paragraph 1 [of Article 4] shall include a statement of available evidence with regard to the existence and nature of the subsidy in question".

et les mesures compensatoires (« Accord SMC ») sont aussi applicables<sup>16</sup>. D'où la considération selon laquelle, pour qu'un groupe spécial soit établi au sujet d'une plainte concernant une subvention prétendument prohibée, un Membre doit respecter les procédures applicables pour les consultations et l'établissement des groupes spéciaux énoncées dans ces dispositions du Mémorandum d'accord et de l'Accord SMC. Lorsque ces procédures sont suivies, le Mémorandum d'accord n'impose aucune autre restriction à l'établissement d'un groupe spécial. Par conséquent, l'Australie demande au Groupe spécial de lire dans le Mémorandum d'accord une prohibition *implicite* des groupes spéciaux multiples opposant les mêmes parties au sujet de la même question qui n'existe pas dans le texte dudit Mémorandum. Compte tenu de l'importance fondamentale qu'a dans le système de règlement des différends de l'OMC le droit de faire établir un groupe spécial pour examiner une question, en l'absence de consensus négatif, le Groupe spécial ne juge pas approprié de lire une telle prohibition implicite dans le Mémorandum d'accord.

Enfin, le Groupe spécial note que ce n'est pas une affaire dans laquelle un plaignant poursuit activement deux procédures au sujet de la même question puisque les Etats-Unis ont bien précisé qu'ils ne poursuivent pas la première procédure. Au contraire, les Etats-Unis ont demandé qu'il soit mis fin à la première procédure et c'est l'Australie qui a cherché à empêcher ce résultat. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle un plaignant a demandé l'établissement d'un second groupe spécial avant qu'un premier ait achevé ses travaux au sujet de la même question puisque la composition du premier groupe spécial n'a jamais été arrêtée et qu'il n'a donc jamais commencé ses travaux.

Pour ces raisons, le Groupe spécial rejette la demande de l'Australie visant à ce qu'il soit mis fin à la procédure.

#### *La conformité avec l'article 4:2 de l'Accord SMC*

Selon le Groupe spécial, le sens ordinaire du membre de phrase « comportera un exposé des éléments de preuve disponibles » figurant à l'article 4:2 n'exige pas, à première vue, la divulgation des arguments dans la demande de consultations<sup>17</sup>.

S'agissant de la question de savoir ce qui doit constituer un « exposé des éléments de preuve disponibles », le Groupe spécial relève que, pour l'Australie, cela signifie qu'il faut divulguer tous les faits et éléments de preuve sur lesquels le

<sup>16</sup> L'article 4:2 de l'Accord SMC traite des demandes de consultations et l'article 4:4 des demandes d'établissement de groupes spéciaux.

<sup>17</sup> L'article 4:2 de l'Accord SMC dispose ce qui suit : « Toute demande de consultations au titre du par. 1 [de l'article 4] comportera un exposé des éléments de preuve disponibles au sujet de l'existence et de la nature de la subvention en question ».

pute. However, the ordinary meaning of the phrase “statement of available evidence” did not support Australia’s position. The word “evidence” was defined as “available facts, circumstances, etc., supporting a belief, proposition, etc.”.<sup>18</sup> “Available” was defined as “at one’s disposal”, and “statement” as “expression in words”.<sup>19</sup> Thus, based on the ordinary meaning of the terms, Article 4.2 required a complaining Member to include in the request for consultations an expression in words of the facts at its disposal at the time it requested consultations in support of the conclusion that it has, in the words of Article 4.1, “reason to believe that a prohibited subsidy is being granted or maintained”.<sup>20</sup> This was less than Australia would have Article 4.2 require.

Furthermore, the Panel noted that nothing in the context or object and purpose of Article 4.2 suggested that the statement of available evidence had to be as comprehensive as Australia would have it.

In the Panel’s view, in dispute settlement proceedings that follow a normal schedule, a complaining Member is not even required to include a statement of the facts and arguments in the request for the establishment of a panel – which comes considerably later in the dispute settlement process, after a consultation request has been made and after the parties have consulted. The complaining party is required only to identify the claims concerning the matter at issue. The facts and arguments on which it relies to establish its case must be submitted only in its first and subsequent submissions to the panel. To the extent that the additional requirement of Article 4.2 can be linked to the expedited nature of the proceedings, the additional requirement of a statement of available evidence satisfies the need to apprise the responding Member of the information upon which the complaining Member bases its request for consultations, and serves in addition to inform the resulting consultations.

The Panel therefore denied Australia’s request to terminate the proceedings, as well as Australia’s request that it disregard any facts and arguments not explicitly set out in the request for consultations.

<sup>18</sup> *Concise Oxford Dictionary*, 9<sup>th</sup> ed., 1995.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Report WT/DS126/R, para. 9.19.

Membre plaignant s’appuiera au cours de la procédure. Toutefois, le sens ordinaire du membre de phrase « exposé des éléments de preuve disponibles » ne corrobore pas la position de l’Australie. Le terme « élément de preuve » est, en effet, défini comme désignant les « faits, circonstances, disponibles, etc., confirmant une croyance, une proposition, etc. ».<sup>18</sup> « Disponible » est défini comme signifiant « à la disposition de », et « exposé » comme « expression par des mots ».<sup>19</sup> Ainsi, d’après le sens ordinaire des termes, l’article 4:2 oblige un Membre plaignant à inclure dans la demande de consultations l’expression par des mots des faits à sa disposition au moment où il demande l’ouverture des consultations à l’appui de la conclusion selon laquelle il a, aux termes de l’article 4:1, « des raisons de croire qu’une subvention prohibée est accordée ou maintenue ».<sup>20</sup> Cela représente donc moins que ce qu’exigerait l’article 4:2 d’après l’Australie.

En outre, le Groupe spécial note que rien dans le contexte ou dans le but et l’objet de l’article 4:2 ne porte à croire que l’exposé des éléments de preuve disponibles doit être aussi complet que le voudrait l’Australie.

Dans les procédures de règlement des différends menées suivant un calendrier normal, un Membre plaignant n’est même pas tenu d’inclure un exposé des faits et arguments dans une demande d’établissement d’un groupe spécial – laquelle intervient beaucoup plus tard dans le processus de règlement du différend, après qu’une demande de consultations a été faite et après que les parties se sont consultées. La partie plaignante est seulement tenue d’indiquer les allégations concernant l’objet du litige ; les faits et arguments avancés pour étayer ces allégations doivent être présentés uniquement dans la première communication et les communications suivantes de la partie à une procédure de groupe spécial. Dans la mesure où la règle additionnelle de l’article 4:2 peut être liée au fait que la procédure est une procédure accélérée, l’obligation additionnelle de fournir un exposé des éléments de preuve disponibles répond de manière suffisante au besoin d’informer le Membre mis en cause des renseignements sur lesquels le Membre plaignant fonde sa demande de consultations et sert en outre à éclairer les consultations qui suivent.

Le Groupe spécial rejette donc la demande de l’Australie visant à ce qu’il soit mis fin à la procédure ainsi que la demande de l’Australie visant à ne pas prendre en considération tous les faits et arguments non explicitement exposés dans la demande de consultations.

<sup>18</sup> *Concise Oxford Dictionary*, 9<sup>ème</sup> éd., 1995.

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> Rapport WT/DS126/R, par. 9.19.

*The evidence is not limited*

With regard to the question of limitation on evidence and arguments, the Panel denied Australia's request that the United States be allowed to rely only on those set forth in the request for consultations. The Panel considered itself obligated by Article 11 of the DSU to conduct an *objective assessment* of the matter before it. A decision to limit the facts and arguments that the United States could present during the course of the proceeding to those set forth in the request for consultations would make it difficult, if not impossible, to fulfill the obligation to conduct such an "objective assessment". This was consistent with Article 4.2 of the SCM Agreement according to which a complainant must include a "statement of available evidence" in its request for consultations. In fact, Article 4.2 does not require a complaining Member to disclose arguments in the request for consultations. Thus, there is no basis for limiting the scope of arguments in the present proceeding.

In this connection, the Panel noted that Article 4.3 of the SCM Agreement explicitly states that one of the purposes of consultations "shall be to clarify the facts . . .". This implied that additional facts or evidence would be developed during consultations.

Moreover, the Appellate Body had recognized that consultations played a significant role in developing the facts in a dispute settlement proceeding. For example, in *India – Patents*, the Appellate Body had observed that "the claims that are made *and the facts that are established during consultations* did much to shape the substance and the scope of subsequent panel proceedings" (emphasis added).<sup>21</sup> This was consistent with the view that a central purpose of consultations in general, and of consultations under Article 4 of the SCM Agreement in particular, was to clarify and develop the facts of the case.

Moreover, it should be noted that panels had, under Article 13.2 of the DSU, a general right to seek information "from any relevant source".

Consequently, there was nothing in Article 4 of the SCM Agreement to suggest that this right was somehow limited by the expedited nature of dispute settlement proceedings conducted under that provision. If Australia's position were correct, a panel might be constrained from seeking out relevant information from the party, in this case the United States, that was limited to reliance on the facts set

<sup>21</sup> Appellate Body Report, *India – Patents*, WT/DS50/AB/R, 16 January 1998, para. 94.

*Les éléments de preuve ne sont pas limités*

Sur la question des limitations concernant les éléments de preuve et les arguments, le Groupe spécial rejette la demande de l'Australie visant à obtenir que les Etats-Unis ne puissent invoquer que ceux exposés dans la demande de consultations. Pour le Groupe spécial, il faut procéder, en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord, à une *évaluation objective* de la question dont le groupe est saisi. Par conséquent, limiter les faits et arguments que les Etats-Unis peuvent présenter au cours de la procédure à ceux qu'ils ont énoncés dans la demande de consultations, revient à rendre difficile, voire impossible, de remplir l'obligation de procéder à une telle « évaluation objective ». Cette considération est en accord avec l'article 4:2 de l'Accord SMC en vertu duquel un plaignant doit inclure un « exposé des éléments de preuve disponibles » dans sa demande de consultations. L'article 4:2, en effet, n'exige pas d'un Membre plaignant qu'il divulgue des arguments dans la demande de consultations. Ainsi, il n'y a aucune raison de limiter le champ des arguments dans la présente procédure.

À cet égard, le Groupe spécial rappelle que l'article 4:3 de l'Accord SMC stipule expressément que l'un des objectifs des consultations « sera de préciser les faits . . . ». Cette disposition implique que les faits ou éléments de preuve additionnels seront développés durant les consultations.

De plus, l'Organe d'appel a déjà reconnu que les consultations peuvent jouer un rôle important dans le développement des faits dans une procédure de règlement des différends. Ainsi, dans l'affaire *Inde - Brevets*, l'Organe d'appel a fait observer que « les allégations qui sont formulées *et les faits qui sont établis pendant les consultations* influent beaucoup sur la teneur et la portée de la procédure de groupe spécial ultérieure » (nous soulignons)<sup>21</sup>. Cela est compatible avec l'opinion selon laquelle le but principal des consultations en général, et des consultations au titre de l'article 4 de l'Accord SMC en particulier, est de clarifier et de développer les faits de la cause.

En outre, il faut relever que les groupes spéciaux ont, en vertu de l'article 13:2 du Mémorandum d'accord, le droit de demander des renseignements « à toute source qu'ils jugeront appropriée ».

Par conséquent, il n'y a rien dans l'article 4 de l'Accord SMC qui donne à penser que ce droit est d'une manière ou d'une autre limité par le caractère plus rapide des procédures de règlement des différends suivies au titre de cette disposition. Si la thèse de l'Australie était juste, un groupe spécial pourrait être empêché de demander des renseignements utiles à la partie, en l'occurrence les

<sup>21</sup> Rapport de l'Organe d'appel, *Inde – Brevets*, WT/DS50/AB/R, 16 janvier 1998, par. 94.

forth in its request for consultations. Similarly, under Australia's view, the defending party might introduce information during the panel proceedings which the complaining party, in this case the United States, would not be able to rebut, as it would be limited to reliance on the facts set forth in its request for consultations. Article 4.2 did not require this result.

Article 4.2 did require a complaining Member to include more information about its case in its request for consultations than was otherwise required under the DSU. This served to provide a responding Member with a better understanding of the matter in dispute and as the basis for consultations. Thus, the statement of available evidence informed the other party of the facts at the disposal of the complaining Member at the time it requested consultations.

Thus, the statement of available evidence *informed* the beginning of the dispute settlement process – it did not limit the scope of evidence and argument for the entire proceeding that might ensue to only what was in the request for consultations.

Accordingly, the Panel denied Australia's request that the evidence and arguments on which the United States might rely in this proceeding be limited to those set forth in the request for consultations, *i.e.*, WT/DS126/1.<sup>22</sup>

#### *The Panel may use confidential information*

Finally, concerning information acquired in the context of consultations held pursuant to the first request, the Panel denied Australia's request that this information be considered confidential and therefore be excluded from the panel process.<sup>23</sup>

According to the Panel, Article 4.6 of the DSU did not mean that facts and information developed in the course of consultations held pursuant to one request could not be used in a panel proceeding concerning the same dispute, between the same parties, conducted pursuant to another, different request.

<sup>22</sup> In this connection, it should be noted that, in fact, almost all the evidence presented by the United States in the form of exhibits appended to its first submission corresponded to what is described in the request for consultations.

<sup>23</sup> Australia finally agreed to present, *inter alia*, redacted versions of the loan and grant contracts. With regard to the other documents, the Panel asked Australia to provide those that had been deemed useful.

Etats-Unis, contrainte de se limiter aux faits exposés dans sa demande de consultations. De même, selon le point de vue de l'Australie, la partie mise en cause pourrait présenter au cours de la procédure de Groupe spécial des renseignements que la partie plaignante, en l'occurrence les Etats-Unis, ne serait pas en mesure de réfuter, car elle devrait se limiter aux faits exposés dans sa demande de consultations. L'article 4:2 n'exige pas ce résultat.

L'article 4:2 exige effectivement d'un Membre plaignant davantage de renseignements au sujet de la plainte dans la demande de consultations que ne l'exige par ailleurs le Mémoire d'accord. Cela permet au Membre mis en cause de mieux comprendre l'objet du litige, et sert de base aux consultations. Donc, l'exposé des éléments de preuve disponibles informe l'autre partie des faits à la disposition du Membre plaignant au moment de la demande de consultations.

L'exposé des éléments de preuve disponibles *éclaire* donc le début du processus de règlement du différend – il ne limite pas les éléments de preuve et arguments pour l'ensemble de la procédure pouvant en résulter uniquement à ce qui figure dans la demande de consultations.

Le Groupe spécial rejette, par conséquent, la demande de l'Australie visant à limiter les éléments de preuve et arguments que les Etats-Unis peuvent invoquer dans la procédure à ceux qui sont exposés dans la demande de consultations, soit le document WT/DS126/1.<sup>22</sup>

#### *Les renseignements confidentiels peuvent être utilisés par le Groupe spécial*

Enfin, concernant les renseignements obtenus dans le contexte des consultations tenues à la suite de la première demande, le Groupe spécial rejette la demande de l'Australie visant à faire relever la confidentialité et donc l'exclusion de ces éléments de la présente procédure.<sup>23</sup>

D'après le Groupe spécial, la lettre de l'article 4:6 du Mémoire d'accord n'implique pas que les faits et renseignements développés au cours des consultations tenues à la suite d'une demande ne peuvent pas être utilisés dans une procédure de groupe spécial concernant le même différend et opposant les mêmes parties mais engagée à la suite d'une autre demande, différente.

<sup>22</sup> Nous notons à cet égard que, de fait, la quasi-totalité des éléments de preuve présentés par les Etats-Unis sous forme de pièces jointes à leur première communication correspond à ce qui est décrit dans la demande de consultations.

<sup>23</sup> L'Australie a enfin accepté de présenter, *inter alia*, des versions « caviardées » de contrats de prêt et de don. Pour les autres documents, le Groupe spécial a demandé à l'Australie de communiquer ceux qui ont été jugés utiles.

On the other hand, the Panel, again recalling that Article 11 of the DSU obliged it to conduct an “*objective assessment of the matter before it*”, drew the following conclusions: “*Given that, in this case, the parties and the dispute are the same, no panel was actually composed or considered the dispute in the first-requested proceeding, and there are no third parties involved in either proceeding who might have learned information in the course of consultations, we cannot see any reason to exclude the United States Exhibit 2 from our consideration, merely because it was developed in the course of the consultations held pursuant to the first request.*”<sup>24</sup> *Australia has failed to specify what other, if any, facts might have been derived by the United States from the earlier consultations, and so there is no basis for us to exclude any such facts*”. Australia’s request was therefore denied.

## 2. On the merits

On the merits, the Panel determined (1) what were measures before it; then (2) whether those measures were subsidies, and, finally, (3) whether the measures were contingent, in law or in fact, upon export performance.

### *The “measures” in question were the loan and the grant*

For the Panel, the distinction that Australia had invited it to draw between the grant contract and the grant payments was artificial.

“The ordinary meaning of the term ‘provision’ is ‘the act or an instance of providing’”.<sup>25</sup> The act or instance of providing the grant payments in this case was the grant contract, which established the conditions for the disbursement of the grant funds. Thus, the language of the request for establishment specifically included the grant contract. Moreover, the ordinary meaning of the term “grant” was the “process of granting or a thing granted”,<sup>26</sup> and therefore included both the

<sup>24</sup> “There is nothing to indicate that there would have been any different answers had the same questions been asked by the United States during consultations held pursuant to the second request. We note Australia’s view that there were no consultations held pursuant to the second request, although there was a meeting between the parties. Presumably, this view is based on Australia’s position that the second request for consultations, and the second request for establishment, like this Panel which flowed from those requests, were inconsistent with the DSU.”

<sup>25</sup> *Concise Oxford Dictionary*, 9<sup>th</sup> ed., 1995.

<sup>26</sup> *Idem*.

En revanche, le Groupe spécial, rappelant, encore une fois, que l’article 11 du Mémorandum d’accord oblige à procéder à une « *évaluation objective de la question dont il est saisi* », tire les conséquences suivantes : « *Etant donné que, dans la présente affaire, les parties et le différend sont les mêmes, aucun groupe spécial n’a été effectivement constitué et n’a examiné le différend dans la procédure demandée en premier, et il n’y a aucune tierce partie impliquée dans l’une ou l’autre procédure qui pourrait avoir obtenu des renseignements au cours des consultations, nous ne voyons aucune raison d’exclure la pièce n° 2 des Etats-Unis de notre examen, simplement parce qu’elle a été développée au cours des consultations tenues à la suite de la première demande*”<sup>24</sup>. *L’Australie n’a pas précisé quels autres faits, si tant est qu’il y en ait, auraient pu être établis par les Etats-Unis à partir des premières consultations, et nous n’avons donc aucune raison d’exclure de tels faits s’ils existent* ». La demande de l’Australie est, donc, rejetée.

## 2. Sur le fond

Sur le fond le Groupe spécial détermine quelle sont les mesures dont il est saisi (1) ; ensuite si les mesures sont des subventions (2), et, enfin, si les mesures sont subordonnées en droit ou en fait aux résultats à l’exportation (3).

### *Les « mesures » en question sont le prêt et le don*

Pour le Groupe spécial, la distinction proposée par l’Australie entre le contrat de don et les versements à titre de don est artificielle.

« Le sens ordinaire du terme “octroi” est “action ou fait d’octroyer” »<sup>25</sup>. L’action ou le fait d’octroyer les versements à titre de don dans la présente affaire était le contrat de don, qui établissait les conditions du décaissement des fonds donnés. Par conséquent, le libellé de la demande d’établissement inclut expressément le contrat de don. De plus, le sens ordinaire du terme « don » est « processus consistant à donner ou chose donnée »<sup>26</sup>, et inclut à la fois l’engagement du gouvernement

<sup>24</sup> « Il n’y a rien qui indique que l’on aurait obtenu des réponses différentes si les mêmes questions avaient été posées par les Etats-Unis durant les consultations tenues à la suite de la seconde demande. Nous notons le point de vue de l’Australie selon lequel il n’y a pas eu de consultations à la suite de la seconde demande, bien qu’il y ait eu une réunion entre les parties. On peut présumer que ce point de vue repose sur la thèse de l’Australie selon laquelle la seconde demande de consultations, et la seconde demande d’établissement d’un groupe spécial, comme le présent Groupe spécial qui est issu de ces demandes, étaient incompatibles avec le Mémorandum d’accord. »

<sup>25</sup> *Concise Oxford Dictionary*, 9<sup>ème</sup> édition, 1995.

<sup>26</sup> *Idem*.

government's commitment to make payments (that is, the grant contract) and the grant payments themselves, including all possible disbursements, whether past or future.

Consequently, the specific words of the request for establishment, which set the Panel's terms of reference, covered the loan contract, the grant contract, and the individual payments made under the grant contract.

#### *The subsidies were contingent "in fact"*

As the contracts and payments could not be separated and the measures included everything, it was necessary to determine whether they were contingent, "in law" or in "in fact", upon export performance. The Panel examined only the question of the contingency of the subsidies "in fact" since it considered that the United States, not having pressed its arguments concerning contingency "in law", had in fact abandoned them.

#### *The grant contract*

As regards the payments under the grant contract, the Panel found as follows:

- The grant contract was between the government of Australia and Howe and its parent company, ALH. However, the terms of the grant contract were specifically directed at Howe, and more particularly at Howe's automotive leather operations.
- At the time the grant contract was concluded, Howe was exporting a significant portion of its production, and the Australian government was aware of this. The parties disputed the level of Howe's exports in relation to domestic sales. However, it was undisputed that Howe's exports had increased significantly during the period it had benefited from the ICS and EFS programmes, and that at the time automotive leather was removed from eligibility under those programmes, the overwhelming majority of Howe's sales were for export.
- "It is clear that the Australian market for automotive leather is too small to absorb Howe's production, much less any expanded production that might result from the financial benefits accruing from the grant payments, and the required capital investments, which were to be specifically for automotive leather operations. There-

de procéder aux versements (c'est-à-dire, le contrat de don) et les versements à titre de don eux-mêmes, y compris tous décaissements éventuels, passés ou futurs.

Par conséquent, les termes spécifiques de la demande d'établissement, fixant le mandat du Groupe spécial, couvrent le contrat de prêt, le contrat de don ainsi que les versements individuels effectués dans le cadre de ce contrat de don.

#### *Il s'agit de subventions subordonnées « en fait »*

Dès lors que les contrats et versements ne doivent pas être séparés et que les mesures comprennent le tout, il s'agit de déterminer si elles sont subordonnées « en droit » ou « en fait » aux résultats à l'exportation. Le Groupe spécial va s'intéresser uniquement à la question de la qualification « en fait » des subventions car il estime que les Etats-Unis, n'ayant pas poursuivi leur argumentation sur la qualification « en droit », l'ont abandonnée.

#### *Le contrat de don*

Pour ce qui concerne les versements au titre du contrat de don, le Groupe spécial constate les éléments suivants :

- Le contrat de don a été passé entre le gouvernement australien, d'une part, et Howe et sa société mère, ALH, d'autre part. Toutefois, les modalités du contrat de don s'adressent expressément à Howe, et plus particulièrement aux activités de Howe concernant le cuir pour automobiles.
- Au moment où le contrat de don a été conclu, Howe exportait une part importante de sa production et le gouvernement australien le savait. Les parties contestent le niveau des exportations de Howe par rapport aux ventes intérieures. Toutefois, nul ne conteste que les exportations de Howe avaient progressé sensiblement pendant qu'elle bénéficiait des programmes ICS et EFS, et qu'au moment où le cuir pour automobiles a été exclu de ces programmes, la grande majorité des ventes de Howe étaient des ventes à l'exportation.
- « Il est clair que le marché australien du cuir pour automobiles est trop exigü pour absorber la production de Howe, et encore moins une production accrue qui pourrait résulter des avantages financiers découlant des versements à titre de don, et des dépenses d'équipement requises, qui devaient être expressément consacrées

fore, we conclude that, in order to expand its sales in a manner that would enable it to reach the sales performance targets (interim targets and the aggregate target) set out in the grant contract, Howe would, of necessity, have to continue and probably increase exports. At the time the contract was entered into, the government of Australia was aware of this necessity, and thus anticipated continued and possibly increased exports by Howe”.<sup>27</sup> For the Panel, “in our view, these facts effectively transform the sales performance targets into export performance targets”.<sup>28</sup>

Final, according to the Panel, consideration should be given to the facts at the time the conditions for the grant payments were established, and not possible subsequent developments, from which it follows that the three subsidy payments made under the grant contract were in fact tied to Howe’s actual or anticipated exportation or export earnings.

#### *The loan contract*

The Panel noted that there was nothing in the loan contract that explicitly linked the loan to Howe’s production or sales, and therefore nothing in its terms that would tie the loan directly to export performance, or even sales performance.

In fact, Howe was a subsidiary of ALH and ALH had other businesses and produced other products from which it could generate the funds to repay the loan. Moreover, the loan was secured by a lien on the assets and undertakings of ALH, which was itself responsible for repayment of the loan, and not merely on the assets and undertakings of Howe. Thus, there was nothing in the terms of the loan contract itself which suggested a specific link to actual or anticipated exportation or export earnings, as there was in the terms of the grant contract. For the Panel, “these factors persuade us that there is not a sufficiently close tie between the loan and anticipated exportation or export earnings”.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Report WT/DS126/R, para. 9.67. For the Panel (footnote 212): “In this regard, we note that while Australia did not agree with the United States estimates concerning the size of the domestic market for automotive leather, calling it conservative, Australia did not provide any contrary or different forecasts upon which we might rely . . . In these circumstances, we conclude that Australia has entirely failed to rebut the United States assertion on a question of fact, and we accept the United States estimates”.

<sup>28</sup> See. *loc. cit.*

<sup>29</sup> Report WT/DS126/R, para. 9.75.

aux activités relatives au cuir pour automobiles. Par conséquent [. . .] afin d’accroître ses ventes d’une manière qui lui permettrait d’atteindre les objectifs de résultats [. . .] fixés dans le contrat de don, Howe devrait [. . .] poursuivre et probablement accroître les exportations. Au moment où le contrat a été conclu, le gouvernement australien avait connaissance de cette nécessité, et prévoyait donc que Howe poursuivrait et éventuellement augmenterait ses exportations »<sup>27</sup>. Pour le Groupe spécial, « à notre avis, ces faits transforment effectivement les objectifs de résultats en matière de ventes en objectifs de résultats en matière d’exportations »<sup>28</sup>.

Enfin, attendu que, selon le Groupe spécial, il convient de prendre en considération les faits au moment où les conditions relatives aux versements à titre de don ont été établies, et non ce qui a pu se produire après, il s’ensuit que les trois versements à titre de subvention effectués dans le cadre du contrat de don sont en fait liés aux exportations ou recettes d’exportation effectives ou prévues de Howe.

#### *Le contrat de prêt*

Pour ce qui concerne le contrat de prêt, le Groupe spécial relève qu’il n’y a rien qui lie explicitement le prêt à la production ou aux ventes de Howe et, par conséquent, que rien dans ses termes, ne lie le prêt directement aux résultats à l’exportation, ou même aux résultats en matière de ventes.

En effet, Howe est une filiale de ALH et ALH a d’autres activités et fabrique d’autres produits dont elle pourrait tirer les fonds nécessaires pour rembourser le prêt. En outre, le prêt est garanti par un privilège sur les actifs et opérations de ALH, qui est elle-même responsable du remboursement du prêt, et pas simplement sur les actifs et opérations de Howe. Donc, il n’y a rien dans les modalités du contrat de prêt lui-même qui donne à penser qu’il existe un lien spécifique avec les exportations ou recettes d’exportation effectives ou prévues, comme c’est le cas dans les modalités du contrat de don. Pour le Groupe spécial, « ces facteurs nous persuadent qu’il n’y a pas un lien suffisamment étroit entre le prêt et les exportations ou recettes d’exportation prévues »<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Rapport WT/DS126/R par. 9.67. Pour le Groupe spécial (à la note bas de page n° 212) : « À cet égard, nous notons que si l’Australie a récusé les estimations des États-Unis concernant la taille du marché national du cuir pour automobiles, disant qu’elles étaient en deçà de la réalité, elle n’a pas pour autant fourni de prévisions contraires ou différentes sur lesquelles nous puissions nous fonder. Voir plus haut, par. 7.248. Dans ces circonstances, nous concluons que l’Australie n’a absolument pas réfuté l’affirmation des États-Unis sur une question de fait, et nous acceptons les estimations des États-Unis ».

<sup>28</sup> Voir *loc. cit.*

<sup>29</sup> Rapport WT/DS126/R, par. 9.75.

## IV. CONCLUSIONS OF THE PANEL

“10.1 In conclusion, we find that:

- (a) The loan from the Australian government to Howe/ALH is not a subsidy which is contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of the SCM Agreement;
- (b) The payments under the grant contract are subsidies within the meaning of Article 1 of the SCM Agreement which are contingent upon export performance within the meaning of Article 3.1(a) of that Agreement.

10.2 Pursuant to Article 3.8 of the DSU, the finding in paragraph 10.1(b) also constitutes a case of prima facie nullification or impairment of benefits accruing to the United States under the SCM Agreement, which Australia has not rebutted.

10.3 Accordingly, pursuant to Article 4.7 of the SCM Agreement, we recommend that Australia withdraw the subsidies identified in paragraph 10.1(b) above without delay.

10.4 Article 4.7 further provides that ‘the Panel shall specify in its recommendation the time-period within which the measure [i.e., the measure found to be a prohibited subsidy] must be withdrawn’. This is one of the first cases involving export subsidies to have been brought before the WTO, and there is consequently no experience or prior practice as to what factors should be considered in establishing the time-period within which the measure must be withdrawn. Presumably, the nature of the measures and issues regarding implementation might be relevant.

10.5 Australia has argued that, since the ‘normal’ period of time for implementation of panel decisions under the DSU is fifteen months, and time periods in export subsidy disputes are halved pursuant to Article 4.12, a period of seven and one-half months would be appropriate.

## IV. CONCLUSIONS DU GROUPE SPÉCIAL

« 10.1 En conclusion, nous constatons que :

- a) le prêt accordé par le gouvernement australien à Howe/ALH n'est pas une subvention qui est subordonnée aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3:1 a) de l'Accord SMC;
- b) les versements au titre du contrat de don sont des subventions au sens de l'article premier de l'Accord SMC qui sont subordonnées aux résultats à l'exportation au sens de l'article 3:1 a) de cet accord.

10.2 Conformément à l'article 3:8 du Mémoire d'accord, ce qui est constaté au paragraphe 10.1 b) est aussi présumé annuler ou compromettre des avantages résultant pour les États-Unis de l'Accord SMC, et l'Australie n'a pas apporté la preuve du contraire.

10.3 Par conséquent, conformément à l'article 4:7 de l'Accord SMC, nous recommandons que l'Australie retire les subventions indiquées au paragraphe 10.1 b) ci-dessus sans retard.

10.4 L'article 4:7 prévoit par ailleurs que “le Groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure [c'est-à-dire la mesure dont il est constaté qu'elle est une subvention prohibée] doit être retirée”. Il s'agit de l'une des premières affaires concernant des subventions à l'exportation à avoir été soumises à l'OMC et l'on manque par conséquent d'expérience et de pratique pour ce qui est de savoir quels facteurs devraient être pris en considération pour établir le délai dans lequel la mesure doit être retirée. On est en droit de supposer que la nature des mesures et les questions de mise en œuvre peuvent jouer un rôle.

10.5 L'Australie a fait valoir que, comme la période “normale” prévue pour la mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux dans le Mémoire d'accord est de 15 mois, et comme les délais dans les affaires de subventions à l'exportation sont réduits de moitié conformément à l'article 4:12, une période de sept mois et demi serait appropriée.



10.6 Even assuming Australia is correct in its consideration of fifteen months as the 'normal' period of time for implementation of panel decisions, a question we do not reach, we do not agree that one-half of that period is appropriate in a dispute involving export subsidies. In the first place, Article 4.12 specifically provides that 'except for time periods specifically prescribed in this Article' the time periods otherwise provided for in the DSU should be halved in export subsidy disputes. Article 4.7, which provides that the subsidy shall be withdrawn 'without delay', and that the Panel shall specify the time-period for withdrawal of the measure in its recommendation, in our view establishes that the time-period for withdrawal is 'specifically prescribed in this Article', that is, in Article 4 of the SCM Agreement itself. Moreover, we do not, as a factual matter, believe that a period of seven and one-half months can reasonably be described as corresponding to the requirement that the measure must be withdrawn 'without delay'.

10.7 In light of the nature of the measures, we consider that a 90-day period would be appropriate for the withdrawal of the measures. We therefore recommend that the measures be withdrawn within 90 days".

10.6 Même en supposant que l'Australie a raison de considérer la période de 15 mois comme la période "normale" pour la mise en œuvre des décisions des groupes spéciaux, question sur laquelle nous ne nous prononçons pas, nous ne sommes pas d'accord pour dire que la moitié de cette période est appropriée dans un différend concernant des subventions à l'exportation. En premier lieu, l'article 4:12 prévoit expressément que "exception faite des délais qui y sont expressément prescrits", les délais applicables conformément au Mémorandum d'accord devraient être de moitié plus courts dans les différends relatifs à des subventions à l'exportation. L'article 4:7, qui prévoit que la subvention doit être retirée "sans retard" et que le Groupe spécial spécifiera dans sa recommandation le délai dans lequel la mesure doit être retirée, établit à notre avis que le délai pour le retrait de la mesure est "expressément prescrit dans le présent article", c'est-à-dire dans l'article 4 de l'Accord SMC lui-même. De plus, nous ne pensons pas, pour ce qui est des faits, qu'une période de sept mois et demi puisse raisonnablement être décrite comme correspondant à la prescription selon laquelle la mesure doit être retirée "sans retard".

10.7 Compte tenu de la nature des mesures, nous considérons qu'une période de 90 jours serait appropriée pour le retrait desdites mesures. Nous recommandons par conséquent que les mesures soient retirées dans un délai de 90 jours ».

## PART TWO: BRINGING THE MEASURE INTO CONFORMITY

The DSB adopted the Panel's report and recommendations, and hence the above conclusions, on 16 June 1999. Pursuant to Article 4.7 of the SCM Agreement, Australia was given 90 days within which to withdraw the subsidies.

Australia decided not to appeal against the Panel's conclusions. It indicated that it could implement the recommendations with reservations concerning some of the Panel's findings. The United States, on the other hand, welcomed the quality of the report even though the case had been examined under the expedited procedure.<sup>30</sup>

However, a disagreement arose with regard to bringing the measure into conformity and, after the facts and post-ruling procedures have been briefly recalled (I), the recourse by the United States to Article 21.5 of the DSU (II) and the implementation of the ruling (III) will be described.

### I. BRIEF REMINDER OF THE FACTS AND PROCEDURE

On 6 July 1999, pursuant to Article 21.3 of the DSU, Australia submitted a communication to the Chairman of the DSB regarding "surveillance of implementation of recommendations and rulings: time period for implementation" (WT/DS126/6). In that communication, Australia stated that the United States had been informed at a bilateral meeting in Canberra on 25 June 1999 that Australia intended to implement the DSB recommendations; moreover, it would do so within the time-frame provided for in the Panel report.

Then, on 17 September 1999, Australia submitted to the Chairman of the DSB a "status report" to inform the DSB of its progress in implementing the recommendations and rulings in the dispute (WT/DS126/7). In that communication, Australia stated that, on 14 September 1999, Howe had repaid the Australian government \$A8.065 million, an amount which covered any remaining inconsistent portion of the grants made under the grant contract. It further stated that the

<sup>30</sup> *Focus*, 1999, May-June, No. 40, p. 4.

## DEUXIEME PARTIE : LA PHASE DE MISE EN CONFORMITE

L'ORD a adopté le rapport et les recommandations du Groupe spécial le 16 janvier 1999 et donc les conclusions ci-dessus. Ainsi, conformément à l'article 4:7 de l'Accord SMC, l'Australie devait retirer les subventions dans un délai de 90 jours.

L'Australie a décidé de ne pas faire appel des conclusions du Groupe spécial. Elle a indiqué qu'elle pouvait mettre en oeuvre les recommandations avec des réserves sur certaines des constatations du Groupe spécial. Les Etats-Unis, en revanche, se sont félicités de la qualité du rapport bien que cette affaire ait été examinée selon la procédure accélérée.<sup>30</sup>

Un désaccord a cependant surgi sur la mise en conformité et, après un bref rappel des éléments de fait et de procédure post-décisionnelle (I), l'on présentera le recours des Etats-Unis à la procédure de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends (II) ainsi que la mise en oeuvre de cette dernière décision (III).

### I BREF RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, le 6 juillet 1999, l'Australie a adressé au Président de l'ORD une communication intitulée « Surveillance de la mise en oeuvre des recommandations et décisions – Délai de mise en oeuvre » (WT/DS126/6). Dans cette communication, l'Australie a indiqué, d'une part, que lors d'une réunion bilatérale tenue à Canberra le 25 juin 1999, les États-Unis avaient été informés qu'elle entendait mettre en oeuvre les recommandations de l'ORD, et d'autre part, qu'elle entendait le faire dans le délai prévu dans le rapport du Groupe spécial.

Ensuite, le 17 septembre 1999, l'Australie a adressé au Président de l'Organe de règlement des différends un « rapport de situation » pour informer l'ORD de l'avancement de la mise en oeuvre des recommandations et décisions relatives à cette affaire (WT/DS126/7). Dans cette communication, l'Australie a indiqué que, le 14 septembre 1999, Howe avait remboursé au gouvernement australien la somme de 8,065 millions de dollars australiens, correspondant à la partie

<sup>30</sup> *Focus*, 1999, mai-juin, n° 40, p. 4.

Australian government had also terminated all subsisting obligations under the grant contract. It concluded that this implemented the recommendations and rulings in the dispute to withdraw the measures within 90 days.

On 4 October 1999, the United States submitted a communication seeking recourse to Article 21.5 of the DSU (WT/DS126/8). In that communication, the United States stated its belief that the measures taken by Australia to comply with the recommendations and rulings of the DSB were not consistent with the SCM Agreement and the DSU. In particular, the United States noted that the subsidy withdrawn by Australia corresponded to only A\$8.065 million of the A\$30 million grant. Yet Australia had provided a new A\$13.65 million loan on non-commercial terms to Howe's parent company, ALH, and that loan was inconsistent with the recommendations and rulings of the DSB and Article 3 of the SCM Agreement.

Claiming that there was, between it and Australia, a *“disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings of the DSB”*, within the terms of Article 21.5 of the DSU, the United States requested that the DSB refer the disagreement to the original Panel, pursuant to Article 21.5. At its meeting on 14 October 1999, the DSB decided, in accordance with Article 21.5 of the DSU, to refer to the original Panel the matter raised by the United States in document WT/DS126/8.<sup>31</sup>

The European Communities (“EC”) and Mexico reserved their rights to participate in the Panel proceedings as third parties. The Panel met with the parties on 23-24 November 1999, and with the third parties on 23 November 1999. The parties having agreed to dispense with the interim review stage, the Panel submitted its report to the parties on 14 January 2000.

<sup>31</sup> The DSB decided that the Panel should have the following standard terms of reference: “To examine, in the light of the relevant provisions of the covered agreements cited by the United States in document WT/DS126/8, the matter referred to the DSB by the United States in that document, and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in those agreements.”

restante des dons incompatibles accordés au titre du contrat de don. Elle indiquait en outre que le gouvernement australien avait aussi mis fin à toutes les obligations restantes au titre du contrat de don. Elle en concluait que les recommandations et décisions relatives à cette affaire visant à retirer les mesures dans un délai de 90 jours étaient ainsi mises en œuvre.

Le 4 octobre 1999, les États-Unis ont présenté une communication dans laquelle ils invoquaient l'article 21:5 du Mémorandum d'accord (WT/DS126/8). Dans cette communication, ils affirmaient que les mesures prises par l'Australie pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD n'étaient pas compatibles avec l'Accord SMC ni avec le Mémorandum d'accord. En particulier, les États-Unis constataient que la subvention retirée par l'Australie ne correspondait qu'à 8,065 millions de dollars australiens sur les 30 millions consentis. Toutefois, l'Australie avait accordé un nouveau prêt de 13,65 millions à des conditions non commerciales à la société mère de Howe, ALH, et ce prêt était incompatible soit avec les recommandations et décisions de l'ORD, soit avec l'article 3 de l'Accord SMC.

Les États-Unis faisant valoir qu'il y avait, entre eux et l'Australie, un *« désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions »* de l'ORD, au sens de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, ils demandaient que l'ORD soumette ce désaccord au Groupe spécial initial conformément à l'article 21:5. À sa réunion du 14 octobre 1999, l'ORD a décidé, conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, de porter devant le Groupe spécial initial la question soulevée par les États-Unis dans le document WT/DS126/8.<sup>31</sup>

Les Communautés européennes (« les CE ») et le Mexique ont réservé leurs droits de participer en qualité de tierces parties aux travaux du Groupe spécial. Celui-ci s'est réuni avec les parties les 23 et 24 novembre 1999, et avec les tierces parties le 23 novembre 1999. Les parties ayant convenu de ne pas passer par la phase de réexamen intérimaire, le Groupe spécial leur a communiqué son rapport le 14 janvier 2000.

<sup>31</sup> L'ORD a confié au Groupe spécial le mandat type suivant : « Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les États-Unis dans le document WT/DS126/8, la question portée devant l'ORD par les États-Unis 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 ».

## II. RECOURSE TO ARTICLE 21.5 OF THE DSU

The United States requested the Panel:

- “to determine that Australia has not withdrawn its illegal subsidy without delay, and thus has not complied with Article 4.7 of the SCM Agreement and the Panel’s recommendations”.<sup>32</sup>
- to make a preliminary ruling that Australia produce by 29 October 1999 authentic copies of certain documents, as well as certain information, for review by the Panel and the United States.

Australia, on the other hand, requested the Panel “to find that in withdrawing \$8.065 m. from Howe by 14 September 1999: Australia has fully implemented the recommendation of the DSB of 16 June 1999 (WT/DS126/5)”.<sup>33</sup>

### Panel Report

#### *Measures taken to “withdraw the subsidy”*

Since the prohibited subsidies were the payments under the grant contract, the matter concerned the existence or consistency of the measures taken to “withdraw the subsidy” in accordance with Article 4.7 of the SCM Agreement. To resolve the problem, the Panel had to interpret this expression. It considered that it was not limited by the particular arguments put forward by the parties.

The parties had argued that “withdraw the subsidy” was a recommendation with exclusively “prospective” effect. The United States contended that “withdraw the subsidy” required some repayment, but that the repayment could only be “prospective”, without retrospective effect.

Australia calculated the prospective portion as that portion of the subsidy allocated to the period from the end of the implementation period to the end of the

<sup>32</sup> Report WT/DS126/RW, para. 2.1.

<sup>33</sup> Report WT/DS126/RW, para. 2.3.

## II RECOURS SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE 21:5 DU MÉMORANDUM

Les États-Unis demandaient au Groupe spécial de :

- « déterminer que l'Australie n'a pas retiré sa subvention illégale sans retard et ne s'est donc pas conformée à l'article 4:7 de l'Accord SMC, ni aux recommandations du Groupe spécial »<sup>32</sup>.
- de formuler une décision préjudicielle selon laquelle l'Australie devait produire, au plus tard le 29 octobre 1999, des copies authentiques de certains documents, ainsi que certains renseignements, pour examen par le Groupe spécial et par les États-Unis.

L'Australie, en revanche, demandait au Groupe spécial de « constater qu'en retirant 8,065 millions de dollars de Howe le 14 septembre 1999 l'Australie a entièrement mis en œuvre la recommandation de l'ORD du 16 juin 1999 (WT/DS126/5) »<sup>33</sup>.

### 1. Rapport du Groupe spécial

#### *Les mesures prises pour « retirer la subvention »*

Puisque les subventions prohibées étaient les versements au titre du contrat de don, la question concernait l'existence ou la compatibilité des mesures prises pour « retirer la subvention » conformément à l'article 4:7 de l'Accord SMC. Pour résoudre cette question, le Groupe spécial devait interpréter cette expression. Il estime, à ce propos, ne pas être limité par les arguments particuliers proposés par les parties.

Les parties ont fait valoir que « retirer la subvention » était une recommandation ayant un effet exclusivement « prospectif ». Les États-Unis admettaient que « retirer la subvention » exigeait un certain remboursement, mais que ce remboursement ne pouvait être que « prospectif » sans effet rétrospectif.

L'Australie calculait la portion prospective comme étant la portion de la subvention imputée à la période allant de la fin de la période de mise en œuvre à la

<sup>32</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 2.1.

<sup>33</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 2.3.

period covered by the sales performance targets under the grant contract. In this case, it was necessary to consider the period 1 April 1997 to 30 June 2000, less any amounts allocable to sales other than exports of automotive leather.

The Panel did not find the distinction between repayment of “prospective” and “retrospective” portions of past subsidies to be meaningful in the context of Article 4.7 of the SCM Agreement. It took the view that, “if the term ‘withdraw the subsidy’ could properly be understood to encompass repayment of any portion of a prohibited subsidy”,<sup>34</sup> then “retroactive effect” existed.

In accordance with the guidance given by the Appellate Body, the answer was to be found by applying the general rules of treaty interpretation laid down in the Vienna Convention on the Law of Treaties, and more particularly its articles 31, 32 and 33. In order to ascertain the meaning of “withdraw the subsidy” in Article 4.7, it was necessary to consider first the ordinary meaning of the term, then the meaning of the term in its context and in the light of the object and purpose of the SCM Agreement, and finally whether an interpretation of “withdraw the subsidy” as providing exclusively a prospective remedy would render the recommendation and remedy in prohibited subsidy cases ineffective.

“Turning first to the ordinary meaning of the term, the word ‘withdraw’ has been defined as: ‘pull aside or back (withdraw curtain, one’s hand); take away, remove (child from school, coins from circulation, money from bank, horse from race, troops from position, favour etc. from person); retract (offer, statement, promise)’.”<sup>35</sup> According to the Panel, this definition suggests that the ordinary meaning of “withdraw the subsidy” may encompass “taking away” or “removing” the prohibited subsidy, an interpretation that encompasses repayment of the prohibited subsidy.

With regard to the context of Article 4.7, it should be noted that the expression “withdraw the subsidy” is used elsewhere in the SCM Agreement. In the case of “actionable” subsidies, under Part III of the Agreement, Members may pursue multilateral dispute settlement. If it is found that the subsidy in question has caused injury to a domestic industry, the subsidizing Member “shall take appropriate steps to remove the adverse effects or shall withdraw the subsidy”. Alternatively, a Member whose interests are adversely affected may impose a countervailing measure under Part V of the SCM Agreement, “unless the subsidy or subsidies are withdrawn”.

<sup>34</sup> Report WT/DS126/RW, para. 6.22.

<sup>35</sup> Report WT/DS126/RW, para. 6.27.

fin de la période visée par les objectifs de résultats en matière de ventes au titre du contrat de don. En l’espèce, il fallait considérer la période allant du 1<sup>er</sup> avril 1997 au 30 juin 2000, déduction faite de tout montant imputable aux ventes autres que les exportations de cuir pour automobiles.

Le Groupe spécial ne juge pas utile la distinction entre le remboursement des portions « prospective » et « rétrospective » des subventions antérieures dans le contexte de l’article 4:7 de l’Accord SMC. En revanche, il s’agit de savoir « si l’expression “retirer la subvention” peut dûment être interprétée comme englobant le remboursement de toute portion d’une subvention prohibée »<sup>34</sup>, ce qui porterait à conclure que l’« effet rétroactif » existe.

Suivant les directives de l’Organe d’appel, la réponse doit être recherchée à travers les règles générales d’interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout particulièrement les articles 31, 32 et 33. Pour établir le sens de l’expression « retirer la subvention » à l’article 4:7, il faut examiner tout d’abord le sens ordinaire. Ensuite, il faut considérer le sens de l’expression dans son contexte et à la lumière de l’objet et du but de l’Accord SMC. Enfin, le Groupe spécial détermine si l’expression « retirer la subvention » au sens d’une mesure corrective prospective, rendrait inefficaces la recommandation et la mesure corrective dans des affaires concernant des subventions prohibées.

« S’agissant premièrement du sens ordinaire de l’expression, le terme “retirer” est défini comme suit : “tirer (des rideaux) ; ôter (sa main) ; enlever (un enfant de l’école, des pièces de la circulation) ; prendre (de l’argent à la banque) ; désengager (un cheval d’une course) ; priver (quelqu’un d’un avantage) ; rétracter (une offre, une déclaration, une promesse)” »<sup>35</sup>. D’après le Groupe spécial, cette définition laisse entendre que le sens ordinaire de « retirer la subvention » peut englober le fait d’« enlever » ou de « supprimer » la subvention prohibée. Ce qui conduit à admettre le remboursement de la subvention prohibée.

Pour ce qui est du contexte de l’article 4:7, il faut remarquer que l’expression « retirer la subvention » est utilisée ailleurs dans l’Accord SMC. Dans le cas des subventions « pouvant donner lieu à une action », au titre de la Partie III de l’Accord SMC, chaque Membre peut engager une procédure de règlement des différends multilatérale. S’il est constaté que la subvention en question a causé un dommage à une branche de production nationale, le Membre qui accorde la subvention « prendra des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables ou retirera la subvention ». Sinon, le Membre dont les intérêts sont en cause peut imposer une mesure compensatoire au titre de la Partie V de l’Accord SMC, « à moins que la ou les subventions ne soient retirées ».

<sup>34</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 6.22.

<sup>35</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 6.27.

In both cases, *withdrawal* of the subsidy means repayment of the subsidy or avoid action by the complaining Member.

Turning to the object and purpose of Article 4.7 of the SCM Agreement, the Panel recalled that the withdrawal of a prohibited subsidy encompassed repayment. Terminating a programme found to be a prohibited subsidy, or not providing, in the future, a prohibited subsidy, might constitute withdrawal in some cases. However, such actions had no impact in the case of (prohibited) subsidies granted in the past. Thus, repayment was a means of “withdrawing” a subsidy by which the possibility of an importing Member imposing countervailing measures on imported subsidized goods could be avoided.

#### *“Withdrawal” of a subsidy can mean repayment*

The Panel decided that to “withdraw the subsidy”, within the meaning of Article 4.7 of the SCM Agreement, “*is not limited to prospective action only but may encompass repayment of the prohibited subsidy*”.<sup>36</sup> In this connection, it should be borne in mind that if there is a difference between the rules and procedures of the DSU and the special or additional rules and procedures set forth in Appendix 2, the latter are to prevail. Thus, to the extent that “withdraw the subsidy” requires some action that is different from “bring the measure into conformity”, it is that different action which prevails.

Australia argued that no repayment was required in this case, and that it could have fully complied with the recommendation to withdraw the subsidy in question by releasing Howe from the remaining obligations under the grant contract.

However, according to the Panel, repayment of the *full subsidy*, excluding, of course, interest, was necessary in order to “withdraw” the prohibited subsidies found to exist.

In this particular case, Australia withdrew A\$8.065 million from Howe on 14 September 1999. On the same date, Australia provided a loan of A\$13.65 million on non-commercial terms (the 1999 loan) to Howe’s parent company, ALH.

These two financial operations formed part of a single transaction which nullified the repayment of the A\$8.065 million by Howe. Thus, because of the loan, no repayment, and consequently, no withdrawal of the prohibited subsidies, effectively took place.

<sup>36</sup> Report WT/DS126/RW, para. 6.39.

Dans les deux cas, le *retrait* de la subvention signifie rembourser la subvention pour éviter ainsi une action de la part du Membre plaignant.

Examinant ensuite l’objet et le but de l’article 4:7 de l’Accord SMC, le Groupe spécial rappelle que le retrait d’une subvention prohibée englobe le remboursement. Certes, mettre fin à un programme dont il a été constaté qu’il constituait une subvention prohibée, ou ne pas accorder à l’avenir une subvention prohibée, peut constituer un retrait dans certains cas. Toutefois, ces actions n’ont pas d’incidence dans le cas des subventions (prohibées) accordées antérieurement. Ainsi le remboursement est un moyen de « retirer » une subvention afin d’éviter qu’un Membre importateur impose une mesure compensatoire sur des produits importés subventionnés.

#### *Le « retrait » de la subvention peut impliquer le remboursement*

Le Groupe spécial décide que « retirer la subvention » au sens de l’article 4:7 de l’Accord SMC « *ne se limite pas à une action prospective uniquement, mais peut englober le remboursement de la subvention prohibée* »<sup>36</sup>. Pour préciser cette conclusion, il faut d’abord considérer que, s’il y a une différence entre les règles et procédures du Mémoire d’accord et les règles et procédures spéciales ou additionnelles indiquées à l’Appendice 2, ces dernières prévaudront. Donc, dans la mesure où « retirer la subvention » exige une action différente de celle de « rendre la mesure conforme » (article 19:1 du Mémoire d’accord), c’est cette action différente qui prévaut.

Or, l’Australie faisait valoir qu’aucun remboursement n’était exigé en l’espèce et qu’elle aurait pu se conformer pleinement à la recommandation visant à retirer la subvention en cause en libérant Howe des obligations restantes au titre du contrat de don.

Mais, selon le Groupe spécial, afin de « retirer » les subventions prohibées dont l’existence a été constatée, il faut le remboursement du *montant intégral* de la subvention sans y comprendre, bien entendu, les intérêts.

Dans le cas d’espèce, l’Australie a retiré 8,065 millions de dollars australiens de Howe le 14 septembre 1999. À la même date, elle a accordé un prêt de 13,65 millions de dollars australiens à des conditions non commerciales (le prêt de 1999) à la société mère de Howe, ALH.

Ces deux flux financiers font partie d’une transaction unique qui va jusqu’à annuler le remboursement de 8,065 millions de dollars australiens effectué par Howe. Donc, à cause du prêt, il n’y a eu en fait aucun remboursement et, par conséquent, aucun retrait des subventions prohibées.

<sup>36</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 6.39.

**IV. CONCLUSIONS OF THE PANEL**

*“7.1. Based on the foregoing, we determine that Australia has failed to withdraw the prohibited subsidies within 90 days, and thus has not taken measures to comply with the DSB’s recommendation in this dispute”.*

**IV. CONCLUSIONS DU GROUPE SPÉCIAL**

*« 7.1 Compte tenu de ce qui précède, nous déterminons que l’Australie a manqué à son obligation de retirer les subventions prohibées dans un délai de 90 jours et n’a donc pas pris de mesures pour se conformer à la recommandation de l’ORD dans le présent différend ».*

**V. IMPLEMENTATION**

The DSB adopted the Panel report, and hence its conclusions, on 11 February 2000. On 24 July 2000, the governments of the United States and Australia notified the DSB that they had reached a mutually agreed solution in regard to implementation of the ruling under Article 21.5 of the DSU (WT/DS/126/11, 31 July 2000).

**V. MISE EN ŒUVRE**

L'ORD a adopté le rapport du Groupe spécial le 11 février 2000 et donc les conclusions ci-dessous. Le 24 juillet 2000, les gouvernements des États-Unis et de l'Australie ont notifié l'ORD qu'ils avaient agréé une solution mutuellement convenue concernant la mise en œuvre de la décision conformément à l'article 21:5 du DSU (WT/DS/126/11, 31 juillet 2000).



## PART THREE: OBSERVATIONS

The observations focus on the requests for preliminary rulings (A) and on the question of subsidies contingent “in fact” (B).

## I. REQUESTS FOR PRELIMINARY RULINGS

Australia had asked the Panel to terminate its proceedings and, indeed, to dissolve itself, on the grounds that the DSU did not permit the establishment of a panel when another panel already existed with the same parties and the same issue. Thus, the question was whether and to what extent a panel can rule on its own competence (1), on the confidentiality of the evidence presented (2), on the burden of proof (3), and on the possibility of specifying the evidence to be provided (4).

## 1. The “Kompetenz-Kompetenz” principle does not apply to WTO panels

The Australian request highlights an important difference between the WTO’s intergovernmental dispute settlement procedure and classical international (intergovernmental or, indeed, transnational) arbitration. In the present case, the Panel found itself confronted with a difficulty familiar to experts in arbitration, namely, the problem of knowing whether or not it was empowered to rule on its own competence and jurisdiction.<sup>37</sup>

In fact, the principle according to which an arbitral tribunal is competent to rule on its own competence is well established in international trade law, whence

<sup>37</sup> See D. Carreau, *Droit international*, 7th ed., Pedone, Paris, 2001, No. 1407 s. et, in general, G. Berlia, “Jurisprudence des tribunaux en ce qui concerne leur compétence”, *RCADI*, 1955/II, Vol. 88, pp. 105-158; P. Weil, “Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle”, in J. Makarczyk (ed.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century. Essays in honor of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 833-848; Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padua, 2004, p. 571. See also art. 9 of the ILC’s “model rules”: “The arbitral tribunal which is the judge of its own competence has the power to interpret the *compromis* and the other instruments on which that competence is based.” GA Resol. 989 (X) of 14 December 1955 and ILC Ann. 1958-II, pp. 1-16, A/CN.4/113. In the case-law, see the arbitral decision in *United States/Iran*, of 21 December 1981, *ILM*, 1982, pp. 78-91.

## TROISIEME PARTIE : OBSERVATIONS

Les observations s’articulent autour des questions soulevées par voie préliminaire (A) ainsi que sur la question des subventions subordonnées « en fait » (B).

## I. SUR LES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

L’Australie avait demandé que le Groupe spécial mette fin à ses travaux et, de fait, se dissolve, au motif que le Mémoire d’accord ne permet pas l’établissement d’un groupe spécial lorsqu’un autre groupe spécial existe déjà avec les mêmes parties et pour la même question. Il s’agit, donc, de préciser si et dans quelle mesure un groupe spécial peut se prononcer sur sa propre compétence (1), sur la confidentialité des éléments de preuve présentés (2), sur la charge de la preuve (3) ainsi que sur la possibilité de préciser les preuves à fournir (4).

## 1. Le principe de « Kompetenz-Kompetenz » ne s’applique pas aux groupes spéciaux de l’OMC

La demande de l’Australie dans la présente affaire met en lumière une importante différence entre la procédure interétatique de règlement des différends de l’OMC et l’arbitrage international (interétatique voire transnational) classique. En effet, dans cette affaire, le Groupe spécial se trouve confronté à un problème bien connu par les spécialistes de l’arbitrage, à savoir, celui de savoir s’il possède le pouvoir de décider de sa compétence et de son étendue<sup>37</sup>.

Le principe selon lequel un tribunal arbitral est doté de la compétence pour statuer sur sa propre compétence est, en effet, bien établi en droit du commerce

<sup>37</sup> Voir D. Carreau, *Droit international*, 7<sup>ème</sup> ed., Pedone, Paris, 2001, n° 1407 s. et, en général, G. Berlia, « Jurisprudence des tribunaux en ce qui concerne leur compétence », *RCADI*, 1955/II, t. 88, pp. 105-158 ; P. Weil, « Compétence et saisine : un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle », in J. Makarczyk (sous la dir.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century. Essays in honor of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 833-848 ; Galgano, Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padua, 2004, p. 571. Voir aussi l’art. 9 du « modèle des règles » de la C.D.I. : « Le tribunal arbitral, juge de sa compétence, dispose du pouvoir d’interpréter le *compromis* et les autres instruments sur lesquels cette compétence est fondée. Résol. de l’A.G. 989 (X) du 14 décembre 1955 et Ann. C.D.I. 1958-II, pp. 1-16, A/CN.4/113. En jurisprudence, voir la sentence arbitrale *Etats-Unis/Iran* du 21 décembre 1981, *ILM*, 1982, pp. 78-91.

the importance of the position taken in this respect by the Panel. According to the Panel: "The establishment of a panel is the task of the DSB. It is by no means clear that, once the DSB has established a panel, as it did in this case, the Panel so established has the authority to rule on the propriety of its own establishment. Nothing in our terms of reference expressly authorizes us to consider whether the DSB acted correctly in establishing this Panel".<sup>38</sup> This reduces to saying that the Panel is not an arbitral tribunal and thus does not have the general powers of an international arbitrator. Consequently, it only has the special powers conferred upon it by its terms of reference, which does not seem entirely obvious in a context more closely akin to arbitration, such as that of Article 21.5 of the DSU. Indeed, it appears that under the procedure laid down in Articles 21.3(c), 22.6 and 25 of the DSU, this being a special form of intergovernmental arbitration, it might be useful if the arbitrator were able to refer to the *Kompetenz-Kompetenz* principle, where necessary.

## 2. The confidentiality of business documents

The confidentiality of business information is a classical issue of competition law with the potential for opening up new topics for discussion within the context of the WTO.<sup>39</sup>

In the WTO case-law, the Panel in *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages* confirmed the right of a party to a dispute submitted to the WTO to make use of information acquired during consultations in panel proceedings. After having noted that Article 4.6 of the DSU requires confidentiality in the consultations between the parties to a dispute, the Panel added that this was "essential if the parties are to be free to engage in meaningful consultations". Moreover, the Panel observed that the parties to the consultations should not communicate the infor-

<sup>38</sup> Report WT/DS/126/R, para. 9.12.

<sup>39</sup> P. Delvolvé, "Le respect des droits de la défense dans les procédures anti-dumping, anti-subsidies", *Droit et pratique du commerce international*, 1991, Vol. 17, No. 2, pp. 226-242; C. Baldwin, "Protecting Confidential and Proprietary Commercial Information in International Arbitration", *Texas International Law Journal*, 1996, Vol. 31, No. 3, pp. 451-494; within the NAFTA context, see R. Teitelbaum, "Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioner's Journal*, Vol. 2, issue 2, pp. 249-267. The topic is a familiar one in community competition law, see, *inter alia*, Ehlermann, Jan Drijber, "Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in particular Access to Files and Confidentiality", *European Competition Law Review*, 1996, Vol. 17, No. 7, pp. 375-383; S. Kines, "Confidentiality, Conflicts and Comity: Problems and Solutions in the new Era of International Co-operation for the Purposes of Enhancing Competition Law Enforcement", *Netherlands International Law Review*, 1996, Vol. 43, No. 1, pp. 19-32.

international d'où l'importance de la position prise à cet égard par le Groupe spécial. Selon le Groupe spécial : « L'établissement d'un groupe spécial est la tâche de l'ORD. Il n'est en aucune façon clairement établi que, une fois que l'ORD a établi un groupe spécial, comme il l'a fait dans la présente affaire, le Groupe spécial ainsi établi a le pouvoir de se prononcer sur la régularité de son propre établissement. Rien dans notre mandat nous autorise expressément à examiner si l'ORD a agi correctement en établissant le présent Groupe spécial »<sup>38</sup>. Ce qui revient à dire que le Groupe spécial n'est pas un tribunal arbitral et donc n'a pas de pouvoirs généraux d'arbitre international. Par conséquent, il n'a que les pouvoirs spéciaux qui lui sont confiés à travers le mandat de l'ORD. Ce qui ne nous semble pas parfaitement évident dans un contexte plus proche à l'arbitrage, comme celui prévu à l'article 21:5 du Mémoire d'Accord. En effet, il semble que dans la procédure prévue dans le Mémoire d'accord aux articles 21:3 (c), 22:6 et 25, l'arbitre pourra utilement faire référence au principe *Kompetenz-Kompetenz* en cas de besoin, s'agissant d'une forme particulière d'arbitrage interétatique.

## 2. La confidentialité des documents d'entreprise

La question de la confidentialité des renseignements d'entreprise est une question classique du droit de la concurrence susceptible d'ouvrir des nouvelles frontières de réflexion dans le contexte du droit de l'OMC<sup>39</sup>.

Dans la jurisprudence de l'OMC, le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques* a confirmé le droit qu'une partie à un différend soumis à l'OMC a d'utiliser les renseignements obtenus lors de consultations dans des procédures de groupes spéciaux. Après avoir noté que l'article 4:6 du Mémoire d'accord exige la confidentialité des consultations entre les parties à un différend, le Groupe spécial a ajouté que cela était « indispensable pour que les parties puissent librement engager des consultations utiles ». Par

<sup>38</sup> Rapport WT/DS/126/R, par. 9.12.

<sup>39</sup> P. Delvolvé, « Le respect des droits de la défense dans les procédures anti-dumping, anti-subsidies », *Droit et pratique du commerce international*, 1991, vol. 17, n° 2, pp. 226-242; C. Baldwin, « Protecting Confidential and Proprietary Commercial Information in International Arbitration », *Texas International Law Journal*, 1996, vol. 31, n° 3, pp. 451-494; dans le cadre de l'ALENA v. R. Teitelbaum, « Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioner's Journal*, vol. 2, issue 2, pp. 249-267. La question est bien présente en droit communautaire de la concurrence, voir, entre autres, Ehlermann, Jan Drijber, « Legal Protection of Enterprises: Administrative Procedure, in particular access to files and confidentiality », *European Competition Law Review*, 1996, vol. 17, n° 7, pp. 375-383; S. Kines, « Confidentiality, Conflicts and Comity: Problems and Solutions in the new Era of International Co-operation for the Purposes of Enhancing Competition Law Enforcement », *Netherlands International Law Review*, 1996, vol. 43, n° 1, pp. 19-32.

mation acquired to parties which had not participated in the consultations. In fact, the very essence of “consultations is to enable the parties to gather correct and relevant information, for purposes of assisting them in arriving at a mutually agreed solution, or failing [that], to assist them in presenting accurate information to the Panel. It would seriously hamper the dispute settlement process if the information acquired during consultations could not subsequently be used by any party in the ensuing proceedings”.<sup>40</sup>

In the same spirit, in *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, the Appellate Body concluded that even though under certain conditions the participation of private parties was desirable, nevertheless, the information provided was to be taken into account only to the extent that the country concerned accepted it as its own.<sup>41</sup>

In the present case, the Panel hit upon an interesting pragmatic solution. It established, in consultation with the parties, additional procedures governing business confidential information (BCI).<sup>42</sup> Under these procedures, it is for each party to designate the information it communicates as “business confidential information”. Only “approved persons” may obtain access to such information. “Approved persons” are those and only those who have signed and filed with the chairman of the Panel a “Declaration of Non-Disclosure” in which they agree to follow the established BCI procedures. A party which communicates business confidential information must also provide a non-confidential version or summary that can be disclosed to the public. This procedure was criticized by the EC since “certain portions of the parties’ written submissions can be withheld if they are considered to contain business confidential information, and if the relevant officials of the third party have not signed a Declaration of Non-Disclosure”.<sup>43</sup>

Furthermore, community officials were not allowed to enter into personal commitments to third country governments concerning the conduct of dispute settlement proceedings, and such obligations could only be undertaken by the EC. Nevertheless, the Panel concluded that to obtain access to any business

<sup>40</sup> WT/DS75/R, WT/DS84/R, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, Report adopted on 17 February 1999, paragraph 10.23. The aspect of the Panel ruling referred to was not an issue before the Appellate Body.

<sup>41</sup> See B. Stern, *United States – Shrimp*, in B. Stern, H. Ruiz Fabri (ed.), *La jurisprudence de l’OMC. The Case-Law of the WTO (1998-2)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 64-74.

<sup>42</sup> Report WT/DS126/RW Annex 4.

<sup>43</sup> Report WT/DS126/RW, para. 3.4.

ailleurs, le Groupe spécial avait observé qu’il s’agit d’exiger que les parties aux consultations ne communiquent pas les renseignements obtenus à des parties qui n’ont pas participé à ces consultations. En effet, le rôle même « des consultations est de permettre aux parties de réunir des renseignements corrects et pertinents pour les aider à arriver à une solution mutuellement convenue ou, sinon, les aider à présenter des renseignements exacts au Groupe spécial. Le processus de règlement des différends serait sérieusement compromis si les renseignements obtenus lors des consultations ne pouvaient pas être utilisés par une partie lors de la procédure venant ensuite »<sup>40</sup>.

Dans le même esprit, dans l’affaire *Etats-Unis – Crevettes*, l’Organe d’Appel a précisé que même si, dans certaines conditions, la participation des personnes privées est souhaitable, néanmoins les informations fournies ne sont prises en compte que dans la mesure où l’Etat les fait siennes<sup>41</sup>.

Or, dans la présente affaire, le Groupe spécial a trouvé une solution pragmatique qu’il faut saluer avec intérêt. Il a établi, en consultation avec les parties, des procédures additionnelles régissant les renseignements commerciaux confidentiels (RCC)<sup>42</sup>. Selon ces procédures, il appartient à chaque partie de désigner comme « renseignements commerciaux confidentiels » les renseignements qu’elle communique. Seules les « personnes habilitées » peuvent avoir accès à de tels renseignements. Les « personnes habilitées » sont uniquement celles qui ont signé et remis au président du Groupe spécial une « Déclaration de non-divulgaration » dans laquelle elles acceptent de respecter les procédures RCC établies. Une partie qui communique des renseignements commerciaux confidentiels doit également en fournir une version ou un résumé non confidentiels, qui peuvent être divulgués au public. Cette procédure a été critiquée par les CE puisque « certains passages des communications écrites des parties pouvaient ne pas être divulgués s’ils étaient considérés comme contenant des renseignements commerciaux confidentiels et si les fonctionnaires compétents de la tierce partie n’avaient pas signé de Déclaration de non-divulgaration »<sup>43</sup>.

Bien plus, les fonctionnaires communautaires ne sont pas autorisés à prendre personnellement des engagements vis-à-vis de gouvernements de pays tiers concernant l’application des procédures de règlement des différends, puisque de telles obligations ne peuvent être contractées que par les CE. Le Groupe spécial a

<sup>40</sup> WT/DS75/R, WT/DS84/R, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, Rapport adopté le 17 février 1999, par. 10.23. L’aspect de la décision du Groupe spécial auquel il est fait référence n’était pas une question dont était saisi l’Organe d’appel.

<sup>41</sup> Voir B. Stern, *Etats-Unis-crevettes*, in B. Stern, H. Ruiz Fabri (ed.), *La jurisprudence de l’OMC. The Case-Law of the WTO (1998-2)*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 64-74.

<sup>42</sup> Rapport WT/DS126/RW annexe 4.

<sup>43</sup> Rapport WT/DS126/RW, par. 3.4.

confidential information in this dispute, the EC would need to provide signed Declarations of Non-Disclosure, in accordance with the relevant procedures. Whatever the outcome of this debate, it seems to me that the proposed approach, namely, the negotiation between all the interested parties of a procedural agreement on the treatment of confidential information, is a useful device for taking certain special situations into account, such as that of the EC businesses involved in a procedure of this type can also expect better protection for their confidential data (even though provided on a case-by-case basis), to prevent any leakage of information that might benefit the competition.

### 3. *Onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*

Once the question of confidential information had been settled, the next step was to decide who should bear the burden of proving whether the subsidy was unlawful or not. This is another of the thorniest problems in the field of international economic dispute settlement and the source of important academic contributions situated at the crossroads between public international law<sup>44</sup> and international commercial arbitration law.<sup>45</sup>

In *United States – Wool Shirts and Blouses*, the Appellate Body recognized that both the International Court of Justice and other international courts had applied the general rule according to which the burden of proof rests upon the party

<sup>44</sup> See, in general, M. Kazazi, *Burden of proof and related issues: a study on evidence before international tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, 1996 and specifically J. Pauwelyn, "Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden", *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 227-258.

<sup>45</sup> See M. R. Silvestre, "Presumptions and Burden of Proof in World Trade Law", *Journal of World Trade Law*, 1997, No. 1, pp. 67-98 and also "The Standards and Burden of Proof in International Arbitration", reports published in *Arbitration international*, 1994, Vol. 10, No. 3, with contributions by A. Redfern, "The Practical Distinction between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: An English Perspective", pp. 317-322; Cl. Reymond, "The Practical Distinction between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: A Further Perspective", pp. 323-327; A. Reiner, "Burden and General Standards of Proof", pp. 328-340; B. Hanotiau, "Satisfying the Burden of Proof: the Viewpoint of a 'Civil Law' Lawyer", pp. 341-353; I.W. Menzies, "Satisfying the Burden of Proof: A Layman's Approach", pp. 357-360. Cf. Fr. Ruhlmann and O. Gutkes, "L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux; remèdes souhaitables", *Revue de droit des affaires internationales*, 1995, No. 4, pp. 437-464. A complete overview can be found in the ICC dossier prepared by the Institute of International Business Law and Practice, *Taking of Evidence in International Arbitral Proceedings/L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, International Chamber of Commerce Pub. No. 440/8, Paris, 1990, *passim*. See also J. Paulsson, "The Rules of Evidence in the Arbitral Procedure: Comparative Study/Les règles de preuve dans la procédure arbitrale", *Euro-Arab Arbitration II/Arbitrage Euro-Arabe II*, 1989, pp. 90-100.

néanmoins conclu que, pour avoir accès à tout renseignement commercial confidentiel dans cette affaire, les fonctionnaires communautaires devaient fournir des Déclarations de non-divulgence signées, conformément aux procédures pertinentes. Quoi qu'il en soit de ce débat, il nous semble que l'approche proposée, voire la négociation entre toutes les parties intéressées, d'un accord procédural sur le traitement des renseignements confidentiels, est un instrument valable pour prendre en compte certaines spécificités, comme la spécificité communautaire. Les entreprises concernées dans une procédure de ce type peuvent recevoir aussi une meilleure protection (même si elle devient une protection au cas par cas) de leurs données confidentielles pour éviter toute fuite d'information en faveur de la concurrence.

### 3. *Onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*

Une fois réglée la question des renseignements confidentiels, il faut savoir sur qui pèse la charge de la preuve de l'illégalité de la subvention. Il s'agit là, encore une fois, d'une des questions les plus épineuses dans le domaine du règlement international des différends économiques. Elle se trouve actuellement à l'origine de contributions doctrinales importantes situées au carrefour entre le droit international public<sup>44</sup> et le droit de l'arbitrage commercial international<sup>45</sup>.

Dans l'affaire *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'Appel a reconnu que tant la Cour Internationale de Justice que les autres tribunaux internationaux ont appliqué la règle générale selon laquelle il appartient à la partie qui

<sup>44</sup> Voir en général M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague, 1996 et spec. J. Pauwelyn, « Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 227-258.

<sup>45</sup> Voir M.R. Silvestre, « Presumptions and Burden of Proof in World Trade Law », *Journal of World Trade Law*, 1997, n° 1, pp. 67-98 ainsi que « The Standards and Burden of Proof in International Arbitration », rapports publiés in *Arbitration international*, 1994, vol. 10, n° 3, avec contributions de A. Redfern, « The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: An English Perspective », pp. 317-322; Cl. Reymond, « The Practical Distinction Between the Burden of Proof and the Taking of Evidence: A Further Perspective », pp. 323-327; A. Reiner, « Burden and general standards of proof », pp. 328-340; B. Hanotiau, « Satisfying the Burden of Proof: The Viewpoint of a 'Civil Law' Lawyer », pp. 341-353; I. W. Menzies, « Satisfying the Burden of Proof: A Layman's Approach », pp. 357-360. Cf. Fr. Ruhlmann et O. Gutkes, « L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux; remèdes souhaitables », *Revue de droit des affaires internationales*, 1995, n° 4, pp. 437-464. Un aperçu complet des questions se trouve dans le dossier CCI rédigé par l'*Institute of International Business Law and Practice, Taking of Evidence in International Arbitral Proceedings/L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, International Chamber of Commerce Pub. n° 440/8, Paris, 1990, *passim*. Voir aussi J. Paulsson, « The Rules of Evidence in the Arbitral Procedure: Comparative Study/Les règles de preuve dans la procédure arbitrale », *Euro-Arab Arbitration II/Arbitrage Euro-Arabe II*, 1989, pp. 90-100.

who asserts the affirmative of a particular claim or defence.<sup>46</sup> Of course, this general rule applies to both the claimant and the defendant although it is the former who must provide sufficient *prima facie* evidence to initiate the proceedings.

In the case of subsidies, the establishment of a system of multilateral remedies enabling Members to challenge measures with adverse effects doubtless represents great progress as compared with the situation that existed before the WTO came into being. However, the general rule *onus probandi incumbit ei qui licet non ei qui negat* which inspires the DSU is accompanied by special rules to be found in the various covered agreements.

Thus, where textiles are concerned, in *United States – Wool Shirts and Blouses*, the Appellate Body held that it was for India to present evidence sufficient to establish a *presumption* that the transitional safeguard determination made by the United States was inconsistent with its obligations under Article 6 of the ATC.<sup>47</sup> This meant using Occam's razor in a special area (such as textiles), thereby enabling a State, under certain conditions, to implement special and discriminatory safeguard measures under Article 6 of the ATC when it unilaterally deemed its import market to be suffering from "disorganization".<sup>48</sup> In this case, then, the Appellate Body rejected – with some difficulty – the interesting thesis put forward by India which, relying on the idea of an exception to the general principles of the GATT/WTO, argued that, as far as the disorganization of the market was concerned, the burden of proof should be carried by the importing, and not by the exporting State.

The problem with subsidies is that the complaining Member needs to show the adverse effects of the subsidization on trade, and this calls for a factual analysis which panels may sometimes have difficulty in carrying out. To remedy this, the SCM Agreement provides for a sub-category of actionable subsidies for which there is a mere *presumption* of the existence of serious prejudice (Article 6).<sup>49</sup> These are *ad valorem* subsidizations exceeding 5 per cent of the value of the product. Thus, subject to the provisions authorizing special and differential treatment for certain Members (such as the LDCs), it is sufficient for a Member to establish the existence of such a subsidy in its complaint for the Member granting the subsidy

<sup>46</sup> Appellate Body Report, *United States – Wool Shirts and Blouses*, pp. 15-16. See also R. Silvestre, "Presumptions and Burden of Proof in World Trade Law", *Journal of International Arbitration*, 1997, Vol. 14, No. 1, pp. 67-98; E. Canal Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2nd ed., Bruylant, Brussels, 2004, p. 73.

<sup>47</sup> WT/DS33.

<sup>48</sup> V. F. Marrella, "L'OMC et le textile", *RGDIP*, Vol. 104, No. 3, 2000, pp. 659-693.

<sup>49</sup> V. Carreau, Juillard, *Droit international économique*, 1st ed., Dalloz, Paris, 2003, No. 561.

affirme un fait d'en apporter la preuve<sup>46</sup>. Bien entendu, cette règle générale s'applique au demandeur comme au défendeur mais c'est le premier qui doit apporter des éléments de preuve suffisants pour décrocher la procédure.

En matière de subventions, la création d'un système de voies de recours multilatérales permettant aux Membres de contester les mesures ayant des effets défavorables représente, sans doute, un grand progrès par rapport au régime qui existait avant l'institution de l'OMC. Cependant, à côté de la règle générale *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat* qui anime le Mémoire d'accord sur le règlement de différends, il existe des règles spéciales dans les accords composant la constellation de l'OMC.

Ainsi, en matière des textiles, dans l'affaire *Etats-Unis – Chemises indiennes*, l'Organe d'appel a précisé qu'il incombait à l'Inde de présenter des éléments de preuve *suffisants* pour établir une *présomption* que la détermination faite par les Etats-Unis concernant l'activation du mécanisme de sauvegarde transitoire était incompatible avec les obligations qu'ils tenaient de l'article 6 de l'ATV<sup>47</sup>. C'est donc employer le rasoir d'Occam dans une matière spéciale (comme le textile) permettant à un Etat, sous certaines conditions, de mettre en œuvre des mesures de sauvegarde spéciale et discriminatoire *ex* article 6 de l'ATV, lorsqu'il estime unilatéralement subir une « désorganisation » de son marché à l'importation<sup>48</sup>. Dans cette affaire, donc, l'Organe d'Appel a rejeté – avec quelques difficultés – l'intéressante thèse de l'Inde qui, s'appuyant sur l'idée d'une dérogation aux principes généraux du GATT-OMC, faisait valoir que la charge de la preuve de la désorganisation du marché incombait à l'Etat importateur et non pas à l'Etat exportateur.

Or, en matière de subventions, la difficulté repose sur la nécessité pour le Membre plaignant de démontrer les effets défavorables du subventionnement sur le commerce, ce qui exige une analyse axée sur des faits que les groupes spéciaux peuvent parfois avoir du mal à effectuer. Pour y remédier, l'Accord SMC prévoit une sous-catégorie de subventions pouvant donner lieu à une action pour lesquelles il existe une *présomption* simple de l'existence d'un préjudice grave (article 6)<sup>49</sup>. Ce sont les *subventionnements ad valorem* dépassant 5 pour cent de la valeur finale du produit. Sous réserve des dispositions prévoyant un traitement spécial et différencié pour certains Membres (comme le PMA); il suffit, donc, qu'un Membre établisse dans sa plainte l'existence d'une telle subvention pour que le Membre qui

<sup>46</sup> Rapport de l'Organe d'Appel, *Etats-Unis – Chemises et blouses de laine*, pp. 15-16. Voir aussi R. Silvestre, « Presumptions and Burden of Proof in World Trade Law », *Journal of International Arbitration*, 1997, vol. 14, n° 1, pp. 67-98; E. Canal Forgues, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2 ed., Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 73.

<sup>47</sup> WT/DS33.

<sup>48</sup> V. F. Marrella, « L'OMC et le textile », *RGDIP*, vol. 104, n° 3, 2000, pp. 659-693.

<sup>49</sup> V. Carreau, Juillard, *Droit international économique*, 1 éd., Dalloz, Paris, 2003, n° 561.

to be obliged to show that it has not caused serious prejudice to the interests of the complaining Member.

#### 4. The Panel can specify the burden of proof and order one of the parties to disclose relevant facts

The burden of proving a fact, rather than being absolute, may, in some circumstances, be reduced to the *minimum* sufficient to establish a presumption *juris tantum* that a fact exists. Thus, in the aforementioned *United States – Wool Shirts and Blouses*, it was only when this presumption had been established that the United States was required to present evidence and arguments to rebut it.<sup>50</sup> Moreover, the Appellate Body's activities are based on a principle of judicial economy since there is nothing in the DSU or in the previous practice of the GATT that requires a panel to examine all the claims made by the complaining party.

<sup>50</sup> World Trade Organization, *Annual Report 1997*, op. cit., p. 129. See Ruiz Fabri, op. cit., pp. 466 *et seq.* The Panel report completed by the Appellate Body was adopted by the DSB on 23 May 1997. On the burden of proof see also Appellate Body, 27 March 1998, WT/DS56, *Argentina – Measures Affecting Imports of Footwear, Textiles, Apparel and Other Items*. See also, with reference to the practice of the International Court of Justice, Highet, "Evidence and Proof of Facts", in Damrosch, *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987: "It appears to be the case that press reports, when significant but not denied by the responsible state, or when reporting other events such as official statements by responsible officials and agencies of that state, are accepted; [footnote omitted] but when they are uncorroborated or do not otherwise contain material with an independent title of credibility and persuasiveness, the tendency of the Court is to discount them almost entirely."

accorde la subvention soit tenu de démontrer que celle-ci n'a pas causé un préjudice grave aux intérêts du Membre plaignant.

#### 4. Le Groupe spécial peut préciser la charge de la preuve et ordonner à une des parties de dévoiler les faits pertinents

La charge de la preuve d'un fait, au lieu d'être pleine, peut, dans certaines circonstances, devenir un *minimum* suffisant à établir une présomption *juris tantum* qu'un fait existe. Ainsi, dans l'affaire *Etats-Unis – Chemises* précitée, c'est seulement lorsque cette présomption fut établie, qu'il appartenait aux Etats-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments pour la réfuter<sup>50</sup>. Par ailleurs, l'activité de l'Organe d'appel s'inspire d'un principe d'économie jurisprudentielle puisque rien dans le Mémoire d'accord où dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante.

<sup>50</sup> Organisation mondiale du commerce, *Rapport annuel 1997*, op. cit., p. 129. Voir Ruiz Fabri, op. cit., pp. 466 *et s.* Le rapport du Groupe spécial complété par l'Organe d'Appel a été adopté par l'ORD le 23 mai 1997. Sur le droit de la preuve voir aussi Organe d'Appel, 27 mars 1998, WT/DS56, *Argentine – Mesures affectant les importations des chaussures, textiles, vêtements et autres articles*. Voir aussi, avec référence à la pratique de la Cour Internationale de Justice, Highet, « Evidence and Proof of Facts », in Damrosch, *The International Court of Justice at a Crossroads*, 1987 : « Il est vrai que les informations parues dans la presse, lorsqu'elles sont importantes mais ne sont pas démenties par l'État responsable, ou lorsqu'elles relatent d'autres événements tels que des déclarations officielles faites par des fonctionnaires et organismes compétents dudit État, sont acceptées ; [note de bas de page omise] mais lorsqu'elles ne sont pas corroborées ou ne contiennent par ailleurs aucune élément qui soit en lui-même crédible et convaincant, la Cour a tendance à les écarter presque entièrement ».

## II. ON THE MERITS

### 1. The notion of subsidy must be drawn from the SCM Agreement

As distinct from the Tokyo Round Subsidies Code, the WTO's SCM Agreement contains a definition of the term "subsidy".<sup>51</sup> This definition has three basic components: (a) a specific financial contribution; (b) granted by a government or any public body within the territory of a Member; and (c) conferring a benefit. Thus, for their to be a subsidy within the meaning of the SCM Agreement, all three of these conditions must be satisfied.

#### *A financial contribution*

In the present case, it is first necessary to clarify the notion of "financial contribution". This concept was included in the SCM Agreement only after long negotiations in which some Members argued that there could be no subsidy without a corresponding charge to the budget. Other Members considered that some State intervention, while not involving public expenditure, nevertheless distorted competition and should therefore be regarded as a subsidy.

Adopting the first approach, the Agreement links the notion of subsidy inseparably with the presence of a financial contribution and contains a list of types of measures that constitute such a contribution: *grants, loans, equity infusion, loan guarantees, fiscal incentives, provision of goods or services, and purchase of goods.*

However, the Panel did not delve further into this question, contenting itself with noting that: "*The parties are in agreement that the loan is a subsidy within the meaning of Article 1 of the SCM Agreement. The parties are also in agreement that each of the three payments under the grant contract is also a*

<sup>51</sup> See, in particular, D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., No. 554 et seq., and Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce*, Bruylant, Brussels, 1999, No. 253 s. In the English language literature, see M. Benitah, *The Law of Subsidies under the GATT-WTO System*, The Hague, 2002, *passim*; P. Clarke, J. Bourgeois, "WTO Dispute Settlement Practice Relating to Subsidies and Countervailing Measures" in F. Ortino, E. Petersmann (ed.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 353-379; R. Cunningham, C. Troy, "Dispute Settlement through the Lens of Free Flow of Trade: A Review of WTO Dispute Settlement of US Anti-dumping and Countervailing Duty Measures", *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No. 1, 2003, pp. 155-170.

## II. SUR LE FOND

### 1. La notion de subvention doit être tirée de l'Accord SMC

Au la différence du Code des subventions du Tokyo Round, l'Accord SMC de l'OMC contient une définition du terme « subvention »<sup>51</sup>. La définition comporte trois éléments fondamentaux : une contribution financière spécifique (a) ; provenant des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (b) ; afin de conférer un avantage (c). Pour qu'il y ait subvention au sens de l'Accord SMC, il faut donc que toutes ces trois conditions soient réunies.

#### *Une contribution financière*

Dans la présente affaire il s'agit tout d'abord de préciser la notion de « contribution financière ». En effet, cette notion n'a été incluse dans l'Accord SMC qu'après de longues négociations dans lesquelles certains Membres faisaient valoir qu'il ne pouvait y avoir subvention tant qu'il n'y avait pas de dépense imputée sur le budget de l'État. D'autres Membres estimaient que certaines interventions de l'État n'impliquant pas de dépenses publiques n'en faussaient pas moins la concurrence et devaient donc être considérées comme étant des subventions.

Adoptant la première approche, l'Accord dispose que la notion de subvention est indissociable du constat d'une contribution financière et contient une liste des types de mesures qui constituent une telle contribution :  *dons, prêts, participation au capital social, garanties de prêt, incitations fiscales, fourniture de biens ou de services, et achat de biens.*

Pendant, le Groupe spécial n'a pas à approfondir cette question, il lui suffit de relever que : « *Les parties sont d'accord pour dire que le prêt est une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC. Elles sont aussi d'accord pour dire que chacun des trois versements relevant du contrat de don est aussi une*

<sup>51</sup> Voir notamment D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., n° 554 et seq., ainsi que Th. Flory, *L'Organisation mondiale du commerce*, Bruylant, Bruxelles, 1999, n° 253 s. Dans la littérature anglophone voir M. Benitah, *The Law of Subsidies under the GATT-WTO System*, The Hague, 2002, *passim* ; P. Clarke, J. Bourgeois, « WTO Dispute Settlement Practice Relating to Subsidies and Countervailing Measures » in F. Ortino, E. Petersmann (sous co dir.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 353-379 ; R. Cunningham, C. Troy, « Dispute Settlement through the Lens of Free Flow of Trade : A Review of WTO Dispute Settlement of US Anti-dumping and Countervailing Duty Measures », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 1, 2003, pp. 155-170.

*subsidy within the meaning of Article 1 of the SCM Agreement. However, the parties are not in agreement whether the grant contract itself is a subsidy within the meaning of Article 1 of the SCM Agreement*.<sup>52</sup>

The question of whether, as proposed by Australia, a distinction should be drawn between the grant contract and the grant payments was not addressed. According to the Panel, the evaluation of the “consistency of challenged elements” of the grant contract should take into account what “actually” occurs.

#### **Granted by a government**

For a financial contribution to be deemed to be a subsidy, it must also be granted by a government or any public body within the territory of a Member, or on their instructions. On the other hand, a government financial contribution is not a subsidy if it does not confer a *benefit*. Often, as in the case of direct financial assistance, a benefit clearly exists and can easily be evaluated. Sometimes, however, as in the present case, the evaluation of the benefit may be more complicated. Looking beyond the present case, what are the circumstances in which a loan, an equity infusion or a purchase of goods by the government confers a benefit? The SCM Agreement gives only a partial indication since the participants in the Uruguay Round negotiations were unable to settle the question of whether the existence of a benefit should be assessed in relation to a commercial criterion or in relation to the costs incurred by the government granting the subsidy.<sup>53</sup>

#### **The subsidy must be “specific”**

Even if a measure is a subsidy within the meaning of the SCM Agreement, it will not be covered by the SCM Agreement unless it is specifically granted to an enterprise or industry or group of enterprises or industries. Here, again, there was

<sup>52</sup> Report WT/DS126/R, para. 9.43.

<sup>53</sup> Article 14 of the SCM Agreement provides that, for the purpose of applying a countervailing measure, the existence of a benefit may be determined (but not necessarily) by reference to a commercial criterion, and gives guidelines on how to determine whether certain types of measures confer a benefit. However, within the context of multilateral disciplines, the problem of the meaning of the term “benefit” has not yet been fully resolved.

*subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC. Toutefois, elles ne sont pas d'accord sur le point de savoir si le contrat de don lui-même est une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC* »<sup>52</sup>.

La question de savoir s'il y a lieu de distinguer comme le proposait l'Australie entre le contrat de don et les versements à titre de don n'est pas abordée par le Groupe spécial. Pour lui l'évaluation de la « compatibilité des éléments contestés » du contrat de don doit prendre en compte ce qui se produit « effectivement ».

#### **Effectuée par les pouvoirs publics**

Pour qu'une contribution financière soit réputée être une subvention, elle doit aussi provenir des pouvoirs publics soit de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre, soit sur instruction de ceux-ci. En revanche, une contribution financière des pouvoirs publics n'est pas une subvention tant qu'elle ne confère pas un *avantage*. Dans bien des cas, comme celui d'une aide financière directe, l'existence d'un avantage est manifeste et son évaluation aisée. Parfois, cependant, la question de l'évaluation de l'avantage devient plus complexe comme l'on a vu dans le cas d'espèce. Mais au delà de la présente affaire, dans quelles circonstances un prêt, une participation au capital social ou l'achat d'un bien par les pouvoirs publics confèrent-ils un avantage? L'Accord SMC ne donne que des indications partielles sur ces aspects puisque les participants aux négociations du Cycle d'Uruguay n'ont pas pu trancher la question de savoir si l'existence d'un avantage doit être appréciée par rapport à un critère commercial ou par rapport aux coûts encourus par les pouvoirs publics qui accordent la subvention<sup>53</sup>.

#### **La subvention doit être « spécifique »**

À supposer qu'une mesure soit une subvention au sens de l'Accord SMC, elle ne sera cependant pas visée par l'Accord SMC à moins d'avoir été spécifiquement accordée à une entreprise ou branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production nationale. Ici, encore, on ne trouve pas

<sup>52</sup> Rapport WT/DS126/R, para. 9.43.

<sup>53</sup> L'article 14 de l'Accord SMC dispose que, aux fins de l'application d'un droit compensateur, l'existence d'un avantage peut être déterminée (mais pas nécessairement) par rapport à un critère commercial, et donne quelques indications pour déterminer si certains types de mesure confèrent un avantage. Dans le contexte des disciplines multilatérales, cependant, la question de la signification du terme « avantage » n'a pas été entièrement résolue.



no analysis of these issues since Howe was Australia's only producer of automotive leather.

However, it is worth recalling that only "specific" subsidies are subject to the rules of the SCM Agreement and, in this respect, there are several types of "specificity" within the meaning of the Agreement: (a) specificity at *enterprise* level, where the government subsidy is targeted at a single enterprise or several well-defined enterprises; (b) specificity at *industry* level, where the government subsidy is targeted at a single sector or several particular sectors; (c) *regional* specificity, where the government subsidy is targeted at producers in a well-defined part of the national territory. In the present case, the subsidy was clearly specific at enterprise level.

## 2. The subsidy must be prohibited

The SCM Agreement establishes three main categories of subsidies: those which are prohibited, those which are actionable (that is to say, can be challenged within the framework of the WTO or form the subject of countervailing measures), and those which are non-actionable. All specific subsidies fall into one or other of these three categories.

Subsidies are prohibited when the measures implemented by the government target exports. Two categories of subsidies are therefore prohibited *ipso jure* under the terms of Article 3 of the SCM Agreement.

The first are subsidies contingent, *in law* or *in fact*, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance ("export subsidies"). A detailed illustrative list of export subsidies is annexed to the SCM Agreement.

The second are subsidies contingent, whether solely or as one of several other conditions, upon the use of domestic over imported goods.

These two categories of subsidies are *prohibited* since they are intended to influence commerce and are therefore the most likely to have adverse effects on multilateral trade.

## 3. The notion of subsidy "in fact"

In determining whether the loans and the grant constituted subsidies in fact, the Panel gave its interpretation of Article 3.1 and footnote 4 of the SCM Agreement. Article 3.1 provides as follows:

d'analyse sur ces points puisque dans le cas d'espèce il s'agissait du seul producteur de cuir pour automobiles d'Australie.

Cependant, il n'est pas inutile de rappeler que seules les subventions « spécifiques » sont assujetties aux règles prévues par l'Accord SMC et à ce propos il existe plusieurs types de « spécificité » au sens de l'Accord SMC : a) la spécificité au niveau de *l'entreprise* lorsque le subventionnement par les pouvoirs publics est ciblé en faveur d'une entreprise ou de plusieurs entreprises bien déterminées ; b) spécificité au niveau de la *branche de production nationale* si le subventionnement par les pouvoirs publics est ciblé en faveur d'un secteur ou de plusieurs secteurs particuliers ; c) spécificité *régionale* en tant que le subventionnement par les pouvoirs publics est ciblé en faveur de producteurs dans une partie déterminée du territoire national. Dans le cas d'espèce, il s'agit bien d'une spécificité au niveau de l'entreprise.

## 2. La subvention doit être prohibée

L'Accord SMC établit trois grandes catégories de subventions : celles qui sont prohibées, celles qui peuvent donner lieu à une action (c'est-à-dire qui peuvent être contestées dans le cadre de l'OMC ou faire l'objet de mesures compensatoires) et celles qui ne donnent pas lieu à une action. Toutes les subventions spécifiques relèvent de l'une ou de l'autre de ces trois catégories.

Les subventions sont prohibées lorsque les mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics visent les produits d'exportation. Deux catégories de subventions sont, donc, prohibées *ipso jure* aux termes de l'article 3 de l'Accord SMC.

Les premières sont les subventions subordonnées, *en droit* ou *en fait*, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation (« subventions à l'exportation »). Pour mieux les saisir, une liste détaillée des subventions à l'exportation est annexée à l'Accord SMC.

Les secondes sont les subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés.

Ces deux catégories de subventions sont *prohibées* car elles visent à influencer sur le commerce et sont donc les plus susceptibles d'avoir des effets défavorables pour le commerce multilatéral.

## 3. La notion de subvention « de fait »

S'agissant de déterminer si les prêts et le don constituaient des subventions de fait, le Groupe Spécial va donner son interprétation de l'article 3:1 de l'Accord SMC ainsi que de la note de bas de page 4. L'article 3:1 dispose ce qui suit :

- “3.1 Except as provided in the Agreement on Agriculture, the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited:
- (a) subsidies contingent, in law or in fact,<sup>4</sup> whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex I.”

On the basis of Article 3.2 of the DSU, a panel interprets Article 3.1(a) of the SCM Agreement “in accordance with customary rules of interpretation of public international law”. According to established WTO practice, these rules are to be found in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.<sup>54</sup> The Panel began by examining the notion of contingency in fact. It found that “the ordinary meaning of ‘contingent’ is ‘dependent for its existence on something else’, ‘conditional; dependent on, upon’”.<sup>55</sup> The text of Article 3.1(a) also includes footnote 4, which states that the standard of “in fact” contingency is met if the facts demonstrate that the subsidy is “in fact tied to actual or anticipated exportation or export earnings”. The ordinary meaning of “tied to” is “restrain or constrain to or from an action; limit or restrict as to behaviour, location, conditions, etc.”.<sup>56</sup> Both of the terms used – “contingent [ . . . ] in fact” and “in fact tied to” – suggest an interpretation that requires a close connection between the grant or maintenance of a subsidy and export performance”.<sup>57</sup>

Thus, in the view of the Panel, the determination of whether a subsidy is contingent *in fact* requires the examination of all the facts concerning the grant of the subsidy. In this connection, Article 11 of the DSU requires a panel to make

<sup>4</sup> This standard is met when the facts demonstrate that the granting of a subsidy, without having been made legally contingent upon export performance, is in fact tied to actual or anticipated exportation or export earnings. The mere fact that a subsidy is granted to enterprises which export shall not for that reason alone be considered to be an export subsidy within the meaning of this provision.

<sup>54</sup> “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” See, in particular, Jiaxiang Hu, “The Role of International Law in the Development of WTO Law”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, No. 1, pp. 143-167.

<sup>55</sup> *The New Shorter Oxford English Dictionary*, Vol. 1, 1993.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> Report WT/DS126/R, para. 9.56.

- « 3.1 Exception faite de ce qui est prévu dans l'Accord sur l'agriculture, les subventions définies à l'article premier dont la liste suit seront prohibées :
- a) subventions subordonnées, en droit ou en fait<sup>4</sup>, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation, y compris celles qui sont énumérées à titre d'exemple dans l'Annexe I. »

Sur la base de l'article 3:2 du Memorandum, le groupe spécial interprète l'article 3:1 a) de l'Accord SMC « conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public ». D'après la pratique établie de l'OMC, ces règles se trouvent à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969<sup>54</sup>. Le Groupe spécial commence par examiner la notion de subordination en fait. Il découvre que « le sens ordinaire de “subordonné” est “dépendant, pour exister, de quelque chose d'autre”, “conditionnel ; dépendant de” »<sup>55</sup>. Le texte de l'article 3:1 a) comprend aussi la note de bas de page 4, qui indique que la condition de subordination « en fait » est remplie si les faits démontrent que la subvention est « en fait liée aux exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues ». Le sens ordinaire de « lie[r] à » est « empêcher d'agir ou contraindre à agir ; limiter ou restreindre quant à la conduite, au lieu, aux conditions, etc. »<sup>56</sup>. Les deux expressions utilisées – « subordonné [ . . . ] en fait » et « en fait lié à » – appellent une interprétation qui exige une liaison étroite entre l'octroi ou le maintien d'une subvention et les résultats à l'exportation »<sup>57</sup>.

Par conséquent, d'après le Groupe spécial, afin de déterminer s'il s'agit de subventions *en fait*, il est nécessaire d'examiner tous les faits liés à l'octroi de la subvention. À cet égard, l'article 11 du Memorandum d'accord dispose qu'un groupe

<sup>4</sup> Cette condition est remplie lorsque les faits démontrent que l'octroi d'une subvention, sans avoir été juridiquement subordonné aux résultats à l'exportation, est en fait lié aux exportations ou recettes d'exportation effectives ou prévues. Le simple fait qu'une subvention est accordée à des entreprises qui exportent ne sera pas pour cette seule raison considéré comme une subvention à l'exportation au sens de cette disposition.

<sup>54</sup> « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Voir en particulier Jiaxiang Hu, « The Role of International Law in the Development of WTO Law », *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n° 1, pp. 143-167.

<sup>55</sup> *The New Shorter Oxford English Dictionary*, vol. 1, 1993.

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> Rapport WT/DS126/R, para. 9.56.

an objective assessment of the facts of the case, which amounts to not limiting itself to an examination of the terms of the legal instruments or the administrative arrangements providing for the granting or maintenance of the subsidy.

#### 4. Retrospective and prospective measures for withdrawing the subsidy

The thorniest question is whether “withdraw” the prohibited measure, within the meaning of Article 4.7 of the SCM Agreement, concerns only “prospective remedies”, as Australia argued, or should be interpreted retrospectively and thus involve repayment, as the Panel decided. Although the Panel’s approach is fairly pragmatic, some commentators have criticized it.<sup>58</sup> According to the Panel, a government which has granted a prohibited subsidy should remedy the situation by eliminating completely the economic advantage afforded to the enterprise concerned, thereby giving practical effect to the SCM Agreement and the recommendations of the DSB.<sup>59</sup> However, this approach entails some risk for the development of world trade since it directly interferes with the subjective rights of enterprises and introduces legal uncertainty into trade.

In fact, every government contribution becomes conditional upon the unpredictable outcome of a possible intergovernmental dispute before the WTO, which obliges enterprises to make provision for an *ad hoc* balance sheet item (or indeed take out an insurance policy) in case the subsidy has to be repaid. This does not seem to me to be consistent with the intentions of the negotiators of the SCM Agreement.

Enterprises that benefit from subsidies have not – so far – had direct access to the WTO dispute settlement mechanism, although they can institute proceedings before the appropriate national (or even Community) court or arbitrator in order to obtain satisfaction of their rights vis-à-vis the subsidizing Member. In other words, we are confronted here by one of the facets of the direct effect of WTO law, a *quaestio diabolica* which is coming up with increasing frequency before the Community courts and giving rise to solutions quite different from that proposed by a considerable body of expert academic opinion.<sup>60</sup> One can only hope that the justification for the approach followed by the Community judicature and the various national judicatures derives only from the adage *in dubio abstine*.

<sup>58</sup> G. Goh, A. Ziegler, “Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 6, No. 3, 2003, pp. 545-564.

<sup>59</sup> H. Ruiz Fabri, “Le contentieux de l’exécution dans le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce”, *JDI*, 2000, No. 3, pp. 605-645.

<sup>60</sup> D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., No. 159 et seq.

spécial doit procéder à une *évaluation objective des faits de la cause*. Ce qui revient à ne pas se limiter à un examen des instruments juridiques ou des arrangements administratifs prévoyant l’octroi ou le maintien d’une subvention.

#### 4. Les mesures rétrospectives et prospectives pour retirer la subvention

La question la plus épineuse est celle de savoir si « retirer » la mesure prohibée au sens de l’article 4:7 de l’Accord SMS ne concerne que des « mesures prospectives », comme le faisait valoir l’Australie, ou bien doit être interprété de façon rétroactive et donc comporter le remboursement, ce que décide le Groupe spécial. L’approche du Groupe spécial est assez pragmatique mais il a été critiqué par certains commentateurs<sup>58</sup>. D’après lui, la mesure corrective à prendre par l’Etat qui a mis en œuvre une subvention interdite consiste précisément dans l’élimination complète de l’avantage économique offert à l’entreprise concernée. Il s’agit donc de donner un effet utile à l’Accord SMS ainsi qu’aux recommandations de l’ORD<sup>59</sup>. Toutefois, cette approche est assez risquée pour le développement du commerce mondial puisqu’il produit une interférence directe avec les droits subjectifs des entreprises et une insécurité juridique dans le commerce.

En effet, chaque contribution étatique devient conditionnée au résultat aléatoire d’un possible contentieux interétatique au niveau de l’OMC. Ce qui comporte pour les entreprises la création d’une poste de bilan *ad hoc* (voire la stipulation d’un contrat d’assurance) pour faire face à un éventuel remboursement. Ce résultat ne nous paraît pas conforme à l’intention des négociateurs de l’accord SMC.

Les entreprises bénéficiaires de la subvention n’ont pas eu – jusqu’à maintenant – d’accès direct au mécanisme de règlement des différends de l’OMC même si elles peuvent agir en justice devant le juge national (voire le juge communautaire) ou l’arbitre afin d’obtenir satisfaction de leur droits vis-à-vis du Membre subventionnant. Autrement dit, ici on se heurte à une des facettes de l’effet direct du droit de l’OMC, une *quaestio diabolica* qui se présente de plus en plus devant les juridictions communautaires avec des solutions bien différentes de celle proposée par une importante partie de la doctrine spécialisée<sup>60</sup>. Il ne reste à espérer que la justification de l’approche suive par le juge communautaire ainsi que des autres juges nationaux relève seulement de l’adage *in dubio abstine*.

<sup>58</sup> G. Goh, A. Ziegler, « Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 3, 2003, pp. 545-564.

<sup>59</sup> H. Ruiz Fabri, « Le contentieux de l’exécution dans le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce », *JDI*, 2000, n° 3, pp. 605-645.

<sup>60</sup> D. Carreau, P. Juillard, *Droit international économique*, op. cit., n° 159 et seq.