ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS152/R
22 décembre 1999

(99-5454)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – ARTICLES 301 À 310 DE LA LOI DE 1974 SUR LE COMMERCE EXTÉRIEUR

Rapport du Groupe spécial

Le rapport du Groupe spécial "États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur" est distribué à tous les Membres conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 22 décembre 1999, en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communication *ex parte* avec le Groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

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

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE 1
II. ÉLÉMENTS FACTUELS 2
A. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DES MESURES EN CAUSE 2
1. Article 301 a) 2
2. Article 301 b) 4
B. ÉTENDUE DU POUVOIR DE PRENDRE DES MESURES 5
C. PROCÉDURE 5
III. ALLÉGATION DES PARTIES 7
IV. ARGUMENTS DES PARTIES 9
A. APERÇU 9
B. DISPOSITIONS DE L'ACCORD SUR L'OMC QUI SONT EN CAUSE - ARTICLE 23:2 A) ET C) DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS 26
C. QUESTIONS RELATIVES À LA PREUVE ET AUTRES QUESTIONS 29
1. Charge de la preuve et établissement des faits à l'égard du droit interne 29
2. Pertinence des déclarations des États-Unis devant le Groupe spécial et de l'Énoncé des mesures administratives 36
D. EXAMEN DE LA COMPATIBILITÉ DES MESURES EN CAUSE AVEC LES RÈGLES DE L'OMC 48
1. Portée des obligations contractées dans le cadre de l'OMC à l'égard des lois autorisant des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, en l'absence d'applications particulières 48
a) Arguments d'ordre général 48
i) Pertinence de la jurisprudence du GATT et de l'OMC 48
ii) Pertinence du Protocole portant application provisoire de l'Accord général 60
iii) L'Accord de Marrakech 70
b) Arguments concernant la distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire 89
c) Arguments concernant la "sécurité et la prévisibilité" 94
d) Arguments concernant l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC 102
2. Article 304 127
a) Aperçu de la question 127
b) Pouvoir de ne pas établir de détermination concernant une violation 132
i) Interprétation de l'article 304 132
ii) Pratique 146
c) Pouvoir de décider à quel moment sera établie une détermination, et autres questions relatives aux délais 172
d) "Sécurité et prévisibilité" 190

Page

e) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC 192
3. Article 306 ..... **201**
a) Aperçu de la question 201
b) Éléments constitutifs d'une "détermination" – Rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends 203
c) Pouvoir de ne pas estimer qu'il n'y a pas eu mise en œuvre/Pouvoir de décider à quel moment sera effectuée l'appréciation 229
d) Pratique 231
4. Articles 306 et 305 ..... **233**
a) Aperçu 233
b) Pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas prendre de mesures 240
c) Pouvoir discrétionnaire concernant le moment où la mesure est adoptée 243
d) Pouvoir discrétionnaire du Président 249
5. Allégations au titre du GATT **252**
V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES **254**
A. BRÉSIL 254
1. Introduction **254**
2. Arguments juridiques **256**
a) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC 256
b) Distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire 262
c) Autres arguments 264
3. Conclusion **265**
B. CANADA 266
1. Introduction **266**
2. Mesures en cause **266**
3. Arguments juridiques **269**
4. Conclusion **274**
C. CUBA 274
1. Introduction **274**
2. Arguments juridiques **274**
D. DOMINIQUE ET SAINTE-LUCIE 276
1. Introduction **276**
2. Arguments juridiques **276**
E. RÉPUBLIQUE DOMINICAINE 285

Page

1. Introduction 285
2. Arguments juridiques 285
F. HONG KONG, CHINE 288
1. Aperçu 288
2. Arguments juridiques 289
a) Nature du mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947 et de l'OMC 289
b) Application 291
c) Distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire 294
3. Conclusion 297
G. INDE 297
1. Introduction 297
2. Mesures en cause 297
3. Arguments juridiques 299
a) Historique de la rédaction de l'Accord sur l'OMC 299
b) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC 299
c) Article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends 300
d) Articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 301
4. Conclusion 301
H. JAMAÏQUE 301
1. Introduction 301
2. Arguments juridiques 301
I. JAPON 306
1. Introduction 306
2. Arguments juridiques 306
J. CORÉE 311
1. Introduction 311
2. Aperçu 317
a) Importance du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends 317
b) Mesures en cause 319
3. Arguments juridiques 321
4. Conclusion 328
K. THAÏLANDE 328
1. Introduction 328
2. Arguments juridiques 329

Page

VI. RAPPORT INTÉRIMAIRE 335

VII. CONSTATATIONS 337

A. ALLÉGATIONS DES PARTIES 337

B. PRÉLIMINAIRES 339

1. Dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC et des articles 301 à 310 de la Loi sur le commerce extérieur des États-Unis 339

2. Le mandat du Groupe spécial 340

3. Établissement des faits: règles concernant la charge de la preuve et l'interprétation de la législation nationale 340

a) Charge de la preuve – Généralités 340

b) Examen de la législation nationale 341

4. Règles d'interprétation des traités 342

5. Description générale de l'application des articles 301 à 310 344

6. La mesure en question et la méthodologie générale du Groupe spécial 344

C. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE L'ARTICLE 304 EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 23:2 A) DU MÉMORANDUM D'ACCORD 345

1. Allégations et arguments des parties 345

2. Constatations préliminaires du Groupe spécial concernant le dispositif législatif de l'article 304 346

3. Le dispositif législatif de l'article 304 et les obligations des Membres au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord 349

a) La double nature des obligations au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord 349

b) Loi qui contrevient à l'article 23 du Mémorandum d'accord 352

4. Interprétation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord conformément aux règles de la Convention de Vienne concernant l'interprétation des traités. 356

a) "Un traité doit être interprété ... suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ..." 356

b) "Un traité doit être interprété de bonne foi …" 357

c) "… le sens ordinaire … à la lumière de [l']objet et [du] but [du traité]" 359

d) "… dans leur contexte …" 365

5. Conclusion préliminaire après l'examen par le Groupe spécial du dispositif législatif de l'article 304 366

6. Éléments non législatifs de l'article 304 367

a) Introduction et résumé de l'analyse du Groupe spécial 367

b) Dimension interne: Énoncé des mesures administratives 370

c) Déclarations des États-Unis devant le Groupe spécial 372

Page

d) Pratique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 304 375

7. Résumé de l'analyse et des constatations du Groupe spécial concernant l'allégation des CE relative à l'article 304 377

D. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE L'ARTICLE 306 EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 23:2 A) DU MÉMORANDUM D'ACCORD 378

1. Allégations et arguments des Parties 378

2. Constatations préliminaires du Groupe spécial concernant le dispositif législatif de l'article 306 379

3. Obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord tel qu'il s'applique à l'article 306 381

a) En admettant que la thèse des États-Unis soit juste 383

b) En admettant que la thèse des CE soit juste 384

4. Constatation du Groupe spécial concernant l'allégation des CE au titre de l'article 306 386

E. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE LES ARTICLES 305 ET 306 SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 23:2 C) DU MÉMORANDUM D'ACCORD 387

1. Introduction 387

2. Allégation des CE concernant les déterminations relatives aux mesures à prendre au titre de l'article 306 b) 387

3. Allégation des CE concernant la mise en œuvre des mesures au titre de l'article 305 389

F. ALLÉGATIONS DES CE AU TITRE DU GATT DE 1994 391

VIII. CONCLUSIONS 392

ANNEXE I 393

A. ARTICLES 301 À 310 DE LA LOI DE 1974 SUR LE COMMERCE EXTÉRIEUR 393

B. DISPOSITIONS PERTINENTES DE L'ACCORD SUR L'OMC 407

ANNEXE II 410

DESCRIPTION GÉNÉRALE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 301 À 310 410

A. ENQUÊTE DU REPRÉSENTANT DES ÉTATS-UNIS POUR LES QUESTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES AU TITRE DES ARTICLES 302 ET 303 410

B. "DÉTERMINATION" AU TITRE DE L'ARTICLE 304 CONCERNANT LA QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS SE VOIENT FRUSTRÉS DE LEURS DROITS 410

C. "APPRÉCIATION" DE LA MISE EN ŒUVRE AU TITRE DE L'ARTICLE 306 411

D. "DÉTERMINATION" CONCERNANT LES MESURES À PRENDRE AU TITRE DE L'ARTICLE 306 ET MISE EN ŒUVRE DES MESURES AU TITRE DE L'ARTICLE 305 412

I. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

1.1 La présente procédure a été engagée par une partie plaignante, les Communautés européennes.

1.2 Le 25 novembre 1998, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au titre de l'article XXII:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994") et de l'article 4 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") au sujet du titre III, chapitre 1 (articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée (19 U.S.C., paragraphes 2411 à 2420) (WT/DS152/1). Les États-Unis ont acquiescé à cette demande. La République dominicaine, le Panama, le Guatemala, le Mexique, la Jamaïque, le Honduras, le Japon et l'Équateur ont demandé, dans des communications datées respectivement du 7 décembre 1998 (WT/DS152/2), du 4 décembre 1998 (WT/DS152/3), du 9 décembre 1998 (WT/DS152/4, WT/DS152/5 et WT/DS152/6), du 7 décembre 1998 (WT/DS152/7) et du 10 décembre 1998 (WT/DS152/8 et WT/DS152/10), de participer à ces consultations, conformément à l'article 4:11 du Mémorandum d'accord. Le 17 décembre 1998, des consultations ont eu lieu entre les Communautés européennes et les États-Unis, mais les parties n'ont pas été en mesure de régler leur différend.

1.3 Le 26 janvier 1999, les Communautés européennes ont demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord (WT/DS152/11).

1.4 Dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les Communautés européennes allèguent ce qui suit:

> "En imposant des délais spécifiques stricts dans lesquels des déterminations unilatérales doivent être établies et des sanctions commerciales adoptées, les articles 306 et 305 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur ne permettent pas aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord dans les cas où une décision multilatérale préalable dans le cadre du Mémorandum d'accord sur la conformité de mesures de mise en œuvre n'a pas encore été adoptée par l'ORD. Quand des mesures ont été prises pour mettre en œuvre des recommandations de l'ORD, les règles du Mémorandum d'accord exigent soit un accord entre les parties au différend, soit une constatation multilatérale de non-conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord avant qu'une détermination de non-conformité puisse être établie, et à plus forte raison que des mesures de rétorsion puissent être annoncées ou mises en œuvre. La procédure définie dans le Mémorandum d'accord aboutissant à une constatation multilatérale, même si elle est engagée immédiatement à la fin du délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre, ne peut être menée à bien, et la procédure ultérieure définie dans le Mémorandum d'accord pour demander une compensation ou la suspension de concessions ne peut être respectée, à l'intérieur des délais établis aux articles 306 et 305.
>
> Les Communautés européennes considèrent que le titre III, chapitre 1 (articles 301 à 310) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée, et en particulier les articles 306 et 305 de cette loi, sont incompatibles, en particulier, mais pas nécessairement exclusivement, avec les dispositions suivantes de l'OMC:
>
> a) articles 3, 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord;
>
> b) article XVI:4 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce; et

c) articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994.

En violant ainsi les règles de l'OMC, ce texte législatif annule ou compromet des avantages résultant directement ou indirectement pour les Communautés européennes du GATT de 1994. Il entrave aussi la réalisation d'objectifs importants du GATT de 1994 et de l'OMC."

1.5 À sa réunion du 2 mars 1999, l'Organe de règlement des différends ("ORD") a acquiescé à cette demande en établissant un groupe spécial conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord. Conformément à l'article 7:1 dudit mémorandum, le mandat du Groupe spécial est le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS152/11, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

1.6 Le Brésil, le Cameroun, le Canada, la Colombie, la Corée, le Costa Rica, Cuba, la Dominique, l'Équateur, Hong Kong (Chine), l'Inde, Israël, la Jamaïque, le Japon, la République dominicaine, Sainte-Lucie et la Thaïlande se sont réservé le droit de participer aux travaux du Groupe spécial en qualité de tierces parties. Ultérieurement, le Cameroun a levé la réserve qu'il avait formulée en qualité de tierce partie.

1.7 Le 24 mars 1999, les Communautés européennes ont demandé au Directeur général, conformément à l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial. Le 31 mars 1999, le Directeur général a annoncé que la composition du Groupe spécial serait la suivante:

Président: M. David Hawes

Membres: M. Terje Johannessen
M. Joseph Weiler

1.8 Le Groupe spécial a tenu des réunions de fond avec les parties les 29 et 30 juin 1999 ainsi que le 28 juillet 1999.

II. ÉLÉMENTS FACTUELS

A. ÉCONOMIE GÉNÉRALE DES MESURES EN CAUSE[1]

1. Article 301 a)

2.1 L'article 301 a) est d'application chaque fois que "[le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales] détermine, au titre de l'article 304 a) 1) – A) que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial; ou B) qu'une action, politique ou pratique d'un pays étranger – i) viole les dispositions d'un accord commercial, est incompatible avec les dispositions d'un accord commercial ou frustre les États-Unis d'avantages conférés par un accord commercial, ou ii) est injustifiable et entrave ou restreint le commerce des États-Unis".[2]

[1] On trouvera à l'annexe I la version française du texte original des articles 301 à 310.

[2] Article 301 a) 1), 19 U.S.C. § 2411 a) 1).

2.2 Conformément à l'article 304 a) 1),

> "Compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303, le Représentant [des États-Unis] pour les questions commerciales internationales … se prononce … sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial, ou sur l'existence d'une action, d'une politique ou d'une pratique visée par les sections a) 1) B) ou b) 1) de l'article 301." [3]

2.3 L'article 301 a) dispose en outre que s'il détermine que l'une de ces situations s'est produite, "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prend les mesures autorisées au titre de [l'article 301] c), sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures … afin de faire exécuter ces droits ou d'obtenir que cesse l'action, la politique ou la pratique en question".[4]

2.4 Aux termes de l'article 301 a) 2) A), des mesures ne sont pas requises au titre de l'article 301 a) lorsque l'ORD adopte un rapport dans lequel il est constaté que les États-Unis ne se sont pas vus frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC ou que l'action, la politique ou la pratique en question - "I) ne constitue pas une violation des droits des États-Unis ou qu'elle n'est pas incompatible avec ces droits, ou II) n'annule ni ne compromet les avantages résultant pour les États-Unis d'un accord commercial".[5]

2.5 L'article 301 a) 2) B) i) dispose en outre que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures "lorsqu'il constate que le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial". Ainsi, il a assimilé l'engagement pris par un Membre de l'OMC concernant la mise en œuvre de recommandations de l'ORD qui étaient favorables aux États-Unis dans le délai prévu à l'article 21 du Mémorandum d'accord à une "mesure satisfaisante" justifiant la clôture de l'enquête sans qu'aucune mesure ne soit prise au titre de l'article 301.[6]

2.6 Aux termes des sous-alinéas 301 a) 2) B) ii) et iii), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures si le pays étranger convient de "mettre un terme à l'action, à la politique ou à la pratique en question"[7], s'il convient de "lever rapidement l'entrave au commerce ou la restriction du commerce des États-Unis"[8] ou qu'il "accorde aux États-Unis des avantages commerciaux compensatoires jugés satisfaisants par le

---

[3] Article 304 a) 1), 19 U.S.C. § 2411 a) 1).

[4] Article 301 a), 19 U.S.C. § 2411 a).

[5] Article 301 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) A).

[6] Les Communautés européennes observent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a mis fin pour cette raison à l'enquête initiale ouverte au titre de l'article 301 au sujet du régime communautaire applicable aux bananes. (Voir: Federal Register, Volume 63, n° 204, 22 octobre 1998, page 56688.)

[7] Article 301 a) 2) B) ii) I), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) B) ii) I).

[8] Article 301 a) 2) B) ii) II), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) B) ii) II).

Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales", "[lors]qu'il est impossible pour le pays étranger de parvenir aux résultats mentionnés aux sous-alinéas i) ou ii)".[9]

2.7 En outre, conformément aux sous-alinéas 301 a) 2) B) iv) et v), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures:

> "iv) dans des cas exceptionnels, [lors]que l'adoption d'une mesure … aurait sur l'économie des États-Unis une incidence défavorable hors de proportion avec les avantages de la mesure, compte tenu des conséquences de la non-adoption d'une telle mesure pour la crédibilité des dispositions du présent chapitre;[10] ou
>
> v) que l'adoption d'une mesure au titre de la présente section compromettrait gravement la sécurité nationale des États-Unis."[11]

2.8 L'article 301 a) 3) se lit ainsi:

> "3) Toute mesure prise au titre du paragraphe 1) pour que cesse une action, une politique ou une pratique est conçue de façon à viser les marchandises ou les services du pays étranger pour un montant équivalent à la valeur de l'entrave ou de la restriction imposée par ce pays au commerce des États-Unis."[12]

2. Article 301 b)

2.9 L'article 301 b) vise les actions, les politiques ou les pratiques qui n'ont pas pour effet de frustrer les États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord commercial, mais qui sont néanmoins "déraisonnable[s] ou discriminatoire[s] et entrave[nt] ou restrei[gnent] le commerce des États-Unis".[13]

2.10 L'article 301 d) 3) B) comporte des exemples d'actions déraisonnables, dont le refus d'accorder des possibilités d'établissement à une entreprise, le fait de ne pas protéger les droits de propriété intellectuelle, le ciblage des exportations, le fait de tolérer que des entreprises privées se livrent à des pratiques anticoncurrentielles et la négation des droits des travailleurs.[14] Selon la définition donnée à l'article 301 d) 5), les actions, politiques et pratiques "discriminatoires" comprennent celles qui ont pour effet de ne pas accorder "le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée aux marchandises, aux services ou aux investissements des États-Unis".[15] S'il détermine qu'une action, politique ou pratique peut donner lieu à une mesure au titre de l'article 301 b) et qu'il détermine "qu'il convient que les États-Unis prennent des mesures", le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prend des mesures de rétorsion, "sous

---

[9] Article 301 a) 2) B) iii), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) B) iii).

[10] Article 301 a) 2) B) iv), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) B) iv).

[11] Article 301 a) 2) B) v), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) B) v).

[12] Article 301 a) 3), 19 U.S.C. § 2411 a) 3).

[13] Article 301 b), 19 U.S.C. § 2411 b).

[14] Article 301 d) 3) B), 19 U.S.C. § 2411 d) 3) B).

[15] Article 301 d) 5), 19 U.S.C. § 2411 d) 5).

réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures".[16]

B. ÉTENDUE DU POUVOIR DE PRENDRE DES MESURES

2.11 L'article 301 c) autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "à suspendre, à retirer ou à empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial" ou "à imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises et … des redevances ou des restrictions concernant les services de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée".[17] Lorsque l'action, la politique ou la pratique du pays étranger ne satisfait pas aux critères d'admissibilité concernant le régime d'admission en franchise au titre du schéma de préférences généralisées des États-Unis, de la Loi relative au redressement économique du bassin des Caraibes ou de la Loi sur les préférences commerciales en faveur des pays andins, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est également habilité à retirer, à limiter ou à suspendre le traitement en question. En outre, il peut conclure des accords contraignants avec le pays concerné.

C. PROCÉDURE

2.12 Les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur donnent aux citoyens des États-Unis le moyen de demander à leur gouvernement d'enquêter au sujet d'éventuelles violations des accords commerciaux internationaux et de prendre des mesures pour lutter contre ces violations.[18] Ces dispositions habilitent également le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre l'initiative d'ouvrir une enquête.[19] Celui-ci a rang de ministre et sert son pays selon le bon plaisir du Président; son bureau fait partie du Bureau exécutif du Président.[20] Il relève du Président, qu'il conseille et assiste dans diverses fonctions.[21]

2.13 Aux termes de l'article 302, des enquêtes peuvent être ouvertes soit à la suite d'un recours individuel, soit à l'initiative du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Une fois qu'une requête a été déposée, celui-ci dispose de 45 jours pour se prononcer sur l'opportunité d'ouvrir une enquête.[22] Lorsqu'une enquête est ouverte, il doit, selon l'article 303, demander la tenue de consultations avec le pays visé, normalement à la date à laquelle l'enquête est ouverte, mais, quoi qu'il en soit, au plus tard 90 jours après l'ouverture de celle-ci.[23]

2.14 Aux termes de l'article 303 a) 2), si l'enquête intéresse un accord commercial et qu'une solution mutuellement acceptable n'est pas trouvée "avant A) la fin de la période de consultation

[16] Article 301 b), 19 U.S.C. § 2411 b).

[17] Article 301 c), 19 U.S.C. § 2411 c).

[18] Article 302 a) 2), 19 U.S.C. § 2412 a) 2).

[19] Article 302 b), 19 U.S.C. § 2412 b).

[20] Voir: 19 U.S.C. § 2171 a), b) 1) (1998).

[21] Voir: 19 U.S.C. § 2171 c) 1) (1998): Reorg. Plan No. 3 of 1979, 44 Fed. Reg. 69273 (1979); 19 C.F.R. § 2001.3 a) (1998).

[22] Article 302 a) 2), 19 U.S.C. § 2412 a) 2).

[23] Article 303 a) 1), 19 U.S.C. § 2413 a) 1).

prévue, le cas échéant, dans l'accord commercial, ou B) l'expiration d'un délai de cent cinquante jours après le jour où les consultations ont débuté, selon la plus rapprochée de ces deux échéances," le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit demander que des travaux soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans l'accord commercial.[24]

2.15 L'article 304 a) dispose que, au plus tard "i) dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou ii) dans un délai de dix-huit mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces deux échéances"[25], "[c]ompte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menés au titre de l'article 303, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales … se prononce sur la question de savoir si "les États-Unis sont frustrés de leurs droits.[26] Si la détermination est positive, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit arrêter parallèlement la mesure qu'il prendra au titre de l'article 301.[27]

2.16 Si l'ORD adopte des décisions qui sont favorables aux États-Unis concernant une mesure qui a fait l'objet d'une enquête au titre de l'article 301 et que le Membre de l'OMC concerné accepte de mettre en œuvre cette décision dans le délai raisonnable prévu à l'article 21 du Mémorandum d'accord, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut déterminer que les États-Unis sont frustrés de leurs droits mais que des "mesures satisfaisantes" sont prises et que celles-ci justifient la clôture de l'enquête ouverte au titre de l'article 301.

2.17 L'article 306 a) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à "contrôler" la mise en œuvre des mesures adoptées par un gouvernement étranger ou des accords conclus avec lui pour que soit réglée de manière satisfaisante une question faisant l'objet d'une procédure de règlement des différends visant à faire exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial.[28]

2.18 L'article 306 b) se lit ainsi:

> "1) RÈGLE GÉNÉRALE. – Si, compte tenu du contrôle effectué au titre du paragraphe a), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'un pays étranger ne met pas en œuvre de manière satisfaisante une mesure ou un accord visé par le paragraphe a), il arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a). Aux fins de l'article 301, cette décision est réputée constituer une détermination établie au titre de l'article 304 a) 1).

[24] Article 303 a) 2), 19 U.S.C. § 2413 a) 2).

[25] Article 304 a) 2), 19 U.S.C. § 2414 a) 2).

[26] Article 304 a) 1) A), 19 U.S.C. § 2414 a) 1) A).

[27] Article 304 a) 1) B), 19 U.S.C. § 2414 a) 1) B).

[28] Article 306 a), 19 U.S.C. § 2416 a).

> 2) RECOMMANDATIONS FAITES DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC. – Si la mesure ou l'accord visé par le paragraphe a) concerne la mise en œuvre d'une recommandation faite dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre, celui-ci établit la détermination prévue au paragraphe 1) au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre, conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends …" [29]

2.19 L'article 305 a) 1) dispose ce qui suit:. "Sous réserve des dispositions du paragraphe 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales applique la mesure qu'il a décidé, en vertu de l'article 304 a) 1) B), sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, au plus tard dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie."[30]

2.20 Toutefois, aux termes de l'article 305 a) 2) A), "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut reporter, d'au plus 180 jours, l'application "de n'importe quelle mesure relevant de l'article 301," si le requérant ou la branche de production qui bénéficierait de ladite mesure en fait la demande ou qu'il détermine "que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure".[31]

III. ALLÉGATION DES PARTIES

3.1 Au vu des considérations qui précèdent et des principes généraux énoncés à l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, **les Communautés européennes demandent** au Groupe spécial

de constater que:

a) contrairement aux dispositions de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord,

- l'article 304 a) 2) A) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si un autre Membre frustre les États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC, indépendamment de la question de savoir si l'ORD a adopté une constatation émanant d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel à ce sujet;

- l'article 306 b) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si une recommandation de l'ORD a été mise en œuvre, indépendamment de la question de savoir si les travaux entrepris à ce sujet au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sont achevés;

---

[29] Article 306 b) 1), 19 U.S.C. § 2416 b).

[30] Article 305 a) 1), 19 U.S.C. § 2415 a) 1).

[31] Article 305 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2415 a) 2) A).

b) contrairement aux dispositions de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord,

- l'article 306 b) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à décider des mesures supplémentaires à prendre au titre de l'article 301 lorsque les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre, et

- l'article 305 a) l'oblige à les appliquer,

indépendamment de la question de savoir, dans un cas comme dans l'autre, si la procédure prévue aux articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord est terminée; et

c) l'article 306 b) est incompatible avec les articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994 parce qu'il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à imposer des droits, des redevances ou des restrictions qui contreviennent à l'une ou à plusieurs de ces dispositions lorsque le différend intéresse le commerce des marchandises;

de statuer, pour ces motifs, que les États-Unis, en refusant de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme aux exigences de l'article 23 du Mémorandum d'accord et des articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994, ont manqué à leurs obligations au titre de ces dispositions et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, annulant ou compromettant ainsi des avantages résultant pour les Communautés européennes du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC; et

de recommander que l'ORD demande aux États-Unis de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme à leurs obligations au titre du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC.

3.2 **Les États-Unis demandent** au Groupe spécial de rejeter les allégations des CE dans leur intégralité et de constater:

a) que l'article 304 a) 2) A) n'est pas incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord parce que les CE n'ont pas réussi à démontrer que celui-ci oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer, en l'absence d'une décision de l'ORD, que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits conventionnels;

b) que l'article 306 b) n'est pas incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord parce que les CE n'ont pas réussi à démontrer que celui-ci oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits conventionnels;

c) que les articles 306 b) et 305 a) 1) ne sont pas incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord parce que les CE n'ont pas réussi à démontrer que ces dispositions obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à suspendre des concessions sans l'autorisation de l'ORD;

d) que l'article 306 b) n'est pas incompatible avec les articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994 parce que les CE n'ont pas réussi à démontrer que cette disposition requiert la suspension de concessions d'une manière incompatible avec une autorisation de l'ORD; et

e) que les articles 301 à 310 ne sont pas incompatibles avec l'article XVI:4 parce qu'ils n'imposent pas des mesures contraires à une disposition du Mémorandum d'accord ou du GATT de 1994 et qu'ils n'empêchent pas non plus des mesures conformes à ces obligations.

IV. ARGUMENTS DES PARTIES

A. APERÇU

4.1 **Les Communautés européennes soutiennent** que l'article 23 du Mémorandum d'accord interdit l'unilatéralisme dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC. Les Membres doivent attendre que l'ORD ait adopté le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ou qu'un arbitre ait rendu une décision, conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord, avant de décider qu'ils se sont vus frustrés des droits ou des avantages résultant pour eux d'un accord de l'OMC et de se prononcer sur la question de savoir si les décisions ou les recommandations de l'ORD ou d'un arbitre ont été mises en œuvre.

4.2 Les Communautés européennes indiquent que l'article 23 oblige également les Membres à suivre la procédure établie dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils souhaitent suspendre des concessions et à attendre l'autorisation de l'ORD avant de réagir lorsque ces décisions ou recommandations n'ont pas été suivies d'effet.[32]

4.3 Selon les Communautés européennes, bien que les articles 301 à 310 imposent à l'Administration des États-Unis de recourir au Mémorandum d'accord au sujet des questions qui intéressent l'ORD, ils l'obligent expressément à agir unilatéralement sur la base de déterminations établies indépendamment de l'ORD et sans son autorisation, une fois que des délais donnés sont arrivés à expiration. Une loi qui exige d'avoir recours aux procédures du Mémorandum d'accord mais qui prévoit expressément des déterminations et des mesures unilatérales avant l'achèvement de ces procédures tourne en dérision le système de règlement des différends de l'OMC.

4.4 Les Communautés européennes estiment donc que les articles 301 à 310 doivent être modifiés pour indiquer clairement que l'Administration des États-Unis est tenue d'agir conformément aux obligations des États-Unis au titre des accords de l'OMC, en tout temps et quelles que soient les circonstances.

4.5 Elles indiquent que l'obligation faite à l'article 23 du Mémorandum d'accord est l'un des éléments-clés de l'équilibre des droits et des obligations qui a été négocié dans le cadre du Cycle d'Uruguay.

4.6 Elles affirment que, dans le cadre du Cycle d'Uruguay, leur position ainsi que celles de nombreux autres pays a toujours été que le renforcement du système de règlement des différends devait aller de pair avec l'interdiction formelle, pour tous les gouvernements, de prendre des mesures unilatérales visant à réparer ce qu'ils estimaient être les torts causés par d'autres gouvernements sur le plan commercial.

4.7 Les Communautés européennes font valoir que depuis la mise en place de procédures automatiques de règlement des différends, les gouvernements n'ont aucune raison de se faire justice eux-mêmes. L'article 23 du Mémorandum d'accord et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC sont les

[32] Les Communautés européennes observent qu'une autre solution consisterait, avec l'accord des parties, à suivre la procédure énoncée à l'article 25 du Mémorandum d'accord avant de chercher à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions.

principaux éléments qui témoignent des résultats des négociations du Cycle d'Uruguay sur ces questions.

4.8 Les Communautés européennes indiquent que leur règlement concernant l'exécution des droits au regard de l'Accord sur l'OMC, adopté dans la foulée du Cycle d'Uruguay, respecte à la fois l'esprit et la lettre de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Ce règlement, mieux connu sous le nom de "Règlement concernant les obstacles au commerce", permet aux États membres et aux entreprises de la Communauté de demander à la Commission européenne d'examiner les obstacles au commerce et d'engager des procédures internationales de règlement des différends concernant ces obstacles.[33] Cependant, toutes les mesures prises au titre de ce règlement le sont "sous réserve du respect des obligations et procédures internationales existantes".[34] Plus précisément, le règlement dispose que "lorsque les obligations internationales de la Communauté lui imposent le déroulement préalable d'une procédure internationale de consultation ou de règlement des différends", les mesures prises pour lutter contre l'obstacle "ne sont décidées qu'à l'issue de cette procédure".[35] Les Communautés européennes se sont acquittées fidèlement de leurs obligations au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et elles s'attendent à ce que tous les autres Membres de l'OMC, y compris les États-Unis, fassent de même.

4.9 Selon les Communautés européennes, bien que, en dernière analyse, l'expérience des Communautés concernant les mesures prises par les États-Unis au titre des articles 301 à 310 dans le cadre du différend portant sur le régime européen applicable aux bananes soit à l'origine de la plainte actuelle, celle-ci ne porte pas sur ces mesures. Les Communautés européennes indiquent que ces mesures font actuellement l'objet d'une autre procédure de règlement des différends (WT/DS165/1).

4.10 Les Communautés européennes font valoir que cette expérience a néanmoins mis en lumière la gravité des incompatibilités entre les exigences que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit respecter lorsqu'il agit dans le cadre du droit interne des États-Unis et l'obligation d'attendre l'issue de la procédure de règlement des différends dans le cadre du droit de l'OMC. Elle confirmait également que les États-Unis avaient incorporé les résultats du Cycle d'Uruguay dans leur législation *ob torto collo*, en se gardant la possibilité de recourir à des mesures unilatérales, ce qui était manifestement contraire à leurs obligations au titre du Mémorandum d'accord.

4.11 Les Communautés européennes observent que dans l'Énoncé des mesures administratives que le Président a soumis au Congrès le 27 septembre 1994 et qui a été approuvé par celui-ci en même temps que la Loi de 1994 sur les accords du Cycle d'Uruguay[36], les États-Unis ont déclaré ce qui suit:

> "L'Administration entend recourir à l'article 301 pour lutter vigoureusement contre les obstacles déloyaux qui sont érigés par des pays étrangers lorsque ceux-ci frustrent les

[33] Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, qui, selon les Communautés européennes, arrête des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce.

[34] *Ibid*., article premier.

[35] *Ibid*., paragraphe 2 de l'article 12.

[36] Article 101 a) 1).

> États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre des accords du Cycle d'Uruguay."[37]
>
> "… Il n'y a pas lieu de craindre que les accords du Cycle d'Uruguay de manière générale, ou le Mémorandum d'accord en particulier, fassent hésiter davantage les Administrations qui suivront lorsqu'il s'agira d'imposer, au titre de l'article 301, des sanctions qui pourraient être incompatibles avec les obligations à caractère commercial des États-Unis, sous prétexte que ces sanctions pourraient entraîner des mesures de rétorsion qui seraient autorisées en vertu du Mémorandum d'accord. Bien que les États-Unis aient déjà indiqué, dans des cas précis, qu'ils avaient l'intention de lutter contre les pratiques déloyales de pays étrangers en prenant, au titre de l'article 301, des mesures qui n'avaient pas été autorisées par le GATT, les États-Unis ne l'ont pas fait souvent. Parfois, ils ont pris ce genre de mesures parce que le gouvernement étranger avait bloqué l'adoption du rapport d'un groupe spécial formé dans le cadre du GATT parce que celui-ci lui était défavorable.
>
> "Tout comme les États-Unis peuvent désormais décider de prendre au titre de l'article 301 des mesures qui ne sont pas autorisées par le GATT, les gouvernements visés par ces mesures peuvent également leur rendre la monnaie de leur pièce. Cette situation ne changera pas avec les accords du Cycle d'Uruguay."[38]

4.12 Selon les Communautés européennes, cette façon de mettre en œuvre les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay est tout simplement incompatible avec les obligations internationales résultant pour les États-Unis du grand marché qui a été conclu à Marrakech en 1994.

4.13 Elles font valoir que c'est parce que les États-Unis se sont engagés à ne pas se prononcer, de manière unilatérale, sur la compatibilité avec les règles commerciales de l'OMC de mesures commerciales prises par des pays étrangers et à ne pas imposer de restrictions commerciales du genre de celles qui relèvent de l'article 301 sans en obtenir l'autorisation à l'échelle multilatérale, que les Communautés européennes et d'autres participants au Cycle d'Uruguay ont accepté en contrepartie un système de règlement des différends permettant de trancher de manière contraignante tous les litiges commerciaux qui sont du ressort de l'OMC ainsi qu'une procédure d'exécution crédible.

4.14 De l'avis des Communautés européennes, ce marché a été conclu pour répondre aux critiques formulées par les États-Unis, qui avaient le sentiment que le système de règlement des différends du GATT comportait des imperfections; en 1989, le Conseil du GATT avait débattu, dans le cadre d'une session extraordinaire, de la question de l'unilatéralisme[39], c'est-à-dire la possibilité de bloquer l'adoption de rapports de groupes spéciaux lorsque ceux-ci étaient défavorables. Cette possibilité n'existe plus désormais. Par conséquent, ce n'est que justice si les Communautés européennes exigent des États-Unis qu'ils s'acquittent de leur part du marché en s'abstenant d'imposer le recours à des restrictions commerciales unilatérales du genre de celles prévues à l'article 301. C'est le marché que les Communautés européennes ont conclu dans le cadre du Cycle d'Uruguay.

---

[37] Statement of Administrative Action, *reproduit dans* H.R. Doc. No. 103-316, page 1029 (pièce n° 11 des États-Unis), chapitre B, sous-chapitre 2, lettre b (Enforcement of US rights), page 364.

[38] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, chapitre B, sous-chapitre 2, lettre b (Enforcement of US rights), page 366 (non souligné dans l'original).

[39] Document C/163 du GATT, daté du 16 mars 1989 (Les Communautés européennes se sont référées, aux arguments figurant, par exemple, aux paragraphes 4.75 à 4.81 et 4.374 à 4.378 de ce rapport pour un examen plus détaillé de l'historique de la négociation de l'article 23 du Mémorandum d'accord.)

4.15 Les Communautés européennes font valoir que c'est la raison pour laquelle elles ont eu recours à la présente procédure de règlement des différends, à savoir faire en sorte que les États-Unis mettent les articles 301 à 310 en conformité avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, comme l'exige l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Il découle des considérations qui précèdent que la présente plainte n'a aucunement pour objet de forclore le recours que les Communautés européennes pourraient former au titre du Mémorandum d'accord ni de préjuger d'un tel recours au sujet des mesures discriminatoires particulières que les États-Unis ont prises ou pourraient prendre à l'avenir au titre des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur concernant des exportations européennes.

4.16 Par ailleurs, les Communautés européennes expliquent ainsi l'historique de la rédaction juridique des articles 301 à 310: aux termes de la Loi de 1962 sur l'expansion du commerce extérieur, le Congrès des États-Unis a octroyé au Président le pouvoir de prendre des mesures contre des importations dans certaines conditions.[40] Cette loi a été abrogée et augmentée par le titre III de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, qui accorde des pouvoirs semblables au Président en vertu de l'article 301. La loi établit aussi la procédure qui permet aux citoyens des États-Unis de demander à leur gouvernement de prendre des mesures pour faire pièce à des mesures adoptées par des gouvernements étrangers. Cette partie de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur a été modifiée à plusieurs reprises, la modification la plus récente ayant été apportée par la Loi de 1994 sur les accords du Cycle d'Uruguay.[41] Le titre III de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée, - "Recours contre des pratiques commerciales déloyales" - , comprend les articles 301 à 310 dans lesquels sont exposées en détail les modalités selon lesquelles l'Administration doit faire exécuter les droits des États-Unis au titre d'accords commerciaux et réagir contre certaines pratiques commerciales de pays étrangers.

4.17 Les Communautés européennes ajoutent que la plupart des modifications qui ont été promulguées entre 1974 et 1994 visaient à réduire le pouvoir discrétionnaire accordé au Président en vertu de l'article 301. Selon l'opinion la plus répandue au Congrès, le Président n'avait pas fait suffisamment usage de ses pouvoirs au titre de l'article 301 parce qu'il avait accordé plus d'importance aux questions de politique étrangère qu'aux intérêts commerciaux des États-Unis. Au cours des auditions qui ont précédé l'adoption des modifications de 1988, le sénateur George J. Mitchell a déclaré:

> "Faire l'historique de l'article 301, c'est raconter l'histoire d'une succession d'Administrations des deux partis qui ont refusé d'appliquer la loi. Le Président en exercice et ses prédécesseurs ont préféré invoquer le large pouvoir discrétionnaire qui leur est conféré par la loi pour refuser de prendre des mesures ou reporter l'adoption de mesures, parfois pendant près d'une décennie. [...] L'Administration prétendra que la modification [qu'il est proposé d'apporter à l'article 301] limitera ses pouvoirs. Mais ce sont précisément ces pouvoirs qui expliquent le bilan désastreux en ce qui concerne l'application de l'article 301."[42]

---

[40] Trade Expansion Act of 1962, § 252, Pub.L. No. 87-794, 75 Stat. 879.

[41] Voir l'historique de l'article 301 *in* Jackson-Davey-Sykes, Legal Problems of International Economic Relations, troisième édition (West Publishing Co., 1995), page 818.

[42] Citation de Judith Hippler Bello et Alan F. Holmer, "The Heart of the 1988 Trade Act. A Legislative History of the Amendments to Section 301", *in* Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System, sous la direction de Jagdish Bhagwati et Hugh T. Patrick (Harvester Wheatsheaf, 1990), page 58.

Le Président de la Commission des finances du Sénat, le sénateur Lloyd Bentsen, a adopté une position semblable:

> "Nous avons besoin d'une politique commerciale qui soit prévisible pour nos partenaires commerciaux et je soutiens qu'il faut pour cela limiter la possibilité pour le Président de ne pas prendre de mesures. Celui-ci a besoin d'un large pouvoir discrétionnaire pour ce qui est des mesures à prendre, mais il faut circonscrire le pouvoir qu'il a de ne rien faire."[43]

4.18 Les Communautés européennes font remarquer en outre qu'avant que des modifications ne soient apportées à l'article 301 en 1988, il incombait au Président de se prononcer sur la question de savoir si les pratiques de gouvernements étrangers pouvaient donner lieu à des mesures et sur la question de savoir si les États-Unis devaient lutter contre ces pratiques au moyen de mesures commerciales. En 1985, le Congrès s'est posé la question de savoir si les pouvoirs du Président ne devraient pas être transférés au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Ceux qui préconisaient cette option ont fait valoir qu'elle "garantirait que les décisions prises au titre de l'article 301 seraient prises essentiellement pour des raisons de politique commerciale" et qu'elle "renforcerait le rôle du Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en tant que principal organisme à vocation commerciale et ... ferait en sorte qu'il serait moins probable que les États-Unis renoncent à des mesures de rétorsion commerciales pour des raisons de politique étrangère, de politique de défense ou pour d'autres considérations".[44] L'Administration s'est vivement opposée à ce transfert de compétence, faisant valoir que le Président avait besoin de ce pouvoir d'appréciation pour défendre efficacement les intérêts des États-Unis et que, de toute façon, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales servait son pays au bon plaisir du Président et que l'on ne pouvait donc pas s'attendre à ce qu'il agisse à contre-pied des idées du Président. En outre, le Président était mieux placé pour soupeser les intérêts nationaux et les intérêts propres à une branche de production dans une enquête au titre de l'article 301. L'ambassadeur Yeutter, qui occupait auparavant le poste de Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, disait dans une lettre adressée au Président de la Commission des voies et moyens:

> "L'article 301 est, en matière de politique commerciale, l'équivalent de la bombe à hydrogène; à mon avis, il incombe au Président des États-Unis, et à lui seul, de se prononcer sur l'utilité de larguer des bombes à hydrogène."[45]

4.19 **Les États-Unis répondent** que dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les Communautés européennes ont qualifié leur contestation des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur dans les termes suivants:

> "En imposant des délais spécifiques stricts dans lesquels des déterminations unilatérales doivent être faites, établissant que d'autres Membres de l'OMC n'ont pas respecté leurs obligations dans le cadre de l'OMC et que des sanctions commerciales doivent être prises à l'égard des Membres de l'OMC en question, cette législation ne permet pas aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord sur le

[43] Citation de Judith Hippler Bello et Alan F. Holmer, "The Heart of the 1988 Trade Act. A Legislative History of the Amendments to Section 301", *in* Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System, sous la direction de Jagdish Bhagwati et Hugh T. Patrick (Harvester Wheatsheaf, 1990), page 59.

[44] Citation de Bello et Holmer, *op. cit.*, page 51.

[45] *Ibid.*, page 52.

> règlement des différends et les obligations découlant du GATT de 1994 dans les cas où l'Organe de règlement des différends (ORD) n'a pas, à l'expiration de ces délais, fait de détermination préalable ..."[46]

4.20 Les États-Unis soutiennent que les Communautés européennes ont donc reconnu d'entrée de jeu le fardeau qui leur incombait dans cette affaire: puisqu'elles contestent une loi et qu'aucune mesure particulière n'a été prise au titre de cette loi, elles doivent démontrer que les articles 301 à 310 empêchent le gouvernement des États-Unis d'agir conformément à ses obligations au regard de l'OMC. Comme il ressort clairement des rapports de groupes spéciaux cités par les Communautés européennes, une loi n'est pas incompatible avec les obligations d'un Membre au regard de l'OMC, sauf si cette loi impose des mesures qui constituent des manquements à ces obligations, quand bien même elle n'interdirait pas ce genre de mesures. La question qui se pose au présent groupe spécial est donc simple: les articles 304 a) 2) A), 306 b) et 305 a) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur imposent-ils des mesures qui sont incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") et de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994")?

4.21 Selon les États-Unis, les Communautés européennes sont fort loin du compte. Elles font abstraction de dispositions essentielles de la loi et se lancent dans une interprétation tordue d'autres dispositions en tentant en vain de trouver la plus petite violation des dispositions de l'Accord sur l'OMC – à savoir que si la procédure de règlement des différends de l'OMC devait s'étendre sur la durée maximale prévue aux termes du Mémorandum d'accord, les articles 304 a) 2) A), 306 b) et 305 a) obligeraient le gouvernement des États-Unis à établir des déterminations et à prendre des mesures peu avant l'adoption formelle – et inévitable – de constatations qui auraient déjà été établies par un groupe spécial, par l'Organe d'appel ou par un arbitre. Toutefois, même cette allégation est sans fondement. À première vue, les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur font en sorte que le gouvernement des États-Unis puisse établir des déterminations et prendre des mesures selon des modalités qui sont parfaitement conformes à l'article 23 du Mémorandum d'accord ainsi qu'aux articles I^{er}, II, III, VIII et IX du GATT de 1994. La loi n'oblige pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à statuer unilatéralement que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels pas plus qu'elle ne prescrit des délais qui empêchent l'intervention préalable de l'Organe de règlement des différends, soit pour entériner des déterminations établies par les États-Unis, soit pour autoriser des mesures en réaction au non-respect des recommandations de l'ORD par un autre Membre.

4.22 Les États-Unis maintiennent que, aux termes de l'article 304 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de déterminer ni ne peut déterminer que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits conventionnels si des constatations en ce sens émanant d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'ont pas été adoptées. L'obligation d'établir une détermination dans un délai de 18 mois n'est pas réduite à néant par la nécessité de se conformer à la prescription légale additionnelle voulant que la détermination selon laquelle des droits conventionnels n'ont pas été exécutés s'appuie sur les conclusions d'une procédure de règlement des différends. Aux termes de l'article 304 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de fonder sur les conclusions d'une procédure de règlement des différends de l'OMC sa détermination sur la question de savoir si les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits conventionnels. Par conséquent, dans l'éventualité où un groupe spécial ne serait pas en mesure de terminer ses travaux dans les délais prescrits dans le Mémorandum d'accord et l'article 304 a) 2) A), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas en mesure de statuer que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits

[46] Document WT/DS152/11, distribué le 2 février 1999 (non souligné dans l'original).

conventionnels. Dans cette hypothèse, il pourrait constater que la procédure de règlement des différends n'est pas encore achevée et statuer qu'une détermination concernant les droits conventionnels des États-Unis sera établie à l'issue de cette procédure. Il pourrait, par exemple, clore l'enquête au titre de l'article 304 au motif qu'il ne dispose pas des renseignements nécessaires pour établir sa détermination au titre de l'article 304 a) 1), puis ouvrir une nouvelle procédure. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déjà clos et relancé des enquêtes au titre de l'article 302, y compris dans l'affaire des *bananes*[47], et il a, à maintes reprises, mis fin à des enquêtes sans qu'une détermination n'ait été établie.[48]

4.23 En ce qui concerne l'article 306 b), les États-Unis ajoutent que les Communautés européennes sont tout simplement dans l'erreur lorsqu'elles affirment qu'il y a "obligation explicite d'établir une détermination dans un délai précis, indépendamment de la question de savoir … s'il y a eu inexécution des recommandations de l'ORD". Lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'il n'y a pas eu mise en œuvre, il n'établit pas pour autant une détermination. En outre, aucun "délai précis" n'est fixé pour procéder à cette "appréciation". Attendu qu'une appréciation n'est pas autre chose qu'un sentiment, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut, à n'importe quel moment – avant, pendant ou après le délai raisonnable – estimer qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD, tout comme un Membre peut estimer, peut croire qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC avant, pendant et après le délai prévu pour demander l'établissement d'un groupe spécial à une réunion donnée de l'ORD. L'article 306 dispose uniquement que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit se prononcer sur l'opportunité d'avoir recours à la procédure prévue à l'article 22 s'il estime, dans les trente jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable, que la mise en œuvre n'a pas eu lieu. Certes, compte tenu du libellé actuel de l'article 22, il doit avoir recours à cette procédure dans ce délai pour que les États-Unis puissent préserver leurs droits au regard de l'OMC. Néanmoins, rien ne l'empêche de ne pas estimer, au cours de cette période de trente jours, qu'il n'y a pas eu mise en œuvre.

4.24 Les États-Unis font valoir qu'aucune des dispositions des articles 301 à 310 n'oblige le gouvernement des États-Unis à agir contrairement à ses obligations au regard de l'OMC. Au contraire, l'article 303 a) de la loi oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à engager à l'OMC une procédure de règlement des différends lorsqu'un accord de l'OMC est en jeu[49] et l'article 304 a) 1) A) dispose qu'il doit s'appuyer sur les conclusions de cette procédure lorsqu'il se prononce sur la question de savoir si les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits conventionnels.[50] De même, il est indiqué expressément à l'article 301 a) 2) A) que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures lorsque l'ORD a adopté un rapport dans lequel il constate que les États-Unis ne se sont pas vus frustrés de leurs droits au regard de l'OMC.[51] Les Communautés européennes reconnaissent que ces dispositions, qui sont les dispositions-clés définissant le rapport entre les articles 301 à 310

[47] Les États-Unis se réfèrent ici à: Termination of Investigation; Initiation of New Investigation and Request for Public Comments: European Union Banana Regime, 60 Fed. Reg. 52026 (1995) (pièce n° 18 des États-Unis).

[48] Les États-Unis en ont communiqué la liste (pièce n° 13 des États-Unis).

[49] Article 303 a), 19 U.S.C. § 2413 a) 2).

[50] Article 304 a) 1) A), 19 U.S.C. § 2414 a) 2) A).

[51] Les États-Unis font remarquer que toutes ces dispositions ont été adoptées avant la conclusion du Cycle d'Uruguay.

d'une part et le processus de règlement des différends de l'OMC d'autre part, sont "conformes aux principes énoncés à l'article 23".

4.25 Les États-Unis soutiennent qu'il appartient aux Communautés européennes, en tant que partie plaignante en l'espèce, de présenter suffisamment d'éléments de preuve et d'arguments pour établir la présomption selon laquelle les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont incompatibles avec le Mémorandum d'accord et le GATT de 1994.[52] En l'occurrence, le libellé des articles 301 à 310 et les modalités d'interprétation et d'application de ce libellé conformément au droit des États-Unis constituent les éléments de preuve.[53] Selon la jurisprudence et la pratique bien établie du GATT et de l'OMC, que les Communautés européennes semblent accepter, une loi ne peut être jugée incompatible avec les obligations d'un Membre au regard de l'OMC que si elle l'empêche d'agir conformément à ces obligations. Les Communautés européennes doivent donc faire la preuve que les articles 301 à 310 empêchent le gouvernement des États-Unis de prendre des mesures qui sont conformes aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC – que cette loi impose en fait des mesures qui sont incompatibles avec les règles de l'OMC. Les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de ce fardeau. Leur analyse du libellé des articles 301 à 310 fait abstraction du dispositif législatif pertinent et repose sur des interprétations qui ne sont pas permises en vertu du droit des États-Unis. Les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont tout à fait compatibles avec les droits et obligations des États-Unis au regard de l'OMC.

4.26 **Les Communautés européennes font valoir** qu'au fond elles n'ont présenté qu'une seule allégation fondamentale à l'examen du Groupe spécial, laquelle s'appuie sur un certain nombre d'arguments: en adoptant, en maintenant dans leur recueil de lois et en appliquant les articles 301 à 310 (dans leur forme actuelle) après l'entrée en vigueur des accords du Cycle d'Uruguay (c'est-à-dire après le 1er janvier 1995), les États-Unis ont rompu le marché historique qui avait été conclu à Marrakech entre, d'une part, les États-Unis, et, d'autre part, les autres participants au Cycle d'Uruguay, dont leurs principaux partenaires commerciaux comme les Communautés européennes et les pays en développement.

4.27 Les Communautés européennes indiquent que ce marché, qu'elles proposent d'appeler le "marché conclu à Marrakech", trouve son expression dans les textes juridiques des accords de l'OMC, entre autres dans les articles 3, 21, 22 et, surtout, 23 du Mémorandum d'accord et dans l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech. C'est la concession qui a été faite – à savoir la certitude que, dans la pratique, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et les autorisations en vue de suspendre des concessions seront adoptés par l'ORD (demande qui avait été formulée expressément par les États-Unis[54]) – en contrepartie de l'abandon définitif et complet par les États-Unis de leur politique de longue date consistant à prendre des mesures unilatérales. Le deuxième volet de ce

[52] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde* ("*États-Unis – Chemises, chemisiers et blouses*"), adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

[53] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* ("*Inde – Brevets (États-Unis)*"), adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R, paragraphe 65.

[54] Selon les Communautés européennes, les États-Unis ont entériné indirectement le point de vue des CE dans la phrase suivante: "… les États-Unis ont exprimé en de rares occasions leur intention de prendre des mesures de rétorsion; ces mesures constituaient souvent une réaction à la décision d'un partenaire commercial de faire obstacle à une procédure de règlement des différends. Bien entendu, les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec les États-Unis lorsque ceux-ci disent que cette menace n'a été brandie qu'"en de rares occasions". La réalité est fort différente, comme toutes les tierces parties l'ont démontré.

marché, qui est au cœur de la procédure actuelle, est enchâssé dans les dispositions suivantes de l'Accord sur l'OMC:

a) le renforcement du système multilatéral (article 23 du Mémorandum d'accord et dispositions connexes des articles 21 et 22)

b) la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral (article 3 du Mémorandum d'accord)

c) la garantie de conformité du droit interne (article XVI:4 de l'Accord de Marrakech).

4.28 Les Communautés européennes affirment que l'article 23 du Mémorandum d'accord interdit l'unilatéralisme dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC. Les Membres doivent attendre que le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ait été adopté par l'ORD avant de déterminer qu'ils sont privés de droits ou d'avantages résultant pour eux d'un accord de l'OMC et que les décisions ou recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre.

4.29 De l'avis des Communautés européennes, l'article 23 oblige également les Membres de l'OMC à s'en tenir aux procédures du Mémorandum d'accord, y compris à la procédure établie à l'article 21:5, avant de déterminer que ces décisions ou recommandations n'ont pas été respectées, et qu'il les oblige à attendre le feu vert de l'ORD avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations, en fonction, s'il y a lieu, du niveau de suspension arrêté dans le cadre d'une décision arbitrale rendue conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord.

4.30 Les Communautés européennes font valoir en outre que le système de règlement des différends est décrit à l'article 3 du Mémorandum d'accord comme "un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral". Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans son rapport concernant l'affaire *CE – Matériels informatiques*[55], l'objectif de "sécurité et [de] prévisibilité du système commercial multilatéral" est aussi un objet et un but des accords de l'OMC proprement dits. Il incarne le principe général de droit international public "*pacta sunt servanda*" (article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), selon lequel les accords internationaux doivent être exécutés de bonne foi. Selon le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*[56], cela signifie dans la pratique non seulement la possibilité pour le pouvoir exécutif d'agir conformément au droit de l'OMC, mais aussi l'obligation pour les Membres de l'OMC d'offrir "une base juridique solide" dans leur droit interne en ce qui concerne les mesures nécessaires pour s'acquitter de leurs obligations au regard de l'OMC. La décision de l'Organe d'appel a été adoptée à la demande des États-Unis et ceux-ci devraient donc pouvoir accepter facilement qu'elle s'applique aussi en l'occurrence.

4.31 Les Communautés européennes affirment en outre que l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech est un autre principe fondamental du système juridique de l'OMC, qui régit le rapport entre les lois, réglementations et procédures administratives nationales (c'est-à-dire l'intégralité du droit interne de chacun des Membres de l'OMC) et le droit de l'OMC, et qui chapeaute l'obligation qui est faite de manière générale en droit international public, laquelle est enchâssée dans les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. De fait, l'article 27 de cette convention énonce une

[55] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Communautés européennes/Royaume-Uni/Irlande - Classement tarifaire de certains matériels informatiques* ("*CE – Matériels informatiques*"), adopté le 26 juin 1998, WT/DS62/AB/R–WT/DS67/AB/R–WT/DS68/AB/R.

[56] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*

obligation de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas invoquer le droit interne pour justifier un écart par rapport à l'obligation internationale contractée par un État.

4.32 Selon les Communautés européennes, l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech comporte une obligation de faire, c'est-à-dire d'assurer la conformité du droit interne avec les obligations au regard de l'OMC. En conséquence, lorsque les lois nationales préexistantes étaient incompatibles avec les nouvelles obligations au regard de l'OMC, y compris celles faites à l'article 23 du Mémorandum d'accord, les Membres étaient tenus de modifier leurs lois, réglementations ou procédures administratives nationales.

4.33 Pour les Communautés européennes, cela constitue aussi une différence fondamentale par rapport aux règles inscrites auparavant dans le Protocole portant application provisoire du GATT de 1947 et dans les protocoles d'accession qui ont permis le maintien de lois impératives qui étaient incompatibles avec le GATT de 1947. Non seulement l'article XVI:4 confirme-t-il que le Protocole d'application provisoire a été abrogé dans l'introduction de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, mais il oblige les Membres de l'OMC à prendre les devants et à s'assurer, de leur propre chef, de la conformité de l'ensemble de leur législation nationale avec le droit de l'OMC. Les États-Unis avaient jusqu'au 1er janvier 1995 pour s'acquitter de cette tâche.

4.34 Les Communautés européennes soutiennent que le manquement aux obligations qui sont faites aux États-Unis dans les dispositions de l'Accord sur l'OMC mentionnées précédemment constitue inévitablement, par ailleurs, une violation des articles Ier, II, III, VIII et XI du GATT de 1994.

4.35 Les Communautés européennes soutiennent que les articles 301 à 310 contreviennent aux dispositions mentionnées précédemment et compromettent radicalement le marché conclu à Marrakech. Les principaux motifs d'ordre juridique sur lesquels s'appuie cette allégation générale, qui seront examinés plus en détail plus loin, comportent trois volets:

a) À première vue, les articles 301 à 310 obligent les autorités des États-Unis à prendre des mesures unilatérales qui contreviennent à l'article 23 du Mémorandum d'accord (et, par conséquent, aux articles Ier, II, III, VIII et XI du GATT de 1994). Cela est vrai aussi bien pour ce qui est des critères énoncés dans l'ancien GATT de 1947 concernant la législation impérative par opposition à la législation discrétionnaire que pour ce qui est des critères actuellement inscrits dans le GATT de 1994 et l'Accord de Marrakech qui, selon les Communautés européennes, sont les sources de droit pertinentes applicables depuis l'entrée en vigueur des accords de l'OMC. Les Communautés européennes rappellent que la question des critères applicables lorsqu'il s'agit de répondre à la question de savoir si la législation est véritablement discrétionnaire a été examinée en détail, comme on le verra plus loin.

b) En outre, même s'ils pouvaient être interprétés de manière à permettre au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'éviter d'établir des déterminations et de prendre des mesures qui sont incompatibles avec l'Accord sur l'OMC, les articles 301 à 310 ne pourraient pas être considérés comme une base juridique solide pour la mise en œuvre des obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Cette absence de "base juridique solide" fait planer une menace sur les autres Membres de l'OMC et leurs agents économiques et crée une situation d'incertitude juridique qui compromet radicalement "la sécurité et la prévisibilité" du système commercial multilatéral.

c) Par ailleurs, les articles 301 à 310 ne sont pas conformes aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC puisqu'ils sont l'expression d'une politique délibérée

> qui débouche sur un ensemble de mesures exécutives qui sont le contre-pied de la conformité avec l'Accord sur l'OMC. Même s'ils pouvaient être interprétés comme offrant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales une base juridique pour la mise en œuvre des obligations des États-Unis au regard de l'OMC, les articles 301 à 310 ne pourraient pas être réputés conformes au droit de l'OMC au sens de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech.

4.36 De l'avis des Communautés européennes, les arguments avancés par les États-Unis n'emportent absolument pas la conviction. En particulier, les États-Unis font fi du sens commun lorsqu'ils affirment:

a) que l'utilisation du présent dans le libellé des articles 301 à 310 exprime la potentialité;

b) que des délais immuables comme ceux qui sont fixés à l'article 306 peuvent être considérés comme une "invitation" faite au pouvoir exécutif, sans indiquer sur quelle base juridique pourrait s'appuyer une telle interprétation du texte;

c) que la loi donne toujours au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales la possibilité de déterminer que les États-Unis ne se sont pas vus frustrés de leurs droits et qu'il n'y a pas inexécution des recommandations de l'ORD, alors que le texte de l'article 304 a) 1) l'oblige à fonder ses déterminations sur les conclusions de l'enquête ouverte au titre de l'article 302;

d) qu'une section intitulée "Mesures impératives", qui comprend une liste impérative de mesures de rétorsion ou qui prévoit, subsidiairement, la possibilité de conclure un accord bilatéral dont les principales conditions sont fixées par la loi, démontre que le pouvoir exécutif jouit d'une grande marge de manœuvre lorsqu'il décide des mesures à prendre;

e) que le pouvoir qu'a le Président, dans des cas d'espèce, de donner des instructions précises au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales comprend aussi le droit de lui interdire de prendre les mesures requises aux termes des articles 301 à 310, alors même que le Congrès des États-Unis les a qualifiées d'"impératives"; et

f) que l'existence d'une dérogation limitée, laissée à l'appréciation du Président, et qui n'a jamais été invoquée jusqu'à présent, donne à la loi un caractère discrétionnaire.

4.37 En outre, les Communautés européennes font valoir qu'il ne s'agit absolument pas, bien entendu, d'un débat purement théorique. Si les États-Unis ont rédigé les articles 301 à 310 dans leur forme alambiquée actuelle, c'est pour une raison bien précise, quoique illégitime.

4.38 Selon les Communautés européennes, d'éminents spécialistes ont exprimé leurs vues sur cet aspect particulier. Par exemple, le professeur Robert E. Hudec a écrit ceci:

> "L'article 301 est un dédale complexe de commandements impératifs d'une part, et d'échappatoires très larges d'autre part. Il faut un schéma pour s'y retrouver et arriver à savoir si le commandement impératif donné au départ sera effectivement suivi d'effet avant d'être

> passé par l'une ou l'autre des issues discrétionnaires. Même avec un tel schéma, il est impossible de connaître à l'avance le résultat final."[57]

4.39 Les Communautés européennes se réfèrent en outre au témoignage du professeur John H. Jackson devant la Commission des relations étrangères du Sénat:

> "Bien que l'on puisse vraisemblablement interpréter les dispositions légales de l'article 301 de manière à donner au Président le pouvoir d'agir conformément aux règles issues du Cycle d'Uruguay en matière de règlement des différends, dans quelques cas, notamment en ce qui concerne les mesures impératives prévues à l'article 301 a), les interprétations en ce sens sont un peu tirées par les cheveux. Il serait donc nettement préférable de modifier la loi pour que le Président et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales aient dans tous les cas le pouvoir d'agir conformément aux obligations internationales des États-Unis."[58]

4.40 Selon les Communautés européennes, si le professeur Jackson a formulé ces observations, c'est également parce qu'il estimait que l'incertitude entourant le recours éventuel par les États-Unis à des mesures unilatérales "incompatibles avec les règles issues du Cycle d'Uruguay en matière de règlement des différends" allait à l'encontre de l'objectif que poursuivaient les participants au Cycle d'Uruguay lorsqu'ils sont convenus d'adopter le Mémorandum d'accord: à savoir assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral (article 3:2 du Mémorandum d'accord). Cet objectif a été confirmé ultérieurement par l'Organe d'appel dans le cadre de l'affaire *CE – Matériels informatiques* (WT/DS62/AB/R-WT/DS67/AB/R-WT/DS68/AB/R), lorsqu'il a dit que la sécurité et la prévisibilité étaient "un objet et un but de l'*Accord sur l'OMC*, de manière générale, ainsi que du GATT de 1994".

4.41 De l'avis des Communautés européennes, malgré ces observations et les suggestions éclairées d'éminents juristes qui connaissent bien le droit commercial international, le projet de loi a été adopté sans amendement.

4.42 Elles font remarquer que cela n'est pas étonnant lorsque l'on examine l'historique de la Loi de 1988 sur le commerce extérieur, à l'origine notamment du projet actuel d'article 301 (Mesures impératives). Au cours des auditions qu'a tenues la Commission des finances du Sénat pendant la première session du centième Congrès, Robert Strauss, ancien Représentant spécial des États-Unis pour les questions commerciales internationales, a échangé les propos suivants avec le sénateur Bob Packwood, Président de la Commission:

> Sénateur Packwood: "Pensez-vous que n'importe quel projet de loi à caractère commercial devrait comporter des mesures de rétorsion impératives?"
>
> M. Strauss: "Bien ... j'hésite un peu à demander des mesures de rétorsion impératives ... Je m'en voudrais de rendre l'article 303 d'application impérative. J'estime qu'il faut trouver un juste milieu ... Plus impérative est une expression boiteuse."

---

[57] Robert E. Hudec, "Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil", in Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System, sous la direction de Jagdish Bhagwati et Hugh T. Patrick (Harvester Wheatsheaf, 1990), page 122.

[58] Commission des relations étrangères du Sénat, audition concernant l'Organisation mondiale du commerce, 14 juin 1994 (témoignage du professeur John H. Jackson).

Sénateur Packwood: "Mais pas obligatoire".[59]

Tout au long du débat qui a eu lieu au Sénat concernant les mesures de rétorsion impératives, il a souvent été conseillé de "rendre les mesures de rétorsion impératives sans qu'elles soient pour autant obligatoires".

4.43 Les Communautés européennes en concluent donc que tout indique que la confusion évidente dans les articles 301 à 310 n'est rien d'autre que le fruit d'une politique délibérée. De fait, elles sont persuadées que si les États-Unis continuent d'appliquer une loi qui, à première vue et, compte tenu de son objectif, exige des déterminations et des mesures unilatérales qui contreviennent aux obligations des États-Unis au titre du Mémorandum d'accord et du GATT, c'est pour mettre en œuvre de propos délibéré une politique qui vise un double objectif et que l'on pourrait appeler, pour reprendre les termes des Communautés européennes, la "politique de l'épée de Damoclès".

4.44 Les Communautés européennes soutiennent par ailleurs que l'existence même des articles 301 à 310, mélange de dispositions impératives précises qui sont incompatibles avec le Mémorandum d'accord et qui sont cousues d'exceptions contournées, crée un climat d'incertitude juridique qui a sur le commerce des effets immédiats et très concrets.

4.45 Les Communautés européennes soutiennent notamment que la menace permanente d'imposition de mesures unilatérales influe sur le comportement et les décisions des agents économiques. Dans la pratique, le dépôt d'une requête ou la simple publication d'un avis au Federal Register pour annoncer l'ouverture d'une enquête, dans le contexte concret des dispositions que renferment les articles 301 à 310 et compte tenu de l'interprétation notoire que leur donnent l'Administration et le Congrès des États-Unis, a pour effet de "refroidir" les échanges, soit en ralentissant l'importation des produits, soit en interrompant de manière brutale les échanges bilatéraux de produits en question avec les États-Unis. Les événements survenus récemment dans le cadre de l'affaire des bananes, où l'on a assisté à l'adoption de mesures de rétorsion qui ont eu pour effet d'interrompre le commerce de produits qui n'ont rien à voir avec les bananes, alors que la procédure en vue d'autoriser la suspension de concessions dans le cadre de l'OMC n'avait pas encore été menée à terme, illustrent ce qui peut arriver à pratiquement n'importe quel négociant une fois que des délais fixés unilatéralement au titre des articles 301 à 310 sont arrivés à expiration dans un différend donné.

4.46 Selon les Communautés européennes, les États-Unis se servent du texte et du but des articles 301 à 310 dans leur forme actuelle comme d'un outil de "négociation" afin d'arracher des concessions commerciales à leurs partenaires commerciaux, concessions qu'ils ne sont pas tenus de faire au regard du droit de l'OMC, cela en menaçant de ne pas respecter les engagements qu'ils ont pris dans le cadre de l'OMC. Quoi que l'on puisse penser de la légitimité de ce type de mesures en dehors du cadre de l'OMC, celui-ci n'est plus acceptable à l'intérieur du système de l'OMC, qui repose sur le multilatéralisme, l'égalité et le droit.

4.47 Les Communautés européennes font valoir que l'épée de Damoclès est donc bien réelle. Non seulement elles font état de leur propre expérience, mais elles évoquent aussi les affaires mentionnées dans les communications présentées en qualité de tierces parties par pratiquement tous les principaux partenaires commerciaux des États-Unis.

4.48 Les Communautés européennes soutiennent que le Canada, la Corée, Hong Kong (Chine), l'Inde, le Japon et le Brésil ont tous insisté sur les effets de cette épée de Damoclès – qu'ils ont eux-mêmes subi, même après l'achèvement du Cycle d'Uruguay – et qu'ils sont tous d'accord avec les

[59] Commission des finances du Sénat, centième Congrès, première session, point I, pages 44 et 45.

Communautés européennes pour attirer l'attention du Groupe spécial sur les effets inacceptables de cette loi en ce qui concerne la sécurité et la prévisibilité du commerce international.

4.49 **En réponse, les États-Unis soutiennent** que les Communautés européennes, confrontées à la nécessité de trouver un fondement juridique pour justifier ce qui est essentiellement une affaire politique, ont été forcées de se rabattre sur de fausses hypothèses, sur des spéculations et de mauvais calculs. Une telle approche serait fatale à n'importe quelle partie plaignante cherchant à s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe et la présente affaire ne fait pas exception à la règle.

4.50 Selon les États-Unis, les Communautés européennes prétendent que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur obligent à première vue les États-Unis à manquer leurs obligations au regard de l'OMC. Elles ne contestent pas l'application de cette loi dans un cas particulier. Elles font plutôt valoir que les termes de la loi "ne permettent pas aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord et les obligations du GATT de 1994" en raison des délais prévus dans la loi.

4.51 Les États-Unis observent que le texte des articles 301 à 310 peut être consulté facilement et comparé facilement aux exigences de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Les articles 301 à 310 n'empêchent pas les États-Unis de respecter à la lettre les exigences du Mémorandum d'accord. Cette loi donne au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'intenter des procédures multilatérales de règlement des différends et de respecter ces procédures dans tous les cas. Les États-Unis observent en outre que les Communautés européennes se réfèrent à la conclusion du professeur Hudec selon laquelle l'article 301 comporte des "échappatoires très larges", ce qui vient encore renforcer le fait que cet article octroie un large pouvoir discrétionnaire. Les Communautés européennes ne peuvent pas tenir pour établi que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales exercera ce pouvoir de manière incompatible avec l'Accord sur l'OMC pas plus qu'elles ne peuvent faire abstraction des éléments discrétionnaires de la loi pour faire valoir leur point de vue. Elles se sont donné pour mission de démontrer que les articles 301 à 310 exigeaient la violation de l'Accord sur l'OMC, mais elles ont échoué.

4.52 Les États-Unis font observer que comme les Communautés européennes l'ont clairement indiqué, le Groupe spécial n'est pas appelé en l'espèce à se prononcer sur la question de savoir si les mesures prises par l'une ou l'autre partie dans le cadre de l'affaire des *bananes* étaient compatibles avec leurs obligations au regard de l'OMC. Néanmoins, si les Communautés européennes ont engagé cette procédure, c'est parce qu'elles n'avaient pas mis en œuvre les décisions et les recommandations de l'ORD dans l'affaire des *bananes*. Face à cette situation, elles ont réagi en introduisant la présente procédure. Les représentants des CE ont publiquement et vigoureusement cherché à dépeindre l'affaire des *bananes* comme un exemple de l'unilatéralisme des États-Unis et déclaré que la mise en cause de l'article 301 constituait une réaction appropriée. Autrement dit, les Communautés européennes ont décidé d'engager une affaire politique pour détourner l'attention.

4.53 Pour les États-Unis, même si la politique est à l'origine de la présente affaire, celle-ci ne doit pas être une question de politique, mais une affaire de droit. La question dont est saisi le Groupe spécial n'est pas celle de savoir si les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont populaires ou souhaitables, mais plutôt celle de savoir si les Communautés européennes ont démontré que cette loi "ne permet pas" aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord, comme elles l'ont affirmé dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial.

4.54 De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes ont engagé une affaire politique qui se cherche un argument juridique. Il est évident que cette recherche se poursuit. Après avoir prétendu en vain que les articles 301 à 310 imposent des violations de l'article 23 du Mémorandum d'accord en se fondant sur une comparaison entre les délais légaux et ceux prévus dans ledit mémorandum, les

Communautés européennes prétendent aujourd'hui que les délais fixés dans le Mémorandum d'accord sont sans intérêt en l'occurrence. De fait, elles semblent prétendre que les obligations inscrites dans le texte du Mémorandum d'accord et de l'Accord sur l'OMC ne tirent pas à conséquence. En leur lieu et place, elles imaginent un "nouvel environnement juridique", dans lequel certaines lois discrétionnaires peuvent être considérées comme impératives et jugées contraires à une obligation non spécifiée et inexistante visant à éviter l'"incertitude". L'approche retenue par les CE en l'occurrence est motivée par leur souhait d'obtenir un résultat spécifique aux dépens d'une argumentation juridique solide. Cette démarche confirme le fait qu'elles poursuivent un objectif politique et que leur démarche juridique est sans fondement.

4.55 Les États-Unis soutiennent que deux déclarations faites par les CE dans leurs réponses aux questions posées par le Groupe spécial mettent en lumière leur principal objectif et leur démarche dans la présente procédure:

> "Il est vrai que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord a été rédigé en pensant aux articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Mais cela signifie, bien entendu, que les participants au Cycle d'Uruguay avaient aussi à l'esprit la menace que faisait planer sur la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales le texte de la Loi sur le commerce extérieur tel qu'il se présentait dans le projet de loi de 1988. Ils voyaient donc la nécessité d'inscrire dans les accords visés un libellé qui constituerait le deuxième volet de ce que les CE ont proposé d'appeler, dans leur déclaration orale du 29 juin, le "marché conclu à Marrakech".
>
> Une loi qui exige de statuer dans tous les cas *sur la question de savoir s'*il y a eu violation du droit de l'OMC comporte donc l'exigence de déterminer dans certains cas *qu'*il y a eu violation du droit de l'OMC. Une telle loi impose donc des déterminations qui sont incompatibles avec l'article 23."

4.56 Selon les États-Unis, la première citation illustre l'idée que les CE se font du but de l'article 23 du Mémorandum d'accord: à savoir un moyen de s'en prendre aux articles 301 à 310. Cependant, la volonté des CE d'utiliser l'article 23 du Mémorandum d'accord pour s'attaquer aux articles 301 à 310 a été entravée par le fait que cette loi n'impose aucune violation de l'article 23 du Mémorandum d'accord ni d'aucune autre obligation au regard de l'OMC. Les Communautés européennes elles-mêmes citent les conclusions des professeurs Jackson et Hudec selon lesquelles "on peut vraisemblablement interpréter les dispositions légales de l'article 301 de manière à donner au Président le pouvoir d'agir conformément aux règles issues du Cycle d'Uruguay en matière de règlement des différends" et voulant que l'article 301 comporte des "échappatoires très larges". Selon le principe bien établi qui veut qu'une loi discrétionnaire ne soit pas incompatible avec l'Accord sur l'OMC lorsqu'elle permet des mesures qui sont compatibles avec cet accord, les articles 301 à 310 ne peuvent être jugés incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord. Il en est ainsi parce que ces articles donnent aux États-Unis un pouvoir discrétionnaire suffisant pour se conformer aux règles et procédures du Mémorandum d'accord dans tous les cas.

4.57 Selon les États-Unis, les CE ont réagi à cette situation en élaborant des définitions inédites et indéfendables du terme "impératif", comme en témoigne leur deuxième citation, et en créant de toutes pièces de nouvelles obligations centrées sur "la sécurité et la prévisibilité" lorsqu'elles ne peuvent forcer l'interprétation du texte de l'Accord sur l'OMC, notamment celui du Mémorandum d'accord, pour qu'il coïncide avec leurs objectifs politiques. Apparemment peu désireuses d'aller aussi loin que Hong Kong en faisant complètement l'impasse sur la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire, les Communautés européennes soutiennent à présent que le Groupe spécial devrait faire abstraction de la limite claire qui a toujours été tracée entre les mesures discrétionnaires et les mesures impératives dans chacun des rapports des groupes spéciaux formés dans le cadre du GATT ou de l'OMC qui ont dû se pencher sur la question; elles préfèrent redéfinir le terme

"impératif" de manière à ce qu'il englobe une loi qui *pourrait* "dans certains cas" être appliquée en violation de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Par ailleurs, les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de constater qu'éviter l'"incertitude" et assurer "la sécurité et la prévisibilité" sont non seulement des objectifs de l'Accord sur l'OMC et du Mémorandum d'accord, mais aussi des obligations, ou sinon d'adopter des interprétations de l'article 23 du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC qui contrastent avec la forme exacte de ces dispositions.

4.58 Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial doit rejeter ces demandes. En l'espèce, les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de la charge de la preuve qui leur incombait, aussi bien en ce qui concerne les faits que les points de droit. L'applicabilité continue de la règle établissant une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire est claire, tout comme le sens ordinaire du texte de l'article 23 du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Il est clair également que les articles 301 à 310 donnent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un pouvoir discrétionnaire plus que suffisant pour se conformer dans tous les cas à l'article 23 du Mémorandum d'accord et aux autres obligations au regard de l'OMC. L'article 304 lui permet de fonder ses déterminations, dans chacun des cas, sur des constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel qui ont été adoptées. En outre, l'article 306 lui permet, dans chacun des cas, de demander et d'obtenir l'autorisation de l'ORD pour suspendre des concessions conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord. Comme le Japon l'a fait remarquer à juste titre, "les lois ne sont pas incompatibles avec les règles de l'OMC lorsqu' ... elles donnent aux personnes chargées de leur application la latitude [d'exécuter les obligations au regard de l'OMC]". Les articles 301 à 310 sont donc compatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et les articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994.

4.59 En ce qui concerne l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, les États-Unis font valoir qu'il importe d'admettre qu'une mesure doit d'abord constituer un manquement à un engagement quelconque au regard de l'OMC pour contrevenir à l'article XVI:4. Cela ressort clairement du sens ordinaire du texte de cette disposition: "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe." Lorsque ces lois, réglementations et procédures administratives sont conformes aux obligations énoncées dans les accords annexés, y compris le Mémorandum d'accord, il n'y a pas violation de l'article XVI:4. Les Communautés européennes ne peuvent présumer que les articles 301 à 310 contreviennent au Mémorandum d'accord dans le but de constater qu'il y a violation de l'article XVI:4.

4.60 Les États-Unis affirment en définitive que l'analyse juridique de la question de savoir si les articles 301 à 310 sont conformes aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC doit être axée sur le texte des dispositions dans lequel sont énoncées ces obligations. Elle doit être axée sur le libellé de l'Accord, non pas sur ses objectifs, ni sur des soi-disant marchés d'invention si récente qu'il est nécessaire de "proposer" des appellations pour les désigner. Les droits et obligations des Membres de l'Organisation mondiale du commerce figurent dans le texte des accords qu'ils ont négociés. Le texte exprime, mieux que n'importe quelle paraphrase qui pourrait être faite par un Membre, les objectifs et les buts de tous les Membres lorsqu'ils ont négocié ces accords. L'analyse à laquelle procédera le Groupe spécial doit avoir pour point de départ et pour point d'arrivée le texte de ces accords.

4.61 Les États-Unis soutiennent que la seule question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les articles 301 à 310 obligent les États-Unis à manquer à des obligations particulières qui seraient énoncées dans le texte de l'article 23 du Mémorandum d'accord, de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et des articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994. La réponse à cette question est négative; la seule façon pour les Communautés européennes d'obtenir le résultat politique qu'elles

recherchent est de présumer de la mauvaise foi d'un autre Membre de l'OMC. Ce moyen ne lui est pas ouvert.

4.62 Pour les États-Unis, si jamais il y eût une affaire soulignant l'importance de la primauté du droit, c'est bien celle-ci. La loi protège au même titre les faibles et les puissants. Elle protège au même titre les petits et les grands. Elle protège aussi bien ce qui est populaire que ce qui est impopulaire. Parfois, les petits et les faibles apprécient les contraintes qu'elle impose aux puissants, alors que dans d'autres cas, elle permet de mettre à l'abri ce qui est impopulaire, quelle que soit l'ampleur de la chose, lorsque aucun tort n'a été causé. Les États-Unis savent que les articles 301 à 310 ne sont pas populaires, mais l'Accord sur l'OMC et le Mémorandum d'accord n'ont pas créé un club destiné à organiser un concours de popularité pour dénigrer un Membre. Pour que la protection que ces textes accordent aux faibles soit crédible, ils doivent également protéger les puissants lorsqu'ils sont attaqués non pas pour ce qu'ils ont fait, mais pour ce qu'ils sont. Et une loi ne cause aucun tort, sauf si elle oblige les autorités à manquer à leurs obligations au regard de l'OMC.

4.63 Selon les États-Unis, ici à l'OMC, le droit, les dispositions de fond de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes, exécutés au moyen des dispositions régissant le système de règlement des différends, garantissent sécurité et prévisibilité à tous les Membres de l'OMC. Cette sécurité et cette prévisibilité sont solidement ancrées dans un mode d'analyse juridique centré d'abord et avant tout sur le texte de l'Accord, puisque c'est ce dont les Membres sont convenus. C'est le texte qu'ils ont signé; c'est celui qu'ils ont soumis à leurs organes législatifs pour qu'il soit approuvé par les représentants du peuple. Lorsqu'ils ont négocié ce texte, les Membres avaient un certain nombre d'objectifs et de buts en tête; certains figurent expressément dans le texte, d'autres n'y figurent pas. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, ces objectifs et ces buts sont évoqués dans le texte de l'Accord proprement dit. Il ne peut y avoir ni sécurité ni prévisibilité dans le système commercial multilatéral si les règles dont les Membres sont convenus explicitement peuvent être ignorées au profit d'un mode d'analyse motivé par le désir de parvenir à un résultat précis. La loi doit être la même pour tous, et cela dans tous les cas.

4.64 Les États-Unis observent que d'après le mandat du Groupe spécial, le présent différend ne porte pas sur quelque chose que les États-Unis auraient fait. En conséquence, il n'y a pas lieu de spéculer sur ce que les États-Unis pourraient faire pas plus qu'il ne conviendrait que les États-Unis n'introduisent une procédure reposant sur l'hypothèse qu'un autre Membre n'agira pas conformément à ses obligations. Un groupe spécial peut statuer sur quelque chose qu'un Membre pourrait faire à l'avenir uniquement lorsque la législation du Membre l'oblige à faire cette chose. Il ne peut être présumé que les Membres ne s'acquitteront pas des obligations internationales qu'ils ont contractées de manière solennelle lorsqu'ils sont en mesure de le faire. C'est uniquement lorsqu'il dépasse les bornes, en promulguant une loi qui ne lui permet pas de s'acquitter de ses obligations internationales, qu'un Membre crée une situation dans laquelle les autres Membres ont des raisons légitimes et objectives de présumer qu'il ne respectera pas ses obligations internationales. C'est uniquement à ce moment-là que les Membres estimeront que la sécurité et la prévisibilité de leurs échanges sont menacées d'une manière différente de celle que représente l'incertitude permanente quant à la question de savoir si les autres Membres s'acquitteront de leurs obligations.

4.65 Pour les États-Unis, il est clair depuis le début dans la présente affaire que les articles 301 à 310 permettent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'exécuter pleinement les obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes. Cette loi ne l'oblige pas à manquer aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Cette loi, du fait de sa seule existence, ne constitue un manquement à aucune de ses obligations. Les efforts manifestement déployés par les CE pour transformer la présente procédure en une occasion de lancer des attaques politiques contre la politique commerciale des États-Unis ne font que révéler le vide absolu qui est au centre de cette affaire, frappée d'une nullité radicale. Le présent groupe spécial doit constater que les Communautés européennes n'ont pas réussi à démontrer que les articles 301 à 310 de

la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et les articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994, et que les articles 301 à 310 ne sont donc pas incompatibles avec ces obligations.

B. DISPOSITIONS DE L'ACCORD SUR L'OMC QUI SONT EN CAUSE - ARTICLE 23:2 A) ET C) DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

4.66 **Les Communautés européennes soulignent** que les passages de l'article 23 du Mémorandum d'accord pertinents en l'espèce sont les suivants:

> "1. Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord.
>
> 2. Dans de tels cas, les Membres:
>
> a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord;
>
> ...
>
> c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable."

4.67 Les Communautés européennes prétendent que ces dispositions obligent manifestement les États-Unis à s'abstenir de déterminer unilatéralement si un autre membre a frustré les États-Unis de droits ou avantages résultant d'un accord de l'OMC, et si les décisions et recommandations de l'ORD ont été mises en œuvre. Elles ne laissent pas non plus de doute quant au fait que des obligations découlant du GATT et de l'AGCS ne peuvent être suspendues, en réaction au défaut de mise en œuvre de décisions et de recommandations de l'ORD, qu'avec l'autorisation de celui-ci.

4.68 **Les États-Unis indiquent** que, aux termes de l'article 23:2 a), les Membres:

> "ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord".

4.69 Les États-Unis font valoir que, en conséquence, pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a), il faut 1) qu'une détermination ait été établie concluant qu'il y a eu violation d'un accord de l'OMC et 2) que cette détermination ne soit pas conforme aux constatations figurant dans le rapport du groupe

spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou à une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes n'ayant pas, dans la présente affaire, allégué qu'une détermination particulière des États-Unis viole l'article 23:2 a), elles doivent démontrer que les articles 301 à 310 obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination concluant à la violation, et à le faire de manière contraire aux constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD.

4.70 Les États-Unis affirment que l'article 23:2 c) fait obligation aux membres de "[suivre] les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations" lorsqu'un membre n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. Le Groupe spécial n'est pas non plus saisi d'une plainte concrète concernant la suspension de concessions. Il ne lui est donc pas possible de déterminer si les États-Unis, dans un cas concret, se seraient effectivement conformés aux prescriptions de l'article 22. La seule question est donc de savoir si l'article 306 b) fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas suivre les procédures de l'article 22 ou de suspendre des concessions sans l'autorisation de l'ORD. Selon les États-Unis, cela n'est manifestement pas le cas. Rien dans l'article 306 b) ni dans l'article 305 a) n'interdit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter à la lettre les procédures prévues par l'article 22, y compris en ce qui concerne l'autorisation de l'ORD.

4.71 **Les Communautés européennes ajoutent** que la coutume internationale reconnaît qu'une partie à un traité qui a été violé par une autre partie peut, par mesure de réciprocité, suspendre l'exécution de tout ou partie de ses obligations découlant du traité.[60] Toutefois, elle reconnaît aussi que ce droit ne peut s'exercer qu'en conformité avec les dispositions du traité applicables en cas de violation.[61]

4.72 Les Communautés européennes soutiennent que les articles XXII et XXIII du GATT de 1947 étaient des dispositions de cette nature. Clair Wilcox, l'un des rédacteurs de la Charte de la Havane instituant une Organisation internationale du commerce, dont ces articles sont inspirés, en expliquait la raison d'être:

> "Nous avons établi un nouveau principe de relations économiques internationales. Nous avons demandé aux nations du monde de conférer à une organisation internationale le droit de limiter les pouvoirs de représailles. Nous avons essayé d'apprivoiser les représailles, de les discipliner, de les maintenir dans leurs limites, mais, en les soumettant à un contrôle international, nous avons essayé de limiter leur étendue et leur croissance, de les transformer d'une arme de guerre économique en un instrument d'ordre international."[62]

[60] Convention de Vienne sur le droit des traités, article 60.1.

[61] *Ibid.*, article 60.4.

[62] Document E/PC/T/A/PV6 des Nations Unies, page 5.

4.73 Les Communautés européennes déclarent que cette idée était exprimée avec force dans l'article 92 de la Charte de la Havane:

"Recours aux procédures prévues par la Charte

1. Les États Membres s'engagent à n'avoir recours, dans leurs rapports avec les autres États Membres et avec l'Organisation, à aucune procédure autre que les procédures prévues par la présente Charte en ce qui concerne les réclamations et le règlement des différends auxquels donnerait lieu l'application de la Charte.

2. Les États Membres s'engagent également, sans préjudice de tout autre accord international, à n'avoir recours à aucune mesure économique unilatérale qui serait contraire aux dispositions de la présente Charte."

4.74 Selon les Communautés européennes, la coutume internationale reconnaît aussi qu'un changement fondamental de circonstances non prévu par les parties à un traité peut, sous certaines conditions, être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou s'en retirer.[63] Toutefois, le droit d'une partie d'agir ainsi ne peut en principe s'exercer qu'à l'égard du traité dans son ensemble.[64] La coutume internationale ne donne pas à une partie à un traité le droit de s'acquitter sélectivement de ses obligations au motif que l'équilibre des intérêts prévu par le traité s'est modifié à son détriment.

4.75 Les Communautés européennes avancent l'argument que les États-Unis ne considéraient pas qu'ils leur était interdit, au regard du GATT de 1947, de prendre des mesures commerciales restrictives unilatérales.[65] Selon eux, des mesures unilatérales étaient justifiées parce que les procédures de règlement des différends prévues à l'article XXIII reposaient sur le consensus et que l'approbation de la suspension des obligations en réponse à l'inexécution par une autre partie contractante de ses obligations pouvait en conséquence être paralysée par la partie défenderesse.

4.76 De l'avis des Communautés européennes, les États-Unis ne s'estimaient pas non plus liés par le principe inconditionnel de la nation la plus favorisée inscrit dans le GATT de 1947, parce que celui-ci permettait aux parties contractantes de profiter des engagements en matière d'accès aux marchés ou des nouvelles règles résultant des négociations, même si elles n'avaient pas contribué aux efforts de libéralisation, ni accepté les nouvelles règles.

4.77 Selon les Communautés européennes, les États-Unis considéraient que ces particularités du GATT de 1947 justifiaient le recours à des mesures commerciales unilatérales contraires à l'Accord général chaque fois que les mécanismes prévus par celui-ci ne produisaient pas des résultats conformes à leurs attentes. En 1989, lors d'une session spéciale du Conseil des Représentants du GATT sur les mesures unilatérales, les États-Unis avaient expliqué:

"En toute occasion, les États-Unis s'opposeraient aux pratiques déloyales en se prévalant des dispositions relatives au règlement des différends énoncées dans l'Accord général ou dans les Codes issus du Tokyo Round, mais si d'autres parties contractantes empêchaient ou entravaient ce processus, ou bloquaient les efforts entrepris pour faire en sorte que leurs pratiques soient soumises aux disciplines multilatérales, les États-Unis agiraient de façon à protéger leurs propres intérêts. Si une telle action était considérée comme unilatérale, il fallait néanmoins reconnaître

[63] Convention de Vienne sur le droit des traités, article 62.

[64] *Ibid.*, article 44.

[65] Statement of Administrative Action, *op.cit.*

> qu'il s'agissait d'une réaction parfaitement justifiable qui s'avérait nécessaire parce que les efforts bilatéraux ou multilatéraux déployés pour régler un problème n'avaient pas abouti. Si l'on voulait minimiser ou éviter l'unilatéralisme, il fallait créer un système multilatéral crédible - en renforçant le système existant."[66]

4.78 Les Communautés européennes font encore valoir que le Cycle d'Uruguay a débouché sur un système multilatéral considérablement renforcé:

a) la possibilité de bloquer les procédures de règlement des différends a été supprimée;

b) les résultats du Cycle d'Uruguay ont été adoptés sous forme d'un "engagement unique" remplaçant le GATT de 1947. Cela a eu pour effet que, nonobstant les dispositions du GATT de 1947 sur le traitement de la nation la plus favorisée, seuls les pays acceptant les obligations supplémentaires ont reçu les droits correspondants;

c) en conséquence, tous les Membres de l'OMC sont aujourd'hui liés par des accords semblables aux Codes du Tokyo Round, et les principaux domaines dans lesquels les États-Unis avaient jugé lacunaire le GATT de 1947 – la protection des droits de propriété intellectuelle et le commerce des services – ont fait l'objet de règles dont le respect est garanti par des sanctions.

4.79 Les Communautés européennes soutiennent que, en contrepartie, les États-Unis ont accepté les obligations énoncées dans l'article 23 du Mémorandum d'accord, dont le premier paragraphe est ainsi libellé:

> "Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord."

4.80 Les Communautés européennes considèrent que cette disposition constitue l'une des pierres angulaires du système commercial multilatéral. Il ne saurait y avoir de sécurité et de prévisibilité dans les relations commerciales internationales si chaque Membre de l'OMC ne soumet pas scrupuleusement tous ses différends commerciaux aux procédures prévues par le Mémorandum d'accord.

4.81 Selon les Communautés européennes, si les Membres décident de se faire justice eux-mêmes et imposent unilatéralement leur propre conception des droits que leur confèrent les accords de l'OMC en menaçant de prendre, ou en prenant, des mesures en violation de leurs obligations, ils risquent de provoquer une escalade de mesures de rétorsion qui mettrait en danger les acquis d'un demi-siècle de négociations commerciales.

C. QUESTIONS RELATIVES À LA PREUVE ET AUTRES QUESTIONS

1. Charge de la preuve et établissement des faits à l'égard du droit interne

4.82 **Les Communautés européennes** font valoir que, conformément à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*,

[66] Document C/163 du GATT du 16 mars 1989, page 4.

"[l]a raison d'être du règlement des différends au titre de l'article XXIII du GATT de 1994, c'est d'assurer aux Membres les avantages résultant pour eux directement ou indirectement du GATT de 1994. C'était aussi celle du règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947. Dans le cas où un Membre considérerait que ses avantages se trouvent annulés ou compromis du fait des circonstances indiquées à l'article XXIII, il peut alors recourir au mécanisme de règlement des différends. S'agissant des plaintes concernant une infraction à des obligations relevant de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994, l'article 3:8 du *Mémorandum d'accord* codifie la pratique suivie antérieurement dans le cadre du GATT de 1947:

> "Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartiendra alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire."

L'article 3:8 du *Mémorandum d'accord* prévoit que dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé – c'est–à–dire dans les cas où une violation est établie – il y a présomption qu'un avantage est annulé ou compromis. L'article 3:8 indique en outre que le "Membre mis en cause" doit réfuter cette présomption. Toutefois, la question en l'espèce n'est pas de savoir ce qui se passe après qu'une violation est établie; elle est de savoir quelle partie doit en premier démontrer qu'il y a, ou qu'il n'y a pas, violation ...

Lorsque nous examinons cette question, nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve. Il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve. Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption."[67]

4.83 Les Communautés européennes considèrent que, dans le différend *Inde – Brevets (États-Unis)*, l'Organe d'appel a encore affiné cette jurisprudence en abordant expressément la question du pouvoir dont disposent les groupes spéciaux et l'Organe d'appel lorsqu'ils interprètent la loi nationale de l'Inde (autrement dit, la loi interne d'un Membre), dans les termes suivants:

"En droit international public, un tribunal international peut traiter la législation nationale de plusieurs façons. La législation nationale peut démontrer l'existence de faits et d'une pratique d'un État. Mais elle peut aussi montrer le respect ou le non-respect d'obligations internationales. Par exemple, dans l'affaire relative à

[67] WT/DS33/AB/R, chapitre IV, page 15 et suivante.

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, la Cour permanente de justice internationale a fait observer ce qui suit:

> On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas; au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. *La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne* (souligné dans l'original).

En l'espèce, le Groupe spécial accomplissait simplement sa tâche, déterminer si les "instructions administratives" utilisées par l'Inde pour recevoir les demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres étaient conformes aux obligations de l'Inde au titre de l'article 70:8 a) de l'*Accord sur les ADPIC*. Il est évident que, pour déterminer si l'Inde a rempli les obligations lui incombant au titre de l'article 70:8 a), il est essentiel d'examiner les aspects pertinents de sa législation nationale et, en particulier, les dispositions pertinentes de la Loi sur les brevets qui se rapportaient aux "instructions administratives". Il était tout simplement impossible pour le Groupe spécial de procéder à cette détermination sans examiner la législation indienne. Mais, comme dans l'affaire susmentionnée traitée par la Cour permanente de justice internationale, le Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne "comme telle"; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC*. Dire que le Groupe spécial aurait dû agir autrement reviendrait à dire que seule l'Inde peut déterminer si sa législation est compatible avec ses obligations au titre de l'*Accord sur l'OMC*. Or, il est évident qu'il ne peut pas en être ainsi."

4.84 Les Communautés européennes indiquent que, plus particulièrement sur le point de savoir à quelle partie il incombe de décider de l'interprétation de la loi nationale de l'Inde pour apprécier sa conformité avec l'Accord sur les ADPIC, l'Organe d'appel a ajouté ce qui suit:

"Le Groupe spécial affirme ce qui suit:

> "Comme il est indiqué dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Chemises et chemisiers de laine*, "une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation". Dans l'affaire à l'étude, ce sont les États-Unis qui allèguent une violation par l'Inde de l'article 70:8 de l'Accord sur les ADPIC. Il appartient donc aux États-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer que la mesure prise par l'Inde est incompatible avec les obligations que celle-ci tient de l'article 70:8. À notre avis, les États-Unis ont présenté de manière concluante ces éléments de preuve et arguments. Dès lors, ... il incombe à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments pour réfuter l'allégation. Nous ne sommes pas convaincus que l'Inde ait été apte à le faire (la note de bas de page n'est pas reproduite)."

> Cette affirmation du Groupe spécial constitue une description juridiquement correcte de l'approche concernant la charge de la preuve que nous avons exposée dans l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*. Toutefois, il ne suffit pas qu'un groupe spécial énonce l'approche correcte concernant la charge de la preuve; il doit aussi appliquer d'une manière correcte la charge de la preuve. Une lecture attentive des paragraphes 7.35 et 7.37 du rapport du Groupe spécial révèle que c'est ce que le Groupe spécial a fait en l'espèce. Ces paragraphes montrent que les États-Unis ont présenté des éléments de preuve et des arguments démontrant que les "instructions administratives" de l'Inde relatives aux demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres étaient insuffisantes du point de vue juridique pour l'emporter sur l'application de certaines dispositions impératives de la Loi sur les brevets. L'Inde a présenté des éléments de preuve et des arguments à titre de réfutation. Elle interprète mal ce que le Groupe spécial a dit au sujet des "doutes raisonnables". Le Groupe spécial n'a pas simplement exigé des États-Unis qu'ils émettent des "doutes raisonnables" avant que la charge de la preuve ne soit déplacée et incombe à l'Inde. En fait, après avoir exigé à juste titre des États-Unis qu'ils établissent l'existence d'une présomption et après avoir entendu les éléments de preuve et les arguments présentés par l'Inde à titre de réfutation, le Groupe spécial a conclu qu'*il* avait des "doutes raisonnables" au sujet du fait que les "instructions administratives" l'emporteraient sur les dispositions impératives de la Loi sur les brevets en cas de recours devant un tribunal indien."

4.85 Les Communautés européennes relèvent enfin que, dans le cadre de la procédure *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis)*, les États-Unis ont expliqué comment, selon eux, la charge de la preuve doit se répartir entre les parties au différend pour l'interprétation de la loi nationale d'un Membre:

> "Les États-Unis ont soutenu que, quels que soient les critères retenus, les preuves qu'ils avaient présentées étaient suffisantes pour établir une présomption de violation de l'article II. De fait, il suffisait que le Groupe spécial jette un coup d'œil sur les résolutions et décrets argentins imposant les droits spécifiques qui faisaient l'objet du présent différend ... Il ressortait clairement de la jurisprudence du GATT que ce potentiel, en lui-même et par lui-même, était une base suffisante permettant au Groupe spécial de constater que l'Argentine avait violé l'article II.
>
> Les États-Unis ont aussi fait valoir qu'un groupe spécial pourrait condamner des droits d'importation spécifiques minimaux à caractère obligatoire institués par l'Argentine même s'ils n'étaient pas encore effectivement appliqués."[68]

4.86 Les Communautés européennes font encore valoir que, dans l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, le Groupe spécial a apprécié la situation juridique dans les termes suivants:

> "Nous estimons que lorsque l'Organe d'appel parle de l'obligation pour la partie plaignante de présenter des éléments de preuve suffisants pour établir une "présomption", il évoque deux aspects: l'aspect procédural, c'est-à-dire l'obligation pour la partie plaignante de présenter ses éléments de preuve en premier, mais aussi la nature de la preuve requise. En l'espèce, nous estimons qu'il appartenait aux États-Unis d'établir la présomption que l'Argentine avait violé les dispositions de

[68] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles ("Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)")*, adopté le 22 avril 1998, WT/DS56/R, paragraphes 3.199 et 3.200.

> l'article II du GATT. Il appartenait alors à l'Argentine de présenter suffisamment d'éléments de preuve pour réfuter cette présomption. Cependant, lorsque l'Argentine fait valoir un moyen de défense affirmatif particulier, lorsqu'elle affirme par exemple qu'on peut avoir recours à la procédure interne de contestation pour remédier à toute violation alléguée des règles du GATT, c'est à elle d'établir en premier la présomption que cette procédure fonctionne de telle façon qu'elle empêche effectivement toute infraction aux règles du GATT/de l'OMC."[69]

4.87 Selon les Communautés européennes, il ressort des citations susmentionnées de précédents rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel que, en l'espèce, il incombe aux Communautés européennes de prouver l'existence de la loi nationale des États-Unis contestée (autrement dit, ses articles 301 à 310). Il incombe en outre aux Communautés européennes de prouver *prima facie* l'existence d'une violation des dispositions des accords visés qu'elles invoquaient dans leur demande d'établissement du présent groupe spécial.

4.88 Les Communautés européennes prétendent que l'Organe d'appel a donc conclu que, bien que les groupes spéciaux ne puissent interpréter la loi nationale en soi, ils peuvent l'examiner pour déterminer si le Membre de l'OMC s'est acquitté de ses obligations. Dans le cas contraire, a décidé l'Organe d'appel, le défendant lui-même serait seul en mesure de dire si sa loi est compatible avec ses obligations - ce qui n'est évidemment pas concevable. L'Organe d'appel a relevé que des groupes spéciaux du GATT/de l'OMC s'étaient déjà livrés à un examen détaillé d'une loi nationale pour apprécier la conformité de celle-ci avec les obligations au regard du GATT/de l'OMC. Il a cité[70] comme exemple le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*[71], qui avait procédé à un examen approfondi de la législation et de la pratique pertinentes des États-Unis pour déterminer si l'article 337 était compatible avec l'article III.4 du GATT de 1947.

4.89 Selon les Communautés européennes, on peut donc conclure que les États-Unis ne pouvaient pas valablement prétendre qu'eux seuls pouvaient interpréter leurs propres lois et que le Groupe spécial devrait donc s'en remettre à l'interprétation que les États-Unis donnent des articles 301 à 310 pour déterminer si ces articles sont conformes au droit de l'OMC.

4.90 Les Communautés européennes soutiennent que, compte tenu de tous ces éléments, il apparaît que la conception de la charge de la preuve proposée par les États-Unis eux-mêmes dans l'affaire *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis)* fournit un moyen approprié de procéder dans le cadre de la présente affaire.

4.91 Les Communautés européennes soutiennent qu'elles sont donc tenues

a) de soumettre le texte des dispositions pertinentes des articles 301 à 310 et

b) d'indiquer comment, à première vue, leur libellé est contraire aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC.

4.92 En particulier, les Communautés européennes, selon elles, ont démontré et démontreront encore que le texte des articles 301 à 310 impose des déterminations et des actions qui violent les

---

[69] *Ibid.*, paragraphe 6.37.

[70] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 67.

[71] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930* ("*États-Unis - Article 337*"), adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36, page 386.

articles 3, 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord et, partant, les articles I, II, VIII et XI du GATT de 1994; elles ont démontré et démontreront encore que les articles 301 à 310 ne fournissent pas au pouvoir exécutif une base juridique solide pour prendre les mesures permettant aux États-Unis d'exécuter leurs obligations au regard de l'OMC, ce qui viole le principe d'application de bonne foi consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que l'article 3:2 du Mémorandum d'accord; enfin, elles ont démontré et démontreront encore que du texte, de la structure, de la conception et de la construction des articles 301 à 310 découle une pratique systématique de l'exécutif qui compromet la réalisation des objectifs fondamentaux de l'OMC, ce qui viole aussi l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech. Les Communautés européennes se sont ainsi déjà acquittées de leur part de la charge de la preuve, et il incombe désormais aux États-Unis, en qualité de partie défenderesse, de s'acquitter de la leur.

4.93 Les Communautés européennes indiquent ensuite que, à titre surabondant, elles ont soumis et soumettront encore, comme preuves additionnelles indiquant le contexte de ces dispositions, de la documentation et de l'information concernant l'interprétation officielle donnée par les organes du pouvoir exécutif et par le Congrès des États-Unis. Enfin, elles ont aussi fourni, et continueront de fournir, comme indication de contexte, des éléments de preuve additionnels concernant la pratique suivie par les États-Unis dans l'application des articles 301 à 310.

4.94 De l'avis des Communautés européennes, à l'issue de la présente procédure, eu égard au contexte particulier de l'affaire et à l'obligation de faire qui est expressément énoncée dans l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, toute incertitude juridique qui pourrait subsister quant à l'interprétation des articles 301 à 310 devrait jouer au détriment du défendeur, en sa qualité de Membre de l'OMC sur qui pèse légalement l'obligation d'assurer la conformité de sa législation interne avec ses obligations au regard de l'OMC au 1er janvier 1995.

4.95 **Les États-Unis répondent** que c'est aux Communautés européennes, en leur qualité de partie plaignante, et non aux États-Unis qu'incombe la charge de la preuve en l'espèce.[72] En conséquence, les Communautés européennes sont tenues d'établir *prima facie* le bien-fondé de leur allégation eu égard à chacun des éléments nécessaires pour démontrer l'existence des violations alléguées. Pour établir *prima facie* le bien-fondé d'une allégation, il est nécessaire d'une part de présenter suffisamment d'arguments juridiques, d'autre part, si des questions de fait sont en cause, d'apporter des éléments de preuve à l'appui des arguments invoqués. C'est ce que l'Organe d'appel a indiqué clairement lorsqu'il a dit qu'un groupe spécial devrait commencer "l'analyse de chaque disposition en examinant la question de savoir si [la partie plaignante a] présenté des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour prouver que les mesures … étaient incompatibles avec les obligations assumées par [la partie défenderesse] au titre de chaque article de l'accord applicable examiné par le Groupe spécial".[73]

---

[72] Les États-Unis citent le rapport de l'Organe d'appel concernant *l'affaire États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, *op. cit.*, page 16: "un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil" en régime "*common law*" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier."

[73] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones) ("Communautés européennes - Hormones")*, adopté le 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R - WT/DS48/AB/R, paragraphe 109; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses, op. cit.*, page 16 ("une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'Accord sur l'OMC par un autre membre doit soutenir et prouver son allégation"), et le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 74 (relevant que le Groupe spécial avait "exigé à juste titre [de la partie plaignante qu'elle établisse] l'existence d'une présomption" avant de passer à l'étape suivante de son examen de l'allégation en cause).

4.96 Les États-Unis font valoir encore que, pour établir *prima facie* le bien-fondé de leur plainte, les Communautés européennes doivent fournir des éléments de preuve et des arguments qui suffisent à fonder la présomption que les articles 301 à 310 violent une disposition d'un accord de l'OMC.[74] À cet égard, l'Organe d'appel a déclaré: "nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve … [I]l appartient à la partie qui affirme un fait … d'en apporter la preuve."[75]

4.97 Les États-Unis affirment que, à défaut d'une telle preuve, les États-Unis, en leur qualité de partie défenderesse, n'ont pas à réfuter les allégations. L'Organe d'appel a expliqué que "[c]e n'est qu'une fois établie cette présomption par le Groupe spécial que la charge d'apporter les éléments de preuve et les arguments pour réfuter l'allégation de la partie plaignante peut être attribuée [à la partie défenderesse]."[76] Les États-Unis font observer qu'ils n'en ont pas moins réfuté chacune des allégations des Communautés européennes.

4.98 Selon les États-Unis, les déclarations faites par les Communautés européennes dans la présente affaire sur le point de savoir si les articles 301 à 310 imposent de faire des déterminations et de prendre des mesures en violation de l'article 23 du Mémorandum d'accord ne sont que de simples assertions comme le montre la déclaration selon laquelle les Communautés européennes se seraient acquittées de la charge de la preuve qui leur incombait simplement en soumettant une copie du texte des articles 301 à 310. Les États-Unis répètent que l'argumentation des Communautés européennes repose sur de nombreuses hypothèses non étayées et erronées. Pour s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombe, les Communautés européennes doivent en fait prouver pourquoi, au regard du droit des États-Unis, chacune des hypothèses des Communautés européennes relevées par les États-Unis est juste et pourquoi, au regard du droit des États-Unis, les interprétations des articles 301 à 310 proposées par les États-Unis ne le sont pas.

4.99 Les États-Unis soulignent que, pour s'acquitter de la charge de la preuve qui pèse sur elles dans le présent différend, les Communautés européennes ne peuvent pas se contenter de "formuler de simples allégations".[77] Les Communautés européennes prétendent pouvoir s'acquitter de cette charge simplement en soumettant le texte des articles 301 à 310, parce que la loi, à première vue, imposerait une violation. Elles citent à l'appui de leur thèse l'affaire *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis).* Dans cette affaire, cependant, la question était de savoir si la loi argentine fixait des droits excédant les droits consolidés, et les États-Unis avaient démontré que tel était effectivement le cas. En outre, contrairement à l'impression que les Communautés européennes s'efforcent de donner, les États-Unis avaient prouvé leur thèse non seulement par l'analyse de la loi, mais aussi par des

[74] Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, *op. cit.*, page 16.

[75] *Ibid.*, page 15.

[76] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *CE - Hormones*, *op. cit.*, paragraphe 109; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, *op. cit.*, page 16.

[77] Les États-Unis citent le Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses, op. cit.*, page 16, où il est dit "nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve … [I]l appartient à la partie qui affirme un fait … d'en apporter la preuve".

chiffres et des graphiques se rapportant aux moyennes de prix et à des opérations précises. En conséquence, la charge de la preuve s'était déplacée, incombant donc à l'Argentine.[78]

2. Pertinence des déclarations des États-Unis devant le Groupe spécial et de l'Énoncé des mesures administratives

4.100 **Les Communautés européennes signalent** que la Cour internationale de justice a, dans un petit nombre de cas, considéré que des déclarations unilatérales faites par des représentants de haut rang d'un État liaient juridiquement cet État sur le plan international. En outre, les groupes spéciaux relevant du GATT de 1947 ont parfois attribué une valeur juridique à des déclarations faites par une partie à une procédure concernant l'exercice futur du pouvoir discrétionnaire que lui conférait, sur le plan interne, un texte législatif.

4.101 De l'avis des Communautés européennes, dans l'affaire du *Groenland oriental*[79], la déclaration en cause avait été faite par le Ministre des affaires étrangères de la Norvège au cours d'une rencontre bilatérale avec un représentant du Danemark. Cette déclaration était en rapport avec un différend concernant la souveraineté territoriale sur certaines parties du Groenland oriental.

4.102 Selon les Communautés européennes, il est évident que les deux affaires ne peuvent pas être comparées sur ce point parce que, s'il est vrai que la Cour permanente de justice internationale a jugé que cette déclaration liait la Norvège, cette déclaration avait un destinataire, et le contexte dans lequel elle avait été faite était proche de celui de la conclusion d'un accord international.

4.103 Les Communautés européennes considèrent que cette affaire est sans pertinence pour la présente procédure, parce que, dans l'affaire du *Groenland oriental*, la question de l'application et de l'interprétation correcte de dispositions de droit interne n'était pas en cause: une déclaration faite en privé au cours d'une rencontre bilatérale entre gouvernements n'aurait jamais pu produire un tel effet. La déclaration décrite dans l'arrêt ne s'apparente pas en fait à une déclaration unilatérale du pouvoir exécutif norvégien, elle a été faite au cours d'entretiens bilatéraux qui visaient à régler un différend portant sur la souveraineté territoriale.

4.104 Les Communautés européennes font valoir que dans l'affaire des *Essais nucléaires*[80], la Cour internationale de justice s'est penchée sur des déclarations unilatérales publiques émanant de représentants de haut rang de la France, notamment du Président de la République française, concernant la fin des essais nucléaires atmosphériques. À cet égard, la CIJ déclare ce qui suit:

> "Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'une engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire."

---

[78] Voir le rapport du Groupe spécial *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis), op. cit.*, paragraphes 6.41-6.65.

[79] Arrêt de la Cour permanente de justice internationale du 5 avril 1933 sur le *Statut juridique du Groenland oriental, Recueil CPJI 1933,* page 21 (voir en particulier la page 71, concernant la réponse du Ministère des affaires étrangères de la Norvège à une démarche du représentant du Danemark).

[80] Arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 20 décembre 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires*, Recueils CIJ 1974, page 253 (voir en particulier le paragraphe 43).

Dans cet arrêt, la Cour a donc jugé que l'intention de se lier, le caractère public de la déclaration et le rang des représentants de la France avaient été des éléments décisifs de sa conclusion selon laquelle la déclaration avait créé pour la France des obligations internationales.

4.105 Les Communautés européennes affirment que, eu égard aux circonstances, la présente espèce est très différente, parce que la question qui préoccupe les Communautés européennes est celle de l'application et de l'interprétation correcte de dispositions de droit interne des États-Unis, à savoir les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.

4.106 Selon les Communautés européennes, même s'il était démontré (ce qui n'est pas le cas) que les organes du pouvoir exécutif des États-Unis ont un large pouvoir d'appréciation concernant l'application à donner aux articles 301 à 310 dans la pratique, il faudrait rappeler que, en fait, les États-Unis ont déjà fait une déclaration officielle et publique, par le truchement de leur Président, sur la manière dont ils entendent appliquer les articles 301 à 310 en cas de différend relevant des procédures instituées par l'OMC: c'est l'Énoncé des mesures administratives.

4.107 Les Communautés européennes disent que l'Énoncé des mesures administratives ayant été approuvé par le Congrès des États-Unis en même temps que les accords du Cycle d'Uruguay, il a, sur le plan interne, un caractère contraignant pour le pouvoir exécutif. Comme les États-Unis l'ont eux-mêmes expliqué, l'Énoncé des mesures administratives est l'"expression officielle par l'Administration de son opinion concernant l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, aux fins des obligations internationales et du droit interne des États-Unis".[81]

4.108 Les Communautés européennes relèvent que, comme le Groupe spécial le sait, l'Énoncé des mesures administratives contient le passage suivant:

> "Il n'y a pas lieu de craindre que les Accords du Cycle d'Uruguay de manière générale, ou le Mémorandum d'accord en particulier, fassent hésiter davantage les Administrations qui suivront lorsqu'il s'agira d'imposer, au titre de l'article 301, des sanctions qui pourraient être incompatibles avec les obligations à caractère commercial des États-Unis, sous prétexte que ces sanctions pourraient entraîner de mesures de rétorsion qui seraient autorisée en vertu du Mémorandum d'accord. Bien que les États-Unis aient déjà indiqué, dans des cas précis, qu'ils avaient l'intention de lutter contre les pratiques déloyales de pays étrangers en prenant, au titre de l'article 301, des mesures qui n'avaient pas été autorisées par le GATT, les États-Unis ne l'ont pas fait souvent. Parfois, ils ont pris ce genre de mesures parce que le gouvernement étranger avait bloqué l'adoption du rapport d'un groupe spécial formé dans le cadre du GATT parce que celui-ci lui était défavorable.
>
> Tout comme les États-Unis peuvent désormais décider de prendre au titre de l'article 301 des mesures qui ne sont pas autorisées par le GATT, les gouvernements visés par ces mesures peuvent également leur rendre la monnaie de leur pièce. Cette situation ne changera pas avec les Accords du Cycle d'Uruguay. Le risque de mesures de rétorsion dans le cadre du GATT n'a pas empêché les États-Unis de

[81] Les Communautés européennes relèvent que, en vertu de l'article 101 a) de la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay, le Congrès des États-Unis approuve 1) les accords commerciaux résultant du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales multilatérales et 2) l'Énoncé des mesures administratives qui a été soumis au Congrès le 27 septembre 1994.

> prendre des mesures à propos de questions comme les semi-conducteurs, les produits pharmaceutiques, la bière et la viande de bœuf traitée aux hormones.[82]

4.109 Les Communautés européennes prétendent encore qu'il est évident que ce passage de l'Énoncé des mesures administratives donne de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay une interprétation officielle qui compromet la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales. En outre, il énonce en termes très clairs une politique: les États-Unis ne considéreront pas que leurs obligations internationales leur interdit de recourir à des mesures de rétorsion.

4.110 Les Communautés européennes soutiennent que, compte tenu de ces indications explicites sur les intentions politiques, ainsi que du libellé des textes législatifs, l'explication donnée par les États-Unis[83] n'est nullement rassurante.

4.111 À cet égard, les Communautés européennes rappellent que, après l'entrée en vigueur des Accords du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont en fait pris des mesures de rétorsion sans recourir aux procédures de règlement des différends de l'OMC, ni attendre le résultat des procédures pertinentes de règlement des différends de l'OMC dans au moins deux cas très documentés (*Japon – Automobiles* et *CE – Bananes III*).[84] Les affirmations faites par les États-Unis suscitent donc une préoccupation supplémentaire, tenant au fait que, apparemment, l'Administration des États-Unis se considère aussi comme juge et jury en ce qui concerne l'applicabilité *ratione materiae* des procédures de règlement des différends de l'OMC.[85]

4.112 Les Communautés européennes poursuivent en disant qu'il apparaît évident en conséquence que les déclarations faites jusqu'ici par les représentants des États-Unis dans la procédure diffèrent complètement dans leur nature de la déclaration que, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour internationale de justice a jugée avoir créé des obligations.

4.113 Les Communautés européennes font en outre valoir que, selon elles, la nature juridique de ces déclarations ne serait pas différente même si celles-ci étaient incorporées dans le rapport du Groupe

---

[82] *Statement of Administrative Action*, *op. cit.*, page 366 et suivantes.

[83] Les Communautés européennes citent l'argument suivant des États-Unis: "Le dernier paragraphe de la page 366 de l'Énoncé des mesures administratives ne se rapporte pas à une situation dans laquelle les États-Unis cherchent à obtenir réparation du fait qu'ils ont été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC, et il n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 23 du Mémorandum d'accord, ni dans le cadre du mandat du Groupe spécial chargé du présent différend". Les Communautés européennes soulignent aussi que, contrairement aux États-Unis, elles ne considèrent pas que le mandat de ce groupe spécial le limite en aucune manière dans l'examen des articles 301 à 310. En ce qui concerne les allégations des Communautés européennes concernant la violation des dispositions de l'Accord sur l'OMC citées dans le document WT/DS152/11, le groupe spécial est saisi de l'intégralité des articles 301 à 310. La même remarque s'applique aux observations des États-Unis sur une déclaration de la Corée.

[84] Les Communautés européennes disent que ces affaires ont été documentées par le Japon.

[85] Selon les Communautés européennes, cette préoccupation est renforcée par le paragraphe suivant de l'Énoncé des mesures administratives (en haut de la page 366):

"Ni l'article 301, ni le Mémorandum d'accord n'obligeront le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à recourir aux procédures de règlement des différends prévues par le Mémorandum d'accord s'il ne considère pas qu'une question intéresse un accord du Cycle d'Uruguay. L'article 301 restera pleinement applicable s'agissant de pratiques déloyales qui ne violent pas les droits des États-Unis et qui ne frustrent pas les États-Unis d'avantages découlant des Accords du Cycle d'Uruguay et, pas plus que par le passé, ces enquêtes n'entraîneront le recours aux procédures multilatérales de règlement des différends."

spécial. En fait, les déclarations faites dans la présente espèce par les représentants des États-Unis n'ont pas été faites dans l'intention de créer une obligation internationale, par une personne ayant le pouvoir de prendre des engagements importants au nom des États-Unis.[86] Il est donc évident qu'aucune des conditions sur lesquelles était fondé l'arrêt de la Cour dans l'affaire précitée n'est remplie en l'espèce.

4.114 Pour les Communautés européennes, d'ailleurs, le problème qui se pose dans la présente affaire n'a pas trait à l'absence d'un engagement international clairement défini, puisqu'un tel engagement existe déjà sous la forme de l'article 23 du Mémorandum d'accord, qui a été accepté de façon claire par les États-Unis dans le cadre des Accords du Cycle d'Uruguay. En fait, c'est la manière dont cette obligation internationale a été ensuite incorporée dans la législation des États-Unis par les organes législatifs des États-Unis, jointe à l'Énoncé des mesures administratives, qui est contraire à l'obligation des États-Unis de respecter leurs engagements internationaux.

4.115 Les Communautés européennes notent encore que, en même temps, les décisions et mesures prises par le pouvoir exécutif des États-Unis ajoutent à l'incertitude qui existe quant à la volonté des États-Unis d'exécuter à l'avenir leurs obligations internationales.

4.116 Les Communautés européennes disent que, compte tenu de l'importance des États-Unis dans les relations commerciales multilatérales et dans le cadre institutionnel de l'OMC, cette situation est source d'incertitude et d'imprévisibilité, ce qui est nuisible au système commercial multilatéral, et donc inacceptable.

4.117 Les Communautés européennes disent encore que, si l'on se reporte aux constatations du Groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*[87], on doit se rappeler que, dans cette affaire, le Groupe spécial n'avait accepté la déclaration des États-Unis que parce qu'il considérait que les États-Unis avaient le pouvoir d'agir conformément à leur déclaration. En outre, cette décision avait été adoptée dans un contexte juridique dans lequel l'interprétation stricte de la législation impérative en vertu du Protocole d'application provisoire influençait de manière décisive l'examen de la législation nationale.

4.118 Selon les Communautés européennes, la seule façon pour un groupe spécial de concilier la limitation introduite par la clause du Protocole d'application provisoire concernant la "législation en vigueur" avec la nécessité de contrôler l'application de la législation discrétionnaire, au sens large, consistait, dans des affaires comme celle du Fonds spécial, à obtenir des promesses ou des engagements concernant l'exercice à venir du pouvoir discrétionnaire.

4.119 De l'avis des Communautés européennes, il n'y a plus de raison, compte tenu des nouvelles règles de l'OMC, pour un groupe spécial de l'OMC suive la voie juridique tracée par le groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*. En fait, en l'espèce, dans le nouvel environnement juridique résultant de l'entrée en vigueur des Accords de l'OMC, et en particulier de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, et eu égard aussi à la déclaration publique de politique que contient l'Énoncé des mesures administratives, émanant du plus haut représentant du pouvoir exécutif des États-Unis et approuvé par le pouvoir législatif, une simple déclaration faite à huis clos devant le groupe spécial,

[86] De l'avis des Communautés européennes, ce pouvoir appartient en général au Chef de l'État, au Chef du gouvernement et au Ministre des affaires étrangères. Tout autre représentant de l'État devrait, pour pouvoir prendre un engagement important en droit international, soit y être spécialement autorisé, soit détenir de pleins pouvoirs (voir l'article 7 de la Convention de Vienne).

[87] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* ("*États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*"), adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, en particulier le paragraphe 5.2.9 *in fine*.

sans révocation de l'Énoncé des mesures administratives à cet égard, serait bien évidemment insuffisante pour lever l'incertitude créée par cet Énoncé.

4.120 **Selon les États-Unis**, l'article 304 a) 1) dispose que les déterminations établies en vertu de cet article doivent l'être "compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303". Les "travaux" visés à l'article 303 s'inscrivent dans le cadre de la procédure de règlement des différends.[88] De plus, le cas envisagé ("le cas échéant") se présenterait chaque fois qu'un accord commercial serait intéressé, puisque, selon l'article 303, la procédure formelle de règlement des différends prévue par un accord commercial doit être engagée dans tout cas intéressant un accord commercial, lorsque aucune solution mutuellement acceptable n'a été trouvée.[89]

4.121 Les États-Unis indiquent que l'Administration américaine, dans l'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès, a publié l'"expression officielle … de son opinion concernant l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, aux fins ... du droit interne"...[90] L'Énoncé des mesures administratives doit, en droit, être considéré comme exprimant l'interprétation officielle de la loi dans toute action en justice.[91] Cet Énoncé, dans ses pages 365 et 366, prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devra:

- recourir aux procédures de règlement des différends, comme l'exige la loi en vigueur;
- établir toute détermination au titre de l'article 301 concluant qu'il y a eu violation ou inexécution des droits des États-Unis découlant de l'accord pertinent sur le fondement des constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD;
- après adoption d'un rapport favorable d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, donner à la partie défenderesse un délai raisonnable pour mettre en œuvre les recommandations du rapport;
- si la question ne peut pas être réglée à l'intérieur de ce délai, demander à l'ORD l'autorisation d'adopter des mesures de rétorsion.[92]

---

[88] Les États-Unis indiquent que l'article 303 a) 2) prévoit que, si les consultations prévues dans un accord commercial pour le règlement des différends n'ont pas abouti à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux" soient engagés "dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[89] Les États-Unis indiquent que l'article 303 a) 2) prévoit que, si les consultations prévues dans un accord commercial pour le règlement des différends n'ont pas abouti à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux" soient engagés "dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[90] *Statement of Administrative Action*, *op. cit.*, page 1.

[91] Les États-Unis citent à cet égard les dispositions du U.S.C., titre 19, paragraphe 3512 d): "[l]Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès en vertu de l'article 3511 a) du présent titre doit être considéré comme l'expression officielle de l'opinion des États-Unis concernant l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de la présente loi dans toute action en justice dans laquelle sera soulevée la question de cette interprétation ou application".

[92] *Statement of Administrative Action*, *op. cit.*, pages 365-366 (non souligné dans l'original).

4.122 Les États-Unis expliquent qu'un principe bien établi de l'interprétation des lois aux États-Unis ("principe de déférence judiciaire") veut que l'interprétation d'une loi par l'administration compétente soit respectée si le texte de la loi est "silencieux ou ambigu sur un point particulier". *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43. Dans ces circonstances, le tribunal doit confirmer l'interprétation de l'administration dès lors que cette interprétation constitue une "interprétation admissible" du texte. *Ibid.* L'interprétation de l'administration ne doit pas nécessairement être la "seule interprétation admissible", *Sullivan v. Everhart*, 494 U.S. 83, 89 (1990), ni celle que le tribunal aurait choisie en premier lieu. *Chevron*, 467 U.S. 844. Le tribunal aurait tort de substituer "sa propre interprétation d'une disposition légale à une interprétation raisonnable faite par [l'administration]. Le tribunal n'a pas à s'interroger sur la valeur de choix qui relèvent de l'administration. *Suramerica de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States*, 966 F.2d 660, 665 (Fed. Cir. 1992). Ainsi, selon le droit des États-Unis, les interprétations données par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de son pouvoir de faire des déterminations multiples ou des déterminations autres que celles concluant à la violation ou à l'absence de violation, ou encore de clore une enquête, devraient être respectées par les tribunaux des États-Unis - pour autant d'ailleurs que ces déterminations puissent être soumises au pouvoir de contrôle des tribunaux.[93] Et l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales selon laquelle l'article 304 a) 1) lui impose de se fonder sur les constatations adoptées par l'ORD pour déterminer que les États-Unis ont été frustrés de droits résultant d'un accord de l'OMC serait respectée de la même façon.

4.123 Les États-Unis disent qu'ils ne se contentent pas d'affirmer l'existence de ce pouvoir. Au contraire, ces interprétations sont consacrées par une longue pratique, on les retrouve dans des enquêtes antérieures à la présente affaire, et antérieures à l'OMC. Selon le droit des États-Unis, ces interprétations doivent être respectées et, en examinant si la loi impose des actes incompatibles avec les règles de l'OMC, le Groupe spécial est tenu d'examiner le sens de la loi telle qu'elle serait interprétée selon le droit des États-Unis.[94]

4.124 Les États-Unis font encore valoir qu'il existe une autre base légale pour les interprétations par les États-Unis de dispositions de leurs lois: c'est le principe d'interprétation des lois désigné dans le droit des États-Unis par l'expression "confirmation par le pouvoir législatif". Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, en application de ce principe, le Congrès est présumé connaître l'interprétation qui a été donnée d'une loi par une administration ou un tribunal, et accepter cette interprétation lorsqu'il maintient en vigueur une loi sans modification. *Lindahl v. Office of Personnel Management*, 470 U.S. 768, 783, citant *Albemarle paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 414, n.8 (1975).

4.125 Les États-Unis indiquent aussi que les déterminations multiples dans l'affaire *Oléagineux* étaient antérieures à l'OMC, et que le fait que le Congrès n'ait pas modifié la loi pour empêcher de telles déterminations lorsqu'il a adopté d'autres modifications en 1994 confirme le point de vue selon lequel l'interprétation de l'Administration est légitime. De même, la pratique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales consistant à appliquer les articles 301 à 310 pour établir des déterminations autres que celles consistant simplement à décider s'il y a eu ou non inexécution de droits conventionnels, et pour clore des enquêtes au titre de l'article 302 avant d'avoir établi une détermination, est antérieure à 1994. La pièce n° 13 donne des exemples de cette

[93] Les États-Unis soulignent que si, en fait, ces déterminations ne pouvaient pas être soumises au contrôle des tribunaux, les interprétations du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales seraient définitives.

[94] Les États-Unis citent le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 65.

longue pratique qui remonte à 1988, bien que la pratique elle-même soit antérieure à 1988. Et, alors que le Congrès a modifié l'article 301 en 1994, il ne l'a pas fait d'une manière qui contredise l'interprétation que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales donne des articles 301 à 310, ou l'application qu'il en fait, bien que le Congrès en ait eu pleinement connaissance.

4.126 **Les Communautés européennes protestent contre** l'introduction par les États-Unis d'un moyen de défense entièrement nouveau à un stade aussi tardif. Elles soulignent que les nouveaux arguments des États-Unis sont très semblables à ceux que l'Inde avait présentés dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, et qui avaient été rejetés par le Groupe spécial et par l'Organe d'appel sur la demande des États-Unis, partie plaignante dans cette affaire.[95]

4.127 Les Communautés européennes poursuivent en disant que la citation du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, extraite du paragraphe 65 [il s'agit en fait du paragraphe 66], est inexacte. L'Organe d'appel n'a pas dit que "le Groupe spécial est tenu d'examiner le sens de la loi telle qu'elle serait interprétée selon le droit des États-Unis". La citation exacte, qui a un sens tout différent, est la suivante: "… comme dans l'affaire susmentionnée traitée par la Cour permanente de justice internationale, le Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne "comme telle"; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC*".

4.128 **Les États-Unis rejettent** l'argument des Communautés européennes selon lequel la réponse des États-Unis soulèverait un nouveau moyen de défense et des arguments prétendument semblables auraient été rejetés dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*. Ces deux affirmations des Communautés européennes sont erronées. Premièrement, les États-Unis n'ont pas soulevé un moyen de défense nouveau. Les explications données par les États-Unis sur le principe de déférence judiciaire dans le droit des États-Unis répondaient directement à une question du Groupe spécial, qui voulait savoir quel texte ou autre fondement juridique autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir des déterminations multiples – c'est une question de fait qui est en cause dans le présent différend. Bien que le texte qui sert de base à l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales soit suffisamment clair, si un tribunal des États-Unis le considérait comme ambigu, le principe de déférence judiciaire constituerait une base supplémentaire selon le droit des États-Unis.

4.129 Les États-Unis soutiennent aussi que l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* citée par les Communautés européennes ne confirme pas la thèse de celles-ci. L'Organe d'appel, dans les paragraphes 65 et 66 de son rapport concernant cette affaire, souligne qu'il était nécessaire en l'espèce d'examiner le droit interne de l'Inde pour décider de sa conformité aux obligations internationales de ce pays. Le droit interne ne comprend pas seulement les dispositions légales, mais aussi les règles internes concernant l'interprétation de ces dispositions ou, dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, les règles internes concernant les conflits de loi. Dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, l'Organe d'appel a examiné "les dispositions pertinentes de la Loi sur les brevets qui se rapport[aient] aux "instructions administratives" en cause dans cette affaire[96]; en d'autres termes, l'Organe d'appel a examiné si l'on pouvait trouver dans le droit indien confirmation de l'allégation de l'Inde selon laquelle des instructions administratives non écrites, non publiées, l'emporteraient, en cas de conflit,

[95] Les États-Unis citent le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 65, "… comme le Groupe spécial, nous ne sommes pas convaincus que les "instructions administratives" de l'Inde prévaudraient sur les dispositions à caractère impératif contradictoires de la Loi sur les brevets".

[96] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 66.

sur une loi imposant expressément une violation des règles de l'OMC. L'Inde, dans cette affaire, n'a pas pu prouver suffisamment que, en droit indien, les instructions l'emporteraient.

4.130 De l'avis des États-Unis, le principe de la déférence judiciaire à l'égard de l'interprétation par un organe administratif d'une loi relevant de son domaine de compétence fait partie du droit des États-Unis, même s'il ne peut devenir pertinent dans la présente affaire que si le Groupe spécial concluait à une ambiguïté sur le point de savoir si une disposition précise des articles 301 à 310 impose des mesures particulières violant une obligation au regard de l'OMC. En fait, comme les États-Unis l'ont expliqué tout au long de la procédure, la loi ne contient pas d'ambiguïté de ce genre. À première vue, la loi des États-Unis n'impose pas d'établir des déterminations concluant à l'existence d'une violation en l'absence de constatations adoptées par l'ORD et, en fait, elle exige que toute détermination de cet ordre soit fondée sur les conclusions de la procédure de règlement des différends de l'OMC.[97]

4.131 Selon les États-Unis, cependant, si le Groupe spécial jugeait ambigu le texte de la loi, l'interprétation de celle-ci par les organes du pouvoir exécutif aurait une grande importance selon le droit des États-Unis. Premièrement, un grand nombre des déterminations du pouvoir exécutif ne peuvent pas être soumises au contrôle des tribunaux. Comme les États-Unis l'ont déjà signalé, si tel était le cas des déterminations établies en vertu de l'article 301, l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait définitive selon le droit des États-Unis. Deuxièmement, même si un tribunal des États-Unis était appelé à contrôler ces déterminations, et même si ce tribunal devait conclure que le libellé des dispositions est ambigu, il serait tenu, selon le droit des États-Unis, d'interpréter le texte des dispositions en tenant compte du principe de déférence consacré par la jurisprudence *Chevron*.

4.132 Les États-Unis rappellent une fois de plus que la charge de la preuve dans le présent différend pèse sur les Communautés européennes. Comme ils l'ont déjà indiqué, les Communautés européennes n'ont pas établi que la loi des États-Unis oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre des mesures qui violent l'article 23, elles n'ont pas établi que les règles du droit des États-Unis concernant l'interprétation des lois leur permettent, et permettent au Groupe spécial, d'interpréter le texte en donnant au mot "si" le sens de "que", et elles n'ont pas établi non plus qu'il est admissible de faire abstraction d'articles entiers de la loi donnant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le pouvoir discrétionnaire de reporter l'adoption de mesures, ou de s'abstenir de prendre des mesures. De même, dans leur dernière communication, les Communautés européennes n'ont pas établi que le principe de déférence consacré par l'arrêt *Chevron* peut, selon le droit des États-Unis, être écarté.

4.133 Les États-Unis soulignent que le dernier paragraphe de la page 366 de l'Énoncé des mesures administratives ne se rapporte pas à une situation dans laquelle les États-Unis cherchent à obtenir réparation du fait qu'ils ont été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC, et qu'il n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 23 du Mémorandum d'accord, ni dans cadre du mandat du Groupe spécial chargé du présent différend. Comme il est expliqué dans les paragraphes qui le précèdent, à la page 366, il y aura souvent des cas dans lesquels les droits des États-Unis au regard de l'OMC ne seront pas en cause, ou dans lesquels seront en cause une pluralité de mesures, dont certaines seulement tomberont sous le coup des règles de l'OMC. En outre, ce paragraphe énonce le fait que, même avant la création de l'OMC et l'établissement de ses procédures renforcées de

[97] Les États-Unis répètent que cette prescription de la loi des États-Unis va au-delà de ce que les Communautés européennes affirment être les obligations d'un Membre au regard de l'OMC: "[I]l serait inexact de donner de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC une interprétation large au point de considérer qu'il oblige les Membres à inclure dans leur droit interne des dispositions expresses interdisant l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".

règlement des différends, les États-Unis ont rarement exprimé leur intention de prendre des mesures de rétorsion et que, lorsqu'ils l'ont fait, c'était souvent en réaction à la décision d'un partenaire commercial de bloquer la procédure de règlement des différends. Le passage où il est dit que l'Administration des États-Unis "n'hésitera pas davantage" à imposer des sanctions en raison du Mémorandum d'accord doit être replacé dans ce contexte.

4.134 En réponse à la question du Groupe spécial concernant l'affirmation des États-Unis selon laquelle "[l]e dernier paragraphe de la page 366 de l'Énoncé des mesures administratives ne se rapporte pas à une situation dans laquelle les États-Unis cherchent à obtenir réparation du fait qu'ils ont été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC", les États-Unis soutiennent qu'il ressort à l'évidence du contexte que ni le dernier paragraphe de la page 366, ni le premier paragraphe complet de la page 367, n'ont trait à des situations dans lesquelles les États-Unis cherchent à obtenir réparation de l'inexécution de leurs droits au regard de l'OMC. L'Énoncé des mesures administratives, aux pages 365 à 367, envisage trois types de situations dans lesquelles l'article 301 peut être invoqué: 1) les situations qui intéressent un Membre de l'OMC et l'inexécution par lui de droits des États-Unis au regard de l'OMC; 2) celles qui intéressent un Membre de l'OMC et des droits ne découlant pas d'accords de l'OMC; 3) celles qui intéressent des non-Membres de l'OMC ou des Membres de l'OMC auxquels les États-Unis n'appliquent pas les Accords du Cycle d'Uruguay conformément à l'article XIII de l'Accord sur l'OMC.

4.135 Les États-Unis expliquent aussi que le dernier paragraphe de la page 365 concerne le premier type de situations, à savoir celles qui intéressent l'inexécution de droits des États-Unis au regard de l'OMC. Le paragraphe suivant (le premier paragraphe entier de la page 366) introduit l'exposé du deuxième type de situations, celles qui intéressent des Membres de l'OMC, mais non pas des droits des États-Unis au regard de l'OMC. Les quatre premiers paragraphes de la page 366 expliquent le type de situations qui peuvent intéresser un Membre de l'OMC sans que soit en cause un droit des États-Unis découlant de l'OMC. Les deux paragraphes suivants (ceux sur lesquels portait la question du Groupe spécial, à savoir le dernier paragraphe de la page 366 et le premier de la page 367) font directement suite à ces explications et s'inscrivent dans la partie de l'Énoncé des mesures administratives qui traite des situations dans lesquelles ne sont pas en cause des droits des États-Unis au regard de l'OMC. Enfin, le dernier paragraphe de cette partie de l'Énoncé des mesures administratives (le deuxième paragraphe entier de la page 367) traite du troisième type de situations, celles qui n'intéressent pas des Membres de l'OMC, ou celles qui intéressent des Membres de l'OMC à l'égard desquels les États-Unis n'appliquent pas les Accords du Cycle d'Uruguay. Le plan de cette partie de l'Énoncé des mesures administratives suit donc précisément les trois types de situations auxquels l'article 301 est applicable.

4.136 Selon les États-Unis, le contenu du premier paragraphe de la page 367 n'est conciliable avec les alinéas introduits par des points, en bas de la page 365 et en haut de la page 366 de l'Énoncé des mesures administratives, et n'est logique, que si l'on comprend que deux types de situations sont visés, les situations qui intéressent des droits des États-Unis au regard de l'OMC d'une part, et celles qui n'intéressent pas de tels droits d'autre part. Le paragraphe de la page 367 ne doit pas être interprété d'une manière qui produise des résultats illogiques.

4.137 En ce qui concerne le fond, les États-Unis répètent encore une fois que le dernier paragraphe de la page 366 souligne que si, sous l'empire du GATT de 1947, les États-Unis ont parfois pris des mesures qui n'avaient pas été autorisées, ils ne l'ont fait que rarement, et souvent en réaction aux efforts d'une partie perdante (en général les Communautés européennes) pour faire obstruction à la procédure multilatérale de règlement des différends.

4.138 Selon les États-Unis, au premier paragraphe de la page 367, il est seulement dit que la perspective des mesures de rétorsion que pourrait prendre un partenaire commercial n'entrerait pas en considération pour déterminer s'il y a lieu de prendre des mesures contre ce partenaire dans un cas qui

n'intéresse pas l'inexécution par ce partenaire de droits des États-Unis au regard de l'OMC. Les cas cités ne sont fournis qu'à titre d'illustration. Ce paragraphe ne dit rien des facteurs qui seraient effectivement pris en considération pour décider s'il y a lieu de prendre des mesures, et comment le faire, dans un cas n'intéressant pas les droits des États-Unis découlant de l'Accord sur l'OMC - facteurs tels que le désir des États-Unis de s'acquitter de leurs obligations internationales. Là encore, ces paragraphes indiquent que, même dans le cadre du GATT de 1947, les cas dans lesquels des mesures ont été prises sont rares.

4.139 Les États-Unis disent que, puisque ces paragraphes ne se rapportent pas à des situations intéressant les droits des États-Unis découlant de l'Accord sur l'OMC, ils sont du même coup dépourvus de pertinence pour l'examen de la question de savoir si les articles 301 à 310 sont incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord. L'article 23 traite uniquement des situations dans lesquelles les Membres "chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés".[98] Cependant, même si le contenu des paragraphes figurant aux pages 366 et 367 se rapportait de quelque manière à l'article 23, il ne serait pas pour autant pertinent pour l'examen du point de savoir si les Communautés européennes ont démontré que la loi elle-même, dans ses articles 301 à 310, oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à violer des obligations particulières des États-Unis au regard de l'OMC. La simple existence de ces paragraphes ne saurait dispenser les Communautés européennes de l'analyse qu'elles ont systématiquement omis de faire pour montrer comment, précisément, des prescriptions particulières des articles 301 à 310 imposent l'adoption de mesures incompatibles avec des obligations énoncées expressément dans le texte des dispositions de l'Accord de l'OMC dont est saisi le Groupe spécial.

4.140 Les États-Unis notent enfin que ces paragraphes n'envisagent rien de plus que l'éventualité de mesures contraires aux règles de l'OMC, éventualité dont d'autres Membres de l'OMC ont à de nombreuses reprises fait une réalité, d'abord en décidant de concevoir et de mettre en œuvre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, puis en décidant de ne pas tenir compte des décisions et recommandations adoptées par l'ORD au sujet de ces mesures. Ni les États-Unis, ni aucun autre Membre de l'OMC, ne sauraient obtenir gain de cause dans une procédure de règlement des différends de l'OMC les opposant à un autre Membre au seul motif que, à l'avenir, ce dernier pourrait éventuellement violer ses obligations au regard de l'OMC. Il faut qu'ait été prise une mesure qui, en fait, viole d'ores et déjà une obligation particulière découlant des Accords de l'OMC, ou du moins qu'ait été adoptée une loi qui impose la commission d'une telle violation à l'avenir.

4.141 **Les Communautés européennes reprochent** aux États-Unis d'avoir introduit un argument nouveau en affirmant que l'Énoncé des mesures administratives, aux pages 365 à 367, "envisage trois types de situations …". Les Communautés européennes rappellent leurs arguments: quoi que les États-Unis puissent alléguer concernant leur point de vue sur l'interprétation de l'Énoncé des mesures administratives (et leur dernière tentative est aussi peu confirmée par le texte de l'Énoncé des mesures administratives que les précédentes), les exemples qui sont donnés à la page 367 de l'Énoncé des mesures administratives relèvent manifestement du champ d'application des accords de l'OMC, et détruisent donc aussi le dernier argument présenté par les États-Unis à cet égard.

4.142 **Les États-Unis répètent** que la seule manière logique de comprendre le contenu des pages 366 et 367 est de considérer qu'il ne s'applique qu'aux cas n'intéressant pas des droits des États-Unis au regard de l'OMC, que cette conclusion est aussi celle qui résulte du plan même de l'Énoncé des mesures administratives, et que ces paragraphes exposent simplement des cas hypothétiques, comme les États-Unis l'ont déjà fait valoir.

[98] Mémorandum d'accord, article 23:1.

4.143 Selon les États-Unis, les Communautés européennes défendent une thèse qui est essentiellement politique. Les Communautés européennes, et plusieurs tierces parties, ont cherché à donner l'impression que les États-Unis sont farouchement hostiles au Mémorandum d'accord et aux déterminations multilatérales des droits découlant de l'Accord sur l'OMC. Elles espèrent, par ces accusations, faire naître des doutes chez les membres du Groupe spécial sur la manière dont le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait censé exercer le pouvoir discrétionnaire que lui donnent les articles 301 à 310. Cependant, outre que ces accusations sont sans rapport avec le problème juridique de savoir si les articles 301 à 310 imposent une violation des règles de l'OMC, elles sont purement et simplement fausses. Les États-Unis ont été dès le début de fermes défenseurs de l'élaboration du Mémorandum d'accord et des améliorations fondamentales apportées aux procédures de règlement des différends, qui ont donné sa crédibilité au nouveau système: la règle du consensus négatif, l'imposition de délais stricts et la quasi-automaticité de la constitution de groupes spéciaux, de l'adoption de rapports et de l'autorisation de suspendre les concessions en cas de défaut de mise en œuvre.

4.144 Les États-Unis soulignent qu'ils ont porté 49 différends devant l'OMC dans le cadre de ses procédures multilatérales, et qu'ils ont été défendeurs dans 28 autres. Dans cinq affaires, une mesure prise par les États-Unis a été jugée incompatible avec leurs obligations. Les États-Unis non seulement se sont engagés à mettre leurs mesures en conformité avec les décisions et recommandations de l'ORD dans chacune de ces affaires, mais ils l'ont déjà fait dans trois d'entre elles, et le délai raisonnable n'est pas encore expiré dans les deux autres. L'attachement des États-Unis aux procédures multilatérales des règlements des différends ressort à l'évidence du rôle joué par les États-Unis dans le développement de ces procédures, de l'usage actif que les États-Unis en ont fait, et du respect par les États-Unis des décisions multilatérales lorsque ces décisions leur ont été défavorables.

4.145 De l'avis des États-Unis, lorsqu'on fait abstraction des arguments politiques, il est évident que les Communautés européennes tentent, dans la présente affaire, de contester une loi sur la base de dispositions légales inexistantes. Les Communautés européennes ne peuvent pas, dans cette affaire, apporter les preuves qu'il leur incombe d'apporter en postulant simplement l'existence de ces dispositions. Les États-Unis demandent donc respectueusement au Groupe spécial de rejeter les arguments de caractère spéculatif des Communautés européennes dans leur intégralité.[99]

4.146 **Les Communautés européennes,** en réponse à la question du Groupe spécial qui demandait si les articles 301 à 310 deviendraient compatibles avec les obligations assumées par les États-Unis au regard de l'OMC, dès lors que le Groupe de travail constaterait que ces articles laissent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un pouvoir discrétionnaire suffisant pour lui permettre de respecter ses obligations à l'égard de l'OMC, **soutiennent** que cette question est très hypothétique et que – comme le Groupe spécial le sait – les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec l'hypothèse qui la sous-tend.

4.147 Selon les Communautés européennes, leur plainte concerne les articles 301 à 310 en eux-mêmes. Les Communautés européennes rappellent à cet égard que les deux parties sont d'accord pour dire que la question de savoir comment le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales applique ces articles est sans pertinence en l'espèce.

4.148 De l'avis des Communautés européennes, pour examiner la plainte dont il est saisi, le Groupe spécial doit répondre à la question de savoir si les articles 301 à 310, dans leur libellé ou dans leur intention déclarée, imposent d'établir des déterminations ou de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, s'ils offrent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales

[99] En ce qui concerne l'Énoncé des mesures administratives, voir encore ci-dessous les arguments des États-Unis (en particulier, aux paragraphes 4.535 à 4.537) et ceux des Communautés européennes.

internationales une base juridique solide pour l'exécution des obligations des États-Unis au regard de l'OMC, et s'ils rendent certaine ("assurent") la conformité de la loi avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC au sens de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

4.149 Les Communautés européennes font valoir qu'aucune (hypothétique) déclaration rassurante venant de représentants du pouvoir exécutif des États-Unis ne pourrait changer les termes ou l'intention déclarée des articles 301 à 310, ni créer une base juridique solide permettant aux États-Unis de prendre, selon leur droit, des mesures compatibles avec les règles de l'OMC, ni rendre les articles 301 à 310, en eux-mêmes, conformes au droit de l'OMC. Une telle déclaration ne pourrait exprimer que les intentions de l'Administration actuelle sur l'application des articles 301 à 310.[100]

4.150 Dans la présente affaire, les Communautés européennes considèrent que la loi oblige le pouvoir exécutif des États-Unis à agir en contradiction avec leurs obligations au regard de l'OMC ou, en tout cas, crée une situation juridique qui ne facilite pas le respect de ces obligations. Comme les Communautés européennes l'ont expliqué, cette situation juridique, créée par les articles 301 à 310 considérés en eux-mêmes, est très nuisible pour le système commercial multilatéral.

4.151 Les Communautés européennes croient savoir que, dans l'ordre juridique interne des États-Unis, aucune déclaration du pouvoir exécutif des États-Unis, quelle que soit la manière dont elle serait formulée et la qualité de celui qui la formulerait, ne pourrait supprimer les contraintes qui pèsent sur l'exécutif des États-Unis en vertu de la Constitution, qui impose aux autorités exécutives d'agir conformément aux prescriptions des lois adoptées par le Congrès des États-Unis. En outre, selon le droit des États-Unis, ces prescriptions légales l'emportent sur toute obligation internationale contractée par les États-Unis dans le cadre des Accords du Cycle d'Uruguay conformément à l'article 102 a) de la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay.

4.152 Les Communautés européennes rappellent une fois de plus que le représentant des États-Unis, pendant la première réunion de fond tenue avec le Groupe spécial, n'a pas pu exclure l'éventualité d'une contestation devant les tribunaux des États-Unis concernant l'application des articles 301 à 310.

4.153 Les Communautés européennes répètent que la situation, en l'espèce, n'est pas comparable à celle qu'a examinée la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, dans laquelle le Président de la France et plusieurs fonctionnaires français de haut rang avaient fait des déclarations publiques, au nom de la République française, qui ne contredisaient aucune disposition de la législation nationale.

---

[100] Les Communautés européennes, rappelant dans ce contexte les décisions du Groupe spécial *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, disent que les assurances données par le gouvernement indien aux États-Unis concernant son interprétation et son application de la Loi indienne sur les brevets, le fait qu'aucune demande déposée selon le système de la boîte aux lettres n'avait été rejetée par les autorités indiennes et le fait que le gouvernement indien avait informé le Parlement qu'il réserverait aux demandes déposées selon le système de la boîte aux lettres un traitement conforme aux règles de l'OMC n'ont pas été considérés comme pertinents aux fins de la constatation du Groupe spécial selon laquelle le système indien de la boîte aux lettres était dépourvu d'une base juridique solide en droit indien. Les Communautés européennes renvoient au rapport du groupe spécial *Inde – Protection des produits pharmaceutiques et agricoles ("Inde – Brevets "(États-Unis))* adopté le 2 septembre 1998, WT/DS50/R, paragraphes 4.5 et 4.6.

De l'avis des Communautés européennes, les États-Unis ont cherché à obtenir, dans cette affaire, une modification de la Loi sur les brevets pour garantir une plus grande sécurité juridique pour leurs ressortissants titulaires de droits de propriété intellectuelle, malgré les assurances du pouvoir exécutif. Les Membres de l'OMC seraient extrêmement surpris qu'un critère soit appliqué en droit interne lorsque les États-Unis sont partie plaignante et qu'un critère différent soit appliqué lorsque les États-Unis sont partie défenderesse.

4.154 **À titre de réfutation, les États-Unis soulignent** que les Communautés européennes cherchent à gonfler l'importance du fait que, devant les tribunaux des États-Unis, c'est la loi américaine qui l'emporterait en cas de conflit avec les Accords du Cycle d'Uruguay. Elles citent par exemple à l'appui de cette affirmation le Professeur D.W. Leebron, oubliant la conclusion à laquelle parvient celui-ci, à la page 232 de l'ouvrage qu'elles citent dans la note 27: "Rien, cependant, dans ces dispositions [c'est-à-dire, celles de l'article 301] n'oblige le Président ni le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à agir en violation des Accords du Cycle d'Uruguay". En d'autres termes, comme il n'existe pas de conflit entre les articles 301 à 310 et l'Accord sur l'OMC, peu importe de savoir quel texte l'emporterait en cas de conflit. En fait, s'il y avait réellement un conflit, c'est-à-dire si une loi des États-Unis imposait une violation de l'Accord sur l'OMC, il y aurait violation des règles de l'OMC, que le tribunal des États-Unis applique ou non cette loi. En conséquence, l'analyse que font les Communautés européennes du fonctionnement de la loi des États-Unis en cas de conflit est totalement dépourvue de pertinence pour les travaux du Groupe spécial.

D. EXAMEN DE LA COMPATIBILITÉ DES MESURES EN CAUSE AVEC LES RÈGLES DE L'OMC

1. Portée des obligations contractées dans le cadre de l'OMC à l'égard des lois autorisant des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, en l'absence d'applications particulières

a) Arguments d'ordre général

i) Pertinence de la jurisprudence du GATT et de l'OMC

4.155 **Les Communautés européennes font valoir** en premier lieu que des groupes spéciaux du GATT ont reconnu qu'une loi obligeant le pouvoir exécutif à appliquer une mesure incompatible avec une disposition du GATT pouvait être contestée dans le cadre de la procédure de règlement des différends, qu'elle ait été appliquée ou non au commerce de la partie plaignante. En 1987, le Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* a tenu le raisonnement suivant:

> "… L'élimination générale des restrictions quantitatives prévue par l'article XI, … et les prescriptions de l'article III en matière de traitement national, … ont essentiellement la même raison d'être: protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes. Ces deux articles ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs. Cet objectif ne saurait être atteint si les parties contractantes n'ont pas la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général tant que les textes administratifs d'application ne sont pas effectivement appliqués à leur commerce. Tout comme il a été reconnu que l'existence même d'un règlement prévoyant l'application d'un contingent, sans que celui-ci limite des importations données, contrevenait au paragraphe 1 de l'article XI, il convient de considérer l'existence même d'une législation impérative prévoyant l'imposition d'une taxe intérieure, sans qu'elle soit appliquée à un produit importé donné, comme relevant de la première phrase du paragraphe 2 de l'article III. Le Groupe spécial a noté que la taxe sur certains produits importés avait fait l'objet d'une loi, que cette loi était impérative et que les autorités fiscales devaient l'appliquer après la fin de l'année prochaine, c'est-à-dire dans un délai pendant lequel seront prises des décisions en matière de commerce et d'investissement sur lesquelles la taxe pourrait influer. Il a donc conclu que le Canada et la CEE étaient en droit de demander l'ouverture d'une

> enquête visant à établir que, comme ils l'affirmaient, cette taxe ne respectait pas les critères énoncés dans la première phrase du paragraphe 2 de l'article III".[101]

4.156 Les Communautés européennes font valoir en outre qu'il s'ensuit que l'adoption d'une loi nationale prescrivant un comportement proscrit par une obligation au regard de l'OMC est contraire à cette obligation. Cette loi est contraire aussi à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Les Communautés européennes sont donc en droit de demander au Groupe spécial d'établir une constatation et une décision sur le point de savoir si les États-Unis ont mis les dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, en tant que telle, en conformité avec leurs obligations au regard de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.157 D'après les Communautés européennes, dans son rapport de 1992, le Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* a examiné une législation qui, dans ses termes mêmes, faisait obligation aux autorités d'appliquer des mesures incompatibles avec le GATT, mais qui n'étaient pas effectivement appliquées. Les États-Unis ont fait valoir alors que cette législation ne constituait pas une mesure pour laquelle l'article XXIII du GATT pouvait être invoqué. Le Groupe spécial a déterminé ce qui suit:

> "Le Groupe spécial a ensuite examiné l'argument des États-Unis selon lequel les dispositions de l'**Illinois**, qui permettaient aux fabricants de vendre directement aux détaillants, n'étaient pas appliquées. À cet égard, il a rappelé les décisions des PARTIES CONTRACTANTES quant à savoir s'il y avait lieu de tenir compte de la non-application de lois incriminées. Les groupes spéciaux qui avaient récemment examiné la question de la législation impérative et de celle qui ne l'était pas dans le contexte de l'article III:2 et III:4 avaient conclu qu'une législation faisant obligation à l'exécutif d'agir de manière incompatible avec l'Accord général serait contraire à l'article III, que la législation soit ou non appliquée, alors qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif la possibilité d'agir de façon incompatible avec l'article III ne pourrait pas, en soi, constituer une violation de cet article. Le Groupe spécial approuvait ce raisonnement, et il a conclu que parce que la législation de l'Illinois autorisait le titulaire d'une licence de fabricant à vendre de la bière aux détaillants, alors que la bière importée ne pouvait être vendue directement aux détaillants, la législation faisait obligation aux pouvoirs publics d'agir de manière incompatible avec l'article III:4."[102]

4.158 Les Communautés européennes notent que, au sujet d'une loi de l'État du Mississippi, le groupe spécial a fait la même constatation:

> "Le Groupe spécial a ensuite examiné l'argument des États-Unis qui avait allégué que la législation du **Mississippi** n'était pas appliquée. À cet égard, il a rappelé ce qu'il avait déjà dit à ce sujet, faisant observer qu'une législation qui exigeait du pouvoir exécutif qu'il prenne des mesures incompatibles avec l'Accord général était incompatible avec l'article III, que cette législation soit ou non mise en œuvre actuellement, alors qu'une législation qui donnait simplement au pouvoir exécutif la possibilité d'agir de manière incompatible avec l'article III ne constituait pas en soi une violation de cet article. Il a signalé que la loi en matière de vote local du

---

[101] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.2.

[102] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* ("*États-Unis – Boissons à base de malt*"), adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, page 318.

> Mississippi offrait la possibilité de réinstaurer la prohibition mais non celle d'appliquer un traitement discriminatoire aux vins importés. Il a donc conclu que, du fait que la législation incriminée, en vertu de laquelle les vins locaux du Mississippi pouvaient être vendus dans les parties de l'État qui interdisaient par ailleurs la vente de boissons alcooliques, y compris celle de vin importé, prescrivait l'adoption de mesures gouvernementales incompatibles avec l'article III:4, elle était incompatible avec cet article, que les subdivisions politiques exercent ou non leur pouvoir de réinstaurer la prohibition."[103]

4.159 Les Communautés européennes font valoir ensuite que le Groupe spécial a expliqué le fondement de ces décisions en présentant ses constatations au sujet des lois sur le prix maximal du Massachusetts et du Rhode Island:

> "Au sujet de l'affirmation des États-Unis selon laquelle la mesure du **Massachusetts** n'était pas appliquée et celle du **Rhode Island** n'était appliquée qu'en théorie, le Groupe spécial a rappelé ce qu'il avait dit au sujet des législations à caractère impératif et à caractère discrétionnaire dans la précédente section. Il a noté que les dispositions relatives à la déclaration des prix des deux États avaient un caractère impératif. Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques. Ainsi, la non-application d'une loi à caractère impératif à des produits importés ne garantissait pas que la bière et le vin importés n'étaient pas traités d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale auxquels la législation ne s'appliquait pas. De même, ce n'était pas parce que le Rhode Island n'appliquait que théoriquement sa législation impérative qu'elle n'était *a fortiori* pas visée par l'article III:4. Les législations impératives de ces deux États traitaient, selon leurs modalités, la bière et le vin importés d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale. Le Groupe spécial a donc constaté que les lois impératives en matière de déclaration de prix du Massasuchetts et du Rhode Island étaient incompatibles avec l'article III:4, quelle que soit la mesure dans laquelle elles étaient appliquées."[104]

4.160 Les Communautés européennes expliquent que, au cours des débats du Groupe spécial de l'OMC *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, les États-Unis ont allégué que le "système de boîte aux lettres" que l'Inde avait établi par une mesure administrative pour les demandes de brevet ne satisfaisait pas aux prescriptions de l'article 70:8 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), parce que les dispositions impératives de la Loi indienne sur les brevets exigeaient le rejet, dans les délais spécifiés, des demandes présentées de cette façon.

4.161 D'après les Communautés européennes, l'Inde a cité les dispositions de sa Constitution relative à la répartition des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif et des décisions de justice établissant le caractère non contraignant de lois exigeant l'application de mesures administratives avant une date donnée, pour faire valoir qu'un système de boîte aux lettres pouvait être établi par une mesure administrative nonobstant les dispositions impératives de la Loi sur les brevets.

---

[103] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* ("*États-Unis – Boissons à base de malt*"), adopté le 19 juin 1992, IBDD S39/233, page 327.

[104] *Ibid*., page 328.

4.162 Les Communautés européennes font remarquer que les États-Unis leur répondent en alléguant que la jurisprudence du GATT de 1947 concernant les lois impératives indiquait clairement que l'Inde était tenue de mettre fin à l'incertitude juridique créée par le fait que ses pratiques administratives étaient incompatibles avec les dispositions impératives de la Loi sur les brevets. Il a été exigé, en conséquence, que l'Inde modifie cette loi. Se référant au GATT[105] et à l'affaire *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* (Bière II), les États-Unis ont fait valoir ce qui suit:

> "Le système de la boîte aux lettres avait donc la même raison d'être que de nombreuses autres obligations prévues par l'Accord sur l'OMC: "protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes". Le rapport sur le *Fonds spécial pour l'environnement* avait établi clairement combien il importait de "créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs". (…) Bien que l'Inde ait affirmé avoir décidé, pour le moment, de ne pas donner effet aux dispositions à caractère impératif (…) de la Loi de 1970 sur les brevets ... cette "[législation] continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques". En l'espèce, les agents économiques - les déposants potentiels de demandes de brevet - n'avaient aucune certitude qu'un système valable de boîte aux lettres avait été mis en place … Pour paraphraser le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Bière II*, la non-application d'une loi à caractère impératif contraire à une obligation découlant des règles de l'OMC ne garantissait pas qu'il n'y avait pas manquement à l'obligation."[106]

4.163 Les Communautés européennes notent que les États-Unis ont ainsi fait valoir que la législation d'un Membre non seulement doit lui permettre d'agir en conformité avec ses obligations au regard de l'OMC, mais aussi ne doit pas créer d'incertitude juridique en prescrivant des mesures incompatibles avec lesdites obligations.

4.164 D'après les Communautés européennes, le groupe spécial a accepté l'argumentation des États-Unis. Il a examiné les dispositions de la Loi indienne sur les brevets, puis a déterminé ce qui suit:

> "Au vu de ces dispositions, la pratique administrative actuelle crée une certaine insécurité juridique dans la mesure où elle impose aux fonctionnaires indiens de ne pas tenir compte de certaines dispositions impératives de la Loi sur les brevets. Nous rappelons que le Groupe spécial chargé de l'affaire *Boissons à base de malt* a traité une question semblable. Dans cette affaire, le défendeur a invoqué comme moyen de défense le fait que certains textes législatifs incompatibles avec le GATT n'étaient alors pas en vigueur. Le Groupe spécial a rejeté ce moyen de défense en indiquant ce qui suit:
>
> > "Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques. Ainsi, la non-application d'une

[105] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* ("*États-Unis – Boissons à base de malt*"), adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233.

[106] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 4.4 (notes de bas de page omises, non souligné dans l'original).

> loi à caractère impératif à des produits importés ne garantissait pas que la bière et le vin importés n'étaient pas traités d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale auxquels la législation ne s'appliquait pas."
>
> Nous jugeons ce raisonnement très convaincant. Il est incontestable que les agents économiques - en l'espèce, les déposants potentiels de demandes de brevet - sont influencés par l'insécurité juridique créée par le maintien d'une législation à caractère impératif prescrivant le rejet des demandes de brevet de produit pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture."[107]

4.165 Les Communautés européennes font valoir que ces constatations impliquent qu'une loi qui, dans ses termes mêmes, prescrit un comportement incompatible avec une disposition d'un accord de l'OMC est contraire à cette disposition, qu'elle soit ou non appliquée ou susceptible d'être appliquée et quelle que soit la façon dont elle est appliquée ou pourrait l'être.

4.166 D'après les Communautés européennes, ce principe traduit le fait qu'une telle loi crée une incertitude qui affecte les possibilités de concurrence pour les biens ou les services des autres Membres.

4.167 Les Communautés européennes font observer que l'un des principaux objectifs des Accords de l'OMC est cependant de garantir que les marchandises ou les services d'origine nationale et étrangère bénéficient de possibilités de concurrence égales. Dans le cadre d'un traité visant à garantir des conditions de concurrence stables et prévisibles, une partie n'agit pas de bonne foi si elle accepte une obligation qui lui impose un certain comportement, mais adopte une loi qui en prescrit expressément un autre. Le fait qu'elle pourrait exceptionnellement appliquer cette loi d'une manière qui ne soit pas incompatible avec ses obligations au regard de l'OMC ne modifie en rien cette conclusion, notamment si le droit de bénéficier d'une "mesure de faveur" aussi exceptionnelle n'est pas inscrit dans la loi. Cette façon de mettre en œuvre les obligations au regard de l'OMC est tout simplement incompatible avec l'exigence fondamentale de sécurité et de prévisibilité des relations commerciales internationales, sur laquelle repose l'OMC.[108]

4.168 De l'avis des Communautés européennes, la position constamment adoptée par les groupes spéciaux du GATT consiste donc essentiellement en l'application du principe général du droit international selon lequel un traité doit être interprété et appliqué de bonne foi.[109]

4.169 Les Communautés européennes affirment que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC fait de ce principe une obligation juridique particulière qui peut être invoquée séparément. Cette disposition et les constatations y relatives des groupes spéciaux citées précédemment ont des implications importantes pour la portée de l'examen que doit effectuer le Groupe spécial.

4.170 Les Communautés européennes estiment qu'il suffit que le Groupe spécial examine si les articles 301 à 310 font obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'adopter des déterminations et des mesures incompatibles avec les obligations incombant aux États-Unis au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

---

[107] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 4.4 (notes de bas de page omises, non souligné dans l'original), paragraphe 7.35.

[108] Mémorandum d'accord, article 3:2, première phrase.

[109] Convention de Vienne sur le droit des traités, articles 26 et 31.

4.171 Les Communautés européennes font valoir en outre qu'il n'est pas nécessaire d'examiner si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a effectivement appliqué les articles 301 à 310 comme cela est prescrit, si ces articles ont un caractère impératif au sens où des tribunaux nationaux pourraient en imposer l'application, ou si le Président serait en droit d'ordonner au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas prendre les mesures prescrites par les articles 301 à 310.

4.172 Les Communautés européennes concluent qu'il découle de ce qui précède que, si le Groupe spécial devait constater que certaines dispositions des articles 301 à 310 prescrivent, à première vue, des déterminations ou des mesures incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, il devrait décider que ces dispositions doivent être modifiées.

4.173 **Les États-Unis répondent** que les groupes spéciaux du GATT et de l'OMC ont toujours constaté qu'une loi ne peut être contestée en soi que si elle prescrit des mesures incompatibles avec des obligations au regard de l'OMC ou du GATT. Tout récemment, le groupe spécial *Canada - Mesures affectant l'exportation d'aéronefs civils* a déclaré ce qui suit:

> "… il importe de rappeler que les groupes spéciaux du GATT/de l'OMC ont toujours fait une distinction entre le droit facultatif et le droit impératif. C'est ainsi que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le Groupe spécial "a rappelé que des groupes spéciaux avaient toujours jugé qu'une législation qui rendait obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général pouvait être contestée en tant que telle, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif … la faculté d'agir de façon incompatible avec l'Accord général ne pouvait pas en soi être contestée; seule l'application effective de cette législation de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée." (citation omise)[110]

4.174 Les États-Unis notent que les Communautés européennes étaient les bénéficiaires de la distinction établie entre législation à caractère impératif et législation à caractère discrétionnaire dans l'affaire *CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*.[111] Dans cette affaire, le groupe spécial a constaté que "la simple existence" de la disposition anti-échappatoire de la législation antidumping des CE n'était pas incompatible avec leurs obligations au regard du GATT, bien que les Communautés aient pris, au titre de cette disposition, des mesures incompatibles avec le GATT.[112] Cette constatation était fondée sur la conclusion du groupe spécial selon laquelle la disposition anti-échappatoire "ne fait pas obligation à la Commission ou au Conseil des Communautés européennes d'imposer des droits ou d'autres mesures; elle les autorise simplement à entreprendre certaines actions".[113]

---

[110] Rapport du Groupe spécial *Canada – Mesures affectant l'exportation d'aéronefs civils ("Canada - Aéronefs")*, distribué le 14 avril 1999, WT/DS70/R, paragraphe 9.124, appel en instance pour d'autres motifs, citant le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur ("États-Unis – Tabac")*, adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, paragraphe 118.

[111] Rapport du Groupe spécial *CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants ("CEE - Pièces et composants")*, adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142.

[112] Rapport du Groupe spécial *CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants ("CEE - Pièces et composants")*, adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142, paragraphes 5.9, 5.21, 5.25 et 5.26.

[113] *Ibid.*, paragraphe 5.25.

4.175 Les États-Unis font valoir en outre que, dans le présent différend, les Communautés européennes ne contestent aucune mesure particulière prise en vertu des articles 301 à 310.[114] Elles contestent la simple existence de ces articles. Pour obtenir gain de cause, elles doivent donc démontrer non seulement que les articles 301 à 310 autorisent des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, mais encore qu'ils prescrivent de telles mesures. Comme elles le reconnaissent, elles doivent démontrer que cette législation "ne permet pas" au gouvernement des États-Unis de se conformer aux procédures du Mémorandum d'accord.[115]

4.176 Les États-Unis indiquent en outre que, en appliquant la distinction entre législation discrétionnaire et législation impérative, les groupes spéciaux ont constaté qu'une législation qui impose expressément une mesure incompatible avec les principes du GATT ne prescrit pas une telle mesure si elle laisse aux autorités la possibilité d'éviter d'y recourir. Par exemple, dans l'affaire *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*[116], la Loi sur le Fonds spécial exigeait que les importateurs fournissent des renseignements suffisants sur les composants chimiques utilisés dans les produits passibles de taxe pour permettre à l'administration fiscale de déterminer le montant de la taxe, faute de quoi il serait appliqué une taxe de pénalisation de 5 pour cent *ad valorem* ou d'un taux différent prescrit par voie réglementaire par le Secrétaire au Trésor sur la base d'une méthode différente. Les règlements en question n'avaient pas encore été publiés. Le groupe spécial a néanmoins conclu ce qui suit:

> "Aussi ne sait-on toujours pas [si les règlements] supprimeront la taxe de pénalisation et s'ils établiront une équivalence complète entre produits nationaux et produits importés, comme l'exige la première phrase du paragraphe 2 de l'article III. Du point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il est regrettable que les autorités fiscales américaines soient expressément appelées par la Loi sur le Fonds spécial à imposer une taxe incompatible avec le principe du traitement national, mais, comme cette loi leur donne aussi la possibilité d'éviter d'avoir à le faire en édictant des règlements, l'existence des dispositions concernant la taxe de pénalisation ne constitue pas en soi une violation des obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord général."[117]

4.177 Les États-Unis ajoutent que, de même, dans l'affaire *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*[118], le groupe spécial a examiné la loi de la Thaïlande sur les tabacs, qui prévoyait un taux d'imposition maximal plus élevé pour les cigarettes importées que pour les cigarettes d'origine nationale. Bien que cette loi ait conféré explicitement aux autorités thaïlandaises le pouvoir d'appliquer des taxes discriminatoires, elle n'en avait pas pour autant un caractère impératif. Le groupe spécial a conclu que "la possibilité d'une application de la loi sur les

---

[114] D'après les États-Unis, les Communautés européennes ont au contraire reconnu explicitement que leur plainte ne vise pas les mesures prises par les États-Unis du fait qu'elles ne s'étaient pas conformées aux recommandations faites par l'ORD dans l'affaire des *Bananes*. Les Communautés ont engagé une procédure distincte en rapport avec cette affaire, et les États-Unis entendent réfuter dans cette procédure leurs allégations propres à ce différend.

[115] Voir le document WT/DS152/11.

[116] Rapport du groupe spécial *États-Unis - Fond spécial, op. cit.*

[117] *Ibid.*, paragraphe 5.2.9.

[118] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* ("*Thaïlande – Cigarettes*"), adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214.

tabacs éventuellement contraire à l'article 3:2 n'était pas en soi suffisante pour rendre celle-ci incompatible avec l'Accord général".[119]

4.178 Les États-Unis font remarquer enfin que, dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*[120], le groupe spécial a constaté qu'une loi ne prescrivait pas une mesure incompatible avec le GATT si ses termes pouvaient avoir diverses significations, y compris une signification permettant de se conformer aux dispositions du GATT. Il a examiné si une loi exigeant que les redevances pour inspection soient "comparables" pour le tabac importé et pour le tabac d'origine nationale prescrivait des redevances identiques dans les deux cas, indépendamment des différences entre les coûts d'inspection. Si tel avait été le cas, la loi aurait été incompatible avec l'article VIII:1 a) du GATT de 1947, qui interdisait l'imposition de redevances supérieures au coût des services rendus.[121] Les États-Unis ont fait valoir que le terme "comparable" ne devait pas être interprété comme signifiant "identique", et que la loi n'empêchait pas d'établir une structure des redevances correspondant au coût des services rendus.[122] Le groupe spécial a fait sien l'avis des États-Unis:

> "le Groupe spécial a noté qu'il n'y avait pas d'interprétation claire du sens du terme "comparable" tel qu'il était utilisé dans l'amendement de 1993. Il apparaissait au Groupe spécial que le terme "comparable", y compris son acception normale, pouvait avoir diverses significations. Il a estimé que ces diverses significations pourraient comprendre l'interprétation donnée par les États-Unis dans la présente affaire, interprétation qui pourrait permettre au Département de l'agriculture des États-Unis de se conformer à l'obligation qui était faite à l'article VIII:1 a) de ne pas percevoir de redevances qui soient supérieures au coût des services rendus, tout en satisfaisant à l'obligation de comparabilité de [la loi des États-Unis]".[123]

4.179 D'après les États-Unis, le groupe spécial a constaté en conséquence que la partie plaignante n'avait pas "démontré que [la loi des États-Unis] *ne pouvait pas* être appliquée d'une manière qui assure que les redevances perçues pour l'inspection du tabac importé ne soient pas supérieures au coût des services rendus".[124]

4.180 Les États-Unis concluent qu'une partie plaignante qui tente d'établir que la législation d'un Membre prescrit une mesure contraire à un accord de l'OMC a une charge stricte: elle doit démontrer que la législation, interprétée conformément au droit interne du Membre, exclut toute possibilité d'agir de manière compatible avec les obligations de ce Membre au regard de l'OMC. De plus, lorsqu'une législation est susceptible de diverses interprétations, la partie plaignante doit démontrer qu'aucune de ces interprétations ne permet d'agir d'une manière qui soit compatible avec les obligations au regard de l'OMC. Comme cela est expliqué dans la section suivante, les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de cette charge en l'espèce.

---

[119] *Ibid.*, paragraphe 86. Les États-Unis notent que le groupe spécial a constaté aussi que l'application effective des taux d'imposition prévus dans les règlements était également compatible avec les obligations de la Thaïlande car ces taux n'étaient pas discriminatoires. *Ibid.*, paragraphe 88.

[120] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, note de bas de page 47.

[121] *Ibid.*, paragraphe 118.

[122] *Ibid.*, paragraphe 122.

[123] *Ibid.*, paragraphe 123.

[124] *Ibid.*, paragraphe 118.

4.181 Les États-Unis ajoutent que la distinction entre une mesure impérative et une mesure discrétionnaire établie dans la jurisprudence du GATT et de l'OMC était un élément fondamental de la pratique des parties contractantes du GATT de 1947 pour l'interprétation de l'Accord général, et reste un élément fondamental de la pratique des Membres de l'OMC pour l'interprétation de l'Accord sur l'OMC. L'autre solution serait d'exiger que les Membres inscrivent dans leur législation des limitations précises à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire afin d'éviter ne serait-ce que la possibilité de prendre une mesure incompatible avec les règles de l'OMC. Chaque Membre devrait alors donner la prééminence à l'Accord sur l'OMC dans leur ordre juridique interne – ce que les Communautés européennes ont expressément refusé pour elles-mêmes en 1994.[125] Aucune obligation de ce genre n'existe actuellement dans les Accords de l'OMC, ce que les Communautés européennes ont admis dans le cadre du réexamen en cours du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Elles ont en effet présenté une proposition tendant à supprimer "la *distinction faite actuellement* entre les mesures discrétionnaires et les mesures obligatoires"[126], ce qui permettrait d'établir l'incompatibilité des mesures discrétionnaires avec les règles de l'OMC.[127]

4.182 Les États-Unis font valoir que, lorsqu'elles examinent des dispositions particulières des articles 301 à 310, les Communautés européennes semblent en général admettre qu'elles doivent démontrer que la loi des États-Unis prescrit effectivement (au lieu de simplement permettre) un comportement incompatible avec les règles de l'OMC. D'ailleurs, la principale allégation qu'elles formulent dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial est que l'article 301 "ne permet pas" aux États-Unis de se conformer à leurs obligations au regard de l'OMC.[128]

4.183 De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes laissent cependant entendre, dans leurs remarques liminaires et tout au long de leur communication, qu'elles pensent que les Membres de l'OMC ont une obligation positive d'inscrire dans leur législation des limites explicites à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Elles déclarent, par exemple, que:

> "les Communautés européennes … estiment que les articles 301 à 310 doivent être modifiés pour indiquer clairement que le gouvernement des États-Unis est tenu d'agir conformément aux obligations contractées par les États-Unis dans le cadre des Accords de l'OMC en toutes circonstances et à tout moment" (non souligné dans l'original).

4.184 Les États-Unis font valoir que, de même, les Communautés européennes déplorent que les articles 301 à 310 laissent encore un pouvoir discrétionnaire et dénoncent le fait allégué que les États-Unis "se réservent la possibilité" de recourir à des mesures unilatérales.[129]

---

[125] Les États-Unis font référence à la Décision du Conseil 94/800, 1994, J.O. n° L 336/1, où il est dit que "par sa nature, l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et les États membres.

[126] Les États-Unis font référence au document intitulé *Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, Note informelle des Communautés européennes (octobre 1998) (non souligné dans l'original), et au document intitulé "Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends", Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres – Rev. 3 (12 décembre 1998).

[127] *Ibid.*

[128] WT/DS152/11.

[129] WT/DS152/11, paragraphe 9.

4.185 Les États-Unis font valoir que cette formulation des obligations au regard de l'OMC est diamétralement opposée au principe énoncé dans chaque rapport de groupe spécial où cette question a été abordée – selon lequel la législation doit exiger l'adoption d'une mesure incompatible avec les règles du GATT ou de l'OMC, et pas seulement en laisser la possibilité.[130] Elle est également incompatible avec l'approche adoptée dans le cadre du GATT dans d'autres contextes, par exemple, lors de l'examen par des groupes de travail de la législation d'une partie contractante ou d'un pays accédant pour déterminer si cette législation prescrivait des résultats incompatibles avec les règles du GATT - et non si elle pouvait aboutir à de tels résultats.[131]

4.186 De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes comprennent certainement cela. Outre le fait que, dans leurs communications, elles admettent généralement ce principe dans leur analyse, elles ont présenté, dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord, une proposition tendant à supprimer "la distinction faite actuellement entre les mesures discrétionnaires et les mesures obligatoires"[132], ce qui permettrait d'établir l'incompatibilité des mesures discrétionnaires avec les règles de l'OMC.[133] Les Communautés européennes semblent maintenant demander à ce Groupe spécial de codifier ce changement.

4.187 D'après les États-Unis, la proposition des CE relative au Mémorandum d'accord et le fait qu'elles demandent à ce Groupe spécial d'établir une règle stipulant que toute législation nationale doit "indiquer clairement" que les autorités sont tenues d'agir conformément à leurs obligations au regard de l'OMC "en toutes circonstances et à tout moment" ont de profondes implications. Une telle règle empiéterait sur la souveraineté des Membres, ce qu'ils n'ont jamais accepté jusqu'à présent. Il y a lieu de se demander si les Communautés européennes ont bien réfléchi aux implications de cet argument. Seraient-elles obligées, par exemple, de modifier les dispositions législatives et celles du Traité d'Amsterdam en vertu desquelles elles appliquent le régime prévu pour les bananes, pour y spécifier que ce régime doit être conforme à leurs obligations au regard de l'OMC?

4.188 Les États-Unis font valoir qu'en fait, la proposition des CE obligerait à modifier pratiquement toute la législation des Communautés et de leurs États membres pour exiger qu'elle soit administrée de manière compatible avec les règles de l'OMC, puisque actuellement, les engagements des CE au regard de l'OMC ne sont pas immédiatement applicables en droit communautaire.[134] Le Conseil des

---

[130] Les États-Unis se réfèrent aux rapports des groupes spéciaux *Canada – Aéronefs*, *op. cit.*, paragraphe 9.124; *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9; *Thaïlande - Cigarettes, op. cit.*, paragraphe 86; *CEE – Pièces et composants, op. cit.*, paragraphes 5.25 et 5.26; *États-Unis - Tabac, op. cit.*, paragraphe 118; *États-Unis – Boissons à base de malt, op. cit.*, paragraphe 5.39; et *Inde - Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 7.35; et à l'*Index analytique: Guide des règles et des pratiques du GATT* (6ème édition, 1995), pages 142 à 145 et 698 à 701.

[131] Les États-Unis font référence au rapport sur *La Communauté économique européenne*, L/778, adopté le 29 novembre 1957, S6/75, paragraphe 10.

[132] Les États-Unis font référence au document intitulé *Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, note informelle des Communautés européennes (octobre 1998), et au document "Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends", Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres – Rev. 3 (12 décembre 1998).

[133]Les États-Unis font référence au document intitulé *Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, note informelle des Communautés européennes (octobre 1998), et au document "Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends", Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres – Rev. 3 (12 décembre 1998).

[134] Les États-Unis font référence à l'affaire C-280/93, *Allemagne contre Conseil*, 1993 CJCE CELEX LEXIS 2609 (5 octobre 1993).

ministres des CE l'a indiqué clairement lorsqu'il a ratifié les Accords de l'OMC: "par sa nature, l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États Membres".[135] Les Communautés européennes ne diffèrent donc pas des États-Unis à cet égard, contrairement à l'impression qu'elles essayent de donner.

4.189 Les États-Unis notent en outre qu'il semble que les Communautés européennes devraient modifier leur "Règlement concernant les obstacles au commerce" afin de supprimer les éléments discrétionnaires qui leur permettent, selon les termes des CE, de "se réserver la possibilité" de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. Les dispositions générales de l'article 15 du règlement prévoient, entre autres, que:

> "[Le règlement] ne préjuge pas d'autres mesures pouvant être arrêtées en vertu de l'article 113 du traité ainsi que des procédures communautaires de règlement des questions relatives aux obstacles aux échanges soumises par les États membres au comité visé à l'article 113 du traité."[136]

4.190 Les États-Unis affirment que l'article 133 du Traité d'Amsterdam (qui a succédé à l'article 113 du Traité de Rome) semble laisser aux Communautés européennes toute latitude pour prendre des mesures de politique commerciale, pour toute raison et à tout moment, sans tenir compte des règles de l'OMC ou sans l'autorisation de l'ORD. En fait, bien que les Communautés laissent entendre que le règlement concernant les obstacles au commerce est le seul mécanisme au titre duquel elles portent des différends devant l'OMC, sur les 45 différends qu'elles ont soumis à l'OMC, six seulement l'ont été au titre de ce règlement.[137] Les autres ont été soumis au moyen des procédures non publiées et non transparentes du Comité de l'article 133 (si tant est qu'elles existent).[138] Les États-Unis n'ont connaissance d'aucune disposition de la législation communautaire ou des traités qui "subordonnerait à l'autorisation de l'ORD l'adoption de mesures de rétorsion par les [Communautés européennes, conformément aux procédures de l'article 133]", ni d'aucune disposition légale conférant un

---

[135] Décision du Conseil 94/800, 1994, JO n° L 336/1.

[136] Article 15, Règlement n° 3286/94 du Conseil, 1994, J.O. n° L 349/71.

[137] Les États-Unis indiquent que les affaires portées devant l'OMC au titre du Règlement concernant les obstacles au commerce sont: *États-Unis - Mesures affectant les textiles et les vêtements* (DS85); *États-Unis - Loi antidumping de 1916* (DS136)*; Japon - Contingents tarifaires et subventions concernant les cuirs* (DS147); *États-Unis - Mesures affectant les textiles et les vêtements (II)* (DS151); *Argentine - Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis* (DS155); et *États-Unis - article 110 5) de la Loi des États-Unis sur le droit d'auteur* (DS160).

[138] Les États-Unis font valoir qu'un ancien président, au niveau des suppléants, du Comité de l'article 133, a écrit que ses procédures sont formellement confidentielles (bien qu'une stricte confidentialité ne soit pas observée en pratique) et que le Comité ne fait pas de déclarations publiques. Michael Johnson, European Community Trade Policy and the Article 113 Committee, 35 (Royal Institute of Int'l Affairs 1998). À propos du fonctionnement du Comité, l'auteur conclut:

> "L'évolution du Comité au cours des 40 dernières années – évolution chaotique et en grande partie imprévue – reflète celle de la Communauté elle-même. Moyennant des compromis politiques ... le comité a trouvé des moyens pratiques pour répondre aux exigences croissantes des relations commerciales internationales ... Avec le consentement de tous les intéressés, il a peu à peu acquis un pouvoir dépassant largement les limites juridiques apparentes fixées par le mandat très vague qui lui est assigné à l'article 113 du Traité de Rome. Il est ainsi devenu un organe très pragmatique dont les membres, qui se considèrent mutuellement comme des experts, peuvent en général régler les questions commerciales dans un cadre familier." *Ibid.*, page 37.

quelconque "droit de bénéficier d'une "mesure de faveur" aussi exceptionnelle". Il y a lieu de penser que la règle demandée par les CE obligerait à modifier le Traité d'Amsterdam pour apporter la clarté et les assurances supplémentaires qu'elles demandent aux États-Unis.

4.191 De l'avis des États-Unis, bien que les Communautés européennes semblent ne plus apprécier l'importance de la distinction entre mesures discrétionnaires et mesures impératives dans le cadre du présent différend, elles la comprenaient fort bien en 1957. Le rapport sur "la Communauté économique européenne" établi cette année-là dit en effet ce qui suit:

> "À la suite d'un échange de vues sur les dispositions du Traité de Rome concernant les restrictions quantitatives, le sous-groupe a relevé que ces dispositions n'ont pas un caractère impératif et n'imposent aux membres de la Communauté aucune obligation de prendre des mesures qui soient incompatibles avec les dispositions de l'Accord général. D'autre part, étant donné la portée très générale des institutions de la Communauté et des pouvoirs qui leur sont conférés, ces institutions pourraient, dans le cadre de leurs pouvoirs, prendre des mesures qui seraient éventuellement incompatibles avec les dispositions de l'Accord, quelle que soit par ailleurs l'interprétation donnée à celles de l'article XXIV. Les Six ont signalé que de nombreuses parties contractantes avaient promulgué une législation générale de caractère non impératif qui, si elle était pleinement appliquée, leur permettrait de recourir aux restrictions d'une manière incompatible avec les dispositions de l'article XI. Ces pays ne sont cependant pas tenus d'entrer en consultations avec les PARTIES CONTRACTANTES sur leurs intentions éventuelles en ce qui concerne la mise en œuvre d'une telle législation. Dans ces conditions, les Six n'ont pu admettre que, du fait de son adhésion au Traité de Rome, une partie contractante soit assujettie à des prescriptions ou obligations additionnelles en matière de consultations sur le recours aux restrictions quantitatives."[139]

4.192 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes ont beau vouloir maintenant modifier les termes de l'Accord sur l'OMC de manière à autoriser les groupes spéciaux à constater qu'une législation discrétionnaire est incompatible avec les règles de l'OMC, il n'existe aujourd'hui aucune disposition de ce genre. Les Communautés se réfèrent à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, qui prescrit que chaque Membre "assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe".[140] Toutefois, dans la mesure où les articles 301 à 310 ne prescrivent aucune mesure contraire à une disposition du Mémorandum d'accord ou du GATT de 1994 et n'empêchent de prendre aucune mesure compatible avec les obligations en découlant, ces articles sont en conformité avec lesdites obligations ainsi qu'avec l'article XVI:4. De même, comme ils n'empêchent pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de recourir et de se conformer aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, les articles 301 à 310 ne sont pas incompatibles avec l'article 23:1 du Mémorandum d'accord.

4.193 Les États-Unis insistent sur la règle de droit applicable, que les Communautés européennes semblent admettre. Il s'agit de la proposition selon laquelle, si une loi est contestée en soi au regard des règles de l'OMC, il faut que cette loi prescrive une mesure incompatible avec les obligations d'un Membre. Une loi qui confère un pouvoir discrétionnaire pouvant être exercé de façon compatible ou incompatible avec les obligations du Membre n'est pas contraire en soi auxdites obligations. La

---

[139] Les États-Unis citent le rapport sur *la Communauté économique européenne*, L/778, adopté le 29 novembre 1957, IBDD, S6/75, paragraphe 10 (non souligné dans l'original).

[140] Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, article XVI:4.

demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les CE reconnaît cette règle lorsqu'elle affirme que l'article 301 "ne permet pas" au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter les procédures du Mémorandum d'accord en raison des délais impartis par la loi. De plus, la proposition faite par les CE, dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord, tendant à supprimer "la distinction faite actuellement entre les mesures discrétionnaires et les mesures obligatoires", confirme aussi que les Communautés savent bien que les Membres de l'OMC n'ont jamais accepté à ce jour de limitation de leur droit d'adopter une législation discrétionnaire.

4.194 Les États-Unis font valoir que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, non seulement le Groupe spécial a affirmé cette règle, mais encore il a précisé que, si les termes de la loi sont ambigus et sont susceptibles de nombreuses interprétations, la partie plaignante doit démontrer qu'aucune de ces interprétations ne permet d'agir de manière compatible avec les obligations de la partie défenderesse. Cette approche découle logiquement de la règle de la charge de la preuve applicable dans les procédures de règlement des différends, la partie plaignante étant tenue de démontrer que la loi ne permet pas à la partie défenderesse de se conformer à ses obligations internationales. On ne peut pas présumer qu'une partie n'agira pas de bonne foi pour se conformer à ses obligations. C'est seulement si la partie adopte une loi qui ne permet à ses autorités de respecter les obligations qui lui incombent dans le cadre de l'OMC que cette loi peut être jugée incompatible avec lesdites obligations.

4.195 De l'avis des États-Unis, aucun groupe spécial du GATT ou de l'OMC ne s'est écarté de cette règle. Contrairement aux allégations de certains selon lesquelles seuls des groupes spéciaux du GATT l'ont appliquée, cette règle a été observée également par des groupes spéciaux de l'OMC dans les affaires *Canada – Aéronefs* et *Turquie – Vêtements et textiles*. De surcroît, comme cela vient d'être dit, les Communautés européennes ont reconnu, dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord, qu'elle était toujours applicable. Il n'y a rien dans l'Accord sur l'OMC ou dans ses annexes qui modifie cette pratique.

ii) Pertinence du Protocole portant application provisoire de l'Accord général

4.196 **En réponse, les Communautés européennes font valoir** que la distinction entre une législation impérative et une législation discrétionnaire, dans la pratique du GATT de 1947, reflétait le fait que les parties contractantes du GATT de 1947, conformément à la clause de la législation en vigueur énoncée dans le Protocole portant application provisoire de l'Accord général (PAP) et dans les Protocoles d'accession, n'étaient liées par leurs obligations au titre du GATT de 1947 que dans la mesure où leur législation nationale permettait à l'exécutif de s'acquitter de ces obligations.

4.197 Les Communautés européennes font observer que, d'après le paragraphe 1 b) du PAP,

> "Les gouvernements … s'engagent … à appliquer à titre provisoire à dater du 1er janvier 1948 … la partie II de cet Accord dans toute la mesure compatible avec la législation en vigueur." (non souligné dans l'original)

4.198 De l'avis des Communautés européennes, cette clause permettait au gouvernement des États-Unis et aux autres gouvernements d'accepter le GATT de 1947 sans le soumettre à leur parlement pour ratification. Dans le cadre du GATT de 1947, il était donc supposé et clairement prévu qu'une législation préexistante stipulant des mesures contraires aux dispositions de l'Accord pouvait être maintenue.

4.199 Les Communautés européennes affirment que la notion de législation impérative a été adoptée dans le cadre du GATT de 1947 dans le contexte particulier d'un conflit entre une législation en vigueur et une nouvelle obligation au titre de la partie II du GATT: la clause de la législation en

vigueur obligeait chaque partie contractante à régler ce conflit en faveur de la première et au détriment de la seconde.

4.200 De l'avis des CE, au cours de ses travaux en 1947, c'est-à-dire avant l'application provisoire du GATT de 1947, le Comité chargé de l'examen de l'Accord tarifaire avait déjà déclaré ce qui suit:

> "Le tout est de savoir ce que le pouvoir exécutif est en mesure de faire dans ce domaine, de savoir si une administration peut être appelée à appliquer une disposition générale comme celle qui nous occupe ici sans que cela implique soit de modifier soit d'enfreindre la législation en vigueur. D'ailleurs, s'il est nécessaire d'avoir une décision administrative permettant l'application de telles et telles mesures, il est bien évident que cela se fera, mais dans la mesure où l'administration a le pouvoir, dans le cadre de la législation en vigueur, d'appliquer ces dispositions, elle devra le faire."[141] (non souligné dans l'original)

4.201 Les Communautés européennes font remarquer que, après la mise en application à titre provisoire du GATT de 1947 au moyen du PAP, un groupe de travail, examinant au cours de ses travaux, en 1949, les mesures qui pourraient être exemptées en vertu de la clause de la législation en vigueur, a confirmé cette opinion:

> "Le groupe de travail a reconnu qu'une telle mesure est légitime, sous réserve que la législation sur laquelle elle se fonde soit d'un caractère impératif dans ses termes mêmes ou dans son intention exprimée, c'est-à-dire qu'elle impose au pouvoir exécutif des obligations qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier."[142] (non souligné dans l'original)

4.202 Les Communautés européennes notent que les parties contractantes n'étaient donc pas en droit de penser que l'incertitude juridique résultant de l'existence d'une telle législation serait dissipée. Tout ce qu'elles pouvaient espérer, c'était que l'exécutif exerce le pouvoir discrétionnaire que lui conférait la législation de façon compatible avec le GATT.

4.203 Les Communautés européennes font valoir que cela explique la nécessité d'une interprétation restrictive de la notion de législation impérative dans le but de permettre l'entrée en vigueur rapide du GATT de 1947. L'intention était en fait de limiter la portée de la clause du PAP relative à la législation en vigueur pour permettre l'application effective du GATT de 1947. Une interprétation plus large de cette clause aurait entravé considérablement *de facto* la réalisation des objectifs du GATT.

4.204 Les Communautés européennes estiment en outre que les groupes spéciaux du GATT ne pouvaient pas faire autrement que d'appliquer la même règle à toutes les législations nationales, qu'elles aient été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur du GATT. Les groupes de travail et les groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947[143] étaient donc confrontés à un dilemme:

---

[141] EPCT/TAC/PV.5, page 19.

[142] IBDD, Vol. II/53, paragraphe 99.

[143] Rapport du Groupe spécial *Allocations familiales belges*, adopté le 7 novembre 1952, IBDD, S1/63, paragraphe 6; rapport du Groupe de travail sur les *Questions relatives à l'organisation et aux fonctions*, adopté le 28 février et les 5 et 7 mars 1955, IBDD, S3/259, paragraphe 58; rapport du Groupe de travail sur les *Restrictions à l'importation appliquées par la République fédérale d'Allemagne*, adopté le 30 novembre 1957, IBDD, S6/60, paragraphe 12; rapport du Groupe spécial *Norvège – Restrictions à l'importation des pommes et poires* ("*Norvège - Restrictions visant les pommes et poires*"), adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/345, paragraphe 5.6; rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*, paragraphe 83; rapport du Groupe

l'adoption d'une définition étroite de la notion de législation "impérative" aidait à atteindre les objectifs du GATT s'il s'agissait d'une législation en vigueur[144], mais avait exactement l'effet inverse dans le cas d'une nouvelle législation. Les constatations formulées en 1987 par le Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur les produits pétroliers et certains produits d'importation* montrent que celui-ci avait conscience du dilemme[145]:

> "… Ces règlements n'ont pas encore été publiés. Aussi ne sait-on toujours pas s'ils supprimeront la taxe de pénalisation et s'ils établiront une équivalence complète entre produits nationaux et produits importés [...]. Du point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il est regrettable que les autorités fiscales américaines soient expressément appelées par la Loi sur le Fonds spécial à imposer une taxe incompatible avec le principe du traitement national. Le Groupe spécial a pris note avec satisfaction de la déclaration des États-Unis selon laquelle, étant donné le pouvoir réglementaire conféré par la Loi aux autorités fiscales, la taxe de pénalisation de 5 pour cent ne sera, selon toute probabilité, jamais appliquée." (non souligné dans l'original)

4.205 D'après les CE, dans le même esprit, le groupe spécial *CE – Pièces et composants* a dit dans son rapport, en 1990, que:

> "… la simple existence de la disposition anti-échappatoire du règlement antidumping de la CEE n'est pas incompatible avec les obligations découlant pour celle-ci de l'Accord général. Bien que, du point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il eût été souhaitable que la CEE renonce à la disposition anti-échappatoire, elle s'acquitterait de ses obligations au titre de l'Accord général si elle cessait d'appliquer la disposition à l'égard des parties contractantes."[146]

4.206 Les Communautés européennes ajoutent que, en se référant plus explicitement au PAP, le Groupe spécial *Norvège – Restrictions à l'importation des pommes et poires* a réaffirmé en 1989 l'interprétation de 1947 selon laquelle une législation devait être considérée comme ayant

> "un caractère impératif dans ses termes mêmes ou dans son intention exprimée".

4.207 Les Communautés européennes font valoir en outre que les constatations formulées dans le rapport du groupe spécial de 1990 *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* étaient expressément fondées sur deux précédents, à savoir le rapport du

---

spécial *Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, adopté le 18 février 1992, DS17/R, paragraphe 5.9; et rapport du Groupe spécial *États-Unis - Boissons à base de malt*, *op. cit.*, paragraphe 5.44.

[144] Les Communautés européennes notent que, au paragraphe 6 du rapport "Allocations familiales belges", le groupe spécial avait dit explicitement ce qui suit: "Le sous-groupe a relevé cependant que, dans un autre cas ["l'affaire Taxes intérieures brésiliennes"], les Parties contractantes ont décidé que le Protocole portant application provisoire devait être interprété comme limitant l'application des dispositions de l'alinéa b) du paragraphe 1 du Protocole aux cas où la "législation sur laquelle [la mesure] se fonde est d'un caractère impératif, dans ses termes mêmes ou dans son intention exprimée, c'est-à-dire qu'elle impose au pouvoir exécutif des obligations qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier."

[145] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9.

[146] Rapport du Groupe spécial *CE – Pièces et composants, op. cit.*, paragraphe 5.26.

Groupe spécial de 1989 *Norvège – Pommes et poires* et le rapport du Groupe de travail de 1949 sur "La notification des mesures en vigueur et les questions de procédure". Les Communautés européennes appellent l'attention du Groupe spécial sur le fait que, en concordance avec le rapport du Groupe spécial *Norvège – Pommes et poires* et le *rapport du groupe de travail de 1949*, le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes* a examiné la question de la distinction entre une législation impérative et une législation discrétionnaire exclusivement dans le cadre de l'interprétation d'une clause du Protocole d'accession de la Thaïlande qui était identique au paragraphe 1 b) du PAP.

4.208 Les Communautés européennes affirment que, dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, en 1992, le Groupe spécial a dû examiner aussi en priorité le champ d'application du PAP eu égard à la législation des États des États-Unis. Dans ce contexte, il était arrivé à la conclusion que

> "les renseignements disponibles ne lui permettaient pas de conclure que la législation incompatible des États en matière de boissons alcooliques qui était incriminée dans la présente affaire était une "législation de caractère impératif en vigueur" au sens du Protocole d'application provisoire".

4.209 Les Communautés européennes rappellent le rapport de 1992 du Groupe spécial *États-Unis - Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*. Le contexte était encore fourni par le PAP:

> "2.6 Cette clause, en vigueur à l'époque où les États-Unis ont accédé à l'Accord général en 1947, était incompatible avec l'article VI:6 a), qui interdit la perception de droits compensateurs sans détermination de l'existence d'un préjudice. Toutefois, l'article 303 était couvert par la clause de la "législation en vigueur" figurant au paragraphe 1 b) du Protocole portant application provisoire de l'Accord général (le "PAP"). Aux termes du paragraphe 1 b) du PAP, les Parties contractantes à l'Accord général s'engagent à appliquer la partie II de cet Accord (qui comprend l'article VI) "dans toute la mesure compatible avec la législation en vigueur". L'article 303 est toujours en vigueur et s'applique aux importations passibles de droits de douane en provenance de tous les pays qui ne sont pas signataires du Code des subventions.
>
> 2.7 C'est en vertu de l'article 303 que l'ordonnance imposant un droit compensateur sur les chaussures autres qu'en caoutchouc importées du Brésil a été promulguée en 1974, sans que le critère du préjudice soit appliqué.
>
> 2.8 En 1974, les États-Unis ont adopté l'article 331 de la Loi de 1974 sur le commerce[147], qui modifiait leur législation en matière de droits compensateurs de façon qu'elle s'applique aussi aux importations de produits *exempts de droits de douane*. Les États-Unis ont reconnu que cette disposition n'était pas en vigueur en 1947 et que, par conséquent, elle n'était pas couverte par le PAP. La législation des États-Unis prévoit donc que, pour les importations de produits exempts de droits de douane en provenance d'une partie contractante à l'Accord général, les États-Unis appliqueront le critère du préjudice avant d'imposer des droits compensateurs." (non souligné dans l'original)

[147] (Note de bas de page originale) 19 U.S.C, article 1303 a) 2).

4.210 Les Communautés européennes affirment que, par conséquent, la seule législation examinée par le groupe spécial était l'article 331 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Cette disposition, qui fait partie de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur dans laquelle figurent aussi les articles 301 à 310 visés par la présente procédure de règlement des différends, était libellée comme suit dans la partie pertinente:

> "a) 2) Si un article ou une marchandise importés sont exempts de droits de douane, des droits ne peuvent être imposés en application du présent article que si la Commission a établi une détermination positive conformément à l'alinéa b) 1)…
>
> b) Détermination de l'existence d'un préjudice en ce qui concerne des marchandises exemptes de droits de douane; suspension de la liquidation. - 1) Lorsque le Secrétaire établira, conformément à l'alinéa a), une détermination finale selon laquelle une prime ou une aide est versée ou accordée pour tout article ou marchandise exempts de droits de douane et qu'une détermination de la Commission sera nécessaire en vertu de l'alinéa a) 2),
>
> A) il en avisera la Commission, et celle-ci déterminera, dans un délai de trois mois, et après toute enquête qu'elle jugera nécessaire, si une branche de production aux États-Unis subit ou risque de subir un préjudice, ou si son établissement est rendu impossible, par suite de l'importation aux États-Unis dudit article ou de ladite marchandise; et la Commission informera le Secrétaire de sa détermination; …
>
> c) Application d'une détermination positive. - Une détermination positive établie par le Secrétaire conformément à l'alinéa a) en ce qui concerne tout article ou marchandise importés s'appliquera aux articles admis … à compter de la date de publication de ladite détermination au *Federal Register*. Si un article ou une marchandise importés sont exempts de droits de douane, dès lors qu'une constatation de l'existence d'un préjudice est requise en vertu des obligations contractées par les États-Unis au plan international, la phrase précédente ne sera d'application que si la Commission établit une détermination positive de l'existence d'un préjudice conformément à l'alinéa b) 1)."

4.211 Les Communautés européennes soulignent que le libellé de l'article 331 est très semblable à celui des articles 301 à 310 de la même Loi sur le commerce extérieur. S'agissant des dispositions susmentionnées de l'article 331, le Groupe spécial *Chaussures autres qu'en caoutchouc* a estimé, en 1992, que:

> "6.13 Ayant constaté que l'article 331 de la Loi de 1974 et l'article 104 b) de la Loi de 1979 sont applicables à des produits similaires, le Groupe spécial a examiné si ces clauses étaient, en tant que telles, compatibles avec l'article I:1. Il a noté que les PARTIES CONTRACTANTES avaient décidé, dans des affaires précédentes, qu'une législation faisant obligation à l'exécutif d'imposer une mesure incompatible avec l'Accord général était incompatible avec ledit accord en tant que tel, même si l'occasion de l'appliquer effectivement ne s'était pas encore présentée. Le Groupe spécial a rappelé que les dispositions des deux lois en matière de rétroactivité avaient un caractère impératif, c'est-à-dire qu'elles imposaient à l'exécutif des obligations qu'il ne pouvait pas modifier de son chef; il a donc constaté que ces dispositions en tant que telles, et pas simplement leur application dans des cas concrets, devaient être compatibles avec l'article I:1." (note de bas de page omise)

4.212 Les Communautés européennes notent que, conformément à la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, l'administration a la faculté d'appliquer ou non un droit compensateur à des produits subventionnés. La prescription exigeant qu'elle n'applique pas le critère du préjudice *si* elle décide d'appliquer un droit compensateur a cependant été considérée comme "impérative".

4.213 De l'avis des Communautés européennes, dans le rapport de 1994 *États-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*[148], le groupe spécial a fondé ses constatations sur les rapports des groupes spéciaux *Fonds spécial pour l'environnement* et *Thaïlande – Cigarettes* (confirmant ainsi la pratique antérieure du GATT de 1947). Mais il a expressément indiqué par ailleurs que les mesures discriminatoires prévues à l'article 1106 c) de la Loi de finances des États-Unis de 1993 ne s'étaient pas accompagnées de la promulgation du règlement d'application exigé par la Loi.

4.214 Les Communautés européennes estiment que ce Groupe spécial pourrait aussi "s'inspirer utilement"[149] du raisonnement présenté dans le rapport non adopté du Groupe spécial *CEE – Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres*[150], (paragraphes 342 à 349).

4.215 **En réponse, les États-Unis rappellent** que les Communautés européennes font valoir que les groupes spéciaux du GATT de 1947 sont fondés implicitement sur "une interprétation restrictive de la notion de législation impérative" parce qu'une telle interprétation était nécessaire à la lumière du Protocole portant application provisoire. D'après les Communautés européennes, comme le Protocole soustrayait la législation en vigueur à l'application du GATT de 1947, "l'application effective du GATT de 1947" obligeait à restreindre la portée de cette exemption. Les Communautés européennes disent que "les parties contractantes n'étaient donc pas en droit de penser que l'incertitude juridique résultant de l'existence de cette législation [impérative] serait dissipée". D'après elles, les groupes spéciaux du GATT se sont en fait fondés implicitement ou explicitement sur l'existence du Protocole dans les affaires où il a été constaté qu'une législation discrétionnaire ne donnait pas lieu à une action.

4.216 Les États-Unis affirment que le raisonnement des CE est défectueux et difficile à suivre et ils ne voient pas très bien quelle "incertitude juridique" résultait de "l'existence" d'une législation impérative antérieure. Les Communautés européennes tentent apparemment de dire que des "incertitudes" existaient et devaient être tolérées dans le cadre du GATT de 1947 pour étayer leur argument selon lequel elles ne peuvent plus être tolérées dans le cadre de l'Accord sur l'OMC. Les États-Unis répondront plus loin de façon détaillée aux arguments des CE concernant l'"incertitude". Pour l'instant, il suffit de noter que la distinction entre une législation discrétionnaire et une législation impérative du point de vue de leur conformité a été faite pour des raisons qui n'avaient rien à voir avec le Protocole portant application provisoire ou avec une quelconque "incertitude" qu'il aurait engendrée.

4.217 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes ont allégué que les rapports des groupes spéciaux où cette doctrine était développée invoquaient le Protocole ou des affaires dans lesquelles il était cité, mais elles ne l'ont pas démontré dans leur analyse de ces rapports. En fait, ces rapports ne font jamais référence au Protocole ou à des affaires dans lesquelles il était cité lorsqu'ils

---

[148] Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Tabac, op. cit.*, en particulier paragraphe 118.

[149] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques ("Japon – Boissons alcooliques")*, adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R et WT/DS11/AB/R, page 17.

[150] Rapport du Groupe spécial *CEE – Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres*, adopté le 3 Juin 1993, DS32/R.

examinent si la simple existence d'une législation discrétionnaire peut donner lieu à une action. L'analyse de ces affaires le confirme. Elle confirme aussi qu'il n'y a pas eu de changement dans l'application de cette doctrine dans la jurisprudence de l'OMC et qu'il n'est pas question, dans cette jurisprudence, de la suppression du Protocole. Les affirmations des CE concernant le lien entre l'élaboration de cette doctrine et le Protocole sont totalement infondées.

4.218 Les États-Unis notent que les Communautés européennes prétendent démontrer que la doctrine selon laquelle une législation discrétionnaire ne donne pas lieu à une action a un rapport en liaison avec le Protocole portant application provisoire. D'après elles, les groupes spéciaux qui l'ont développée ont invoqué soit le Protocole soit des affaires dans lesquelles le Protocole était cité. L'examen ci-après des affaires en question montre que cela est faux et que l'examen qu'en font les CE est biaisé, inexact et fallacieux.

4.219 Les États-Unis font observer que c'est le Groupe spécial de 1987 *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* qui a constaté pour la première fois que la simple existence d'une législation discrétionnaire ne donne pas lieu à une action.[151] Dans leur analyse de cette affaire, les Communautés européennes affirment tout simplement que ce groupe spécial "était conscient" du dilemme prétendument créé par le Protocole. Mais cette affirmation n'est absolument pas étayée. Les CE ne fournissent aucun élément de preuve démontrant que l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* fait référence au Protocole, parce que cela n'est pas le cas. Dans cette affaire, le groupe spécial ne s'est référé ni à des rapports de groupes spéciaux antérieurs ni au Protocole pour formuler sa constatation concernant les législations discrétionnaires.[152]

4.220 Les États-Unis font valoir qu'après avoir fait référence au rapport *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, les Communautés européennes citent, en ajoutant "dans le même esprit", le rapport de 1990 du Groupe spécial *CE - Pièces et composants*, qui faisait la distinction entre impératif et discrétionnaire, comme si le raccourci qu'elles ont pris à propos de l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* pouvait être transposé à une autre affaire. Quoiqu'il en soit, le Groupe spécial *CE - Pièces et composants* ne s'est référé ni au Protocole ni à aucune affaire dans laquelle il était cité. En revanche, il a mentionné le rapport *Fonds spécial pour l'environnement* qui, comme nous l'avons vu, ne fait référence ni au Protocole ni à des affaires dans lesquelles il était cité.[153]

4.221 De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes juxtaposent ensuite une référence à l'affaire de 1989 *Norvège – Restrictions à l'importation des pommes et poires*, dans laquelle le Protocole est effectivement mentionné, et la question de savoir si certaines législations à caractère impératif étaient écartées du champ d'application du GATT en vertu du Protocole. Toutefois, cette

[151] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.9.

[152] Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.9. Les États-Unis notent qu'ailleurs dans ce rapport, le Groupe spécial a cité l'affaire *Japon - Cuirs* à l'appui de sa constatation selon laquelle une législation impérative pouvait donner lieu à une action même si elle n'avait pas encore pris effet. *Ibid*., paragraphe 5.2.2. Le Groupe spécial *Japon – Cuirs* ne s'était référé ni au Protocole ni à aucune affaire dans laquelle il était cité. Il avait constaté qu'une restriction quantitative pouvait donner lieu à une action même si un pays exportateur n'avait pas utilisé intégralement son contingent. Rapport du Groupe spécial *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, adopté les 15 et 16 mai 1984, IBDD S31/102, paragraphe 55.

[153] Voir *CE – Pièces et composants*, *op. cit.*, paragraphes 5.25 et 5.26.

affaire ne portait pas sur la question de savoir si la simple existence d'une législation discrétionnaire pouvait donner lieu à une action.[154]

4.222 D'après les États-Unis, les Communautés européennes évoquent une affaire dans laquelle il a été question à la fois du Protocole et du point de savoir si la simple existence d'une législation discrétionnaire peut donner lieu à une action: l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*. Mais elles indiquent à tort que, dans cette affaire, le Groupe spécial a "examiné la question de la distinction entre une législation impérative et une législation discrétionnaire exclusivement dans le cadre de l'interprétation d'une clause du Protocole d'accession de la Thaïlande qui était identique au paragraphe 1 b) du PAP".

4.223 Les États-Unis affirment qu'en fait, la question de la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire est abordée trois fois dans le rapport *Thaïlande – Cigarettes*. La première fois, c'est lorsque le Groupe spécial examine si le Protocole d'accession de la Thaïlande exemptait une disposition de la Loi sur les tabacs (article 27) de l'application de l'article I:1 du GATT de 1947.[155] En examinant ce point, le Groupe spécial fait référence au rapport *Norvège – Pommes*, mais pas aux rapports *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement* ou *CE – Pièces et composants*.[156] La distinction entre discrétionnaire et impératif est évoquée une deuxième fois lorsque le Groupe spécial examine si la simple existence de dispositions sur le droit d'accise donnant la possibilité d'agir de façon incompatible avec l'article III:2 du GATT de 1947 pouvait être considérée comme contraire à cette disposition.[157] Le Groupe spécial a constaté qu'il n'en était rien en se fondant sur les rapports des groupes spéciaux *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* et *CE – Pièces et composants*.[158] Bien qu'il ait appliqué au paragraphe précédent la distinction entre législation discrétionnaire et législation impérative dans le contexte du PAP, il ne s'est référé ni à cette constatation ni au Protocole.[159] De même, lorsqu'il évoque cette distinction pour la troisième fois, c'est pour déterminer si l'existence d'une disposition habilitant "le pouvoir exécutif à percevoir des taxes [sur les transactions commerciales et municipale] discriminatoires" était contraire à l'article III; le Groupe spécial a conclu que non[160], faisant référence à sa constatation sur la question des droits d'accise (qui renvoyait aux rapports *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* et *CE – Pièces et composants*), mais pas à ses précédentes constatations concernant le Protocole.[161] Il n'a donc établi aucun lien entre le fait qu'une législation discrétionnaire ne pouvait pas donner lieu à une action et le fait qu'une législation impérative préexistante était exemptée en vertu du Protocole, bien qu'il ait eu la possibilité de le faire puisque le différend portait sur ces deux points à la fois.

4.224 Les États-Unis font observer que les CE citent également à tort le rapport *États-Unis - Boissons à base de malt*. Les Communautés disent que ce rapport examinait si une législation était exemptée de l'application du GATT de 1947 parce qu'elle était visée par le Protocole

---

[154] Rapport du Groupe spécial *Norvège – Restrictions visant les pommes et poires, op. cit.*, paragraphes 5.6 à 5.13.

[155] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes, op. cit.*, paragraphes 82 et 83.

[156] *Ibid.*

[157] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes, op. cit.*, paragraphes 82 et 83, paragraphe 84.

[158] *Ibid.*

[159] Voir *Ibid.*

[160] *Ibid.*, paragraphes 85 et 86.

[161] Voir *Ibid.*

(le Groupe spécial a constaté que non), mais elles oublient de dire que le Protocole n'est même pas mentionné dans la partie du rapport où est examinée la question de savoir si la non-application d'une législation impérative faisait que celle-ci ne donnait pas lieu à une action.[162] Cette analyse fait référence, là encore, aux rapports *Thaïlande – Cigarettes*, *CE – Pièces et composants* et *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, mais pas au Protocole ou à des affaires dans lesquelles il était cité.[163] La question du Protocole mentionnée par les Communautés européennes est manifestement sans rapport avec les questions exposées ici.

4.225 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes citent ensuite le rapport de 1992 du Groupe spécial *États-Unis – Chaussures autres qu'en caoutchouc*. Elles affirment que "le contexte était là encore fourni par le PAP", affirmation qui est au mieux trompeuse. Si des questions en rapport avec le PAP expliquaient pourquoi les États-Unis appliquaient aux pays plusieurs régimes en matière de droits compensateurs dans différentes circonstances, l'exemption de certains de ces régimes en vertu du PAP n'était pas en cause.[164] La question portait plutôt sur le traitement comparatif appliqué à différents pays dans le cadre de chacun de ces régimes, dont le groupe spécial a constaté qu'il était incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1947.[165] Il a constaté que les dispositions particulières de ces régimes accordant un traitement plus ou moins favorable avaient un caractère impératif parce qu'elles ne pouvaient pas être modifiées du chef de l'exécutif et partant, elles pouvaient donner lieu à une action en tant que telles.[166] Dans une note de bas de page relative à cette constatation, qui a été omise par les Communautés européennes, le groupe spécial citait les rapports *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* et *CE – Pièces et composants*.[167] Il n'y 'était pas fait référence au Protocole ou à des affaires dans lesquelles il était cité.

4.226 Les États-Unis notent que les Communautés européennes font aussi une comparaison fallacieuse entre les articles 301 à 310 et les lois en question dans l'affaire *Chaussures autres qu'en caoutchouc*. Premièrement, elles mettent l'accent sur une seule des dispositions examinées dans cette affaire, qui était une disposition de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur modifiant une loi de 1930. Cette modification, comme les autres lois en question datant de 1930 et de 1979, concernait les droits compensateurs et n'avait rien à voir avec les articles 301 à 310. Deuxièmement, les CE citent la modification de 1974 en soulignant les termes anglais "determinations" et "shall" et disent qu'elles "ne peuvent que souligner la grande ressemblance entre le libellé de l'article 331 et celui des articles 301 à 310 de la même Loi sur le commerce extérieur".

4.227 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes oublient de dire que les "déterminations" sur lesquelles elles insistent tant n'ont absolument rien à voir avec la constatation

---

[162] Les États-Unis se réfèrent au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt*, *op. cit.*, paragraphes 5.39, 5.57 et 5.60.

[163] *Ibid.*, paragraphe 5.39 et note.

[164] Les États-Unis se réfèrent au rapport du Groupe spécial *Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil* ("*Chaussures brésiliennes autres qu'en caoutchouc*"), adopté le 19 juin 1992, IBDD S39/142, paragraphes 2.6 et 2.8 (où il est dit que les États-Unis ne contestaient pas le fait que, si une loi en matière de droits compensateurs datant des années 30 était couverte par le PAP, une modification apportée à cette loi en 1974 ne l'était pas).

[165] *Ibid.*, paragraphes 6.14 et 6.17.

[166] *Ibid.*, paragraphe 6.13.

[167] Rapport du Groupe spécial *Chaussures brésiliennes autres qu'en caoutchouc*, *op. cit.*, paragraphes 6.4, 6.5, 6.14 et 6.17.

établie dans ce cas d'espèce. Ce qui était en cause dans l'affaire *Chaussures autres qu'en caoutchouc*, c'était les délais et les procédures prévus par chacune des lois pour l'abrogation des ordonnances en vigueur en matière de droits compensateurs. Les ordonnances visant des produits en provenance de pays admis depuis peu au bénéfice du SGP faisaient automatiquement l'objet d'un réexamen du dommage. Si le résultat était négatif, l'ordonnance était abrogée "rétroactivement" à compte de la date à laquelle les pays concernés avaient été admis au bénéfice du SGP. En revanche, les ordonnances visant des produits passibles de droits provenant de pays signataires du Code des subventions ne faisaient l'objet d'un réexamen du dommage que sur demande présentée dans les trois années suivant l'accession, et l'abrogation ne prenait effet "rétroactivement" qu'à compter de la date de la demande. Ce traitement différencié a été à l'origine de la constatation du groupe spécial relative à l'article I:1, constatation qui n'avait rien à voir avec les termes mis en relief dans la description des CE.

4.228 D'après les États-Unis, les Communautés européennes essayent aussi d'établir un parallèle spécieux entre la modification apportée en 1974 à la législation en matière de droits compensateurs et les articles 301 à 310 en déclarant que, conformément à cette législation,

> "l'administration a la faculté d'appliquer ou non un droit compensateur à des produits subventionnés. La prescription exigeant qu'elle n'applique pas le critère du préjudice *si* elle décide d'appliquer un droit compensateur a cependant été considérée comme impérative".

4.229 D'après les États-Unis, le problème, c'est que l'analyse des CE n'a aucun rapport avec celle du Groupe spécial. "La prescription exigeant que l'administration n'applique pas le critère du préjudice" 1) n'était pas en cause pour la bonne raison que 2) aucune prescription de ce genre ne figure dans la loi. Une fois encore, la question en litige était celle des délais et des procédures prévus pour le réexamen du préjudice et l'abrogation des ordonnances en vigueur en matière de droits compensateurs. Comme l'affaire concernait des ordonnances en vigueur, l'administration avait déjà déterminé dans chaque cas qu'il existait une subvention pouvant faire l'objet d'un droit compensateur, et ce des années avant que ne se pose la question de l'abrogation et de l'application de régimes différents en la matière. Ainsi, même s'il est exact de qualifier une telle détermination de discrétionnaire (les procédures et les méthodes à suivre pour l'établir sont décrites dans des dispositions législatives et réglementaires et laissent une certaine latitude), celle-ci n'était pas en cause dans ce différend et elle n'avait absolument aucun rapport avec "les dispositions en matière de rétroactivité" que le groupe spécial a considérées comme des dispositions impératives pouvant partant donner lieu à une action en tant que telles.

4.230 Les États-Unis soulignent que les Communautés européennes ne présentent aucune analyse expliquant en quoi cette pratique aurait changé dans le cadre de l'OMC parce que le Protocole n'était plus en vigueur. Le fait qu'une législation discrétionnaire ne donnait pas lieu à une action (ou qu'une législation impérative pouvait donner lieu à une action) a encore été examiné dans les affaires *Canada - Aéronefs civils*, *Turquie – Textiles* et *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, mais les Communautés européennes ne parlent que de la dernière de ces affaires. Dans leur analyse, elles ne fournissent aucun élément démontrant que le groupe spécial a appliqué une nouvelle définition du terme "impératif", ou s'est référé au Protocole portant application provisoire. En fait, le groupe spécial a constaté que les droits spécifiques appliqués par l'Argentine étaient des mesures impératives en se fondant sur la jurisprudence constante du GATT et de l'OMC établissant la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire.[168] Il a dit que "la jurisprudence du GATT et de l'OMC indique clairement qu'une mesure impérative peut être soumise à un groupe spécial même si

[168] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 6.45.

elle n'est pas encore entrée en vigueur".[169] Dans une note de bas de page dont les CE font abstraction, le groupe spécial a cité le rapport *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement.* Il a indiqué en outre que le rapport *États-Unis – Tabac* confirmait cette interprétation.[170]

4.231 D'après les États-Unis, si les CE avaient pris la peine d'analyser les affaires *Canada - Aéronefs* et *Turquie – Textiles,* elles auraient constaté que, dans les deux cas, le groupe spécial n'avait fait qu'appliquer la distinction établie dans le cadre du GATT entre une législation discrétionnaire et une législation impérative. Par exemple, dans l'affaire *Canada - Aéronefs,* le groupe spécial a déclaré:

> "… il importe de rappeler que les groupes spéciaux du GATT/de l'OMC ont toujours fait une distinction entre le droit facultatif et le droit impératif. C'est ainsi que, dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le Groupe spécial "a rappelé que des groupes spéciaux avaient toujours jugé qu'une législation qui rendait obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général pouvait être contestée en tant que telle, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif … la faculté d'agir de façon incompatible avec l'Accord général ne pouvait pas en soi être contestée; seule l'application effective de cette législation de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée".[171] (citation omise)

4.232 Les États-Unis considèrent que, dans aucune des deux affaires précitées, le groupe spécial n'a redéfini le terme "impératif" ou ne s'est référé au Protocole portant application provisoire pour le faire.[172] Par conséquent, l'allégation des CE selon laquelle la définition du terme impératif a changé parce que le Protocole n'est plus en vigueur est tout à fait fantaisiste. Ni les groupes spéciaux du GATT qui ont établi qu'une législation impérative pouvait donner lieu à une action ni ceux de l'OMC qui ont continué d'appliquer cette règle n'ont invoqué l'existence ou l'expiration du Protocole ou quoi que ce soit d'autre le concernant.[173]

iii) L'Accord de Marrakech

4.233 **Les Communautés européennes font valoir en outre** que l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech impose aux Membres de l'OMC une obligation nouvelle de plus grande portée que celle qui découle des articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou de la situation juridique existant dans le cadre du GATT de 1947,

---

[169] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 6.45.

[170] *Ibid.*

[171] Rapport du Groupe spécial *Canada - Aéronefs, op. cit.*, paragraphe 9.124, *citant* le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 118.

[172] Voir *Canada – Aéronefs, op. cit.*, paragraphe 9.124; rapport du Groupe spécial *Turquie - Restrictions à l'importation de textiles et de vêtements*, distribué le 31 mai 1999, WT/DS34/R, paragraphe 9.37.

[173] Les États-Unis ajoutent que même si la distinction entre des mesures impératives et des mesures discrétionnaires découlait de la distinction faite dans le Protocole, on ne comprend pas bien comment la définition du terme "impératif" aurait pu changer. Soit une loi "prescrit" – ordonne, impose – une mesure incompatible, soit elle ne le fait pas.

> "chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées [dans les Accords de l'OMC]".

4.234 Les Communautés européennes soulignent que cette disposition exige en particulier une action concrète de chaque Membre de l'OMC pour assurer la conformité de sa législation, qui englobe non seulement les lois, mais aussi les réglementations et les procédures administratives.

4.235 Les Communautés européennes indiquent en outre que, lorsqu'ils sont convenus d'adopter le Mémorandum d'accord, les participants au Cycle d'Uruguay cherchaient explicitement, à travers l'article 3_2, à assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Cet objectif a été confirmé ultérieurement par l'Organe d'appel, dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*, comme étant[174]

> "un objet et un but de l'*Accord sur l'OMC* de manière générale, ainsi que du GATT de 1994".

4.236 Les Communautés européennes notent enfin que les clauses du PAP et des protocoles d'accession concernant la législation en vigueur ont été explicitement exclues de la définition de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

4.237 De l'avis des Communautés européennes, le nouvel environnement juridique décrit ci-dessus a quatre conséquences importantes:

a) Contrairement à ce qui se passait dans le cadre du GATT de 1947, un conflit entre une loi incompatible préexistante et une obligation découlant d'un accord visé doit être réglé en faveur de cette dernière, au détriment de la première. Comme l'a déterminé l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*[175], cette nouvelle règle est applicable sans exception depuis le 1er janvier 1995.

b) Les obligations découlant de l'article XVI:4 concernent non seulement la législation mais aussi les réglementations et procédures administratives, c'est-à-dire le type de loi normalement adoptée et modifiée par décision du pouvoir exécutif. La distinction entre une loi qui s'impose au pouvoir exécutif et une loi qui peut être modifiée par lui n'est donc plus pertinente.

c) Comme les CE l'ont rappelé dans leur déclaration orale du 29 juin 1999, les mots "assurera" et "conformité" figurant à l'article XVI:4, considérés ensemble dans leur contexte, indiquent que cette disposition n'exige pas simplement des Membres de l'OMC qu'ils confèrent officiellement au pouvoir exécutif le droit d'agir de façon conforme aux règles de l'OMC, mais les obligent à structurer leur législation d'une manière qui "rend certaine" la réalisation des objectifs des accords visés.[176]

---

[174] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *CE – Matériels informatiques*, *op. cit.*

[175] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (Etats-Unis), op. cit.*, paragraphe 81.

[176] Les Communautés européennes disent qu'il est intéressant de noter que, dans un contexte factuel différent, le Comité des droits de l'homme – institué par l'article 28 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques – a suivi un raisonnement qui est comparable, *mutatis mutandis*, à celui qu'elles suggèrent en l'espèce. En effet, dans l'affaire "Femmes mauriciennes", le Comité a estimé, à propos de la possibilité de la violation directe d'un droit du fait d'une loi, que "son applicabilité doit en tout état de cause être telle que le risque encouru par la victime présumée dépasse le cadre des possibilités théoriques" (non souligné dans l'original) (35/1978, paragraphe 9.2).

d) L'article 3:2 du Mémorandum d'accord et le principe de l'exécution "de bonne foi" des obligations internationales énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ne permettent plus l'existence de situations juridiques, dans le cadre des lois, des réglementations et des procédures administratives nationales, ou d'une combinaison de celles-ci, qui pourraient compromettre sérieusement la sécurité et la prévisibilité du système commercial international. Une loi, une réglementation ou une procédure administrative nationale dont la structure et les principes de base sont expressément conçus pour créer des incertitudes dans les relations commerciales avec les autres Membres ne pourrait donc jamais être considérée comme conforme aux règles de l'OMC.

4.238 Les Communautés européennes font valoir en outre que, dans ce nouvel environnement juridique, il n'est plus justifié d'appliquer en tant que telles à la législation nationale les règles élaborées dans le cadre du GATT de 1947. Conformément à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord et au principe de l'exécution de "bonne foi" énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la législation d'un Membre ne peut pas être considérée comme compatible avec les règles de l'OMC simplement parce qu'elle n'exclut pas formellement des mesures compatibles avec ces règles. Les Membres de l'OMC doivent désormais aller plus loin et veiller à ce que leur législation ne soit pas conçue de manière à entraver la mise en œuvre des obligations leur incombant dans le cadre de l'OMC.

4.239 Les Communautés européennes font valoir que la pratique des groupes spéciaux depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC n'est pas probante (et partant ne s'oppose pas à l'interprétation susmentionnée) ou corrobore leur opinion.

4.240 Les Communautés européennes soulignent que le rapport de 1998 du Groupe spécial *Japon - Mesures affectant les produits agricoles* traitait en particulier de l'interprétation du paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord SPS, qui est libellé comme suit:

> "les mesures sanitaires ou phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents".

4.241 De l'avis des Communautés européennes, cette disposition a une fonction analogue à celle de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech. Elle définit comme étant une mesure phytosanitaire la législation nationale relative aux mesures phytosanitaires, et pas seulement les mesures prises en vertu de cette législation. Cela signifie que chaque Membre doit veiller à ce que sa législation relative aux mesures phytosanitaires soit en conformité avec les obligations que lui impose l'Accord SPS. Le Japon a fait valoir pour l'essentiel que sa législation est en conformité avec l'Accord SPS parce qu'elle ne prescrit pas de mesures incompatibles avec l'Accord. Le Groupe spécial a rejeté cet argument pour les raisons suivantes:

> "8.111 Même si la prescription relative aux essais par variété n'est pas d'application obligatoire - en ce sens que les pays exportateurs peuvent démontrer l'efficacité du traitement par d'autres moyens - à notre avis, elle constitue bel et bien une "réglementation phytosanitaire" soumise à l'obligation de publication énoncée à l'Annexe B. La note de bas de page relative au paragraphe 1 de l'Annexe B se réfère d'une manière générale aux "mesures phytosanitaires telles que lois, décrets ou ordonnances".[177] Rien dans le libellé de ce paragraphe n'exige que ces mesures soient

[177] [Note de bas de page originale] Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord et à la jurisprudence établie de l'OMC, nous interpréterons ces termes du paragraphe 1 de l'Annexe A suivant les règles interprétatives de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ("Convention de Vienne"), en

> obligatoires ou juridiquement exécutoires. De plus, le paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord SPS indique clairement que "les mesures phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents". Par contre, il n'exige pas que ces mesures soient obligatoires ou juridiquement exécutoires. L'interprétation selon laquelle il n'est pas nécessaire que des mesures soient obligatoires pour qu'elles soient soumises aux disciplines de l'OMC est confirmée par le contexte des dispositions SPS pertinentes, contexte qui inclut des dispositions d'autres accords de l'OMC et la façon dont ces dispositions définissent les termes "mesure", "prescription" ou "restriction"[178], tels qu'ils sont interprétés dans la jurisprudence du GATT et de l'OMC.[179] Ce contexte indique qu'une mesure gouvernementale non obligatoire est elle aussi soumise aux dispositions de l'OMC s'il est nécessaire de se conformer à cette mesure pour obtenir du gouvernement un avantage ou, en d'autres termes, s'il existe des incitations ou des désincitations suffisantes pour que cette mesure soit respectée." (non souligné dans l'original)

4.242 Les Communautés européennes considèrent que ce raisonnement peut être appliqué à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC parce que la raison d'être de cette disposition est analogue à celle du paragraphe 1 de l'annexe A de l'Accord SPS: ce qui est pertinent, ce sont les effets sur le commerce de la loi en question et les incitations ou désincitations qu'elle crée, et pas seulement si elle est impérative ou non.

---

particulier l'article 31 de ladite convention dont la partie pertinente dispose ce qui suit: "1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à donner aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but."

[178] [Note de bas de page originale] Par exemple, la Liste exemplative de mesures concernant les investissements et liées au commerce ("MIC") figurant en annexe de l'Accord sur les MIC indique que les MIC incompatibles avec les articles III:4 et XI:1 du GATT incluent celles qui sont "obligatoires ou qui ont force exécutoire en vertu de la législation nationale ou de décisions administratives, *ou auxquelles il est nécessaire de se conformer pour obtenir un avantage*" (pas d'italique dans l'original).

[179] [Note de bas de page originale] Récemment, par exemple, le Groupe spécial chargé de l'affaire *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs* (rapport adopté le 22 avril 1998, WT/DS44/R), examinant une allégation d'annulation ou de réduction sans violation au titre de l'article XXIII:1 b) du GATT, a déclaré ce qui suit (au paragraphe 10.49):

"une politique ou une action d'un gouvernement n'a pas nécessairement besoin d'être substantiellement contraignante ou obligatoire pour qu'il y ait de grandes chances de voir les acteurs privés s'y conformer d'une manière propre à annuler ou compromettre des avantages légitimement escomptés dans le cadre de l'article XXIII:1 b). De fait, il est évident que des actions non contraignantes, y compris des incitations ou des désincitations suffisantes pour que des parties privées agissent d'une manière particulière, peuvent potentiellement exercer des effets défavorables sur les conditions de la concurrence pour l'accès au marché".

Voir aussi le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Japon - Commerce des semi-conducteurs* [("*Japon – Semi-conducteurs*")], adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, dans lequel le Groupe spécial a constaté (au paragraphe 109) que bien que les mesures ne soient pas obligatoires, elles pouvaient être considérées comme des "restrictions" soumises à l'article XI:1 du GATT s'il existait des "incitations ou des désincitations suffisantes pour que des mesures non obligatoires prennent effet". De même, le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE - Pièces détachées et composants* (rapport adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142) a considéré (au paragraphe 5.21) que les termes "lois, règlements ou prescriptions" figurant à l'article III:4 du GATT englobaient les prescriptions "qu'une entreprise accepte volontairement afin d'obtenir du gouvernement un avantage".

4.243 Les Communautés européennes font remarquer en outre que, dans son rapport de 1997, le groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles*[180] a constaté ce qui suit:

> "6.45 S'agissant de l'argument de l'Argentine selon lequel l'allégation des États-Unis ne devait pas être examinée parce qu'elle ne portait que sur une violation éventuelle - argument à l'appui duquel l'Argentine a invoqué le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire du *Tabac* - nous notons que les mesures de l'Argentine, à savoir les droits spécifiques, sont des mesures impératives. L'Argentine admet que les fonctionnaires des douanes sont obligés de percevoir les droits spécifiques sur toutes les importations. La jurisprudence du GATT/de l'OMC est claire en ce sens qu'elle veut qu'un groupe spécial puisse être saisi d'une mesure impérative, même si la mesure adoptée n'est pas encore en vigueur et qu'elle n'a pas d'effet sur le commerce de la partie plaignante:
>
> > "[...] il convient de considérer l'existence même d'une législation impérative prévoyant l'imposition d'une taxe intérieure, sans qu'elle soit appliquée à un produit importé donné, comme relevant de la première phrase du paragraphe 2 de l'article III."
>
> Nous estimons de même que le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire du *Tabac* ne fait que confirmer ce principe.
>
> 6.46 En outre, dans le cadre de la troisième procédure concernant les *Bananes III*, l'Organe d'appel a confirmé que les principes élaborés dans le cadre de l'affaire du *Fonds spécial pour l'environnement* étaient encore parfaitement applicables aux différends relevant de l'OMC et qu'une mesure modifiant le rapport compétitif entre les Membres annulait les avantages qui découlaient pour ces Membres de l'Accord sur l'OMC.
>
> > "[...] on ne saurait interpréter la première phrase du paragraphe 2 de l'article III comme visant à protéger le volume d'exportations escompté; ce qu'elle protège, c'est le rapport compétitif escompté entre les produits importés et nationaux. Tout changement de ce rapport compétitif contraire à cette disposition doit par conséquent être considéré *ipso facto* comme annulant ou compromettant des avantages conférés par l'Accord général."
>
> Nous estimons qu'il convient également d'appliquer ce principe lorsqu'il s'agit des obligations énoncées à l'article II du GATT, qui prescrivent un "traitement [non] moins favorable que celui" qui est prévu dans la liste d'un Membre. En l'espèce, nous estimons que le rapport compétitif entre les parties a été modifié unilatéralement par l'Argentine parce que sa mesure impérative peut manifestement entraîner un dépassement des niveaux consolidés, ce qui compromet la sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC." (non souligné dans l'original)

4.244 De l'avis des Communautés européennes, la décision de ce groupe spécial corrobore pleinement leur point de vue.

---

[180] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis), op. cit.*

4.245 **Les États-Unis font valoir** que, d'après les Communautés européennes, la pratique des groupes spéciaux depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC "n'est pas probante (et partant ne s'oppose pas [à leur théorie du "nouvel environnement juridique"]), ou corrobore leur opinion". À l'appui de cette affirmation, elles citent les rapports *Japon – Mesures affectant les produits agricoles*[181] et *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles.* Or, le Groupe spécial *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis)* n'a fait que réaffirmer qu'une législation à caractère impératif peut donner lieu à une action, sans redéfinir le terme "impératif", comme les Communautés européennes tentent de le faire ici.

4.246 Les États-Unis font observer que, en ce qui concerne l'affaire *Japon – Produits agricoles*, les Communautés européennes se réfèrent à une analyse du groupe spécial portant sur l'obligation de publication énoncée au paragraphe 1 de l'Annexe B de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires. Cette analyse n'abordait pas la question de savoir si des mesures discrétionnaires pouvaient donner lieu à une action, question qui n'a d'ailleurs jamais été soulevée dans cette affaire. Contrairement à ce que disent les Communautés européennes, le Japon n'a pas "fait valoir pour l'essentiel que sa législation est en conformité avec l'Accord SPS parce qu'elle ne prescrit pas de mesures incompatibles avec l'Accord".[182] Le Japon a au contraire fait valoir que sa prescription relative aux essais par variété ne correspondait pas à la définition particulière des "réglementations sanitaires et phytosanitaires" donnée à l'Annexe B de l'Accord SPS.[183] Le groupe spécial a rejeté l'argument du Japon et a constaté que la définition de l'Annexe n'était pas limitée, comme le suggérait le Japon.

4.247 Les États-Unis notent que, d'après les Communautés européennes, le raisonnement tenu par le Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Produits agricoles* "peut être appliqué" à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC "parce que la raison d'être de cette disposition est analogue à celle du paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord SPS". Cette conclusion est absurde. La raison d'être du paragraphe 1 de l'Annexe B – publication des mesures SPS – ne peut pas être comparée à celle de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC – faire en sorte que les lois nationales permettent l'exécution des obligations internationales. De surcroît, l'examen par un groupe spécial d'une définition explicite des "mesures" ne peut pas être comparé à l'examen de la question de savoir si la simple existence d'une législation non impérative peut amener à constater que celle-ci est incompatible avec les règles de l'OMC.

4.248 Les États-Unis font valoir en outre que les Communautés européennes prétendent aussi que l'invocation par le Groupe spécial *Japon – Produits agricoles* de précédents jurisprudentiels établis dans le cadre du GATT et antérieurs à l'OMC[184] corrobore en quelque sorte leur thèse selon laquelle la définition du terme "impératif" a changé depuis la création de l'OMC. Outre la question de chronologie, les Communautés confondent deux types distincts de jurisprudence du GATT, qui impliquent des propositions très différentes: 1) la jurisprudence relative à l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*, selon laquelle la simple existence d'une législation donnant aux autorités gouvernementales la faculté de se conformer ou non à leurs obligations au regard du GATT ou de

[181] Rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures visant les produits agricoles* ("*Japon – Produits agricoles*"), adopté le 19 mars 1999, WT/DS76/R.

[182] *Ibid.*

[183] La note de bas de page 5 de l'Annexe B précise que cette annexe vise les "mesures sanitaires et phytosanitaires telles que lois, décrets ou ordonnances d'application générale". Voir l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, Annexe B, note de bas de page 5.

[184] Il s'agit notamment du rapport du Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs, op. cit.*, paragraphe 109 et du rapport du Groupe spécial *CE – Pièces et composants, op. cit.*, paragraphe 5.21.

l'OMC ne justifie pas que l'on constate une incompatibilité; et 2) la jurisprudence relative aux affaires *Machines italiennes* et *Loi canadienne sur l'examen de l'investissement étranger*, selon laquelle une mesure qui, en principe, ne prescrit pas que les acteurs privés s'y conforment peut néanmoins être considérée comme une "prescription" ou une "restriction" gouvernementale relevant des dispositions des articles III ou XI du GATT de 1947 si elle crée des incitations ou des désincitations suffisantes pour que les acteurs privés s'y conforment.[185]

4.249 Les États-Unis estiment que la confusion faite par les CE rappelle celle qu'a faite le Groupe spécial dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, où il "mêle, et dès lors confond, deux concepts différents découlant de la pratique antérieure du GATT".[186] De même, les Communautés européennes posent en principe qu'il existe des mesures qui ne sont pas véritablement discrétionnaires, théorie basée sur des hypothèses, des déductions et une interprétation erronée de constatations de groupes spéciaux sans lien entre elles, du Protocole portant application provisoire et de divers objectifs du Mémorandum d'accord et de l'Accord sur l'OMC. Comme les théories considérées dans les affaires *Inde – Brevets (États-Unis)* et *États-Unis – Crevettes*, la théorie des CE n'est pas étayée par les textes et doit être rejetée. L'examen de la compatibilité des articles 301 à 310 avec l'article 23 du Mémorandum d'accord et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC doit reposer sur le texte de ces dispositions.

4.250 En réponse à une question du Groupe spécial sur les critères qu'il faudrait appliquer pour déterminer si un Membre a assuré la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations au regard de l'OMC, **les Communautés européennes affirment** que, comme cela a été démontré, il n'y a plus lieu de se baser sur la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire établie dans la pratique du GATT de 1947. Cela ne signifie pas cependant que toute législation nationale qui n'empêche pas l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC et qui, partant, laisse la possibilité de prendre des mesures qui s'en écartent ("écart potentiel") est incompatible avec ces règles. Il faut désormais faire une distinction entre

a) une législation nationale destinée simplement à transférer le pouvoir de décision d'un organe constitutionnel (en général, le Parlement) à un autre (en général, le pouvoir exécutif) selon des paramètres spécifiés, et

b) une législation nationale qui n'empêche pas le pouvoir exécutif d'agir de façon compatible avec les règles de l'OMC, mais qui est manifestement destinée – de par sa conception, sa structure et ses principes de base – à encourager la violation de ces règles ou qui fait obstacle de toute autre façon à l'adoption de mesures compatibles avec ces règles.

4.251 De l'avis des Communautés européennes, le premier type de législation nationale est véritablement discrétionnaire. Elle reflète simplement la volonté du législateur de déléguer le pouvoir de décision à l'administration. Les Membres de l'OMC sont libres de déterminer comment répartir le

[185] Voir le rapport du Groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles* ("*Machines italiennes*"), adopté le 23 octobre 1958, IBDD S7/64; rapport du Groupe spécial *Canada – Administration de la Loi sur l'examen des investissements étrangers* ("*Canada – Loi sur l'examen des investissements étrangers*"), adopté le 7 février 1984, IBDD S30/147, paragraphe 5.4; *CE – Pièces et composants*, paragraphe 5.21; *Japon – Semi-conducteurs*, *op. cit.*, paragraphe 109.

[186] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 36. D'après les États-Unis, ce groupe spécial a confondu le concept de protection des attentes des parties quant au rapport compétitif entre leurs produits et les produits des autres parties et le concept de protection des attentes raisonnables des parties concernant les concessions en matière d'accès aux marchés, et ce pour développer une théorie de la "protection des attentes légitimes" qui ne figure pas dans le texte de l'Accord sur les ADPIC. *Ibid.*

pouvoir de décision en matière de politique commerciale entre le législatif et l'exécutif. L'article XVI:4 exige concrètement qu'ils assurent la conformité de leurs lois avec leurs obligations au regard des accords visés pour qu'elles n'aillent pas à l'encontre des objectifs de l'OMC. Mais il n'exige pas que les Membres transfèrent tout le pouvoir de décision au législateur. C'est pourquoi il serait inexact de donner de l'article XVI:4 une interprétation large au point de considérer qu'il oblige les Membres à inclure dans leur droit interne des dispositions expresses interdisant l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.

4.252 Les Communautés européennes ajoutent que le deuxième type de législation n'est pas véritablement discrétionnaire. Il vise non pas à transférer le pouvoir de décision, selon des paramètres spécifiés, d'une branche du gouvernement à une autre, mais à entraver la mise en œuvre des obligations au regard de l'OMC. Il introduit, sans raison légitime, un élément d'incertitude juridique et d'imprévisibilité dans les relations commerciales avec les autres Membres. Un Membre qui maintient une telle législation n'a pas assuré la conformité de celle-ci avec ses obligations au regard de l'OMC, même si cette législation n'empêche pas en principe de prendre des mesures compatibles avec les règles de l'OMC.

4.253 Les Communautés européennes rappellent leur argument selon lequel, pour déterminer si une législation qui n'empêche pas de prendre des mesures compatibles avec les règles de l'OMC est véritablement discrétionnaire, les groupes spéciaux devraient examiner en priorité le texte de la loi ou de la réglementation nationale.

4.254 De l'avis des Communautés européennes, cette analyse du texte devrait viser premièrement à déterminer si la législation laisse à l'administration une grande latitude pour élaborer une politique selon certains paramètres prédéterminés[187] ou si elle incite l'exécutif à agir systématiquement de façon

[187] Les Communautés européennes font observer que les États-Unis ont cité le rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*, *op. cit.*, qui n'a pas encore été adopté, comme apportant la preuve que la pratique établie dans le cadre du GATT de 1947 pour définir une législation impérative et une législation discrétionnaire avait toujours cours depuis la fin du Cycle d'Uruguay. Les Communautés européennes ne partagent pas ce point de vue. Elles estiment que ce récent rapport corrobore pleinement l'approche qu'elles suggèrent. En examinant la teneur juridique de l'article 10 de la Loi du Canada sur l'expansion des exportations, le Groupe spécial a conclu à juste titre que "donner mandat de faciliter et d'accroître le commerce extérieur du Canada n'équivaut pas à donner mandat d'accorder des subventions puisque les mesures destinées à faciliter et accroître le commerce extérieur pouvaient prendre des formes très diverses" (paragraphe 9.127, *in fine*). La lecture de la disposition pertinente de cette loi confirme qu'il s'agit d'un cas évident de législation véritablement discrétionnaire selon les critères proposés ici par les Communautés européennes:

"Mission et pouvoirs

10. (1) La société a pour mission de soutenir et de développer, directement ou indirectement, le commerce extérieur du Canada ainsi que la capacité du pays d'y participer et de profiter des débouchés offerts sur le marché international.

Pouvoirs

(1.1) Dans le cadre de sa mission mais sous réserve des règlements qui peuvent être pris aux termes du paragraphe (6), la Société peut:

a) acquérir et aliéner, par tout moyen, des droits sur des biens;

b) conclure, au profit de toute personne, une entente en matière d'assurance, de réassurance, d'indemnisation ou de garantie;

contraire aux obligations du Membre au regard de l'OMC et est au moins suffisamment contraignante et bien définie. Dans ce dernier cas, la mesure ne devrait pas être considérée comme véritablement discrétionnaire.

4.255 Les Communautés européennes estiment en outre que les groupes spéciaux devraient examiner la conception, la structure et les principes de base de la législation nationale considérée. Toute loi ou réglementation nationale dont la structure, la conception ou les principes de base vont à l'encontre de la compatibilité avec les obligations du Membre au regard de l'OMC, ou qui est destinée à introduire un élément d'incertitude et d'imprévisibilité dans les relations commerciales entre les Membres, ou encore qui est structurée de manière à ce qu'il soit difficile, improbable ou pratiquement impossible pour l'exécutif de l'appliquer de façon compatible avec les règles de l'OMC ne pourrait pas être considérée comme véritablement discrétionnaire.

4.256 Les Communautés européennes soulignent à cet égard que, comme cela est indiqué à juste titre au paragraphe 7.119 du récent rapport du Groupe spécial *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*[188]

> "Les déclarations d'un gouvernement qui contredisent les positions établies de l'OMC (c'est-à-dire qui révèlent une intention ou un dessin protecteur) sont les plus probantes. Par conséquent, il est moins probable que des observations intéressées émanant d'un gouvernement qui tente de justifier sa mesure soient particulièrement probantes."

4.257 Les Communautés européennes expliquent en outre qu'un autre principe directeur à appliquer pour déterminer si une loi ou une réglementation nationale correspond à une mesure véritablement discrétionnaire est fourni par la définition donnée par Dailler et Pellet du principe du droit international public concernant l'exécution de "bonne foi": "L'exécution de bonne foi exige

---

c) conclure une entente ayant pour effet d'ouvrir un crédit au profit d'une personne ou comportant un engagement de verser une somme d'argent à une personne;

d) acquérir des droits sur des biens à titre de sûreté;

e) recueillir, analyser, publier et diffuser des renseignements et fournir des services de consultation;

f) obtenir la constitution, la dissolution ou la fusion des filiales;

g) acquérir et aliéner, par tout moyen, des droits sur une entité;

h) faire des placements et effectuer les opérations utiles à sa gestion financière;

i) agir à titre de mandataire d'une personne ou autoriser une personne à agir à titre de mandataire pour elle;

j) prendre les mesures qu'elle estime utiles à la protection de ses intérêts;

k) de façon générale, prendre toutes autres mesures utiles à l'exercice de ses attributions et de ses activités.

[188] Rapport du Groupe spécial *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, distribué le 15 juin 1999, WT/DS87/R-WT/DS110/R.

positivement fidélité et loyauté aux engagements pris" et devrait donc exclure "toute tentative de "fraude à la loi", toute ruse".[189]

4.258 En réponse à une question du Groupe spécial demandant si les règles applicables conformément aux règles de l'OMC en général et à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC en particulier sont respectées quand une législation prescrit une taxe discriminatoire tout en autorisant "certaines exceptions limitées dans des circonstances particulières laissées à la discrétion des autorités", les Communautés européennes font valoir que l'on peut trancher cette question soulevée par le Groupe spécial en appliquant les critères qu'elles ont proposés précédemment.

4.259 Les Communautés européennes font remarquer que, d'après l'Oxford English Reference Dictionary, une règle est "un principe que l'on suit ou que l'on doit suivre" et une exception est "une situation qui échappe à la règle". En pratique, l'existence d'exceptions est considérée comme la confirmation de l'existence de la règle.

4.260 Les Communautés européennes indiquent que, dans l'exemple que le Groupe spécial a soumis aux parties, le fait que l'administration a le pouvoir, dans certaines circonstances, d'agir en faisant exception à la règle devrait être interprété de la façon suivante:

a) l'administration est tenue, par principe, d'observer la règle (incompatible avec les règles de l'OMC);

b) l'exception est limitée à certains cas particuliers;

c) l'existence de l'exception confirme l'existence de la règle (incompatible avec les règles de l'OMC);

d) par voie de conséquence, l'exception ne pourrait se substituer systématiquement à la règle sans que la loi elle-même soit modifiée et, en tout état de cause, sans aller à l'encontre de l'objectif général (incompatible avec les règles de l'OMC) que le législatif se proposait d'atteindre.

4.261 Les CE estiment donc que, si la législation d'un Membre prévoit une ou plusieurs règles incompatibles avec une ou plusieurs obligations découlant d'un accord de l'OMC, elle devrait être considérée comme contraire en soi aux obligations du Membre, qu'elle soit effectivement appliquée ou non et qu'elle prévoit ou non des "exceptions limitées dans des circonstances particulières laissées à la discrétion des autorités".

4.262 Les Communautés européennes font valoir que la conception, la structure et les principes de base d'une telle législation (c'est-à-dire son "intention" exprimée objectivement) seraient dominés par la règle (incompatible avec les règles de l'OMC). Cette législation irait délibérément à l'encontre de la compatibilité avec les règles de l'OMC et ne pourrait donc pas être modifiée par quelques "exceptions limitées" à la règle (incompatible avec les règles de l'OMC). De plus, la simple existence d'une législation imposant des règles (incompatibles avec les règles de l'OMC) introduirait inévitablement un élément constant d'incertitude, d'insécurité et d'imprévisibilité dans les relations commerciales entre les Membres et ne pourrait en aucune façon être considérée comme l'exécution de "bonne foi" des obligations du Membre au regard de l'OMC, au titre de à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et (encore moins) au titre de la règle plus contraignante énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech.

[189] Droit international public, (1994), paragraphe 143.

4.263 Les Communautés européennes font valoir en outre que cela est encore plus pertinent lorsqu'il n'y a qu'une lointaine possibilité de bénéficier d'une "mesure de faveur " dans un cas particulier, d'une sorte de dérogation accordée par les plus hautes autorités politiques du Membre concerné[190], et quand cette "mesure de faveur" est subordonnée à un certain nombre de critères objectifs qui peuvent, en pratique, amener le Membre visé à céder à des pressions incompatibles avec les règles de l'OMC.

4.264 **Les États-Unis font observer** que les Communautés européennes ont laissé entendre que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, conjugué à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, et la suppression du Protocole portant application provisoire ont créé un "nouvel environnement juridique". D'après elles, "dans ce nouvel environnement juridique, il n'est plus justifié d'appliquer en tant que telles à la législation nationale les règles élaborées dans le cadre du GATT de 1947". Au lieu de cela, "les Membres de l'OMC doivent désormais aller plus loin et veiller à ce que leur législation ne soit pas conçue de manière à entraver la mise en œuvre des obligations leur incombant dans le cadre de l'OMC". Les groupes spéciaux doivent donc appliquer de nouvelles règles pour faire une distinction entre les législations discrétionnaires afin de déterminer celles qui "ne sont pas véritablement discrétionnaires". D'après les Communautés européennes, une loi n'est pas véritablement discrétionnaire si elle "n'empêche pas le pouvoir exécutif d'agir de façon compatible avec les règles de l'OMC, mais est manifestement destinée - de par sa conception, sa structure et ses principes de base - à encourager la violation de ces règles ou fait obstacle de toute autre façon à l'adoption de mesures compatibles avec ces règles". Une telle loi "introduit, sans raison légitime, un élément d'incertitude juridique et d'imprévisibilité dans les relations commerciales avec les autres Membres".

4.265 D'après les États-Unis, les Communautés européennes prétendent tirer ce critère de "l'article 3:2 du Mémorandum d'accord et du principe de l'exécution "de bonne foi" des obligations internationales énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités", qui "ne permettent plus" l'existence de situations juridiques "qui pourraient compromettre sérieusement la sécurité et la prévisibilité du système commercial international". Oubliant que le texte de l'article 3:2 découle des Règles de Montréal de 1989 et est donc antérieur à leur "nouvel environnement juridique", les CE cherchent à créer, à partir d'une disposition de l'OMC relative aux objectifs du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et de ses propres notions "de bonne foi" et d'"incertitude", une obligation entièrement nouvelle qui ne figure dans aucune disposition de l'Accord sur l'OMC ou de ses annexes.

4.266 Les États-Unis rappellent que l'Organe d'appel a déjà été confronté à une telle situation. Les Communautés européennes font même allusion à une situation de ce genre dans leur déclaration orale lorsqu'elles évoquent le fait que, dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, les États-Unis ont repris à leur compte la constatation du groupe spécial selon laquelle "la protection des attentes légitimes des Membres de l'OMC quant aux conditions de concurrence est aussi capitale pour le commerce touchant la propriété intellectuelle qu'elle l'est pour le commerce de marchandises sans rapport avec la propriété intellectuelle". Ce que les Communautés ne disent pas, c'est que l'Organe d'appel a catégoriquement infirmé cette constatation.

4.267 Les États-Unis font observer que, dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, le groupe spécial a constaté qu'il fallait tenir compte des "attentes légitimes des Membres de l'OMC" et que "la

[190] Les Communautés européennes font observer que, dans un contexte différent, la Cour européenne des droits de l'homme a suivi un raisonnement qui est comparable, *mutatis mutandis*, à celui qu'elles proposent en l'espèce. Dans l'affaire "*Soering*" (1/1989/161/217), la Cour a déclaré ce qui suit:

"Dans le libre exercice de son pouvoir d'appréciation, l'Attorney de l'État a décidé lui-même de requérir et persister à requérir la peine capitale parce que le dossier lui semble le commander (…) Partant, la perspective de voir l'intéressé exposé [au syndrome du couloir de la mort], comme il le redoute, se révèle telle que l'article 3 entre en jeu."

protection des attentes légitimes des Membres concernant les conditions de concurrence est dans le cadre du GATT un principe bien établi", découlant en partie de l'article XXIII du GATT de 1994, où sont énoncées les dispositions fondamentales du GATT et de l'OMC en matière de règlement des différends, et de rapports de groupes spéciaux du GATT portant sur l'article III du GATT de 1947.[191] De plus, en se fondant sur l'article 31 de la Convention de Vienne, qui dispose qu'un traité doit être interprété de "bonne foi" suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

> "À notre avis, une interprétation de bonne foi exige la protection des attentes légitimes suscitées par la protection des droits de propriété intellectuelle prévue dans l'Accord."[192]

4.268 Les États-Unis font observer en outre que l'Organe d'appel a rejeté ce point de vue, notant que le groupe spécial avait "mêl[é] et dès lors confond[u] deux concepts différents découlant de la pratique antérieure du GATT"[193], et avait mal appliqué l'article 31 de la Convention de Vienne:

> "Il interprète mal le concept des attentes légitimes dans le contexte des règles coutumières d'interprétation du droit international public. Les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même. Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne. Mais ces principes d'interprétation ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus."[194]

4.269 Les États-Unis indiquent que l'Organe d'appel s'est ensuite référé à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, qui dispose que "[l]es recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés", et à l'article 19:2 du Mémorandum qui dispose que "[c]onformément au paragraphe 2 de l'article 3, dans leurs constatations et leurs recommandations, le groupe spécial et l'Organe d'appel ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".[195] L'Organe d'appel a déclaré: "Ces dispositions parlent d'elles-mêmes. Il ne fait aucun doute qu'aussi bien les groupes spéciaux que l'Organe d'appel doivent s'y conformer."[196]

4.270 D'après les États-Unis, les Communautés européennes essayent dans la présente affaire, de façon encore plus spectaculaire, "d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure

---

[191] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphes 7.20 et 7.22. Les rapports de groupes spéciaux cités par ce groupe spécial étaient notamment les suivants: *Italie – Machines agricoles, op. cit.*, paragraphes 12 et 13; *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.22 et *États-Unis - Article 337, op. cit.*, paragraphe 5.13.

[192] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit*., paragraphe 7.18.

[193] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 36.

[194] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 45 (non souligné dans l'original).

[195] *Ibid*., paragraphe 47, citant les articles 3:2 et 19:2 du Mémorandum d'accord.

[196] *Ibid.*

dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus"[197], approche rejetée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*. Leur critère pour déterminer qu'une loi "n'est pas véritablement discrétionnaire" ne figure pas dans l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC ou dans l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, ou dans toute autre disposition d'un accord visé. Les Communautés européennes ne prétendent d'ailleurs pas qu'il y figure. Ce critère repose sur une extrapolation de la notion de sécurité et de prévisibilité énoncée à l'article 3:2 – qui désigne un objectif, et non une obligation – et d'une vague explication de l'obligation d'agir de "bonne foi" énoncée dans la Convention de Vienne – qui n'est pas un accord visé.

4.271 Les États-Unis notent que l'article 3:2 commence par l'affirmation suivante: "Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".[198] Cet énoncé de l'objet du Mémorandum d'accord donne à entendre que c'est le Mémorandum d'accord lui-même qui permet d'atteindre cet objectif. Autrement dit, les obligations de fond énoncées dans l'Accord sur l'OMC et ses annexes, mises en œuvre au moyen du Mémorandum d'accord, assurent sécurité et prévisibilité. "Les attentes légitimes des parties à un traité ressortent de l'énoncé du traité lui-même."[199] Comme l'Organe d'appel l'a souligné dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, des interprétations qui vont plus loin que le texte pour créer des obligations à partir de rien, en fonction de ses propres aspirations, peuvent menacer la légitimité du système de règlement des différends. L'article 3:2 fait une distinction entre le règlement des différends et le fait de légiférer et prescrit aux groupes spéciaux de s'abstenir de légiférer.

4.272 Les États-Unis font valoir en outre que, de même, dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, l'Organe d'appel a déclaré que "celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son attention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, et dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doivent d'abord être cherchés."[200] Dans cette affaire, l'Organe d'appel a rejeté l'interprétation donnée par le groupe spécial du texte introductif de l'article XX, qui était fondée non pas sur le sens ordinaire de ses termes et son objet et son but immédiats, mais sur l'objet et le but général du GATT et de l'Accord sur l'OMC. De la même façon que les Communautés européennes cherchent maintenant à déduire de nouvelles obligations de la notion générale de sécurité et de prévisibilité, le groupe spécial *États-Unis – Crevettes* avait conclu que le texte introductif renfermait une obligation générale "de ne pas porter atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC", déclarant que:

> "nous devons déterminer non seulement si la mesure *en elle-même* porte atteinte au système commercial multilatéral de l'OMC, mais aussi si *ce type de mesure*, au cas où il serait adopté par d'autres Membres, menacerait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".[201]

---

[197] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 45.

[198] Les États-Unis notent que ces termes découlent des Règles de Montréal de 1989.

[199] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 45.

[200] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes ("États-Unis – Crevettes")*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/AB/R, paragraphe 114. (non souligné dans l'original)

[201] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS58/R, paragraphe 7.44 (non souligné dans l'original), cité dans le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 112.

4.273 Les États-Unis soulignent que l'Organe d'appel a rejeté cette approche, expliquant que, au lieu d'examiner si la mesure en question était compatible avec le texte introductif de l'article XX, le groupe spécial avait fixé son attention à plusieurs reprises sur "*la conception de la mesure elle-même*".[202] L'Organe d'appel a dit que c'était:

> "un critère ou une norme qui n'a aucun fondement, que ce soit dans le texte introductif ou dans le texte des deux exceptions spécifiques invoquées par les États-Unis. Le Groupe spécial a, en fait, établi un critère *a priori* qui prétend définir une catégorie de mesures qui, *ratione materiae*, ne peuvent pas bénéficier de la protection, qui les justifierait, conférée par le texte introductif de l'article XX".[203]

4.274 D'après les États-Unis, l'Organe d'appel a par conséquent infirmé l'analyse du groupe spécial et les constatations fondées sur cette analyse[204], estimant que celle-ci était "incompatible avec les principes d'interprétation que nous sommes tenus d'appliquer".[205]

4.275 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes proposent une méthode d'analyse qui ressemble étonnamment à celle qu'avait rejetée l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*. Sur la base de la même notion généralisée de sécurité et de prévisibilité, elles proposent un critère qui ne figure pas à l'article 23 du Mémorandum d'accord ou à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, critère qui met l'accent sur "la conception de la mesure elle-même", c'est-à-dire sur le point de savoir si une loi discrétionnaire "est manifestement destinée - de par sa conception, sa structure et ses principes de base - à encourager la violation des règles de l'OMC ou à décourager d'une autre façon l'adoption de mesures compatibles avec ces règles". Le Groupe spécial doit rejeter ce critère. Pour examiner si les articles 301 à 310 sont compatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, il doit "commencer par fixer son attention sur le texte"[206] de ces dispositions.

4.276 À cet égard, les États-Unis commentent, à la demande du Groupe spécial, la déclaration suivante faite par Hong Kong, Chine dans sa communication en tant que tierce partie:

> "La question est donc de savoir comment des obligations internationales peuvent être exécutées de bonne foi si la législation nationale permet de s'en écarter. S'attend-on à ce que les obligations internationales soient exécutées dans leur plénitude si la législation nationale prévoit expressément la possibilité d'y déroger? La prévisibilité, qui est nécessaire pour planifier les échanges, comme l'a reconnu le groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*, n'est-elle pas compromise quand les pays savent à l'avance que leurs partenaires commerciaux ont adopté des lois qui leur permettent de faire fi de leurs obligations internationales?"

4.277 Les États-Unis répondent que la question soulevée par Hong Kong dans la première phrase de cette déclaration est illogique. En adhérant à un accord international, les pays s'engagent à exécuter

---

[202] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 115. (souligné dans l'original)

[203] *Ibid*., paragraphe 121.

[204] *Ibid*., paragraphe 122.

[205] *Ibid*., paragraphe 121.

[206] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 114.

de bonne foi les obligations en découlant. C'est cela qui amène à conclure que l'on ne peut pas présumer que les autorités exerceront le pouvoir discrétionnaire que leur confère la législation nationale de manière à enfreindre leurs obligations internationales.

4.278 De l'avis des États-Unis, si les autorités exercent leur pouvoir discrétionnaire de telle façon qu'elles dérogent à leurs obligations internationales, on peut constater alors qu'elles ont enfreint lesdites obligations. Mais on ne peut pas tenir pour acquis à l'avance qu'elles vont exercer leur pouvoir discrétionnaire de cette façon. On ne peut pas présumer que les parties à un accord agiront de mauvaise foi. Les Communautés européennes ne devraient pas avoir de mal à l'admettre: dans la procédure engagée au titre de l'article 21:5, dans l'affaire des *Bananes* et, de nouveau, dans leur récente proposition tendant à modifier l'article 21, elles ont déclaré qu'il existait une présomption de conformité dans toutes les procédures de l'OMC, y compris les procédures engagées au titre de l'article 21:5 pour déterminer si un Membre a rendu conforme une mesure auparavant jugée incompatible avec les règles de l'OMC.[207]

4.279 Les États-Unis ajoutent que, en ce qui concerne la pertinence de la question de savoir si une législation prévoit expressément la "possibilité de déroger" à des obligations internationales, ils notent que toute législation qui ne restreint pas explicitement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire donne une telle possibilité et ils doutent que les autorités de Hong Kong n'aient pas un tel pouvoir discrétionnaire.[208] Cela ne change rien au fait que les Membres de l'OMC qui ont une législation discrétionnaire, sous quelque forme que ce soit, ont pris l'engagement juridique contraignant de respecter leurs obligations au regard de l'OMC – autrement dit, d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon compatible avec les règles de l'OMC. Comme cela est expliqué plus loin en réponse à la question suivante, il n'y a pas plus d'assurance qu'un Membre agira conformément à ses obligations au regard de l'OMC s'il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire non défini ou s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour ne pas prendre une mesure incompatible avec les règles de l'OMC expressément prévue par la loi.

4.280 De l'avis des États-Unis, en se référant à l'examen de la notion de "prévisibilité" effectué par le groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*[209], Hong Kong ignore les faits à l'origine de cette affaire et les constatations qui ont été faites, lesquels contredisent sa position. La législation alors en question prévoyait expressément une mesure qui aurait été incompatible avec les obligations des États-Unis au regard du GATT de 1947 si le pouvoir discrétionnaire délégué à une autorité n'était pas exercé d'une certaine façon. La Loi de 1986 sur le fonds spécial exigeait que les

[207] Voir le rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5*, WT/DS27/RW/EEC, paragraphes 2.19 et 4.13 (12 avril 1999). (Les États-Unis soulignent que, d'après les Communautés européennes, les mesures de mise en œuvre "doivent être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'a pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémorandum d'accord" (paragraphe 4.13); également d'après les Communautés européennes, un système commercial fondé sur une présomption d'incompatibilité ne serait pas fondé sur la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales et serait donc le contraire du système commercial multilatéral envisagé par l'Accord de Marrakech (paragraphe 2.19); réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, document de travail présenté par les Communautés européennes, daté du 30 juin 1999, document n° 3864, paragraphe 5, distribué le 1er juillet 1999 ("Dans la procédure multilatérale visant à déterminer la conformité de mesures de mise en œuvre, la contestation et la charge de la preuve incombent à la partie alléguant la non-conformité") (pièce n° 12 des États-Unis).

[208] Les États-Unis font observer en outre que même si la législation d'un pays limitait expressément le pouvoir discrétionnaire des autorités, cela n'empêcherait pas ces dernières d'exercer leur pouvoir en enfreignant à la fois ces limites et leurs obligations internationales.

[209] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*

importateurs fournissent des renseignements suffisants sur les composants chimiques utilisés dans les produits passibles de taxe pour permettre à l'administration fiscale de déterminer le montant de la taxe, faute de quoi il serait appliqué une taxe de pénalisation de 5 pour cent *ad valorem* ou d'un taux différent prescrit par voie réglementaire par le Secrétaire au Trésor sur la base d'une méthode différente.[210] Cette taxe de 5 pour cent qui devait prendre effet le 1er janvier 1989 si des règlements disposant du contraire n'étaient pas publiés aurait été incompatible avec l'article III:2 du GATT de 1947.[211] Au moment où la procédure de groupe spécial avait eu lieu, en 1987, les règlements en question n'avaient pas encore été publiés. Le groupe spécial a cependant conclu ce qui suit:

> "Aussi ne sait-on toujours pas [si les règlements] supprimeront la taxe de pénalisation et s'ils établiront une équivalence complète entre produits nationaux et produits importés, comme l'exige la première phrase du paragraphe 2 de l'article III. Du point de vue des objectifs généraux de l'Accord général, il est regrettable que les autorités fiscales américaines soient expressément appelées par la Loi sur le Fonds spécial à imposer une taxe incompatible avec le principe du traitement national, mais, comme cette loi leur donne aussi la possibilité d'éviter d'avoir à le faire en édictant des règlements, l'existence des dispositions concernant la taxe de pénalisation ne constitue pas en soi une violation des obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord général.[212]

4.281 D'après les États-Unis, il est important de souligner que le Groupe spécial *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement* a invoqué le fait que certaines questions concernant les règlements relatifs au *Fonds spécial pour l'environnement* devraient être précisées pour qu'un groupe spécial puisse déterminer si la taxe de pénalisation était incompatible avec les règles du GATT. Cela montre que le groupe spécial ne présumait pas que les États-Unis exerceraient leur pouvoir discrétionnaire de mauvaise foi. Mais cela montre aussi que, même quand une loi confère un pouvoir discrétionnaire, la façon dont ce pouvoir est exercé peut être contestée. Dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*, les règlements en question – une fois publiés – auraient pu être contestés s'ils étaient contraires aux règles du GATT. De même, les Membres de l'OMC, y compris les Communautés européennes, ont toujours la faculté de contester la façon dont les États-Unis exercent, dans des cas particuliers, le pouvoir discrétionnaire que confèrent les articles 301 à 310 s'ils estiment qu'il est incompatible avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC.[213] Ainsi, la confirmation par ce Groupe spécial des constatations faites jusqu'à présent par chaque groupe spécial du GATT et de l'OMC au sujet de la distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire ne priverait en aucune façon

---

[210] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9.

[211] *Ibid.*

[212] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9. (non souligné dans l'original)

[213] Les États-Unis font observer que, de la même façon, s'ils estiment que les Communautés européennes exercent le large pouvoir discrétionnaire que leur confère l'article 133 du Traité d'Amsterdam pour réglementer ou restreindre le commerce international de manière incompatible avec les obligations des CE au regard de l'OMC ou pour établir un régime d'importation des bananes incompatible avec les règles de l'OMC, ils peuvent mettre en cause les Communautés européennes dans une procédure de règlement des différends. Mais, comme les Communautés européennes, ils doivent attendre que ce pouvoir discrétionnaire soit effectivement exercé dans un cas précis et c'est seulement à ce moment qu'ils peuvent en contester l'application particulière.

les Communautés européennes ou d'autres Membres de la faculté de contester des mesures prises par les États-Unis en vertu des articles 301 à 310.[214]

4.282 Les États-Unis font valoir en outre que, dans l'affaire *Fond spécial* le groupe spécial a examiné la notion de "prévisibilité" en expliquant pourquoi une loi impérative pourrait être contestée même si elle ne devait entrer en vigueur qu'à une date ultérieure.[215] Comme cela a été dit précédemment, la Loi sur le fonds spécial a été promulguée en 1986, mais la disposition prévoyant une taxe de pénalisation ne devait prendre effet qu'en 1989. D'après le groupe spécial, le fait qu'une loi n'était pas encore en vigueur n'excusait pas des actes incompatibles avec les règles du GATT prescrits par cette loi.[216] Il a néanmoins conclu que les dispositions relatives à la taxe de pénalisation n'étaient pas impératives parce qu'elles laissaient toute latitude pour appliquer des règlements compatibles avec les obligations des États-Unis au regard du GATT.[217] Comme l'a indiqué le groupe spécial, la loi laissait aux autorités "la possibilité" d'éviter une mesure incompatible avec les règles du GATT.[218] Par conséquent, comme l'ont souligné les États-Unis, c'est la possibilité de respecter les obligations et non la possibilité d'y déroger qui doit intéresser un groupe spécial lorsqu'il examine si la simple existence d'une loi en tant que telle est compatible avec les obligations d'un Membre. C'est ainsi que les groupes spéciaux du GATT et de l'OMC ont toujours procédé jusqu'à ce jour.

4.283 Les États-Unis affirment que, en demandant à l'OMC de constater l'incompatibilité d'une législation discrétionnaire qui "permet de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC", Hong Kong oublie aussi qu'une législation nationale peut être appliquée non seulement aux Membres de l'OMC eu égard à des droits conférés par les accords visés, mais aussi à des pays qui ne sont pas Membres de l'OMC ou à des Membres de l'OMC eu égard à des questions qui ne relèvent pas des accords visés. Par définition, l'Accord sur l'OMC et ses annexes ne sont pas applicables dans ces cas. Par conséquent, même si une législation discrétionnaire "laissait la possibilité" d'établir des déterminations qui seraient contraires à l'article 23 du Mémorandum d'accord si elles s'appliquaient à un Membre de l'OMC eu égard à des droits conférés par un accord visé, l'article 23 ne peut pas être interprété de manière à limiter l'exercice des droits d'un Membre en ce qui concerne des pays non Membres et des questions ne relevant pas de l'OMC.

4.284 Les États-Unis indiquent que, pour dire les choses autrement, les accords internationaux sont conclus entre des parties contractantes, qui peuvent prendre les unes vis-à-vis des autres des mesures compatibles ou non avec leurs obligations réciproques. Mais celles qu'elles prennent vis-à-vis de tiers n'entrent pas en ligne de compte dans l'analyse. C'est une chose de dire qu'une partie contractante peut contester une législation prescrivant une mesure vis-à-vis de toutes les parties si cette mesure est contraire à une obligation contractée par les parties contractantes. Mais, si une législation permettant une telle mesure pouvait également être contestée, les parties contractantes ne pourraient pas de fait

---

[214] Les États-Unis soulignent de nouveau qu'aucune mesure particulière de ce genre prise récemment ou dans un passé plus lointain n'entre dans le cadre du mandat de ce Groupe spécial. À la différence de l'affaire *CE – Pièces et composants*, *op. cit.*, le présent différend ne porte pas à la fois sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi dans un cas particulier et sur la "simple existence" de cette loi. Voir *Ibid.*, paragraphes 5.25 et 5.26. C'est seulement la seconde qui est contestée.

[215] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphes 5.2.1 et 5.2.2.

[216] *Ibid.*

[217] *Ibid.*, paragraphe 5.2.9.

[218] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphes 5.2.1 et 5.2.2.

exercer leurs pouvoirs souverains envers les tiers, sauf en établissant des lois parallèles applicables aux parties et aux tiers ou en limitant expressément, dans leur législation, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire envers les parties. Il n'y a absolument rien dans l'Accord sur l'OMC ou dans ses annexes qui indique que les Membres ont accepté une telle ingérence dans l'exercice de la souveraineté nationale.

4.285 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis font valoir qu'aucune distinction ne peut ou ne devrait être faite entre différents types de législation discrétionnaire pour déterminer si la simple existence de cette législation est contraire aux obligations d'un Membre au regard de l'OMC. Dans les deux cas, les autorités peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une manière qui est compatible ou incompatible avec leurs obligations internationales. On ne peut pas présumer qu'elles n'exécuteront pas leurs obligations internationales de bonne foi.

4.286 Les États-Unis soutiennent que, hormis le fait que l'on ne peut pas présumer qu'un Membre n'agira pas de bonne foi pour s'acquitter de ses obligations, il serait impossible de faire une distinction entre une "bonne" et une "mauvaise" législation discrétionnaire. La question du Groupe spécial implique que l'on pourrait faire une distinction selon que la législation confère un pouvoir discrétionnaire général non spécifique pour réaliser certains objectifs, ou un pouvoir discrétionnaire permettant de ne pas adopter une ligne de conduite contraire aux obligations internationales du pays. Mais si ce critère était retenu, cela pourrait avoir pour conséquence paradoxale d'empêcher l'examen de la législation conférant un large pouvoir discrétionnaire, même si les autorités l'exercent fréquemment de manière incompatible avec les règles de l'OMC, alors que la législation donnant la faculté de ne pas agir de manière incompatible avec les règles de l'OMC pourrait être jugée incompatible même si les autorités exercent toujours leur pouvoir discrétionnaire de manière à respecter leurs obligations au regard de l'OMC.

4.287 Les États-Unis font observer en outre que, si la distinction entre des législations discrétionnaires était fondée sur l'existence ou non d'une tendance à exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière incompatible avec les règles de l'OMC, comme le laissent entendre les Communautés européennes, cela soulèverait d'autres problèmes. Par exemple, la première conséquence d'un tel critère serait qu'un incident particulier ne pourrait être assimilé à la tendance que si un groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation en rapport avec cet incident. Les parties plaignantes ne pourraient pas affirmer simplement que des violations ont eu lieu dans le passé et les groupes spéciaux ne pourraient pas accepter simplement ces affirmations. Néanmoins, en l'absence d'une telle constatation, le groupe spécial ne pourrait l'établir lui-même que si l'objet de chaque incident entre dans le cadre de son mandat et implique une violation d'un accord visé.[219] De surcroît, des incidents survenus avant l'entrée en vigueur des accords visés – c'est-à-dire avant 1995 – ne pourraient pas non plus être considérés comme faisant partie de cette "tendance".

4.288 Les États-Unis ajoutent qu'un critère basé sur l'existence d'une "habitude de comportement" impliquerait que l'on tient pour acquis qu'un Membre ne respectera pas ses obligations. Si l'expérience acquise dans le cadre de l'Accord sur l'OMC révèle une quelconque tendance, c'est que les Communautés européennes ont constamment manqué à leurs obligations eu égard à leur régime d'importation des bananes, et une présomption de non-conformité pourrait en principe s'appliquer dans ce cas. Or, comme cela a été dit précédemment, dans les procédures engagées au titre de l'article 21:5 dans le différend sur les *Bananes* ainsi que dans leur récente proposition tendant à modifier les articles 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes ont déclaré qu'il y a une présomption de conformité dans toutes les procédures de l'OMC, y compris celles au titre de l'article 21:5. Ces dernières ne sont engagées que s'il y a désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité de mesures prises pour mettre en œuvre les décisions ou les recommandations

[219] Voir l'article 7 du Mémorandum d'accord.

de l'ORD, c'est-à-dire si, après que l'ORD a adopté au moins une fois des constatations établissant qu'un Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC, il subsiste des doutes quant au respect par ce Membre de l'engagement qu'il a pris, conformément à l'article 21:3, de mettre sa mesure en conformité. Les Communautés soutiennent néanmoins que, même dans ces circonstances (et, dans l'affaire des *Bananes*, les décisions de l'ORD avaient été précédées par des décisions défavorables de deux groupes spéciaux du GATT), il est toujours présumé qu'un Membre respecte ses obligations. Il est difficile de concilier cette position avec celle qui consiste à penser que, une fois qu'une série de violations a été démontrée, on est en droit de supposer que le Membre concerné violera son obligation d'agir de bonne foi.

4.289 Les États-Unis affirment qu'en outre, pour constater l'existence d'une habitude de comportement, il faudrait définir ce que l'on entend par "habitude". Combien faudrait-il de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC pour établir l'existence d'une habitude? Et si celle-ci était établie et une violation constatée, comment un Membre pourrait-il mettre ses propres mesures en conformité? Par exemple, si la tendance des CE à violer leurs obligations internationales eu égard à leur régime d'importation des bananes suffisait pour établir que les dispositions du Traité d'Amsterdam autorisant ce régime sont incompatibles avec les règles de l'OMC, les Communautés seraient-elles obligées de modifier ces dispositions pour éviter toute nouvelle violation des règles de l'OMC?

4.290 De l'avis des États-Unis, tout cela illustre la complexité de la question. Celle-ci devrait être abordée dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord car toute modification de la pratique actuelle nécessiterait l'adoption d'un amendement conformément à l'article X ou d'une interprétation conformément à l'article IX de l'Accord sur l'OMC. À cet égard, les États-Unis soulignent une fois encore que les Communautés européennes ont admis, au cours de ces discussions, qu'une distinction est faite actuellement entre une législation impérative et une législation discrétionnaire dans la jurisprudence et dans la pratique du GATT et de l'OMC lorsqu'elles ont proposé de "supprimer la *distinction actuelle* entre les mesures discrétionnaires et les mesures obligatoires"[220], ce qui permettrait d'établir l'incompatibilité des mesures discrétionnaires avec les règles de l'OMC.[221]

4.291 **À titre de réfutation, les Communautés européennes font valoir** que, conformément à la pratique constante du GATT de 1947, une loi qui prescrit une mesure incompatible avec une obligation découlant du GATT est réputée être incompatible avec cette obligation même si elle n'a pas encore été appliquée. Les groupes spéciaux du GATT de 1947 ont estimé que l'objectif de prévisibilité ne pouvait être atteint si une partie contractante adoptait une législation prescrivant des mesures contraires à ses obligations.

4.292 Les Communautés européennes affirment que, même si l'on applique la règle élaborée par les groupes spéciaux du GATT de 1947, les articles 301 à 310 sont contraires aux obligations des États-Unis découlant de l'article 23 du Mémorandum d'accord et des articles I, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 parce qu'ils font obligation à l'exécutif d'agir de façon incompatible avec ces dispositions.

4.293 D'après les Communautés européennes, les États-Unis reconnaissent que les articles 301 à 310 doivent respecter la règle élaborée dans le cadre de la pratique du GATT de 1947. Leur

---

[220] *Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, note informelle des Communautés européennes (octobre 1998) (pièce n° 12 des États-Unis) (pas d'italique dans l'original); voir aussi Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres – Rev. 3 (12 décembre 1998) (pièce n° 12 des États-Unis).

[221] *Ibid.*

principal argument est que les articles 301 à 310 n'exigent pas que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine qu'un Membre de l'OMC frustre les États-Unis des droits que leur confère un accord de l'OMC ou ne met pas en œuvre les recommandations de l'ORD. Par conséquent, à leur avis, ces articles n'"empêchent" pas d'agir de manière compatible avec les règles de l'OMC et, partant, n'ont pas un caractère impératif au sens donné à ce mot dans la pratique du GATT de 1947.

4.294 D'après les Communautés européennes, les États-Unis allèguent en outre que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de déterminer que les États-Unis sont frustrés des droits que leur confère un accord de l'OMC et que les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre; par conséquent, les articles 301 à 310 ne prescrivent pas de déterminations incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord. Ces déterminations doivent cependant être fondées sur les résultats de l'enquête ouverte par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conformément à l'article 302 ou sur le contrôle auquel il procède conformément à l'article 306 a).

b) Arguments concernant la distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire

4.295 **Les Communautés européennes sont d'avis** que les arguments des États-Unis sont fondés sur une interprétation erronée de la norme juridique définie par les groupes spéciaux du GATT de 1947.

4.296 Pour les Communautés européennes, les États-Unis ont maintenu dans le cadre du GATT de 1947 des dispositions de leur législation en matière de droits compensateurs, datant d'avant l'application provisoire de cet Accord, qui exigeaient du pouvoir exécutif qu'il impose des droits compensateurs sans appliquer le critère du préjudice, ce qui n'était pas conforme à l'article VI du GATT. Les États-Unis ont toujours allégué que ces dispositions constituaient une loi impérative, alors que le pouvoir exécutif aurait théoriquement pu agir conformément à l'article VI en n'établissant pas les déterminations positives nécessaires à l'imposition de droits compensateurs. Le Groupe spécial du GATT *États-Unis – Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil* a donné raison aux États-Unis et a estimé sur cette base qu'une disposition de la législation pertinente des États-Unis, à savoir l'article 303 de la Loi tarifaire de 1930, était visée par la clause relative à la "législation en vigueur" du Protocole d'application provisoire.[222]

4.297 Les Communautés européennes soulignent que la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs en cause dans cette affaire est comparable aux articles 301 à 310 dans la mesure où elle exigeait également que le pouvoir exécutif établisse une détermination négative ou positive sur la base de critères factuels spécifiques et l'obligeait à prendre une mesure incompatible avec les règles du GATT si la détermination était positive.

4.298 Selon les Communautés européennes, le fait que la législation en matière de droits compensateurs n'empêchait pas de prendre une mesure compatible avec les règles du GATT puisque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait la possibilité de déterminer qu'il n'y avait pas de motif d'imposer des droits compensateurs ne transformait pas cette législation, d'après les États-Unis et le Groupe spécial du GATT de 1947, en une loi discrétionnaire.

4.299 Les Communautés européennes considèrent donc que cette conclusion s'est imposée du fait que rien dans la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs ne justifiait l'exercice du pouvoir discrétionnaire que celle-ci conférait aux fins d'éviter une contradiction avec les

[222] Rapport du Groupe spécial *Chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, *op. cit.*, paragraphe 2.3.

dispositions de l'article VI du GATT de 1947 en ce qui concerne les constatations de dommage. De plus, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire serait allé à l'encontre des objectifs visés par la législation des États-Unis.

4.300 Selon les Communautés européennes, en ce qui concerne la législation des États-Unis en matière de droits compensateurs, le simple fait que les articles 301 à 310 prévoient la possibilité de déterminer que les États-Unis n'ont pas été frustrés de leurs droits et qu'il n'y a pas eu manquement à l'obligation de mettre en œuvre les recommandations de l'ORD et que ces dispositions par conséquent n'"empêchent" pas la compatibilité de la mesure avec les règles de l'OMC ne les transforme pas en une loi discrétionnaire: le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, lors de l'établissement des déterminations, n'a pas le pouvoir discrétionnaire de veiller à la compatibilité des mesures prises avec les règles de l'OMC mais seulement le pouvoir limité de tenir compte des résultats des enquêtes effectuées au titre de l'article 302 et du contrôle de la mise en œuvre au titre de l'article 306 b) qui constituent la base impérative de ses décisions.

4.301 **À titre de réfutation, les États-Unis soulignent** que les Communautés européennes ne semblent pas disposées à aller aussi loin que Hong Kong qui a nié l'existence d'une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire. De plus, les Communautés européennes s'opposent à la notion selon laquelle une législation discrétionnaire doit explicitement limiter le pouvoir discrétionnaire qu'elle confère de manière à "empêcher l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".[223] Elles rejettent donc l'argument de Hong Kong selon lequel une législation qui permet un "écart potentiel" par rapport à des obligations au regard de l'OMC n'est pas compatible avec les règles de l'OMC.[224] En fait, les Communautés européennes auraient beaucoup de difficulté à respecter une telle obligation d'éviter des "écarts potentiels". Ayant reconnu le danger qu'une telle interprétation présentait pour le système de l'OMC, les Communautés européennes prônent néanmoins une approche au cas par cas, fondée sur la recherche de résultats en ce qui concerne la définition du terme "impératif" pour faire en sorte que les articles 301 à 310 soient jugés impératifs. En adoptant cette approche, les CE refusent de reconnaître le sens de la jurisprudence du GATT/de l'OMC, se fondent sur l'allégation fallacieuse selon laquelle ces cas reposaient sur le Protocole d'application provisoire, qui n'est plus en vigueur, et font valoir que le mot "impératif" – et le libellé des articles 301 à 310 – doivent être interprétés en référence à une obligation nouvellement découverte d'éviter l'incertitude et d'assurer la "sécurité et la prévisibilité".

4.302 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes établissent manifestement et à juste titre une distinction entre législation discrétionnaire et législation impérative dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial: une législation est impérative, et peut donner lieu à une action, si elle "ne permet pas" aux autorités d'un Membre de respecter ses obligations au regard de l'OMC.[225] Ayant proposé cette formulation claire et l'ayant utilisée comme base de leur analyse, les Communautés européennes semblent maintenant se rendre compte que les articles 301 à 310 permettent en fait aux États-Unis de respecter les procédures et les règles du Mémorandum d'accord dans tous les cas. Elles tentent donc de s'éloigner de leur formulation antérieure, faisant valoir que les

[223] Les États-Unis notent l'argument ci-après des CE: "il serait incorrect d'interpréter [l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC] de façon extensive comme exigeant que les Membres empêchent expressément dans leur législation l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".

[224] Les États-Unis soulignent que, selon les Communautés européennes, "Cela ne signifie pas cependant que toute législation nationale qui n'empêche pas l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC et qui, partant, laisse la possibilité de prendre des mesures qui s'écartent de ces règles ("écart potentiel") est incompatible avec les règles de l'OMC."

[225] Voir demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les CE, distribuée le 2 février 1999 sous la cote WT/DS152/11.

États-Unis forcent la conclusion des rapports des groupes spéciaux du GATT et de l'OMC lorsqu'ils affirment que des lois ne sont pas incompatibles avec des obligations au regard de l'OMC si elles n'empêchent pas l'exécution de ces obligations, ou si elles peuvent raisonnablement être interprétées comme en autorisant l'exécution.

4.303 De l'avis des États-Unis, dire qu'une loi "ne permet pas" une mesure incompatible avec les règles de l'OMC revient au même que de dire que cette loi "empêche" une telle mesure. Une loi permet aux autorités d'exécuter leurs obligations au regard de l'OMC si, dans le droit interne, il existe une interprétation de cette loi autorisant une mesure compatible avec les règles de l'OMC. La formulation des États-Unis découle directement de celle des Communautés européennes. De plus, elle est fermement ancrée dans la jurisprudence du GATT/de l'OMC et dans la pratique internationale applicable en ce qui concerne l'interprétation du droit interne et du droit international.

4.304 Les États-Unis font valoir que plusieurs passages des rapports de groupes spéciaux qu'ils ont cités démontrent la distinction clairement établie entre législation impérative et législation discrétionnaire. Dans l'affaire *États-Unis – Tabac*, le Groupe spécial a donné tort à la partie plaignante parce que celle-ci n'avait "pas démontré que [la loi des États-Unis en cause] ne pouvait pas être appliquée d'une manière [compatible avec les règles du GATT]".[226] En d'autres termes, la partie plaignante n'avait pas démontré que la loi empêchait les autorités d'exécuter leurs obligations au regard du GATT. De plus, la constatation du Groupe spécial *Tabac* reposait sur le fait que le terme "comparable" dans la législation des États-Unis "pouvait avoir diverses significations", notamment une signification autorisant une mesure compatible avec les règles du GATT.[227] Le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac* repose donc nettement sur une constatation selon laquelle il appartient à la partie plaignante de démontrer que le droit interne ne permet pas une interprétation autorisant une partie à exécuter ses obligations internationales.

4.305 Les États-Unis soutiennent en outre que, de même, dans l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, le Groupe spécial a constaté que, "comme la Loi sur le Fonds spécial donne aussi [aux autorités américaines] la possibilité d'éviter d'avoir [à imposer une taxe de pénalisation incompatible avec les règles du GATT] en édictant des règlements [qui n'ont pas encore été publiés ni élaborés], l'existence des dispositions concernant la taxe de pénalisation ne constitue pas en soi une violation des obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord général".[228] Il est difficile de concevoir une lecture de ces constatations autre que celle faite par les États-Unis, à savoir qu'une loi donnant la possibilité d'appliquer une mesure compatible avec les règles du GATT donne aux autorités un pouvoir discrétionnaire suffisant pour exécuter les obligations qui découlent pour elles du GATT/de l'OMC. Là encore – contrairement aux articles 301 à 310 – la Loi sur le Fonds spécial prévoyait explicitement une taxe incompatible avec les règles du GATT; pourtant, le Groupe spécial a jugé suffisant qu'elle prévoie également la possibilité pour les autorités de prendre éventuellement à l'avenir des mesures qui seraient compatibles avec les règles du GATT. Le Groupe spécial n'est pas parti de l'hypothèse qu'elles ne le feraient pas.

4.306 Les États-Unis ont également souligné que, de même dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, le Groupe spécial n'avait pas été choqué par une disposition de la loi autorisant explicitement une taxe qui, si elle avait été appliquée, aurait constitué une violation des obligations de la Thaïlande au regard du GATT. Le Groupe spécial a conclu que "la simple possibilité d'une application de la Loi sur les

---

[226] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac, op. cit.*, paragraphe 123 (non souligné dans l'original).

[227] *Ibid.*

[228] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9 (non souligné dans l'original).

tabacs contraire à l'article III:2 ne suffisait pas à rendre celle-ci incompatible avec l'Accord général".[229] Une fois de plus, la possibilité d'un écart par rapport aux obligations internationales d'une partie ne signifie pas que la loi en question est incompatible avec les règles de l'OMC. Au contraire, le fait même qu'il y ait une possibilité de respecter les obligations détermine si une loi est discrétionnaire et si sa simple existence ne constitue pas une violation des règles de l'OMC. Si la loi autorise une partie à respecter ses obligations internationales, il faut partir du postulat que celle-ci le fera.

4.307 Les États-Unis sont d'avis que toutes ces constatations établies dans le cadre du GATT sont compatibles avec le sens ordinaire du mot "impératif" qui signifie "obligatoire en conséquence d'un ordre".[230] Si une loi n'oblige pas les autorités à agir de manière à manquer à leurs obligations internationales, on ne peut pas dire que cette loi impose une telle action. Prenons un exemple simple: une loi prévoyant que "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit se promener dans le parc le mardi, à moins qu'il ne décide de ne pas le faire" n'oblige pas ce dernier à se promener dans le parc le mardi. Il est totalement libre de ne pas se promener dans le parc le mardi; la loi ne l'y oblige en aucun cas et ne lui impose pas de le faire. Cela est vrai même si la loi parle au présent.

4.308 Les États-Unis maintiennent que la distinction claire établie par la jurisprudence du GATT/de l'OMC entre législation discrétionnaire et législation impérative est également conforme à la pratique internationale générale pour ce qui est de l'interprétation du droit interne au regard du droit international et à la pratique des États-Unis en particulier. Conformément aux principes établis dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, les faits pertinents de la cause se trouvent dans le droit interne des États-Unis, ce qui inclut non seulement le libellé des articles 301 à 310 mais également la manière dont ces dispositions seraient interprétées au regard du droit interne.[231] C'est à la fois la pratique internationale générale et celle des États-Unis que d'interpréter les lois de manière à éviter des conflits avec les obligations internationales. Il existe donc ainsi une présomption d'absence de conflit entre droit international et droit interne. En général:

> "Bien que les tribunaux nationaux doivent appliquer le droit interne même s'il est en conflit avec le droit international, il y a présomption d'absence de conflit. Étant donné que le droit international est fondé sur le consentement commun de différents États, il est improbable qu'un État adopte intentionnellement une règle qui soit en conflit avec le droit international. Une règle du droit interne qui semble ostensiblement en conflit avec le droit international doit par conséquent, si possible, toujours être interprétée de manière à éviter un tel conflit."[232]

4.309 Les États-Unis ajoutent que dans le droit des États-Unis, un principe élémentaire d'interprétation de la loi veut qu'"une mesure prise par le Congrès ne soit jamais interprétée de manière à enfreindre le droit des nations s'il reste une autre interprétation possible". Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Les obligations internationales ne peuvent pas prévaloir sur les prescriptions du droit interne qui sont en conflit avec elles, mais "les dispositions légales ambiguës… [devraient] être interprétées, lorsque cela est possible, de façon à être compatibles avec les obligations internationales des États-Unis". Footwear Distributors and Retailers of America v. United States, 852 F. Suppl. 1078, 1088 (CIT), appel rejeté, 43 F.3d 1486 (Table)

---

[229] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*, paragraphe 86.

[230] The New Shorter Oxford English Dictionary, page 1683 (1993).

[231] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 65.

[232] *Oppenheim's International Law*, 9ème édition, pages 81-82 (note de bas de page omise).

(Fed. Cir. 1994), citant De Bartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council, 485 U.S. 568 (1988).

4.310 De l'avis des États-Unis, la jurisprudence du GATT établissant une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire ne fait que suivre la pratique générale des nations, y compris des États-Unis, à savoir qu'il y a présomption d'absence de conflit entre droit interne et droit international. Si une loi donne le pouvoir discrétionnaire de ne pas manquer à des obligations internationales, on peut présumer que les autorités nationales l'interpréteront de manière à éviter un conflit avec ces obligations. De même, cette présomption est sous-jacente dans la constatation du Groupe spécial *États-Unis – Tabac* à savoir qu'une loi interne pouvant avoir diverses significations ne constituerait pas une violation des obligations internationales d'une partie tant qu'une des significations possibles autorise une action compatible avec ces obligations.[233]

4.311 Les États-Unis expliquent que la distinction entre loi impérative/discrétionnaire dans la jurisprudence du GATT/de l'OMC est claire et sans équivoque: une loi qui autorise une mesure compatible avec les règles de l'OMC n'est pas incompatible avec ces dernières. Les CE qui essaient de nuancer ce principe afin d'atteindre leurs objectifs politiques voudraient que le Groupe spécial présume que les États-Unis sont de mauvaise foi en ce qui concerne le respect de leurs obligations internationales. Une telle présomption serait clairement contraire à cette jurisprudence et à la pratique internationale sous-jacente.

4.312 À l'appui de leur argument, les États-Unis se réfèrent au texte de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Cet article porte sur les cas dans lesquels les Membres détermineront "qu'il y a eu violation". Il interdit aux Membres d'établir de telles déterminations sans suivre les règles et procédures du Mémorandum d'accord et prévoit que de telles déterminations doivent être conformes aux constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD.

4.313 De l'avis des États-Unis, il n'a pas été déterminé "qu'il y a eu violation" devant le Groupe spécial dans la présente affaire. Les Communautés européennes ne contestent pas une détermination qui a effectivement été établie. Il n'est donc pas possible d'analyser si une telle détermination satisfait aux prescriptions de l'article 23:2 a). On ne peut pas dire si, en établissant une telle détermination, les États-Unis ont suivi les règles et procédures du Mémorandum d'accord ni s'ils ont établi une détermination conforme aux constatations adoptées par l'ORD. Il n'existe ni constatation ni détermination.

4.314 Les États-Unis demandent comment le Groupe spécial peut procéder à son analyse dans ces circonstances. En l'absence d'une détermination concrète, comment est-il possible de savoir si un Membre a manqué à ses obligations au titre de l'article 23:2 a)? Il n'est pas admissible de spéculer sur la manière dont le Membre établira sa détermination à l'avenir. Il n'est pas admissible d'examiner des déterminations faites autrefois qui ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial. Il n'est pas admissible de partir de l'hypothèse qu'il ne faut pas faire confiance à certains Membres. Il n'est pas admissible de partir de l'hypothèse qu'ils vont agir de mauvaise foi. Dans ces circonstances, faut-il conclure que sans une détermination concrète il ne peut pas y avoir de violation de l'article 23:2 a)?

4.315 Les États-Unis soulignent qu'il y a plus de dix ans, en 1987, un groupe spécial du GATT s'est attaqué à ce type de question. Il a examiné une loi qui n'allait entrer en vigueur que trois ans plus tard et a demandé si un groupe spécial pouvait déterminer si cette loi était incompatible avec les obligations d'une partie au regard du GATT alors qu'il était possible que cette partie modifie la loi avant qu'elle n'entre en vigueur. Le Groupe spécial a conclu qu'il le pouvait, mais il a été

[233] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac, op. cit.*, paragraphe 123.

extrêmement prudent dans sa conclusion. Il a constaté qu'il fallait qu'une loi oblige les autorités d'une partie à manquer à une obligation spécifique au regard du GATT pour être jugée incompatible avec cette obligation. En adoptant une telle législation, la partie dépassait les bornes. Elle ne se laissait pas d'autre choix que de manquer à ses obligations, même si c'était seulement à l'avenir. En revanche, le Groupe spécial a constaté que, si une loi n'oblige pas les autorités de la partie à manquer à une obligation spécifique au regard du GATT, il n'est pas possible de conclure que la loi manque à cette obligation. La partie peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré de manière à mettre en œuvre ses obligations internationales. Toute autre conclusion constituerait une spéculation sur le point de savoir si la partie agira de mauvaise foi, spéculation sans plus de fondement que si la loi n'existait pas du tout.

4.316 Les États-Unis répètent que le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* était parfaitement sensé. Il était si juste qu'au moins cinq groupes spéciaux du GATT l'ont adopté. Au minimum, trois groupes spéciaux de l'OMC l'ont également adopté. Aucun de ces groupes spéciaux n'a modifié la question fondamentale posée par le Groupe spécial *Fonds spécial pour l'environnement*: la loi prescrit-elle, exige-t-elle un manquement à une obligation spécifique au titre d'un accord?

4.317 Les États-Unis font en outre valoir que l'analyse concernant l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* n'est pas une analyse de caractère. Il n'est pas nécessaire d'examiner si le caractère du Membre adoptant la législation est mauvais, ou si une partie a agi en fonction d'un motif incompatible avec les règles de l'OMC. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si le "caractère" de la législation est mauvais, ni si elle reflète l'intention de manquer à des obligations au regard de l'OMC. La seule chose qui importe est de savoir si la loi impose une mesure qui viole une obligation spécifique inscrite dans les accords. En l'absence d'une telle exigence, le Groupe spécial se retrouve face au problème fondamental – il n'existe aucun élément dont on puisse dire qu'il viole une obligation spécifique. Une loi qui offre la possibilité d'une violation ne peut pas être considérée comme une violation, pas plus qu'un système constitutionnel qui donne toute latitude pour agir. Toutefois, si elle inclut l'exigence spécifique de manquer à une obligation spécifique, la loi elle-même constitue une violation.

c) Arguments concernant la "sécurité et la prévisibilité"

4.318 **Les Communautés européennes allèguent** que la deuxième norme juridique que les articles 301 à 310 doivent respecter a été définie par deux groupes spéciaux[234] et par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a interprété l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC comme obligeant les Membres à "établir un mécanisme juridique pour le dépôt de demandes suivant le système de la boîte aux lettres qui offre une base juridique solide permettant de préserver à la fois la nouveauté des inventions et la priorité des demandes à compter des dates de dépôt et de priorité pertinentes".[235]

4.319 Les Communautés européennes soutiennent qu'il n'y avait pas de doute dans cette affaire sur le fait que l'Inde disposait d'un système de "boîte aux lettres" fondé sur les instructions administratives en vigueur. Le différend portait sur la question de savoir si ce système avait une base suffisamment solide dans le droit interne pour que les demandes de brevet ne puissent pas être rendues caduques par les tribunaux indiens.

---

[234] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.* et rapport du Groupe spécial *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture ("Inde – Brevets (CE)")*, adopté le 2 septembre 1998, WT/DS79/R.

[235] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 58.

4.320 De l'avis des Communautés européennes, une des questions dont était saisi le Groupe spécial était celle de savoir si une disposition de la Loi indienne sur les brevets, exigeant le rejet de certaines demandes de brevet, autorisait l'Office des brevets à agir de manière compatible avec l'Accord sur les ADPIC en se contentant de ne pas donner suite à ces demandes.

4.321 Pour les Communautés européennes se posait également la question de savoir si, au regard du droit indien, les concurrents d'un déposant d'une demande de brevet avaient le droit de contester la demande de brevet devant les tribunaux ou s'ils devaient attendre que le brevet soit effectivement délivré.

4.322 Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a donné tort à l'Inde parce que, après avoir examiné les éléments de preuve présentés par les parties, il "avait des "doutes raisonnables" au sujet du fait que les "instructions administratives" l'emporteraient sur les dispositions impératives de la Loi sur les brevets en cas de recours devant un tribunal indien".[236] Comme les États-Unis l'ont justement dit devant l'Organe d'appel dans cette affaire:

> "La protection des attentes légitimes des Membres de l'OMC quant aux conditions de concurrence est aussi capitale pour le commerce touchant la propriété intellectuelle qu'elle l'est pour le commerce de marchandises sans rapport avec la propriété intellectuelle."[237]

4.323 Les Communautés européennes font valoir qu'il doit par conséquent exister également dans le domaine du commerce des marchandises une base juridique solide dans le droit interne pour les mesures à prendre au niveau exécutif afin de mettre en œuvre les obligations au regard de l'OMC.

4.324 Les Communautés européennes soulignent en outre que le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* établit un précédent important qui devrait guider le Groupe spécial dans la présente affaire s'il devait conclure que les articles 301 à 310 n'exigent pas que soit établie une détermination ou pris une mesure incompatible avec les règles de l'OMC.

4.325 Selon les Communautés européennes, dans la présente affaire, la question se poserait de savoir si les articles 301 à 310 fournissent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales une base juridique suffisamment solide pour mettre en œuvre les obligations des États-Unis au regard du Mémorandum d'accord et du GATT de 1994. Les Communautés européennes estiment que, dans la mesure où il y a une incertitude quant au caractère impératif des articles 301 à 310, ces derniers ne fournissent pas une base juridique solide permettant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de mettre en œuvre les obligations des États-Unis au regard du Mémorandum d'accord et du GATT de 1994.

4.326 Les Communautés européennes citent le professeur Robert E. Hudec:

> "L'article 301 est un dédale complexe de commandements impératifs d'une part, et d'échappatoires très larges d'autre part. Il faut un schéma pour s'y retrouver et arriver à savoir si le commandement impératif donné au départ sera effectivement suivi

[236] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 74.

[237] *Ibid.*, paragraphe 15.

> d'effet avant d'être passé par l'une ou l'autre des issues discrétionnaires. Même avec un tel schéma, il est impossible de connaître à l'avance le résultat final."[238]

4.327 Les Communautés européennes soulignent aussi que, dans son témoignage devant la Commission des relations étrangères du Sénat, le professeur John H. Jackson a déclaré ce qui suit:

> "Bien que l'on puisse vraisemblablement interpréter les dispositions légales de l'article 301 de manière à donner au Président le pouvoir d'agir conformément aux règles issues du Cycle d'Uruguay en matière de règlement des différends, dans quelques cas, notamment en ce qui concerne les mesures impératives prévues à l'article 301 a), les interprétations en ce sens sont un peu tirées par les cheveux..."[239]

4.328 Pour les Communautés européennes, si deux sommités des États-Unis en matière de droit commercial international ne sont pas à même de trouver dans les articles 301 à 310 une base juridique solide permettant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de prendre des mesures compatibles avec le Mémorandum d'accord et le GATT de 1994, personne ne le pourra.

4.329 Les Communautés européennes affirment que l'historique de la Loi générale de 1988 sur le commerce extérieur et la compétitivité, qui est notamment à l'origine de l'actuelle version des articles 301 à 310, montre que l'absence de base juridique solide était voulue.

4.330 De l'avis des Communautés européennes, les États-Unis tentent maintenant de tirer parti de la création de ce "dédale" juridique en disant que c'est aux Communautés européennes de démontrer que les articles 301 à 310 ne peuvent pas être interprétés comme autorisant une mise en œuvre compatible avec les règles de l'OMC.

4.331 Pour les Communautés européennes, l'objectif fondamental de l'OMC, qui est d'assurer la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales, ne pourrait pas être atteint si les Membres de l'OMC étaient autorisés à avoir une législation interne qui n'offre pas au pouvoir exécutif une base juridique solide pour prendre les mesures requises pour mettre en œuvre leurs obligations au regard de l'OMC.

4.332 Les Communautés européennes considèrent en conséquence que, s'agissant de l'examen par un groupe spécial de la question de savoir si la législation nationale prévoit l'établissement de déterminations ou l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, le défendeur ne devrait pas pouvoir se retrancher derrière des incertitudes juridiques inhérentes à sa propre loi, surtout si ces incertitudes sont délibérées. Conformément à l'approche que l'Organe d'appel avait faite sienne dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, le groupe spécial devrait trancher au détriment du défendeur s'il considère, sur la base des éléments de preuve dont il dispose, qu'il existe une incertitude (objective et donc raisonnable) sur le point de savoir si la loi nationale autorise l'établissement de déterminations ou l'adoption de mesures compatibles avec les règles de l'OMC.

4.333 Les Communautés européennes estiment que si le groupe spécial a des doutes raisonnables, ce sera aussi le cas pour les agents économiques lorsqu'ils organiseront leurs transactions futures. Aucun intérêt légitime ne serait protégé si les Membres étaient autorisés à disposer de lois qui ne

---

[238] Robert E. Hudec, "Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil", in Agressive Unilateralism, America's 301 Trade Policy and the World Trading System, sous la direction de Jagdish Bhagwati et Hugh T. Patrick (Harvester Wheatsheaf 1990), page 122.

[239] Commission des relations étrangères du Sénat, audition concernant l'Organisation mondiale du commerce, 14 juin 1994 (témoignage du Professeur John H. Jackson).

reposeraient pas sur une telle base. En fait, comme en témoigne l'affaire dont le Groupe spécial est saisi, cela inciterait les Membres à imposer des restrictions au commerce en exposant délibérément les agents économiques à des incertitudes juridiques.

4.334 Les Communautés européennes ajoutent que chaque Membre est tenu d'exécuter de bonne foi ses obligations au regard de l'OMC. Aucune contrainte générale additionnelle n'est donc imposée aux Membres par le fait de leur demander de créer une base juridique solide dans leur droit interne pour mettre en œuvre leurs obligations au regard de l'OMC. Si les États-Unis ont l'intention de mettre en œuvre leurs obligations au regard de l'OMC dans le cadre des procédures prévues par les articles 301 à 310, pourquoi s'opposent-ils à la création d'une base juridique solide pour l'exécution de ces obligations comme le voudraient les CE? Si les incertitudes juridiques découlant des articles 301 à 310 expriment l'intention contraire, pourquoi ces dispositions devraient-elles néanmoins être considérées comme constituant une base juridique solide pour l'exécution de bonne foi des obligations des États-Unis au regard de l'OMC?

4.335 De l'avis des Communautés européennes, la norme juridique applicable au droit interne, que les États-Unis défendaient avec tant de vigueur lorsqu'il s'agissait du droit indien des brevets, est tout aussi applicable au droit commercial des États-Unis.

4.336 Les Communautés européennes indiquent qu'il serait extrêmement regrettable que les critères abusivement faibles établis pour évaluer la compatibilité du droit intérieur avec les règles de l'OMC que les États-Unis défendent de manière opportuniste dans la présente affaire soient adoptés comme la norme généralement applicable. C'est le droit des États-Unis qui devrait être adapté à celui de l'OMC et non le contraire. Sinon, l'évolution considérable qu'a représenté pour le système juridique de l'OMC le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* n'aurait servi à rien.

4.337 **Les États-Unis font valoir** que l'Énoncé des mesures administratives et la législation connexe étaient le texte définitif émanant du Congrès en ce qui concerne la compatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC avant l'adoption, par le Congrès, de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay. On trouve à la page 360 de l'Énoncé des mesures administratives (pièces n° 3 et 11 des États-Unis) un aperçu des modifications jugées nécessaires pour assurer la conformité. Par ailleurs, les États-Unis appellent l'attention du Groupe spécial sur le témoignage sur la question du Professeur John Jackson devant la Commission des finances du Sénat.[240]

4.338 Les États-Unis relèvent que le Professeur Jackson avait conclu: "Il faut peut-être modifier quelque peu certains délais ou prévoir des mesures de transition, mais la structure fondamentale de l'article 301 n'est pas nécessairement incompatible avec les résultats du Cycle d'Uruguay." Il avait conclu en outre que, même si l'on considérait l'article 301 "sous sa forme légale actuelle" (c'est-à-dire avant les modifications apportées en 1994), "le pouvoir exécutif semble avoir la liberté d'appliquer les mesures au titre de l'article 301 d'une manière compatible avec le projet de nouvelles règles du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends élaboré dans le cadre du Cycle d'Uruguay".[241] Le Professeur Jackson estimait donc qu'il suffisait de modifications mineures pour que l'article 301 soit manifestement compatible avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. De plus, cette insistance sur le fait que le pouvoir exécutif avait une liberté suffisante pour appliquer l'article 301 d'une manière compatible avec les règles de l'OMC montre que le Professeur Jackson partait du

[240] *Results of the Uruguay Round Trade Negotiations: Hearings Before the Senate Committee on Finance*, 103d Cong. 195 (1994) (déclaration du Professeur John Jackson) (pièce n° 24 des États-Unis). Les CE citent ce témoignage.

[241] *Ibid*., page 200.

principe que le raisonnement à la base de la jurisprudence *Fonds spécial pour l'environnement* continuerait d'être appliqué dans le cadre de l'OMC.

4.339 Les États-Unis relèvent que le Professeur Jackson pensait qu'il serait possible de rendre suffisamment claire l'interprétation de la loi en insérant des précisions à cet effet dans l'Énoncé des mesures administratives.[242]

4.340 Les États-Unis soulignent également que dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* la question de la "base juridique solide" s'inscrit dans le contexte d'une analyse de l'obligation spécifique en cause, l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition oblige les Membres à établir dans leur droit interne un mécanisme juridique pour le dépôt des demandes de brevets permettant de protéger la nouveauté des inventions et la priorité des demandes. L'Inde au contraire avait une loi interdisant explicitement de telles demandes, c'est-à-dire imposant spécifiquement une violation de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. L'Inde a allégué que des "instructions administratives", non écrites, non publiées et jamais soumises au Groupe spécial prenaient le pas sur la loi impérative, mais le Groupe spécial et l'Organe d'appel n'ont rien trouvé qui étaye cette allégation. C'est dans ce contexte, le contexte de l'article 70:8 a) de l'Accord sur les ADPIC exigeant la mise en place d'un mécanisme juridique national répondant à des objectifs spécifiques, que le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont conclu que ces "instructions administratives" ne constituaient pas une base juridique solide. Cette notion n'a pas été analysée dans l'abstrait comme si elle avait été conçue indépendamment de l'article 70:8 a) et, comme cela a été noté, l'Organe d'appel a infirmé les constatations du Groupe spécial concernant les "attentes légitimes" d'une manière générale et la dissipation des "doutes raisonnables" parce que ces constatations n'étaient pas fondées sur les textes.

4.341 En réponse à la demande d'éclaircissement du Groupe spécial concernant l'affirmation des États-Unis selon laquelle "la sécurité et la prévisibilité" constituent un objectif et non une obligation, les États-Unis font observer que l'article 31 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit que:

> "1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but."

4.342 Les États-Unis ajoutent que l'Organe d'appel a expliqué le juste rôle d'un examen de l'objet et du but d'un traité dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*:

> "Celui qui interprète un traité doit commencer par fixer son intention sur le texte de la disposition particulière à interpréter. C'est dans les termes qui constituent cette disposition, lus dans leur contexte, que l'objet et le but des États parties au traité doivent d'abord être cherchés. Lorsque le sens imparti par le texte lui-même est ambigu et n'est pas concluant, ou lorsque l'on veut avoir la confirmation que l'interprétation du texte lui-même est correcte, il peut être utile de faire appel à l'objet et au but du traité dans son ensemble."[243]

4.343 Les États-Unis concluent ensuite que si les termes d'un accord doivent être examinés à la lumière de l'objet et du but de cet accord, c'est le sens ordinaire de ces termes qui doit avant tout être analysé pour interpréter une disposition et sur lequel il faut s'appuyer pour appliquer cette disposition

---

[242] *Results of the Uruguay Round Trade Negotiations: Hearings Before the Senate Committee on Finance*, 103d Cong. 195 (1994) (déclaration du Professeur John Jackson) (pièce n° 24 des États-Unis). Les CE citent ce témoignage.

[243] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 114 (non souligné dans l'original).

à un ensemble de faits donnés. L'objet et le but de l'accord ne peuvent pas changer le sens ordinaire de ses termes. Lorsque les termes sont ambigus, et que leur sens n'est pas clair à première vue ou dans leur contexte, l'examen de l'objet et du but de l'accord peut être productif. Toutefois, un examen de l'objet et du but d'un accord est secondaire par rapport à une analyse du sens ordinaire et ne peut pas la remplacer. L'examen de l'objet et du but d'un accord ne peut pas non plus se faire sans procéder à une analyse du sens ordinaire du texte de l'accord.

4.344 Les États-Unis ajoutent que dans l'affaire *États-Unis – Crevettes* l'Organe d'appel a reproché au Groupe spécial de ne pas avoir examiné le sens ordinaire des mots dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, son contexte au sein de l'article XX, ou l'objet et le but du texte introductif et d'avoir plutôt examiné "l'objet et le but de *l'ensemble du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC*".[244] De même que les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de se concentrer sur "la sécurité et la prévisibilité", le Groupe spécial *États-Unis – Crevettes* s'est concentré sur ce même concept de sécurité et de prévisibilité dans le contexte de son examen d'un des buts généraux de l'Accord sur l'OMC qui est d'éviter de porter "atteinte au système commercial multilatéral". Selon le Groupe spécial *États-Unis – Crevettes "*nous devons déterminer … si [le type de mesure appliqué dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*] menacerait la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".[245]

4.345 Les États-Unis ajoutent qu'en réponse l'Organe d'appel a établi une distinction nette entre les objectifs et les obligations qu'ils demandaient au Groupe spécial de reconnaître à nouveau dans le présent différend. Selon l'Organe d'appel:

> "La volonté de maintenir le système commercial multilatéral, et non d'y porter atteinte, est forcément un principe fondamental et constant qui sous-tend l'*Accord sur l'OMC*; mais ce n'est ni un droit ni une obligation, ni une règle d'interprétation pouvant être utilisée pour évaluer une mesure donnée au regard du texte introductif de l'article XX."[246]

4.346 Pour les États-Unis, de même que le maintien du système multilatéral est un principe – un objectif – sous-tendant l'ensemble de l'Accord sur l'OMC, "la sécurité et la prévisibilité" sont explicitement définies à l'article 3:2 comme un *principe*, un objectif, sous-tendant le Mémorandum d'accord: "Le système de règlement des différends de l'OMC *est* un élément essentiel pour *assurer* la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral."[247] La sécurité et la prévisibilité sont donc l'objectif que le Mémorandum d'accord lui-même *contribue à atteindre*.

4.347 De l'avis des États-Unis, pour exprimer cela en termes plus fondamentaux, l'article 3:2 *ne* dit *pas* que "les Membres assureront la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral". Cela imposerait une obligation. L'article 3:2 dit plutôt que le Mémorandum d'accord est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. En d'autres

---

[244] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 116 (non souligné dans l'original).

[245] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes op. cit.*, paragraphe 7.44 (non souligné dans l'original), cité dans le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.* paragraphe 112.

[246] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 116 (non souligné dans l'original).

[247] Article 3:2 du Mémorandum d'accord (pas d'italique dans l'original).

termes, le Mémorandum d'accord est fondé sur la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité et il y contribue lui-même.

4.348 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes n'allèguent pas que les articles 301 à 310 ne sont pas compatibles avec l'article 3:2 précisément parce qu'elles reconnaissent que ce dernier n'impose pas l'obligation d'assurer la sécurité et la prévisibilité. Cependant, l'article 23 du Mémorandum d'accord n'impose pas non plus une telle obligation.

4.349 **Les Communautés européennes soulignent** que les États-Unis ont tort de comparer la présente affaire avec l'affaire *États-Unis – Crevettes*. L'erreur juridique que le Groupe spécial a commise dans cette dernière affaire était de formuler une norme générale et un critère *a priori* qui n'avait aucun fondement dans le texte du traité.[248] Au contraire, dans la présente affaire la tâche du Groupe spécial est de donner une interprétation du texte de plusieurs dispositions des Accords de l'OMC (c'est-à-dire de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, de l'article 23 du Mémorandum d'accord).

4.350 **Les États-Unis contestent** l'allégation des CE selon laquelle, si dans l'affaire *États-Unis - Crevettes* un groupe spécial a formulé un nouveau critère général qui n'avait "aucun fondement dans le texte du traité", dans le cas présent le nouveau critère général proposé par les CE implique une "interprétation du texte de plusieurs dispositions". Cependant, comme cela a été expliqué plus haut il n'y a aucun fondement dans le texte d'aucune de ces dispositions permettant de conclure que l'article 23 impose l'obligation d'assurer "la sécurité et la prévisibilité". La situation est donc précisément analogue à celle de l'affaire *États-Unis – Crevettes* et la proposition des CE visant à créer de nouvelles obligations doit être rejetée pour les mêmes raisons.

4.351 En réponse à la question suivante du Groupe spécial sur la question de savoir si la nécessité d'assurer "la sécurité et la prévisibilité" aux autres Membres pour ce qui est d'éviter d'établir des déterminations ou de prendre des mesures interdites au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord - lu à la lumière de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC - fait partie de l'obligation juridique imposée à l'article 23, les États-Unis indiquent que le fait d'assurer la sécurité et la prévisibilité aux autres Membres ne fait pas partie de l'obligation définie à l'article 23 du Mémorandum d'accord. C'est plutôt l'obligation énoncée à l'article 23 du Mémorandum d'accord elle-même qui contribue à assurer la sécurité et la prévisibilité. Toute lecture de l'article 23 qui créerait une obligation d'assurer la sécurité et la prévisibilité répèterait l'erreur commise par le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

4.352 De l'avis des États-Unis, l'examen de l'objet et du but d'un accord ne peut pas remplacer une analyse du sens ordinaire. Il serait encore pire d'examiner l'objet et le but d'un accord sans procéder à une analyse du sens ordinaire du texte d'une disposition. Pourtant, c'est ce que les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de faire. Sans tenir compte du sens ordinaire à attribuer à l'expression "les Membres … détermineront … qu'il y a eu violation" dans le contexte des prescriptions de l'article 23:2 a) applicables à ce type spécifique de détermination, les Communautés européennes demandent au contraire au Groupe spécial de trouver une obligation "d'assurer la sécurité et la prévisibilité" et d'analyser si le fait même d'établir une détermination violerait cette obligation nouvellement découverte.

4.353 Les États-Unis font observer que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord ne dit pas que "les Membres *assureront* la sécurité et la prévisibilité". Il ne dit même pas que "les Membres *devraient assurer* la sécurité et la prévisibilité". L'article 23:2 a) ne prévoit pas non plus que "les Membres établiront/devraient établir des déterminations de manière à assurer la sécurité et la prévisibilité" ou

[248] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, paragraphe 121.

"de manière à éviter l'insécurité et l'imprévisibilité". Les Membres de l'OMC n'ont accepté aucune de ces formulations. Ils sont convenus qu'ils "ne détermineront pas qu'il y a eu violation" à moins que des conditions spécifiques ne soient remplies. C'est tout ce qu'ils ont conclu. L'expression "la sécurité et la prévisibilité" n'apparaît nulle part dans l'article 23 qui ne fait pas non plus référence à l'article 3:2. Comme les autres obligations de fond prévues par l'Accord sur l'OMC, les dispositions mêmes de l'article 23 du Mémorandum d'accord, dont le respect est assuré par le mécanisme de règlement des différends, contribuent à assurer la sécurité et la prévisibilité.

4.354 Les États-Unis allèguent que le sens ordinaire des termes de l'article 23:2 a) signifie que celui-ci ne concerne que certaines déterminations à savoir les cas où il aura été déterminé "qu'il y a eu violation". Comme le Brésil et le Canada l'ont fait observer, cet article ne s'applique pas aux cas où il aura été déterminé qu'il n'y a pas eu violation, ni même qu'il y a eu violation d'un accord ne relevant pas de l'OMC. Rien dans le sens ordinaire de l'expression [les Membres] "détermineront qu'il y a eu violation" n'autoriserait un groupe spécial à examiner de telles déterminations au regard des prescriptions de l'article 23:2 a) ni à examiner le fait même d'établir une détermination de manière générale.

4.355 De l'avis des États-Unis, de même, rien dans le sens ordinaire des prescriptions énoncées à l'article 23:2 a) n'autorise une analyse portant sur la question de savoir si le fait même d'établir une détermination nuit à "la sécurité et la prévisibilité". L'article 23:2 a) prévoit que les Membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation sans recourir au règlement des différends "conformément aux règles et procédures" du Mémorandum d'accord, et exige qu'une telle détermination soit conforme aux constatations adoptées par l'ORD. Rien dans le sens ordinaire du libellé de ces prescriptions n'impose l'obligation additionnelle et indépendante d'assurer "la sécurité et la prévisibilité". Il n'y a pas de "règle" du Mémorandum d'accord exigeant que la sécurité et la prévisibilité soient assurées. Là encore, l'article 3:2 dit que les règles elles-mêmes contribuent à assurer la sécurité et la prévisibilité.

4.356 Les États-Unis considèrent en outre que l'examen du contexte de l'article 23:2 a) étaye la conclusion que l'on tire d'un examen du sens ordinaire de ses termes. Le contexte immédiat de l'article 23:2 a) est constitué par les alinéas b) et c) et par l'article 23:1. Les alinéas b) et c), comme l'alinéa a), prescrivent de suivre les procédures du Mémorandum d'accord lorsqu'une procédure de règlement de différends est engagée ou lorsqu'une mesure est prise. Il est fait référence dans ces dispositions à des prescriptions spécifiques du Mémorandum d'accord qui doivent être respectées, tout comme l'alinéa a) se réfère au respect des règles et procédures du Mémorandum d'accord et aux constatations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. L'article 23:1, lui aussi, exige qu'il soit fait recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, dont aucune n'impose l'obligation distincte d'assurer la sécurité et la prévisibilité. Il n'y a donc rien dans le contexte de l'article 23:2 a) qui étaye la notion selon laquelle il existe une obligation indépendante d'assurer la sécurité et la prévisibilité lorsqu'une détermination est établie de manière générale.

4.357 De l'avis des États-Unis, comme rien dans "le sens imparti par le texte lui-même" [lu dans son contexte] n'est "ambigu" ou "pas concluant"[249], il n'est pas nécessaire d'examiner l'objet et le but de l'article 23:2 a). Toutefois, un tel examen confirme la signification donnée par le sens ordinaire des termes de cette disposition. Pour éviter de répéter l'erreur commise dans l'affaire *États-Unis - Crevettes*[250], il est nécessaire d'examiner l'objet et le but de l'article 23 qui est le "renforcement du système multilatéral". On ne renforcera pas le système multilatéral en limitant la

[249] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis - Crevettes, op. cit.*, paragraphe 114.

[250] Voir *Ibid.*, paragraphe 116 (reprochant au Groupe spécial d'avoir examiné les objectifs de l'ensemble de l'Accord sur l'OMC (maintenir le système commercial multilatéral) plutôt que l'objet et le but du texte introductif de l'article XX).

possibilité d'établir une détermination qu'il n'y a pas eu violation, ou une détermination ne se rapportant pas aux droits et obligations découlant de l'Accord sur l'OMC. Pour ce qui est de l'objectif plus large d'assurer "la sécurité et la prévisibilité" du système commercial multilatéral, on nuira en fait à la sécurité et à la prévisibilité si on ne tient pas compte du texte des accords et si de nouvelles obligations peuvent être créées à partir de rien.

4.358 Les États-Unis maintiennent en outre que les obligations énoncées à l'article 23 du Mémorandum d'accord, dont l'application est assurée par le mécanisme de règlement des différends, contribuent donc en elles-mêmes à assurer la sécurité et la prévisibilité mentionnées à l'article 3:2. Le sens ordinaire du libellé de l'article 23, lu dans son contexte, est dénué d'ambiguïté et signifie qu'il n'y a pas d'obligation distincte imposée par cet article d'assurer la sécurité et la prévisibilité.

4.359 **Les Communautés européennes disent** que l'argument des États-Unis basé sur l'affirmation selon laquelle l'expression "la sécurité et la prévisibilité" n'apparaît nulle part dans l'article 23, et qu'il n'est pas fait référence à l'article 3:2, est à la fois nouveau et erroné. Toutes les dispositions du Mémorandum d'accord, y compris bien sûr l'article 23, doivent être lues à la lumière de l'article 3:2 dudit mémorandum qui éclaire l'interprétation des obligations des Membres de l'OMC contenues dans les dispositions plus détaillées. D'ailleurs, le paragraphe 3:2 du Mémorandum d'accord fait partie des "Dispositions générales" énoncées à l'article 3 et il est donc applicable dans tout le Mémorandum d'accord sans que chaque article soit obligé d'y faire référence.

4.360 **Les États-Unis réfutent** l'allégation des CE selon laquelle l'article 3:2 est une disposition générale applicable à tout le processus de règlement des différends. Toutefois, comme cela a été noté plus haut, l'article 3:2 ne prévoit pas l'obligation d'assurer la sécurité et la prévisibilité. Au contraire, il explique que le mécanisme de règlement des différends *en lui-même* assure la sécurité et la prévisibilité. L'applicabilité générale de cette explication ne crée par une obligation au titre de l'article 23:2 a) d'assurer la sécurité et la prévisibilité. Toutefois, l'article 3:2 impose en fait une obligation d'application générale aux groupes spéciaux: celle de ne pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés. Conformément à cette disposition, le Groupe spécial doit rejeter la proposition des CE d'ajouter une nouvelle obligation qui ne se trouve pas dans le texte de l'Accord sur l'OMC.

d) Arguments concernant l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC

4.361 **Les Communautés européennes font aussi valoir** que la troisième norme juridique à laquelle le droit interne doit satisfaire est définie dans l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech selon lequel "chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations [au titre des Accords de l'OMC]".

4.362 Les Communautés européennes soutiennent qu'en créant un nouveau type d'obligation qui va au-delà des engagements pris au titre du GATT de 1947, cette disposition spécifique régissant le droit interne établit sans aucun doute une norme plus contraignante que celles auxquelles le droit interne des Membres doit satisfaire conformément à la pratique de l'OMC afin d'assurer l'exécution de bonne foi de leurs obligations de fond conformément aux principes codifiés par les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne.

4.363 Les Communautés européennes concluent donc que cette troisième norme juridique devrait par conséquent être examinée par le Groupe spécial uniquement si, et dans la mesure où, il devait conclure que les articles 301 à 310 n'imposent pas de déterminations ou de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC et constituent une base juridique solide pour la mise en œuvre des obligations des États-Unis à l'égard de l'OMC.

4.364 Les Communautés européennes font valoir que les États-Unis allèguent, sans aucun argument à l'appui que "les articles 301 à 310 ne sont pas incompatibles avec l'article XVI:4 parce qu'ils n'imposent pas des mesures contraires à une disposition du Mémorandum d'accord ou du GATT de 1994, et qu'ils n'empêchent pas non plus des mesures conformes à ces dispositions".

4.365 Les Communautés européennes rappellent que l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech exige qu'un Membre de l'OMC prenne des mesures pour assurer la conformité de l'intégralité de son droit interne. Cette disposition n'établit pas de distinction entre les mesures prises au niveau exécutif et au niveau législatif. Elle vise également les réglementations et les procédures administratives, qui peuvent habituellement être adoptées et modifiées par le pouvoir exécutif. La question de savoir si le droit interne oblige le pouvoir exécutif à prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC est par conséquent sans objet au regard de l'article XVI:4.

4.366 Les Communautés européennes maintiennent aussi qu'en outre si l'article XVI:4 devait être interprété comme imposant simplement les prescriptions découlant déjà de la Convention de Vienne, il serait redondant. Comme l'Organe d'appel l'a reconnu dans l'affaire *États-Unis – Essence*[251], les interprétations rendant des clauses entières d'un traité redondantes ne sont pas admissibles conformément aux principes d'interprétation définis dans la Convention de Vienne (articles 31 et 32).

4.367 Les Communautés européennes allèguent que la lecture faite par les États-Unis de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech est par conséquent manifestement incompatible avec le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC qui est d'assurer la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales.

4.368 De l'avis des Communautés européennes, une des tâches importantes auxquelles doit s'attaquer le Groupe spécial dans le cas présent est de donner un sens aux termes "assurera" et "conformité" à l'article XVI:4. Les principes d'interprétation définis dans la Convention de Vienne exigent du Groupe spécial qu'il interprète ces termes de bonne foi suivant le sens ordinaire à leur attribuer dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC.

4.369 Les Communautés européennes font observer que le sens ordinaire du terme "assurera" est "rendre certain". Le sens ordinaire du terme "conformité" est, premièrement, "action ou comportement conforme à la pratique établie; exécution" et, deuxièmement, "correspondance de la forme ou de la manière, similitude, accord" (Oxford).

4.370 Les Communautés européennes répètent leur argument selon lequel l'article XVI:4 doit être interprété comme imposant des prescriptions en matière de droit interne qui s'ajoutent aux prescriptions découlant déjà des obligations de fond au regard de l'OMC. C'est le cas si l'article XVI:4 est interprété comme prévoyant une "correspondance, similitude ou accord" entre le droit interne et les obligations pertinentes au regard de l'OMC.

4.371 De l'avis des Communautés européennes, les termes "assurera" et "conformité", considérés ensemble dans leur contexte, indiquent par conséquent que l'article XVI:4 n'exige pas simplement des Membres qu'ils confèrent officiellement au pouvoir exécutif le droit d'agir de façon conforme aux règles de l'OMC, mais les obligent à structurer leur législation d'une manière qui rende certaine la réalisation des objectifs des accords visés.

[251] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules* ("*États-Unis – Essence*") adopté le 20 mars 1996, WT/DS2/AB/R.

4.372 Les Communautés européennes font observer qu'un des objectifs fondamentaux du droit de l'OMC est de renforcer le système multilatéral. Un autre objectif fondamental est d'obtenir une plus grande certitude juridique dans les relations commerciales multilatérales.

4.373 Les Communautés européennes allèguent qu'une loi, une réglementation ou une procédure administrative interne dont la structure, la conception et les principes de base sont spécifiquement destinés à créer une incertitude dans les échanges avec les autres Membres ne pourrait donc jamais être considérée comme assurant la conformité avec les règles de l'OMC.

4.374 Les Communautés européennes ajoutent que les participants au Cycle d'Uruguay attendaient des États-Unis non seulement qu'ils s'engagent à s'abstenir de prendre des mesures unilatérales mais également qu'ils mettent leur droit interne en conformité avec cet engagement. Un des premiers textes concernant le règlement des différends soumis le 19 octobre 1990 par M. Julio Lacarte-Muró, Président du Groupe de négociation sur le règlement des différends, comportait les dispositions ci-après:

> "Les parties contractantes:
>
> i) se conformeront aux règles et procédures de règlement des différends du GATT;
>
> ii) se conformeront aux recommandations et décisions des PARTIES CONTRACTANTES;
>
> iii) s'abstiendront de prendre des mesures unilatérales incompatibles avec les règles et procédures du GATT; et
>
> iv) aux fins de l'alinéa iii), s'engageront à adapter leur législation commerciale et leurs procédures d'exécution internes de manière à assurer la conformité de toutes les mesures avec les procédures de règlement des différends du GATT".

4.375 Les Communautés européennes ajoutent que les versions ultérieures du projet de Mémorandum d'accord ne contenaient plus de dispositions relatives à l'adaptation du droit interne. Toutefois, une disposition à cet effet a été incluse dans le projet d'Accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce. L'article XVI:4 de ce projet d'accord prévoyait ce qui suit:

> "Les Membres s'efforceront de prendre toutes les mesures nécessaires, dans les cas où des modifications des législations nationales seront requises pour mettre en œuvre les dispositions des accords repris en annexe, pour assurer la conformité de leurs lois avec ces accords."[252]

4.376 Les Communautés européennes font observer que, dans une note informelle adressée au groupe de rédaction juridique, le Secrétariat a noté ce qui suit:

> "En vertu du droit international général, une partie à un traité ne peut pas invoquer les dispositions de sa législation interne pour justifier le non-respect d'un traité et, selon plusieurs groupes spéciaux du GATT, les lois imposant une mesure incompatible avec l'Accord général constituent elles-mêmes des violations de l'Accord général, qu'une telle mesure ait été prise ou non. Ce paragraphe prévoirait donc un niveau

[252] Note informelle du Secrétariat "Projet d'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce" (n° 462, datée du 12 mars 1992), page 26.

> d'obligation au titre des Accords commerciaux multilatéraux inférieur à celui qui est prévu dans le cadre du GATT actuel."[253]

4.377 Les Communautés européennes notent en outre que la version finale de l'article XVI:4 n'a pas été rédigée comme une clause de l'effort maximal applicable uniquement aux cas où des amendements du droit interne étaient nécessaires, mais comme une obligation absolue:

> "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

4.378 Les Communautés européennes expliquent que les accords issus du Tokyo Round sur les marchés publics, les subventions, les procédures en matière de licences, les aéronefs civils et les mesures antidumping contenaient chacun des dispositions analogues à celles de l'article XVI:4.[254] Ces dispositions ont été reprises dans les dispositions finales des Accords correspondants de l'OMC, mais pas cependant dans le GATT de 1994, l'AGCS ou le Mémorandum d'accord.[255] L'article XVI:4 a pour effet d'étendre la prescription explicite concernant la conformité du droit interne aux règles de l'OMC à tous les accords et instruments juridiques des annexes 1, 2 et 3 de l'Accord sur l'OMC, y compris au Mémorandum d'accord.[256]

4.379 **Les États-Unis font valoir** que les allégations des CE concernant le GATT de 1994 et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC reposent toutes les deux sur l'hypothèse que les allégations des CE concernant les violations du Mémorandum d'accord sont justifiées. Par exemple, il ne peut pas y avoir violation du GATT de 1994 si les États-Unis ne prennent pas de mesures, et pour les raisons déjà exposées, on ne peut pas partir de l'hypothèse que les articles 301 à 310 imposent une telle mesure. On ne peut pas non plus partir de l'hypothèse qu'une mesure prise au titre des articles 301 à 310 ne serait pas précédée d'une autorisation de l'ORD.

4.380 En ce qui concerne l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, les États-Unis font valoir qu'il importe d'admettre qu'une mesure doit d'abord constituer un manquement à un engagement quelconque au regard de l'OMC pour contrevenir à l'article XVI:4. Cela ressort clairement du sens ordinaire du texte de cette disposition: "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe." Lorsque ces lois, réglementations et procédures administratives sont conformes aux obligations énoncées dans les accords figurant en annexe, y compris le Mémorandum d'accord, il n'y pas violation de l'article XVI:4. Les Communautés européennes ne peuvent pas

---

[253] Note informelle du Secrétariat "Projet d'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce" (n° 462, datée du 12 mars 1992), page 26.

[254] Les Communautés européennes se réfèrent à l'article IX:4 a) de l'Accord relatif aux marchés publics, à l'article 19:5 a) de l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII, à l'article 5:4 a) de l'Accord relatif aux procédures en matière de licences d'importation, à l'article 9:4.1 de l'Accord relatif au commerce des aéronefs civils, et à l'article 16.6 a) de l'Accord relatif à la mise en œuvre de l'article VI.

[255] Les Communautés européennes se réfèrent à l'article XXIV:5 a) de l'Accord sur les marchés publics, à l'article 32.5 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires, à l'article 8:2 a) de l'Accord sur les procédures de licence d'importation, à l'article 9:4.1 de l'Accord sur le commerce des aéronefs civils et à l'article 18.4 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

[256] Les Communautés européennes se réfèrent à l'article II:1 de l'Accord sur l'OMC.

présumer que les articles 301 à 310 contreviennent au Mémorandum d'accord dans le but de constater qu'il y a violation de l'article XVI:4.

4.381 Les États-Unis soulignent que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC prévoit que:

> "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

4.382 Les États-Unis font valoir que rien dans cette disposition ne suggère, et moins encore n'affirme, qu'il faut redéfinir le concept de loi impérative comme le proposent les Communautés européennes. Le sens du texte de l'article XVI:4 est évident: si une loi, une réglementation ou une procédure administrative d'un Membre n'est pas conforme à ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe, ce Membre doit prendre des mesures pour la rendre conforme. En revanche toutefois, si les lois, réglementations et procédures administratives sont conformes à ses obligations, il n'a pas besoin de prendre de mesure.

4.383 Les États-Unis allèguent que l'article XVI:4 ne prévoit en aucune manière que la définition d'une "législation impérative" puisse désormais inclure "certaines lois discrétionnaires". L'article XVI:4 ne crée pas non plus un "nouvel environnement juridique" qui permettrait d'inventer de toute pièce des obligations de fond.

4.384 Les États-Unis font observer que, pour les Communautés européennes, l'inclusion dans l'article XVI:4 des réglementations et des procédures administratives de même que des lois fait partie de ce "nouvel environnement juridique". De l'avis des Communautés européennes, "la distinction entre une loi qui s'impose au pouvoir exécutif et une loi qui peut être modifiée par lui n'est donc plus pertinente". La distinction établie par les CE est sans fondement. Les réglementations et procédures administratives ont toujours été soumises aux règles du GATT de 1947[257], et il n'y a absolument rien d'extraordinaire au fait qu'elles soient citées dans l'article XVI:4. L'obligation en ce qui concerne les réglementations et procédures administratives est la même qu'en ce qui concerne les lois: si elles ne sont pas conformes aux obligations du Membre telles qu'elles sont énoncées dans les accords visés, elles doivent être mises en conformité. Toutefois, si elles sont conformes, elles n'ont pas besoin d'être modifiées.

4.385 Les États-Unis ajoutent que les Communautés européennes allèguent également que la présence du mot "assurera" à l'article XVI:4 signifie que les lois doivent être structurées d'une manière qui "rende certaine la réalisation des objectifs des accords visés". Comme cela a été dit plus haut, les objectifs des accords visés sont évoqués dans le texte et, de toute manière, des "objectifs" ne sont pas en eux-mêmes des "obligations". On ne peut pas s'écarter du texte sur la base d'interprétations fantaisistes des objectifs d'un accord fondées sur la recherche de résultats. Un Membre peut "assurer" la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations par un certain nombre de moyens:

> "Du point de vue du droit international, les États sont généralement libres de choisir la manière de se mettre, sur le plan intérieur, en mesure d'exécuter leurs obligations internationales; le choix entre la réception et l'application directes de la loi internationale ou son incorporation dans le droit interne par l'adoption d'une loi, n'a pas d'importance, pas plus que le choix entre les diverses formes de lois, common law ou mesures administratives pour donner effet aux obligations internationales. Ce sont

[257] Ainsi, l'article III:4 du GATT de 1947 vise "toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions".

> là des questions qu'il appartient à chaque État de déterminer conformément à sa pratique constitutionnelle".[258]

4.386 Les États-Unis indiquent qu'un des moyens par lesquels un Membre peut assurer la conformité avec ses obligations est de veiller à ce que ses autorités aient un pouvoir discrétionnaire suffisant pour exécuter les obligations auxquelles il a souscrit. Cette notion est au cœur de la doctrine selon laquelle une législation discrétionnaire ne donne pas lieu à une action, doctrine reflétée dans la pratique constante et immuable du GATT et de l'OMC dans ce domaine. Comme le Japon l'a noté dans ses réponses aux questions du Groupe spécial, "les lois ne sont pas incompatibles avec les règles de l'OMC lorsqu'… elles donnent aux personnes chargées de leur application la latitude [d'exécuter les obligations au regard de l'OMC]".

4.387 Les États-Unis font valoir qu'il n'y a pas de base permettant d'établir une distinction entre différentes formes de lois discrétionnaires, ni de redéfinir certaines lois discrétionnaires comme étant "impératives". Si une loi accorde un pouvoir suffisant aux autorités d'un Membre pour exécuter ses obligations, on ne peut pas partir de l'hypothèse que le Membre n'exercera pas ce pouvoir de bonne foi de manière à exécuter ses obligations. C'est à cause du principe même de la bonne foi évoqué par les Communautés européennes que l'on ne peut partir de l'hypothèse que les autorités d'un Membre manqueront aux obligations internationales auxquelles ce Membre a souscrit.

4.388 De l'avis des États-Unis, même s'il existait une interprétation concevable du texte de l'article XVI:4 autorisant la redéfinition de l'expression "législation impérative" de manière à inclure des lois qui n'exigent pas d'un Membre qu'il viole ses obligations internationales, cette interprétation ne serait pas admissible pour ce qui est d'interpréter l'article XVI:4. L'Organe d'appel a expliqué dans l'affaire *CE - Hormones* que la règle d'interprétation du droit international "*in dubio mitius*" est applicable aux différends de l'OMC comme un moyen supplémentaire d'interprétation. Cette règle est utilisée

> "dans l'interprétation des traités par égard à la souveraineté des États. Si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale".[259]

4.389 Les États-Unis font valoir que l'interprétation de l'article XVI:4 proposée par les CE, même s'il existait un texte, aussi ambigu soit-il, sur lequel se fonder, irait à l'encontre de la règle *in dubio mitius*, étant donné que cette interprétation porte atteinte au droit souverain d'un Membre de choisir la forme sous laquelle il souhaite mettre en œuvre ses obligations dans le droit interne et exige de chaque Membre qu'il réexamine et éventuellement révise la présentation de divers textes législatifs dont il a fort justement considéré en 1995 qu'ils étaient conformes à ses obligations au regard de l'OMC en se fondant sur l'application constante de la doctrine selon laquelle une législation discrétionnaire ne donne pas lieu à une action.

4.390 Les États-Unis soulignent que, de l'avis des Communautés européennes, l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* et la référence faite dans l'article 3:2 du Mémorandum d'accord à "la sécurité et la prévisibilité" soutiennent leur allégation selon laquelle l'article XVI:4 prohibe "l'incertitude". Comme cela a été dit plus haut, la référence dans l'article 3:2 du Mémorandum d'accord à "la sécurité

---

[258] *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, pages 82 et 83 (note de bas de page omise).

[259] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *CE – Hormones*, *op. cit.*, paragraphe 165 et note de bas de page 154, citant: *Oppenheim's International Law*, neuvième édition, page 1278.

et la prévisibilité" a été faite pour expliquer que le système de règlement des différends assure cette sécurité et cette prévisibilité et qu'il le fait par le biais des obligations de fond énoncées dans le texte de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes, dont l'application est assurée par le Mémorandum d'accord. L'article 3:2 prévoit aussi que les recommandations et décisions de l'ORD "ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".

4.391 De l'avis des États-Unis, ni les faits ni les constatations dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* n'étayent la position des CE. Comme cela a été expliqué plus haut, cette affaire va tout à fait dans le sens de la thèse selon laquelle les obligations ne peuvent pas être devinées à partir de notions vagues et sans fondement, telles que celles "d'incertitude", isolées de leur contexte dans l'accord.[260] Elle n'étaye pas non plus, dans ses détails, la position des CE selon laquelle un principe "d'incertitude" peut être déduit du texte de l'article XVI:4. Le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* ne se réfère à l'article XVI:4 que pour souligner le fait que les obligations de l'Inde au regard de l'OMC remontaient au 1er janvier 1995 et ne pouvaient pas être reportées.[261] Il n'y a aucune référence dans ce rapport à une obligation énoncée à l'article XVI:4 d'éviter l'"incertitude". L'obligation énoncée à l'article XVI:4 est plutôt celle de se conformer aux obligations formulées dans les Accords figurant en annexe.

4.392 Les États-Unis font valoir que l'examen de la question législation impérative/discrétionnaire dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* ne modifie en rien cette doctrine. Cette affaire, comme l'affaire *États-Unis - Boissons à base de malt* qui l'a précédée, va dans le sens de la thèse selon laquelle la non-application d'une législation impérative faisait que celle-ci ne donnait pas lieu à une action.[262] La question posée dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* était de savoir si les "instructions administratives" de l'Inde qui n'étaient ni publiées ni écrites prévalaient sur la législation impérative qui interdisait à l'Inde de respecter ses obligations au regard de l'Accord sur les ADPIC.[263] L'Organe d'appel a constaté qu'à cause de ce conflit, les instructions administratives ne constituaient pas une base juridique solide permettant de préserver à la fois la nouveauté des inventions et la priorité des demandes.[264] Cependant, même ainsi, l'Organe d'appel a rejeté fermement la position selon laquelle un Membre est tenu de dissiper tout doute raisonnable sur le point de savoir si les demandes présentées pourraient être rejetées.[265]

---

[260] Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 45.

[261] Les États-Unis se réfèrent au même rapport, paragraphes 78 à 84.

[262] Les États-Unis se réfèrent au rapport du Groupe spécial concernant *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 7.35.

[263] Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphes 60 à 62.

[264] *Ibid.*, paragraphes 69 et 70.

[265] *Ibid.*, paragraphe 58. Les États-Unis font observer que l'Organe d'appel a dit que "... nous *ne* sommes *pas* d'accord avec le Groupe spécial lorsqu'il dit que l'article 70:8 a) oblige un Membre à établir un moyen de manière à dissiper tout doute raisonnable sur le point de savoir si les demandes présentées suivant le système de la boîte aux lettres et les brevets ultérieurement accordés sur la base de ces demandes pourraient être rejetés ou invalidés … À notre avis, l'Inde est obligée, au titre de l'article 70:8 a), d'établir un mécanisme juridique pour le dépôt de demandes suivant le système de la boîte aux lettres qui offre une base juridique solide permettant de préserver ... la nouveauté des inventions et la priorité des demandes [...] Rien de plus" (en italique dans l'original).

4.393 Les États-Unis expliquent que l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* n'étaye donc pas la position des CE selon laquelle l'article XVI:4 permet une nouvelle définition de l'expression "loi impérative" fondée sur "la conception, la structure et les principes de base" de la loi. En fait, l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* sape la position des CE. L'analyse de la question de savoir si les articles 301 à 310 sont conformes à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC doit être basée sur le texte de cette disposition. Le sens ordinaire de l'article XVI:4 est qu'une loi, une réglementation ou une procédure administrative n'est pas incompatible avec cet article à moins qu'elle ne soit aussi incompatible avec une obligation distincte d'un accord visé. Les articles 301 à 310 ne sont pas incompatibles avec une quelconque disposition d'un accord visé et ils sont par conséquent compatibles avec l'article XVI:4.

4.394 **En réponse, les Communautés européennes font valoir** que, comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques* après sa décision antérieure dans l'affaire *États-Unis - Essence*, le principe de l'effet utile (*ut res magis valeat quam pereat*) est:

> "Un principe fondamental de l'interprétation des traités découlant de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31."

4.395 Les Communautés européennes soutiennent que, si l'on tient compte de cette règle, l'interprétation juste de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech ne peut pas consister à voir cette disposition comme une *réplique* inutile des obligations prévues par les accords visés. Une telle interprétation aurait pour effet de rendre des clauses entières d'un traité redondantes, ce qui n'est pas admissible.

4.396 Ainsi, de l'avis des Communautés européennes, l'affirmation ci-après des États-Unis ne peut pas être juste:

> "Le sens ordinaire de l'article XVI:4 est qu'une loi, une réglementation ou une procédure administrative n'est pas incompatible avec cet article à moins qu'elle ne soit aussi incompatible avec une obligation distincte d'un accord visé."

4.397 Les Communautés européennes font valoir qu'une législation "discrétionnaire" n'est définie en tant que telle dans aucun des Accords de l'OMC. Il n'existe donc rien dans les Accords de l'OMC permettant d'établir une distinction entre une législation "discrétionnaire" et une législation qui ne l'est pas.

4.398 Les Communautés européennes ajoutent que l'importance de la définition d'une législation discrétionnaire dans le système des règles de l'OMC réside dans le fait que les Membres de l'OMC adoptent fréquemment des législations non directives qui délèguent des pouvoirs à l'exécutif. Ce phénomène juridique ne devrait pas, de l'avis de la Communauté, être ignoré ou sous-estimé.

4.399 De l'avis des Communautés européennes, dans cette question, il faut trouver un équilibre entre deux ensembles fondamentaux de principes du droit de l'OMC et du droit international public: d'une part, l'obligation d'assurer la protection de "la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral" (article 3:2 du Mémorandum d'accord) en assurant "la conformité [des] lois, réglementations et procédures administratives" [nationales] (article XVI:4 de l'Accord de Marrakech) grâce à une "base juridique [interne] solide" (rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*.

4.400 Les Communautés européennes insistent d'autre part sur la présomption (réfragable) de conformité selon laquelle on ne peut pas partir de l'hypothèse que les autorités des Membres de l'OMC ne mettront pas en œuvre de bonne foi leurs obligations au regard de l'OMC.

4.401 Les Communautés européennes font valoir que, dans cette perspective, il est impossible d'accepter l'approche des États-Unis qui exigerait que les groupes spéciaux de l'OMC continuent de suivre mécaniquement la pratique des groupes spéciaux antérieurs reposant sur une situation juridique qui n'est plus en vigueur. Elles ne peuvent pas, à l'autre extrême, aller aussi loin que Hong Kong, Chine, qui a suggéré que tout "écart potentiel" constituait une violation de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech et des principes énoncés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*. Cette interprétation nierait pratiquement toute distinction entre une législation "discrétionnaire" et une autre législation. *In medio stat virtus* (la vérité est entre les deux extrêmes).

4.402 De l'avis des Communautés européennes, il existe un certain nombre de critères pratiques qui aideraient les groupes spéciaux à discerner la limite entre une loi "véritablement discrétionnaire" et les autres lois.

4.403 Les Communautés européennes rappellent que la présomption de conformité serait infirmée si une législation, par son libellé, sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice ne facilitait pas la compatibilité ou créait d'une autre manière un conflit avec les obligations d'un Membre.

4.404 Les Communautés européennes maintiennent, d'un autre côté, qu'en principe, une législation pose d'autant moins de problèmes par rapport à l'OMC qu'elle prévoit peu de critères et laisse beaucoup de liberté au pouvoir exécutif en ce qui concerne le processus de prise de décisions.

4.405 De l'avis des Communautés européennes, un argument additionnel sur cette question a été présenté par les États-Unis. Selon ces derniers, toute législation qui n'est pas "impérative" au sens de la définition adoptée en 1949 par un groupe de travail du GATT dans sa décision concernant la clause relative à la "législation en vigueur" du Protocole d'application provisoire doit donc être discrétionnaire et, par voie de conséquence, ne peut pas être interprétée comme manquant aux obligations pertinentes au regard de l'OMC. Cette position des États-Unis est de toute évidence erronée à plusieurs égards.

4.406 Les Communautés européennes font d'abord valoir que, comme l'Organe d'appel l'a constaté dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, la mise en œuvre des obligations au regard de l'OMC doit se faire sur une "base juridique solide". Cela ne serait pas le cas si une disposition donnée créait une situation allant à l'encontre de la compatibilité à l'égard de l'OMC, parce que cette situation nuirait à la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales multilatérales. Une telle disposition ne pourrait pas non plus être considérée comme satisfaisant à la présomption de conformité étant donné que son texte infirmerait une telle présomption.

4.407 Les Communautés européennes soutiennent en outre que les éléments allant à l'encontre de la compatibilité au regard de l'OMC ressortiront en particulier lorsque des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC sont normalement exigées par la loi et qu'une mesure compatible avec ces règles n'est autorisée qu'à titre exceptionnel dans des circonstances limitées. De cette manière, il n'est pas possible de bénéficier des possibilités de concurrence que les Accords de l'OMC s'efforcent de favoriser.

4.408 Les Communautés européennes supposent deuxièmement que la législation d'un Membre de l'OMC prévoit que dans une situation de fait donnée, décrite en détail dans une disposition, le pouvoir exécutif a le choix entre plusieurs mesures qui sont toutes incompatibles avec les règles de l'OMC. Une telle loi peut certes être décrite comme étant "discrétionnaire" parce qu'elle autorise différents types de mesures, mais elle doit néanmoins être considérée comme étant incompatible avec les règles de l'OMC simplement parce qu'elle ne permet pas au pouvoir exécutif de prendre une mesure compatible avec ces règles.

4.409 Les Communautés européennes ajoutent que, même au titre du GATT de 1947, une législation nationale donnant au pouvoir exécutif uniquement le choix entre plusieurs mesures qui étaient toutes incompatibles avec le GATT de 1947 n'aurait pas pu être considérée comme étant véritablement "discrétionnaire". De l'avis des Communautés européennes, la situation est la même dans la présente affaire. Cela ne signifie pas bien entendu que la pratique des groupes spéciaux du GATT de 1947 est encore valable dans le cadre de l'OMC dans la mesure où cette pratique était fondée sur une interprétation nettement plus restrictive de l'expression "législation impérative".

4.410 Troisièmement, les Communautés européennes, pour se rapprocher encore davantage de la situation juridique sous-tendant la présente affaire, proposent l'exemple d'une loi qui exigerait du pouvoir exécutif qu'il prenne des mesures sur la base des résultats d'une enquête. Supposons que les autorités fiscales soient tenues de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC à chaque fois qu'elles constatent sur la base d'une enquête qu'une fraude fiscale a été commise. Les autorités fiscales ne sont bien entendu pas "libres" de s'abstenir de constater un cas de fraude fiscale et d'éviter ainsi une mesure incompatible avec les règles de l'OMC. Toute autre lecture d'une telle disposition irait à l'encontre de son intention, telle qu'elle est exprimée dans la loi. Il convient de noter dans ce contexte qu'il avait été clairement compris au titre du GATT de 1947 qu'une législation pouvait être impérative non seulement par ses termes mais également de par l'intention qu'elle exprime.[266]

4.411 Quatrièmement, les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec l'allégation des États-Unis selon laquelle une loi nationale telle que l'article 301 a) accorde à l'exécutif un pouvoir discrétionnaire suffisant pour lui permettre de prendre des mesures compatibles avec les règles de l'OMC parce que les plus hautes autorités politiques du Membre de l'OMC concerné, en l'occurrence le Président des États-Unis, peut donner des directives à l'administration. On irait à l'encontre du but et de l'esprit de la loi en considérant cette disposition comme discrétionnaire plutôt qu'impérative.

4.412 Les Communautés européennes rappellent que les articles 301 à 310 imposent généralement des délais stricts au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pour prendre des mesures. C'est en fait l'un des aspects les plus caractéristiques de ces dispositions. Aux termes de ces délais strictement définis, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit prendre une mesure fondée sur le résultat de l'enquête ouverte au titre de l'article 302. Une telle mesure doit être prise "sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures".

4.413 De l'avis des Communautés européennes, il n'est tout simplement pas crédible qu'une telle clause soit comprise comme donnant au Président le pouvoir discrétionnaire d'accorder des dérogations de manière régulière. Cela irait de toute évidence à l'encontre du souhait exprès du législateur, en l'espèce le Congrès des États-Unis, car cela inverserait le rapport entre règle et exception. D'ailleurs, le Président n'a jamais accordé une telle dérogation.

4.414 De plus, les Communautés européennes font observer que les formulations vagues de l'article 301 a) ne signifient pas que le Président serait autorisé à ordonner au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'agir à l'encontre de ce que la loi elle-même prescrit. Cette disposition, contrairement à d'autres dispositions du droit américain donnant au Président le pouvoir explicite de déroger aux prescriptions établies par la loi, stipule que tout ordre du Président concerne toutes les autres "mesures appropriées et réalisables" que le Président, "dans la limite de ses attributions", peut ordonner de prendre. Le Président n'a pas le pouvoir de ne pas tenir compte d'une loi prévoyant qu'une mesure doit être prise dans un délai impératif.

[266] Guide des règles et pratiques du GATT (Index analytique), 1995, page 1172, deuxième paragraphe.

4.415 Les Communautés européennes allèguent que si, sur cette base, les articles 301 à 310 étaient considérés comme étant entièrement discrétionnaires et ne pouvaient donc pas être contestés en tant que tels dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC, cela signifierait qu'une exception qui n'a jamais été utilisée dans la pratique serait considérée, du point de vue du droit de l'OMC, comme s'appliquant à toutes les dispositions en cause, ce qui va clairement à l'encontre de leur conception, de leurs principes de base et de leur structure révélatrice.

4.416 Les Communautés européennes estiment que cela ne peut pas être juste au regard du droit de l'OMC, compte tenu de l'exigence plus élevée consistant à "assurer la conformité" du droit interne au titre de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et de l'exigence d'asseoir sur une base juridique solide les mesures administratives prises en application de la disposition figurant à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord. Ces normes juridiques, que les États-Unis eux-mêmes ont tenu à exposer au Groupe spécial et à l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* sont bien entendu applicables également dans d'autres contextes.

4.417 Les Communautés européennes concluent ensuite qu'au regard du droit de l'OMC, une exception mal définie qui n'est pas appliquée dans la pratique et qui va à l'encontre du but principal d'une loi nationale ne peut en aucun cas servir de base à l'analyse de cette loi.

4.418 **Les États-Unis réfutent** l'allégation des CE selon laquelle les articles 301 à 310 sont incompatibles avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Ils rappellent que les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de "statuer":

> "que les États-Unis, en refusant de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme aux exigences de l'article 23 du Mémorandum d'accord et des articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT de 1994, ont manqué à leurs obligations au titre de ces dispositions et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, ..." (non souligné dans l'original).

4.419 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes reconnaissent ainsi qu'il doit y avoir violation d'une autre disposition de l'OMC avant qu'il ne puisse y avoir violation de l'article XVI:4. Malheureusement, les Communautés européennes font valoir ailleurs que l'article XVI:4 constitue la base d'un nouvel ensemble d'obligations qui ne découlent pas du texte de cette disposition.

4.420 De l'avis des États-Unis, l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC prévoit que chaque Membre "assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe". Dans ses termes, cette disposition ne dit pas qu'il y a maintenant un "nouvel environnement juridique". L'article XVI:4 par ses termes n'institue pas non plus "... l'obligation d'assurer la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales multilatérales" comme l'affirment les Communautés européennes. Il conviendrait d'ajouter que l'article XVI:4 ne prévoit pas, par ses termes, que la constatation juridique de l'incompatibilité avec les règles de l'OMC peut être fondée sur des attaques qui sont manifestement d'ordre politique. Les formulations tordues des CE ne peuvent pas changer le sens ordinaire du texte de l'article XVI:4.

4.421 De l'avis des États-Unis, ce texte montre clairement que la seule obligation définie à l'article XVI:4 qui est indépendante des obligations prévues dans les accords annexés est qu'un Membre "assurera la conformité" de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ces obligations. Les Communautés européennes ont expliqué que la définition du terme "assurer" est de "rendre certain". D'après l'Oxford English Dictionary, il signifie également "garantir". Les Membres étaient donc tenus, à compter du 1er janvier 1995 de revoir les lois, réglementations et procédures

existantes et de les rendre certaines, de garantir leur conformité avec les obligations de fond énoncées dans les Accords figurant en annexe et, lorsque ce n'était pas le cas, de les mettre en conformité.

4.422 Les États-Unis font valoir que c'est précisément là le sens attribué à l'article XVI:4 par l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*. Ils rappellent que l'Organe d'appel dans cette affaire s'est référé à l'article XVI:4 afin de donner du poids à sa constatation selon laquelle l'obligation faite à l'Inde de se mettre en conformité avec les obligations découlant pour elle de l'Accord sur les ADPIC remontait au 1er janvier 1995 et ne pouvait pas être reportée. Les Communautés européennes ont donc tort lorsqu'elles disent que les États-Unis et l'Organe d'appel interprètent cette disposition d'une manière qui la rend redondante. En insistant sur la date à laquelle les Membres ont l'obligation de mettre ces mesures en conformité, l'article XVI:4 dit parfaitement clairement que les lois et réglementations en vigueur qui ne sont pas conformes doivent être modifiées, qu'aucune mesure de ce type ne sera protégée par une clause d'antériorité.

4.423 Les États-Unis maintiennent que les Communautés européennes adoptent deux positions contradictoires concernant l'article XVI:4. D'un côté, elles maintiennent que l'article XVI:4 oblige les Membres à structurer leur législation d'une manière "qui rende certain" qu'il n'y aura pas de violation de l'Accord. D'un autre côté, les Communautés européennes s'opposent à la notion selon laquelle une législation discrétionnaire doit explicitement limiter le pouvoir discrétionnaire qu'elle confère de manière à empêcher l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. Cette contradiction montre bien que les arguments des CE visent à atteindre un résultat politique précis dans ce différend sans tenir compte du raisonnement ou des principes juridiques généralement applicables. Les Communautés européennes veulent apparemment que le Groupe spécial constate que les articles 301 à 310 doivent être modifiés pour supprimer "l'incertitude", mais elles ne veulent pas accepter l'intervention d'un groupe spécial exigeant qu'elles limitent leur pouvoir absolu de réglementer l'importation des bananes, d'interdire les hormones, de manière incompatible avec les règles de l'OMC ou encore d'interrompre les échanges à tout moment, pour quelque raison que ce soit, sans égard pour les prescriptions du Mémorandum d'accord, conformément à l'article 133 du Traité d'Amsterdam.

4.424 Les États-Unis font observer que, selon les Communautés européennes, l'article XVI:4 exige un examen des principes de base, de la conception et de la structure d'une loi. Ils ont expliqué que l'Organe d'appel a clairement rejeté les tentatives visant à créer des obligations et des modes d'analyse fondés sur "la conception d'une mesure" lorsqu'il n'existe aucun texte justifiant l'un ou l'autre. Le même raisonnement s'appliquerait aux tentatives faites par les CE pour créer une obligation généralisée d'établir une "base juridique solide" pour la mise en œuvre des obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Les rapports de l'Organe d'appel concernant les affaires *Inde - Brevets (États-Unis)* et *États-Unis - Crevettes* montrent clairement que de nouvelles obligations ne peuvent pas être créées à partir de rien. Les objectifs des accords sont évoqués dans les obligations spécifiques qu'ils énoncent.

4.425 Les États-Unis allèguent ensuite que l'analyse des CE relative à l'article XVI:4 finit par dégénérer en accusations gratuites concernant des mesures antérieures des États-Unis qui ne relèvent pas du mandat du présent Groupe spécial et au sujet desquelles aucun groupe spécial du GATT ou de l'OMC n'a établi de constatations. Les CE montrent ainsi clairement que leurs arguments n'ont absolument aucun fondement juridique et rendent encore plus évident le fait que leur objectif dans la présente affaire est d'obtenir que le Groupe spécial fasse une déclaration d'ordre politique, à savoir que les États-Unis "ne jouent pas franc-jeu", déclaration dont elles espèrent qu'elle compensera l'impression laissée par le fait qu'elles ont systématiquement manqué à leurs obligations en ce qui concerne le régime qu'elles appliquent à l'importation des bananes. Les Communautés européennes espèrent en particulier obtenir une déclaration d'ordre politique selon laquelle les États-Unis ne respectent pas le système multilatéral de règlement des différends afin de compenser l'impression donnée dans le cadre de l'affaire *Bananes* par leur refus unilatéral de tenir compte des constatations de

plusieurs groupes spéciaux multilatéraux chargés du règlement d'un différend, par leur décision unilatérale de ne faire aucun cas de leur engagement de rendre cette mesure conforme à ces constatations multilatérales et par leurs efforts unilatéraux visant à empêcher l'application des dispositions multilatérales de l'article 22 en recourant au procédé extraordinaire et sans précédent consistant à tenter de refuser l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD. Les États-Unis regrettent d'avoir été forcés de soulever ces questions, mais les attaques des CE dans leur deuxième communication ne leur ont pas laissé le choix. Ils n'allèguent pas que ces points soient en rapport avec l'analyse juridique du Groupe spécial. L'argumentation des CE ne l'est toutefois pas non plus. La seule question qui se pose en l'espèce, est de savoir si les articles 301 à 310 obligent les États-Unis à manquer à des obligations particulières qui seraient énoncées dans le texte de l'article 23 du Mémorandum d'accord, de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et des articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT de 1994.

4.426 **Les Communautés européennes soulignent** une contradiction fondamentale dans l'approche des États-Unis. Une citation tirée des arguments de ces derniers est particulièrement révélatrice:

> "Le critère des CE pour déterminer qu'une loi "n'est pas véritablement discrétionnaire" ne figure pas dans l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, ou dans l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, ou dans toute autre disposition d'un accord visé. Les Communautés européennes ne prétendent d'ailleurs pas qu'il y figure. Ce critère repose sur une extrapolation de la notion de sécurité et de prévisibilité énoncée à l'article 3:2 – qui désigne un objectif, et non une obligation – et d'une vague explication de l'obligation d'agir de "bonne foi" énoncée dans la Convention de Vienne – qui n'est pas un accord visé".

4.427 De l'avis des Communautés européennes toutefois, les États-Unis sont incapables de montrer qu'une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire, qui constitue la base de leur défense, peut – et pour utiliser les termes des États-Unis eux-mêmes – doit "figurer dans l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC ou dans l'article 3:2 du Mémorandum d'accord ou dans toute autre disposition d'un accord visé."

4.428 Les Communautés européennes allèguent que les États-Unis sont incapables de citer une base juridique dans le droit de l'OMC à l'appui de leur défense simplement parce que cette base juridique n'existe pas. Cela devient encore plus clair lorsque les États-Unis font valoir que, dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*:

> "Le Groupe spécial ne s'est référé ni à des rapports de groupes spéciaux antérieurs ni au Protocole pour formuler sa constatation concernant les législations discrétionnaires."

4.429 Les Communautés européennes maintiennent que logiquement il n'existe pas de base juridique dans l'Accord sur l'OMC autorisant les États-Unis à prétendre que les précédents examinés dans le cadre du GATT de 1947 comme l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* sont applicables *sic et simpliciter* dans la présente affaire.

4.430 Les Communautés européennes reconnaissent qu'en général le raisonnement suivi par les groupes spéciaux lorsqu'ils interprètent les dispositions du GATT et, après l'entrée en vigueur de l'Accord de Marrakech, des Accords de l'OMC peut constituer une source d'inspiration extrêmement précieuse pour les groupes spéciaux ultérieurs s'intéressant à des points de droit identiques ou similaires. Cela ne peut toutefois pas être assimilé à l'obligation implicite pour les groupes spéciaux, et notamment pour le présent Groupe spécial, de suivre mécaniquement la pratique des groupes spéciaux établie dans le cadre du GATT de 1947, pratique qui n'a plus de fondement au regard du droit de l'OMC.

4.431 Les Communautés européennes rappellent que l'Organe d'appel a totalement nié l'existence du principe *stare decisis* au sein du système juridique de l'OMC dans le rapport *Japon – Boissons alcooliques* (cité de manière sélective par les États-Unis):

> "... la décision d'adopter le rapport d'un groupe spécial ne signifiait pas, dans le cadre du GATT de 1947, que les PARTIES CONTRACTANTES étaient d'accord à propos du raisonnement juridique sur lequel s'appuyait le rapport. Il était généralement admis, dans le cadre du GATT de 1947, que les conclusions et les recommandations figurant dans le rapport d'un groupe spécial liaient les parties au différend, mais les groupes spéciaux établis ultérieurement ne se sentaient pas liés juridiquement par les détails ni par le raisonnement du rapport d'un groupe spécial antérieur.
>
> Lorsque les PARTIES CONTRACTANTES décidaient d'adopter le rapport d'un groupe spécial, leur objectif n'était pas, à notre avis, que cette décision constitue une interprétation définitive des dispositions pertinentes du GATT de 1947. Cela n'est pas envisagé non plus dans le cadre du GATT de 1994 ...".

4.432 4.432 Les Communautés européennes ajoutent que, contrairement au droit de l'OMC, le GATT de 1947 fournissait une base juridique permettant d'établir une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire. Il s'agissait du Protocole d'application provisoire et en particulier de la clause relative à la "législation en vigueur" telle qu'elle avait déjà été interprétée en 1949 dans le rapport d'un groupe de travail adopté par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT:

> "Le groupe de travail a reconnu qu'une telle mesure est légitime, sous réserve que la législation sur laquelle elle se fonde soit d'un caractère impératif dans ses termes mêmes ou dans son intention exprimée, c'est-à-dire qu'elle impose au pouvoir exécutif des obligations qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier."

4.433 Les Communautés européennes concluent donc que la prescription relative à la "législation impérative" est devenue dans le cadre du GATT de 1947, une interprétation de la clause relative à la "législation en vigueur" du Protocole d'application provisoire. La pratique des groupes spéciaux du GATT de 1947 a donc évolué sur la base de cette décision initiale fondamentale dans ce contexte particulier.

4.434 Les Communautés européennes font valoir que les critères du GATT de 1947 pour déterminer si une loi était impérative étaient les suivants:

a) le "texte" et "l'intention exprimée" de la loi; et

b) la prescription additionnelle selon laquelle [une loi] impose "au pouvoir exécutif" des obligations "qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier".

4.435 Les Communautés européennes, se référant à l'argument des États-Unis selon lequel:

> "il n'est pas nécessaire d'examiner si le caractère du Membre adoptant la législation est mauvais, ou si une partie a agi en fonction d'un motif incompatible avec les règles de l'OMC ...",

font valoir que cette déclaration contredit l'interprétation donnée par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT d'une législation impérative dans le cadre d'une interprétation stricte, conforme à la clause du Protocole d'application provisoire relative à la "législation en vigueur". Elle contredit également l'interprétation des États-Unis eux-mêmes telle qu'elle a été exprimée il y a déjà

50 ans au cours des débats conduisant au rapport du groupe de travail de 1949 sur la clause du Protocole d'application provisoire relative à la "législation en vigueur":

> "… le représentant des États-Unis a proposé d'ajouter à la dernière phrase ci-dessus les mots "sans s'écarter de l'intention d'une mesure figurant dans la législation" de façon à viser le cas où l'intention du législateur serait impérative mais où le texte législatif n'aurait qu'un caractère facultatif […]. Les États-Unis ont dit qu'ils se satisferaient de l'adjonction des mots: "de par ses termes mêmes ou en vertu de l'intention qu'elle exprime".[267]

4.436 De l'avis des Communautés européennes, dans la situation juridique spécifique instaurée par le Protocole d'application provisoire, l'interprétation stricte d'une législation impérative avait une influence décisive sur l'examen du droit interne par les groupes spéciaux du GATT de 1947.

4.437 Les Communautés européennes allèguent ensuite que la seule façon pour un groupe spécial du GATT de 1947 de "concilier" la limitation introduite par la clause du Protocole d'application provisoire concernant la "législation en vigueur" (visant à appliquer le GATT de 1947 de la manière la plus large possible) avec la nécessité de contrôler l'application de la législation discrétionnaire considérée en conséquence au sens large, consistait dans des cas extrêmes comme l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* ou *CEE – Pièces et parties*, à obtenir du défendeur des assurances d'ordre politique concernant l'exercice à venir du pouvoir exécutif.

4.438 Pour le reste, les Communautés européennes considèrent que les États-Unis ne contestent pas leur argument central à savoir que tous les autres rapports de groupes spéciaux du GATT de 1947 portant sur la question des législations impératives et des législations discrétionnaires soit se référaient directement au Protocole d'application provisoire (ou à des dispositions identiques des Protocoles d'accession) soit étaient fondés sur des rapports de groupes spéciaux antérieurs se référant directement au Protocole d'application provisoire. Voila le contexte juridique objectif dans lequel tous ces groupes spéciaux ont statué.

4.439 Les Communautés européennes font valoir qu'il n'était tout simplement pas nécessaire pour les groupes spéciaux du GATT de 1947 de fonder chaque décision concernant cette question spécifiquement sur la clause du Protocole d'application provisoire relative à la législation en vigueur une fois qu'ils avaient accepté, souvent sans autre analyse juridique, d'appliquer cette distinction en se fondant sur l'interprétation de la clause du Protocole d'application provisoire relative à la "législation en vigueur" ou en se référant à cette clause. Si on lit tous les rapports des groupes spéciaux du GATT de 1947 cités par les Communautés européennes dans cette optique, il est clair que les États-Unis passent à côté de la question.

4.440 Les Communautés européennes maintiennent que la situation juridique au regard du droit de l'OMC est fondamentalement différente. Le Protocole d'application provisoire et la clause relative à la "législation en vigueur" ne sont plus appliqués. Au contraire, une obligation opposée a été convenue par les participants aux négociations du Cycle d'Uruguay à savoir que la conformité du droit interne (même antérieur) doit être assurée à compter du 1er janvier 1995.

4.441 Les Communautés européennes font également valoir que l'insertion dans le texte de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech de l'expression "réglementations et procédures administratives" fait qu'il est désormais impossible d'appliquer la troisième norme énoncée dans la définition d'une législation impérative dans le cadre du GATT de 1947 à savoir que sont imposées "au pouvoir exécutif" des obligations "qu'il n'est pas en son pouvoir de modifier". En effet, les

[267] Guide des règles et pratiques du GATT (Index analytique), 1995, page 1172, deuxième paragraphe.

réglementations et procédures administratives sont habituellement des mesures qui relèvent pleinement du pouvoir exécutif et par définition, ce dernier a toujours le pouvoir de les modifier.

4.442 **Les États-Unis disent** que les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de ne pas tenir compte de décennies de jurisprudence et de pratique du GATT/de l'OMC au nom de "la sécurité et la prévisibilité". Dans l'affaire *Japon -Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a expliqué ce qui suit:

> "L'article XVI:1 de l'*Accord sur l'OMC* et l'alinéa 1 b) iv) du texte de l'Annexe 1A incorporant le GATT de 1994 à l'*Accord sur l'OMC* permettent de transmettre à la nouvelle OMC la jurisprudence et l'expérience juridique du GATT de 1947 donnant des gages de continuité et de cohérence pour un passage sans heurt d'un système à l'autre. Les Membres de l'OMC soulignent ainsi que l'expérience acquise par les PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 est d'une grande valeur – et ils reconnaissent son importance pour le nouveau système commercial incarné par l'OMC. Les rapports de groupes spéciaux adoptés sont une partie importante de "l'acquis" du GATT. Ils sont souvent examinés par les groupes spéciaux établis ultérieurement. Ils suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend."[268]

4.443 Les États-Unis soutiennent que les Membres de l'OMC étaient très certainement conscients de la distinction entre loi discrétionnaire et loi impérative lorsqu'ils ont signé l'Accord de Marrakech et les groupes spéciaux ont continué d'appliquer cette distinction. Dans le réexamen du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes ont même demandé aux Membres de l'OMC de convenir de la supprimer.[269] Pourtant, elles demandent maintenant au présent Groupe spécial, cinq ans après la conclusion du Cycle d'Uruguay, de rejeter un principe fondamental de la jurisprudence et de créer une incertitude quant à la conformité au regard des règles de l'OMC d'un nombre indéterminé de lois nationales jusqu'à présent considérées comme discrétionnaires. Même si "la sécurité et la prévisibilité" étaient en elles-mêmes une obligation indépendante découlant de l'Accord sur l'OMC, il serait difficile de conclure qu'une loi qui autorise une mesure compatible avec les règles de l'OMC dans tous les cas nuirait plus à "la sécurité et la prévisibilité" que ce que proposent maintenant les Communautés européennes. En outre, ces dernières ne parviennent pas à démontrer que "discrétionnaire signifie impératif" parce que l'Accord sur l'OMC a entraîné des changements.

4.444 En ce qui concerne le texte sur lequel se fonde la distinction impératif/discrétionnaire, les États-Unis se réfèrent au texte de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Cet article porte sur les cas dans lesquels les Membres "détermineront qu'il y a eu violation". Il interdit aux Membres d'établir de telles déterminations sans suivre les règles et procédures du Mémorandum d'accord et prévoit que de telles déterminations doivent être conformes aux constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD.

4.445 De l'avis des États-Unis, il n'a pas été "déterminé qu'il y a eu violation" devant le Groupe spécial dans la présente affaire. Les Communautés européennes ne contestent pas une détermination qui a effectivement été établie. Il n'est donc pas possible d'analyser si une telle détermination satisfait

---

[268] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques, op. cit.*, paragraphe 14.

[269] Voir *Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, note informelle des Communautés européennes (octobre 1998) (non souligné dans l'original); voir également Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, note du Secrétariat, compilation des observations présentées par les Membres – Rev. 3 (12 décembre 1998).

aux prescriptions de l'article 23:2 a). On ne peut pas dire si, en établissant une telle détermination, les États-Unis ont suivi les règles et procédures du Mémorandum d'accord ni s'ils ont établi une détermination conforme aux constatations adoptées par l'ORD. Il n'existe ni constatation ni détermination.

4.446 Les États-Unis demandent comment le Groupe spécial peut procéder à son analyse dans ces circonstances. En l'absence d'une détermination concrète, comment est-il possible de savoir si un Membre a manqué à ses obligations au titre de l'article 23:2 a)? Il n'est pas admissible de spéculer sur la manière dont le Membre établira sa détermination à l'avenir. Il n'est pas admissible d'examiner des déterminations faites autrefois qui ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial. Il n'est pas admissible de partir de l'hypothèse qu'il ne faut pas faire confiance à certains Membres. Il n'est pas admissible de partir de l'hypothèse qu'ils vont agir de mauvaise foi. Dans ces circonstances, faut-il conclure que sans une détermination concrète il ne peut pas y avoir de violation de l'article 23:2 a)?

4.447 Les États-Unis soulignent qu'il y a plus de dix ans, en 1987, un groupe spécial du GATT s'est attaqué à ce type de question. Il a examiné une loi qui n'allait entrer en vigueur que trois ans plus tard et a demandé si un groupe spécial pouvait déterminer si cette loi était incompatible avec les obligations d'une partie au regard du GATT alors qu'il était possible que cette partie modifie la loi avant qu'elle n'entre en vigueur? Le Groupe spécial a conclu qu'il le pouvait, mais il a été extrêmement prudent dans sa conclusion. Il a constaté qu'il fallait qu'une loi oblige les autorités d'une partie à violer une obligation spécifique au regard du GATT pour être jugée incompatible avec cette obligation. En adoptant une telle législation, la partie dépassait les bornes. Elle ne se laissait pas d'autre choix que de manquer à ses obligations, même si c'était seulement à l'avenir. En revanche, le Groupe spécial a constaté que, si une loi n'oblige pas les autorités de la partie à manquer à une obligation spécifique au regard du GATT, il n'est pas possible de conclure que la loi manque à cette obligation. La partie peut exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré de manière à mettre en œuvre ses obligations internationales. Toute autre conclusion constituerait une spéculation sur le point de savoir si la partie agira de mauvaise foi, spéculation sans plus de fondement que si la loi n'existait pas du tout.

4.448 Les États-Unis répètent que le raisonnement du Groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* était parfaitement sensé. Il était si juste qu'au moins cinq groupes spéciaux du GATT l'ont adopté. Au minimum, trois groupes spéciaux de l'OMC l'ont également adopté. Aucun de ces groupes spéciaux n'a modifié la question fondamentale posée par le Groupe spécial *Fonds spécial pour l'environnement*: la loi prescrit-elle, exige-t-elle un manquement à une obligation spécifique au titre d'un accord?

4.449 Les États-Unis font en outre valoir que l'analyse concernant l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* n'est pas une analyse de caractère. Il n'est pas nécessaire d'examiner si le caractère du Membre adoptant la législation est mauvais, ou si une partie a agi en fonction d'un motif incompatible avec les règles de l'OMC. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si le "caractère" de la législation est mauvais, ni si elle reflète l'intention de manquer à des obligations au regard de l'OMC. La seule chose qui importe est de savoir si la loi impose une mesure qui viole une obligation spécifique inscrite dans les accords. En l'absence d'une telle exigence, le Groupe spécial se retrouve face au problème fondamental – il n'existe aucun élément dont on puisse dire qu'il viole une obligation spécifique. Une loi qui offre la possibilité d'une violation ne peut pas être considérée comme une violation, pas plus qu'un système constitutionnel qui donne toute latitude pour agir. Toutefois, si elle inclut l'exigence spécifique de manquer à une obligation spécifique, la loi elle-même constitue une violation.

4.450 En réponse à la question du Groupe spécial concernant l'existence de *travaux préparatoires* susceptibles de concerner l'interprétation de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, les États-Unis indiquent d'abord qu'il n'y a pas eu de décision de procéder officiellement à des *travaux préparatoires*

pour l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Les discussions des mois d'octobre et de novembre 1993, moment où les questions les plus controversées et les plus sensibles d'un point de vue politique dans le texte de l'Accord sur l'OMC ont été réglées, se sont déroulées verbalement au cours de petites réunions qui ne regroupaient pas toutes les délégations. Certaines questions, y compris celles du libellé final de l'article XVI:4 ont été résolues dans le cadre de groupes de travail plurilatéraux qui étaient encore plus restreints. Lorsque les sous-groupes plurilatéraux ont présenté leur rapport au Groupe des questions institutionnelles, certaines délégations se sont opposées à ce que les documents écrits constituent un historique de la négociation, parce que s'il devait y avoir un historique officiel, son importance serait telle que sa teneur devrait être négociée ligne par ligne, ce qui serait manifestement impossible puisque le délai fixé au Groupe des questions institutionnelles pour réaliser ses travaux s'achevait le 15 novembre 1993. De toutes manières, en l'absence d'un tableau complet de toutes les notes et propositions émanant de toutes les délégations, il serait difficile de se faire une idée juste des intentions des parties. C'est pourquoi, le Président, l'Ambassadeur Julio Lacarte a annoncé au cours de ces débats qu'aucun historique ne serait publié et que tous les compromis devraient être faits dans le texte de l'accord lui-même.

4.451 De l'avis des États-Unis, les annales informelles des négociations finales concernant "l'Accord sur l'Organisation multilatérale du commerce" (comme il était appelé à l'époque) sont donc incomplètes et comprennent uniquement une série de "documents de salle" distribués dans la salle où se réunissait le Groupe des questions institutionnelles et les notes des différents négociateurs. Aucun résumé officiel de ces réunions n'a été élaboré et les documents préparés pour les séances de négociation n'ont pas été rassemblés en un compte rendu officiel des négociations.

4.452 Les États-Unis ont ensuite fourni les documents suivants en tant que pièce n° 23:

a) Projet d'accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce, note informelle du Secrétariat (troisième version révisée du texte de l'Accord sur l'Organisation multilatérale du commerce (27 mai 1992));

b) Comparaison entre les deuxième et troisième versions révisées du projet d'accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce (27 mai 1992) (document 551);

c) Projet d'article XVI:4 (11 novembre 1993);

d) Extrait du rapport journalier du négociateur des États-Unis sur les questions relatives à l'Organisation multilatérale du commerce, y compris l'article XVI:4 (11 novembre 1993);

e) Projet d'article XVI:4 (12 novembre 1993);

f) Projet d'accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce, version révisée (14 novembre 1993);

g) Projet d'accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce, (24 novembre 1993).

4.453 Les États-Unis expliquent que le projet d'Acte final Dunkel incluait le texte d'un Accord instituant une Organisation multilatérale du commerce avec l'avertissement que ce texte devait être davantage retouché "pour qu'il soit en harmonie avec les autres résultats de l'Uruguay Round". Les participants ont dans l'ensemble compris que de plus amples négociations s'imposaient concernant l'institution d'une organisation. Celles-ci se sont poursuivies de février à décembre 1992, des problèmes additionnels se posant à propos du projet de texte. Le Secrétariat a élaboré une troisième version révisée le 27 mars 1992 et un document comparatif (document 551) que les États-Unis ont

inclus dans leur pièce n° 23. Lorsque les travaux concernant le texte sur l'Organisation multilatérale du commerce se sont intensifiés en septembre 1993, ils ont pris comme point de départ le texte de mai 1992.

4.454 De l'avis des États-Unis, deux points concernant l'historique de la négociation de l'article XVI:4 doivent être relevés dans la "troisième version" que le Secrétariat a élaborée. Premièrement, le libellé est le suivant:

> "Les Membres s'efforceront de prendre toutes les mesures nécessaires, dans les cas où des modifications des législations internes seront requises pour mettre en œuvre les dispositions des accords figurant en annexe, pour assurer la conformité de leurs lois avec ces accords" (non souligné dans l'original).

4.455 Selon les États-Unis, plusieurs délégations, y compris les États-Unis eux-mêmes, étaient d'avis que ce libellé exigeait d'un gouvernement qu'il prenne les mesures nécessaires au niveau des procédures pour mettre en œuvre les autres accords négociés au cours du Cycle d'Uruguay. En outre, l'utilisation du mot "s'efforceront" fait peser un doute sur le caractère obligatoire de cet engagement pourtant limité.

4.456 Deuxièmement, les États-Unis allèguent que, s'ils n'ont fait qu'émettre un doute sur la nécessité de cette disposition, d'autres délégations s'y sont activement opposées comme l'indique la colonne des observations dans le document de mai 1992. Le document précise qu'il est "nécessaire de poursuivre l'examen de cette disposition pour déterminer si elle devrait être maintenue, supprimée, reformulée ou incluse dans l'Acte final". Cette observation est unique dans ce document.

4.457 Les États-Unis soulignent que les Communautés européennes ont certes noté à juste titre que l'utilisation du mot "s'efforceront" dans la troisième version faisait planer un doute sur le caractère obligatoire de cet engagement, mais qu'elles ont omis d'expliquer plusieurs étapes du processus de négociation qui a suivi. Comme cela est décrit ci-dessous, lorsque le mot "s'efforceront" a été supprimé, le compromis a consisté à supprimer plusieurs expressions y compris le membre de phrase "prendre toutes les mesures nécessaires" et à préciser que seules les obligations étaient visées par cette disposition (par l'adjonction du membre de phrase "… obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe").

4.458 Les États-Unis ajoutent qu'à l'automne 1993, le "Groupe Lacarte" travaillant sur les questions institutionnelles avait débattu à plusieurs reprises de l'article XVI:4. Au cours de ces négociations, les Communautés européennes avaient reconnu la faiblesse du mot "s'efforceront" et avaient proposé de le supprimer et de rendre cette disposition impérative.

4.459 les États-Unis soulignent également que plusieurs objections avaient été soulevées. Le Brésil et d'autres délégations d'Amérique latine dont les systèmes juridiques prévoient une "incorporation directe" de certains accords internationaux dans le droit interne craignaient que ce libellé ne leur impose d'essayer d'adopter des lois sur des questions extrêmement sensibles. Deuxièmement, les délégations ayant des systèmes fédéraux, comme le Canada, le Brésil et les États-Unis, se sont interrogées sur le lien entre ce nouveau libellé et les dispositions prévues à l'article XXIV:12 du GATT de 1994 et à l'article I:3 a) de l'AGCS. Ces dispositions concernaient les mesures des gouvernements et administrations régionaux et locaux et demandaient à chaque gouvernement national de prendre "toutes mesures raisonnables en son pouvoir" pour assurer la conformité.

4.460 Les États-Unis disent que des négociations directes entre ces délégations et les Communautés européennes ont eu lieu en novembre 1993. Les notes des négociateurs des États-Unis montrent qu'au 11 novembre, la dernière proposition des Communautés européennes "les Membres prendront toutes les mesures nécessaires pour assurer la conformité de leurs lois, réglementations et procédures

administratives avec les dispositions des accords figurant en annexe, conformément à leurs systèmes constitutionnel ou juridique propres" a été rejetée parce qu'elle était perçue comme affaiblissant l'obligation, au regard du droit international, de mettre en œuvre les accords.[270]

4.461 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes ont proposé le lendemain (12 novembre) le libellé suivant: "Les Membres assureront la conformité de leurs lois, réglementations et procédures administratives avec les dispositions des accords figurant en annexe." Cette version, elle aussi, a été refusée par le Brésil et par d'autres parties. Elle a été incorporée entre crochets dans le projet d'accord global du 14 novembre avec la note "à examiner plus avant".

4.462 Les États-Unis expliquent ensuite que le projet d'accord instituant l'Organisation multilatérale du commerce du 24 novembre 1993, comportait un libellé entre crochets concernant l'article XVI:4 qui a finalement été accepté.[271] Ce libellé incluait le membre de phrase "obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe", limitation montrant clairement qu'une interprétation large de l'article XVI:4 n'avait pas été voulue. Sur la base de l'inclusion de cette expression (et de la suppression antérieure du libellé des CE qui aurait créé une obligation plus faible que celle prévue par l'article 26 de la Convention de Vienne), les Membres sont convenus d'inclure l'article XVI:4 dans l'Accord sur l'OMC.

4.463 Enfin, les États-Unis soulignent que, vers la fin des négociations portant sur cette disposition, le Brésil et d'autres délégations ont demandé à l'expert juridique des CE qui était présent en quoi cette disposition différait de l'article 26 de la Convention de Vienne. Le conseiller juridique des CE n'a pas identifié de différence ni de distinction.

4.464 Les États-Unis indiquent en outre que, d'un autre côté, peu de temps après, ce même expert juridique a rendu l'opinion suivante sur l'article XVI:4:

> "L'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, dont la Communauté a été un des plus ardents défenseurs, pourrait avoir des répercussions graves pour la Communauté elle-même, et pour ses États membres … Cette obligation pourrait s'avérer extrêmement contraignante, exigeant la conformité totale du droit communautaire et de toutes les lois des États membres … avec les dispositions précises des annexes de l'Accord sur l'OMC. Elle pourrait aussi n'avoir pratiquement aucune conséquence, par rapport à la situation actuelle, si elle est interprétée à la lumière de la jurisprudence des groupes spéciaux qui détermine qu'une loi ou réglementation est contraire au GATT uniquement si elle est impérative et en tant que telle contraire à ses dispositions, mais que ce n'est pas le cas, si le texte de la loi ou de la réglementation autorise une application conforme aux règles du GATT.[272] Si la compatibilité avec les obligations au regard de l'OMC est interprétée de cette manière – ce qui ne serait pas déraisonnable compte tenu du fait que l'OMC hérite de

[270] Voir le rapport quotidien du négociateur des États-Unis sur les questions relatives à l'Organisation multilatérale du commerce, y compris l'article XVI:4 (11 novembre 1993).

[271] Les États-Unis font observer que les seules modifications apportées à l'Accord sur l'OMC au cours du réexamen juridique réalisé au début de 1994 ont concerné le nombre et le temps.

[272] Voir le rapport du groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9 et le rapport du groupe spécial *CEE - Pièces détachées et composants, op. cit.*, paragraphe 5.25-26. (Citation dans l'original. Les États-Unis demandent spécifiquement au Groupe spécial de noter qu'aucune référence n'est faite au Protocole d'application provisoire ni à des affaires citant le Protocole d'application provisoire.)

"l'acquis gattien"[273] il devrait être clair que la valeur ajoutée par l'article XVI:4 est plutôt limitée."[274]

4.465 Les États-Unis font observer que le conseiller juridique des CE a dit dans une note de bas de page que la conclusion selon laquelle "la valeur" de l'article XVI:4 est "plutôt limitée" exprimait le point de vue personnel de l'auteur lui-même.[275] Il a ajouté ensuite que si une conception plus large de l'article XVI:4 était adoptée, "il devait être clair que les Communautés européennes et leurs États membres avaient l'obligation de maintenir constamment leurs lois et réglementations en conformité avec les termes de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes. Cela n'est pas chose aisée".[276]

4.466 De l'avis des États-Unis, la rédaction de cet article permet de suivre pratiquement pas à pas la position du conseiller juridique des négociateurs des CE, qui était le spécialiste du GATT dans le service juridique des CE et avait enseigné le droit international public. Lui qui, auparavant, ne pouvait pas expliquer la différence entre l'article XVI:4 et l'article 26 de la Convention de Vienne, a reconnu peu de temps après que l'article XVI:4 aurait un impact limité et que l'adoption d'une interprétation opposée aurait un effet extrêmement perturbateur pour la souveraineté des Membres de l'OMC, y compris des CE elles-mêmes. L'avocat des CE a également dit qu'il espérait que le raisonnement dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* ne serait pas affecté par l'article XVI:4; en fait, il comptait sur cette conclusion.

4.467 **Les Communautés européennes contestent** la citation tirée par les États-Unis d'un article écrit par M. Pieter-Jan Kuyper sous sa propre responsabilité[277] afin de contester l'interprétation faite par les CE de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Les États-Unis omettent à dessein de préciser que cette citation est tirée d'un chapitre de l'article portant sur les relations entre les Communautés européennes et leurs États membres. C'est dans cette optique que l'auteur se réfère à la contrainte que pourrait imposer aux Communautés européennes l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et non pas dans un sens bien plus général comme les États-Unis voudraient le faire croire maintenant.

4.468 Les Communautés européennes font également valoir que la conclusion tirée par les États-Unis de cet article est elle aussi tout à fait fausse (et en contradiction avec le rapport interne sur la réunion des négociateurs américains élaboré le 11 novembre 1993 par le délégué des États-Unis, M. Andy Shoyer, voir pièce n° 23 des États-Unis). Les Communautés européennes n'ont jamais considéré la version finale de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC comme ayant un impact limité parce que, comme il ressort clairement des faits décrits par les Communautés européennes et du rapport interne sur la réunion des négociateurs américains, les Communautés européennes se sont toujours efforcées de renforcer sensiblement ce qui est maintenant l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et y sont finalement parvenues.

---

[273] (Citation dans l'original) Voir l'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC.

[274] Pieter-Jan Kuyper, "The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community", in The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 87, 110 (sous la direction de Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod et Eric Gippini Fournier, 1995) (non souligné dans l'original) (Pièce n° 25 des États-Unis).

[275] *Ibid.*, note de bas de page 46.

[276] *Ibid.*, page 110.

[277] Pieter-Jan Kuyper, "The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community", in: The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective, sous la direction de J.H.J. Bourgeois et autres, page 87. Publication des actes d'une conférence qui s'est tenue à Bruges en octobre 1994.

4.469 Les Communautés européennes ajoutent que lorsqu'il a écrit son article basé sur une conférence tenue à Bruges en octobre 1994, M. Kuyper, pour des raisons évidentes, ne pouvait pas être au courant des faits nouveaux survenus sur le plan juridique dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* où l'Organe d'appel a statué que les Membres de l'OMC étaient tenus de fournir une base juridique solide dans leur droit interne pour assurer la conformité avec les accords visés.

4.470 **Les États-Unis ne sont pas d'accord** avec les CE lorsqu'elles suggèrent que le fait que M. Pieter-Jan Kuyper soit parvenu à ses conclusions concernant l'article XVI:4 dans le contexte de l'étude des relations entre les Communautés européennes et leurs États membres présente un intérêt et que ses déclarations concernant "la contrainte que pourrait imposer aux Communautés européennes" l'interprétation de l'article XVI:4 que les Communautés européennes prônent maintenant doivent être comprises dans ce contexte. Les Communautés européennes semblent prétendre que les conclusions de M. Kuyper, et celles d'un groupe spécial, devraient varier selon que ce sont les États-Unis ou les CE qui sont la partie défenderesse dans un différend. Si les CE sont la partie défenderesse, la règle de l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement* devrait continuer de s'appliquer (comme M. Kuyper l'avait prévu en 1995[278]) et la "contrainte imposée aux Communautés européennes" (c'est-à-dire la règle *in dubio mitius*, comme les États-Unis l'ont déjà fait valoir) serait pertinente. Toutefois, comme les États-Unis l'ont souligné, la loi doit être la même pour toutes les parties à tout moment. Le Groupe spécial doit rejeter la réévaluation tendancieuse faite *a posteriori* par les CE de leur position juridique concernant l'article XVI:4 et leur tentative visant à faire appliquer deux poids deux mesures.

4.471 Les États-Unis ajoutent, pour ce qui est de l'argument des CE selon lequel elles ont toujours cherché à obtenir un article XVI:4 "renforcé", qu'en réalité ce qu'elles ont obtenu n'était pas ce qu'elles cherchaient. En fait, comme cela a déjà été dit, en cherchant à obtenir un article XVI:4 "renforcé", les Communautés européennes ont à plusieurs occasions proposé un libellé qui aurait involontairement abouti à une obligation plus faible que celle prévue à l'article 26 de la Convention de Vienne. En outre, comme les États-Unis l'ont souligné, M. Kuyper, conseiller juridique des négociateurs des CE a été incapable d'expliquer la différence entre l'article XVI:4 et l'article 26 de la Convention de Vienne lorsque le Brésil et d'autres délégations ont demandé une explication vers la fin des négociations.

4.472 Répondant au Groupe spécial qui souhaitait savoir ce qu'il y aurait de différent dans un univers juridique où n'existerait pas l'article XVI:4, les États-Unis allèguent que par définition, l'article 1 a) et b) n'est applicable qu'au GATT de 1994 et non aux autres Accords de l'OMC tels que l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'article XVI:4 énonce donc une disposition d'application générale dans l'Accord sur l'OMC, visant manifestement tous les accords figurant en annexe et pas seulement le GATT de 1994, selon laquelle aucune mesure ne peut être protégée par une clause d'antériorité. Il contribue donc à supprimer tout doute qui aurait pu exister en son absence sur le fait que toutes les mesures doivent être mises en conformité à compter du 1er janvier 1995.

4.473 Les États-Unis rappellent leur argument selon lequel c'est précisément de cette manière et dans ce but que l'Organe d'appel a cité l'article XVI:4 dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*. Dans cette affaire, l'Inde tentait de faire valoir qu'elle pouvait reporter la modification de sa législation, exigée par l'article 70:9 de l'Accord sur les ADPIC en raison des différences existant entre le libellé de

[278] De l'avis des États-Unis, le fait que M. Kuyper s'appuie sur le raisonnement du Groupe spécial *Fonds spécial pour l'environnement*, tout comme M. Roessler et le Professeur Jackson, souligne l'importance de la conclusion de l'Organe d'appel selon laquelle les rapports des groupes spéciaux adoptés "suscitent chez les Membres de l'OMC des attentes légitimes et devraient donc être pris en compte lorsqu'ils ont un rapport avec un autre différend". Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, page 14.

cette disposition et celui d'autres articles de l'Accord sur les ADPIC. Spécifiquement, l'Inde alléguait que d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC exigeaient certes explicitement que le droit interne soit modifié mais que ce n'était pas le cas de l'article 70:9.[279]

4.474 Les États-Unis font observer que l'Organe d'appel a rejeté cet argument, disant au début de son examen que "les arguments de l'Inde doivent être examinés à la lumière de l'article XVI:4 de l'*Accord sur l'OMC*", citant ensuite cette disposition.[280] L'article XVI:4 a donc contribué à préciser que l'Inde ne pouvait pas s'appuyer sur des différences alléguées de libellé dans l'accord pour reporter la mise en œuvre de ses obligations.

4.475 De l'avis des États-Unis, au-delà de cette fonction générale qui consiste à servir de contexte aux autres dispositions de l'accord, l'article XVI:4 impose aux Membres l'obligation de réexaminer leur législation en vigueur au moment de l'entrée en application de l'Accord pour s'assurer que les lois, réglementations et procédures administratives étaient en fait conformes à leurs obligations au regard de l'OMC, et lorsqu'elles ne l'étaient pas les mettre en conformité.

4.476 En réponse à une autre question du Groupe spécial sur le point de savoir quelle serait l'utilité et le sens de l'article XVI:4 s'il n'y avait pas de différence, que l'article XVI:4 existe ou non, les États-Unis font valoir que, pour ce qui est de l'application *ratione temporis* de l'Accord sur l'OMC, ou de la protection par une clause d'antériorité ou de la suppression des législations impératives, l'article XVI:4 fournit en fait plus de clarté pour ce qui est de la nécessité de mettre en conformité à compter du 1er janvier 1995 les mesures qui ne le sont pas. L'Organe d'appel dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* a jugé cette disposition utile pour clarifier les ambiguïtés potentielles d'autres dispositions qui pourraient être interprétées de manière à retarder la mise en œuvre. Cette disposition établit également, fort utilement, dans le cadre de l'Accord sur l'OMC qu'aucun des accords figurant en annexe – pas seulement le GATT de 1994 – ne peut être protégé par une clause d'antériorité.

4.477 Les États-Unis ajoutent que par le biais de l'article XVI:4, les principes de l'article 26 de la Convention de Vienne sont devenus juridiquement contraignants pour tous les Membres de l'OMC, même si tous les Membres ne sont pas parties à la Convention de Vienne.[281]

4.478 Les États-Unis font valoir en outre que d'après Frieder Roessler, ex-Directeur de la Division des affaires juridiques du Secrétariat du GATT, l'article XVI:4 aurait une autre fonction:

> "On trouve dans les Accords issus du Tokyo Round relatifs aux droits antidumping et aux subventions[282] des dispositions analogues [à celles de l'article XVI:4] qui ont généralement été interprétées comme faisant obligation aux parties d'adopter des lois, réglementations et procédures qui leur permettent d'agir en conformité avec leurs obligations au titre de ces accords. Ces dispositions étaient essentiellement destinées à permettre aux comités établis au titre de ces accords de procéder à l'examen de la

[279] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 78.

[280] *Ibid*., paragraphe 79.

[281] Les États-Unis signalent par exemple qu'ils ne sont pas partie à cette Convention.

[282] (Note de bas de page figurant dans l'original) Article 16:6 du Code antidumping et article 19:5 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires.

> législation des parties et pas seulement des pratiques suivies en vertu de cette législation."[283]

4.479 Les États-Unis affirment également que, de même, l'inclusion de l'article XVI:4 montre clairement que les législations des Membres, et pas seulement l'application de ces législations, peuvent faire l'objet d'un examen dans divers comités de l'OMC.

4.480 Les États-Unis ajoutent que dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a examiné l'article 4:1 de l'Accord sur l'agriculture en vertu duquel:

> "Les concessions en matière d'accès aux marchés contenues dans les Listes se rapportent aux consolidations et aux réductions des tarifs, et autres engagements en matière d'accès aux marchés qui y sont spécifiés."

4.481 Les États-Unis font observer que, selon les Communautés européennes, l'article 4:1 est une disposition de fond qui, lue dans le contexte de l'article 21:1 de l'Accord sur l'agriculture (prévoyant que les dispositions du GATT de 1994 "seront applicables sous réserve des dispositions du présent accord"), démontre que les Listes de concessions prennent le pas sur les prescriptions de l'article XIII du GATT de 1994.[284] En conséquence, les Communautés européennes ont soutenu que les contingents tarifaires figurant dans leurs Listes ne seraient pas visés par l'article XIII.[285] L'Organe d'appel n'a pas été d'accord. Il a conclu que "l'article 4:1 fait plus que simplement indiquer où figurent les concessions et les engagements en matière d'accès aux marchés" pour les produits agricoles.[286] L'Organe d'appel a ajouté que "Si les négociateurs avaient eu l'intention de permettre aux Membres d'agir d'une manière incompatible avec l'article XIII du GATT de 1994, ils l'auraient dit de manière explicite."[287]

4.482 Les États-Unis font valoir que l'interprétation donnée par l'Organe d'appel de l'article 4:1 illustre le fait qu'une disposition d'un accord peut parfois avoir un but limité et qu'il ne faut pas déduire des obligations d'une disposition à moins que son libellé n'étaye explicitement cette interprétation. De même, l'article XVI:4, par ses termes, ne prévoit pas l'obligation d'assurer "la sécurité et la prévisibilité" et une telle obligation ne doit pas en être déduite simplement pour augmenter l'utilité de cet article.

4.483 Les États-Unis se réfèrent à nouveau au témoignage du Professeur Jackson devant le Comité des finances du Sénat où il avait conclu: "Il faut peut-être modifier quelque peu certains délais, ou prévoir des mesures de transition, mais la structure fondamentale de l'article 301 n'est pas nécessairement incompatible avec les résultats du Cycle d'Uruguay" et que même si l'on considérait l'article 301 "sous sa forme légale actuelle" (c'est-à-dire avant les modifications apportées en 1994), "le pouvoir exécutif semble avoir la liberté d'appliquer des mesures au titre de l'article 301 d'une

---

[283] Frieder Roessler, "The Agreement Establishing the World Trade Organization", in The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 67, 80 (sous la direction de Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod et Eric Gippini Fournier, 1995) (non souligné dans l'original).

[284] Voir rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* ("*CE – Bananes III*"), adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R, paragraphe 20.

[285] *Ibid.*

[286] *Ibid*., paragraphe 156.

[287] *Ibid*., paragraphe 157.

manière compatible avec les nouvelles règles du Mémorandum d'accord élaboré dans le cadre du Cycle d'Uruguay".[288] Le Professeur Jackson estimait donc qu'il suffisait de modifications mineures pour que l'article 301 soit conforme aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Il ne croyait manifestement pas qu'une quelconque disposition de l'Accord sur l'OMC ou de ses annexes, y compris l'article XVI:4, exigerait des modifications importantes de cette loi.

4.484 En réponse à la question du Groupe spécial sur la situation dans laquelle il peut être constaté qu'un Membre enfreint l'article XVI:4, les États-Unis font valoir qu'il s'agit précisément de la situation définie par les Communautés européennes. Ils ont demandé au Groupe spécial de statuer:

> "sur la base de ces constatations [concernant l'article 23 du Mémorandum d'accord et les articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994] que les États-Unis, en refusant de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme aux exigences de l'article 23 du Mémorandum d'accord et des articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 ont manqué à leurs obligations au titre de ces dispositions et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC ..." (non souligné dans l'original).

4.485 De l'avis des États-Unis, en d'autres termes, le fait qu'un Membre n'ait pas mis en conformité une mesure incompatible avec les obligations énoncées dans un accord figurant en annexe constituerait une violation de l'article XVI:4. Ainsi, l'Accord sur les ADPIC oblige les Membres de l'OMC à accorder un délai de protection pour les brevets qui soit d'au moins 20 ans à compter de la date du dépôt et exige que chaque Membre accorde ce délai minimum à tous les brevets existants à la date d'entrée en application de l'Accord pour ce Membre. Au titre de la Loi canadienne sur les brevets, la durée de la protection accordée aux brevets délivrés sur la base de demandes déposées avant le 1^er^ octobre 1989 n'est que de 17 ans à compter de la date de délivrance du brevet. Les États-Unis considèrent qu'en ne mettant pas sa législation en conformité avec ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, le Canada a violé l'article XVI:4. On pourrait parvenir à la même conclusion si un Membre ne mettait pas en œuvre d'autres dispositions de l'Accord sur les ADPIC, n'éliminait pas les MIC notifiées à la fin de la période prévue à l'article 5:2 de l'Accord sur les MIC, ou ne mettait pas en œuvre pleinement les obligations en matière d'évaluation en douane prévues par l'Accord sur l'évaluation en douane.

4.486 **Les Communautés européennes soulignent** que les arguments des États-Unis sont à la fois nouveaux et erronés, comme en témoigne le rapport interne sur la réunion des négociateurs américains présenté le 11 novembre 1993 par le délégué des États-Unis contenu dans la pièce n° 23 des États-Unis. Il ressort notamment de ce document que plusieurs participants au Cycle d'Uruguay, dont les Communautés européennes, étaient partisans d'un renforcement de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC au-delà de "l'obligation naturelle en droit international" qui a sa source dans les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne. Cette "obligation naturelle" figure déjà dans les règles de l'OMC, à la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord qui stipule que "[l]es Membres reconnaissent que [le mécanisme de règlement des différends] a pour objet … de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". La réponse des États-Unis apparaît donc comme une tentative de revenir sur les résultats du Cycle d'Uruguay.

4.487 **Les États-Unis rejettent** l'argument des CE selon lequel les principes qui figurent à l'article 26 de la Convention de Vienne ont déjà été incorporés aux règles de l'OMC, puisqu'ils sont énoncés dans la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, et que l'article XVI:4 n'a pas à le faire. Or, l'article 3:2 prévoit que le système de règlement des différends a pour objet de clarifier les dispositions de l'OMC "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit

[288] Témoignage de M. Jackson, page 200.

international public". L'article 26 n'est pas une règle coutumière d'interprétation de cette nature. Comme l'Organe d'appel l'a précisé dans les affaires *États-Unis – Essence* et *Japon – Boissons alcooliques*, ces règles d'interprétation sont énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, qui s'intitulent d'ailleurs "Règle générale d'interprétation" pour le premier et "Moyens complémentaires d'interprétation" pour le second.[289] Dans la mesure où l'article 26 n'est pas une règle d'interprétation de cette nature, on ne saurait interpréter la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord comme y faisant référence. L'argument des CE ne parvient donc pas à infirmer la thèse des États-Unis à savoir, qu'en vertu de l'article XVI:4, les principes énoncés à l'article 26 de la Convention de Vienne sont contraignants pour tous les Membres de l'OMC, même ceux qui ne sont pas parties à la convention. Il est à noter qu'au cours des négociations qui se sont déroulées de 1991 à 1993, le négociateur des États-Unis avait appelé expressément l'attention des autres délégations sur le fait que les États-Unis n'étaient pas partie à la Convention de Vienne.

4.488 Les États-Unis répondent à la demande du groupe spécial qui souhaite avoir des exemples de cas où les États-Unis ont pris des mesures conformément à leur argument selon lequel les déterminations au titre de l'article 304 doivent être établies dans le délai de 18 mois mais que leur publication peut attendre l'achèvement de la procédure de l'OMC, et à la question du Groupe spécial quant à la raison pour laquelle les États-Unis ne publient pas immédiatement un avis, c'est-à-dire avant la fin de la procédure de l'OMC, assurant ainsi les Membres qu'ils attendent l'achèvement de la procédure de l'OMC avant d'établir une détermination finale. Les États-Unis disent qu'ils ne peuvent pas offrir d'exemple à partir de la poignée d'enquêtes ouvertes au titre de l'article 302 depuis le 1er janvier 1995. Fournir des assurances n'est pas une obligation au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord; l'article 23 lui-même contribue à fournir ces assurances. En d'autres termes, l'engagement pris par les États-Unis de respecter l'article 23 du Mémorandum d'accord, associé à l'existence de procédures efficaces de règlements des différends si les États-Unis ne respectaient pas leurs engagements, constitue l'assurance même à laquelle la question se réfère. En outre, bien qu'ils n'y soient pas tenus par une quelconque obligation au regard de l'OMC, les États-Unis sont allés au-delà de leurs obligations et ont fourni des assurances à savoir que le droit américain prescrit de recourir aux procédures de règlement des différends et de fonder les déterminations que les États-Unis se sont vus frustrés des droits découlant de l'Accord sur l'OMC sur les constatations de groupes de travail et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. Les Communautés européennes ont reconnu que l'article XVI:4 ne prévoit aucune obligation de limiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, les États-Unis l'ont fait. C'est pour cette raison que le Professeur Jackson a conclu que l'article 301 "est une mesure constructive pour la politique commerciale des États-Unis et pour la politique commerciale mondiale".[290]

4.489 Les États-Unis indiquent qu'un retard dans la publication ou l'établissement d'une détermination ne change rien à cela. Ils demeurent soumis à leur obligation internationale de respecter l'article 23 du Mémorandum d'accord (de ne pas établir de détermination interdite ou de ne pas prendre des mesures interdites dans la pratique), le droit américain continue d'exiger que l'on se fonde sur les constatations adoptées par l'ORD et le mécanisme de règlement des différends demeure disponible à la fois pour décourager une mesure incompatible avec les règles de l'OMC et pour obtenir réparation si une telle mesure est prise. Finalement, la question n'est cependant pas de savoir si les articles 301 à 310 fournissent des "assurances adéquates" mais s'ils imposent des mesures incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord. Le moment choisi pour la publication, ou même pour l'établissement de la détermination elle-même, n'est pas pertinent. L'article 23 du

[289] Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *États-Unis – Essence*, *op. cit.*, pages 18 et 19; rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, pages 12 et 14.

[290] Témoignage de M. Jackson, *op. cit.*, page 200.

Mémorandum d'accord définit les conditions applicables lorsqu'il y a détermination "qu'il y a eu violation" et lorsqu'il y a suspension des concessions. Aucune détermination effective de l'existence d'une violation ni aucune suspension effective de concessions n'est examinée par le présent Groupe spécial. Et la loi dont le Groupe spécial est saisi n'en exige aucune. Rien, ni dans le texte de l'article 23 du Mémorandum d'accord ni dans les articles 301 à 310 ne permet de constater que cette loi enfreint la disposition de l'OMC citée par les Communautés européennes, ni aucune autre disposition de l'OMC.[291]

2. Article 304

a) Aperçu de la question

4.490 **Les Communautés européennes allèguent** que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de procéder de manière unilatérale lorsque les conclusions des procédures de règlement des différends de l'OMC ne sont pas disponibles dans les délais énoncés aux articles 301 à 310.[292]

4.491 Les Communautés européennes relèvent tout d'abord que l'article 304 a) 2) A) prévoit dans sa partie pertinente ce qui suit:

> "Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales [se prononce sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial] [dans le cas d'une enquête intéressant un accord commercial] au plus tard:
>
> i) dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou
>
> ii) dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte."

4.492 Les Communautés européennes indiquent ensuite qu'en vertu de l'article 303, la décision d'ouvrir l'enquête et la demande de consultations conformément à l'article 4:3 du Mémorandum d'accord doivent normalement intervenir le même jour. Si la demande de consultations est retardée, le délai de 18 mois est corrélativement prorogé.

4.493 Les Communautés européennes soutiennent que l'article 304 a) 2) A) prescrit donc au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer, 18 mois après la demande de consultations, si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord

[291] Voir les autres arguments des parties exposés aux paragraphes 4.759 et 4.790 ci-dessous.

[292] Les Communautés européennes font observer que leur plainte ne concerne pas les dispositions des articles 301 à 310 qui sont conformes aux principes énoncés à l'article 23. Cela s'applique en particulier à l'article 303 a), en vertu duquel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends dans les affaires intéressant un accord de l'OMC, ainsi qu'à l'article 304 a) 1) A), en vertu duquel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, en déterminant que les États-Unis sont frustrés de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC, doit se fonder non seulement sur l'enquête et les consultations avec le pays concerné, mais aussi sur la procédure de règlement des différends de l'OMC, et à l'article 301 a) 2) A), en vertu duquel il n'est pas tenu de prendre des mesures dans le cadre d'une affaire dans laquelle l'ORD a adopté un rapport confirmant que le Membre défendeur ne frustre pas les États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC.

de l'OMC, même si l'ORD n'a pas adopté de rapport comportant des constatations sur la question dans ce délai.

4.494 Les Communautés européennes affirment par ailleurs qu'il ressort des termes et de l'intention de l'article 304 que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit, à l'expiration d'un délai maximum de 18 mois, déterminer si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits, que la procédure de règlement des différends de l'OMC soit achevée à ce moment-là ou non.

4.495 Les Communautés européennes soulignent que les termes de l'article n'indiquent nulle part que la détermination doit être négative si la procédure de l'OMC n'est pas parvenue à son terme au bout des 18 mois.

4.496 De l'avis des Communautés européennes, en prévoyant expressément que la détermination doit être faite, soit 30 jours après la fin de la procédure de l'OMC (auquel cas, les conclusions de cette procédure peuvent être prises en compte), soit au bout de 18 mois (ce qui signifie, que dans certains cas, les conclusions de la procédure de l'OMC ne peuvent pas être prises en compte), selon la plus rapprochée de ces deux échéances, le législateur a clairement manifesté son intention, à savoir que dans le dernier cas, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit aller de l'avant et établir une détermination quant au fond même si les "conclusions" émanant de l'OMC ne sont pas encore disponibles.

4.497 Les Communautés européennes concluent alors que l'on doit supposer, au vu des termes de la loi et de sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice, que si l'intention du législateur était différente, comme l'affirment les États-Unis, le Congrès l'aurait expressément indiqué.

4.498 Les Communautés européennes allèguent par ailleurs que, pour le moins, le texte est si peu clair et si ambigu que les agents économiques et les gouvernements étrangers l'interprètent comme obligeant le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer de manière unilatérale que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits même en l'absence d'une décision de l'OMC. En ce sens, le texte n'offre pas une "base juridique solide" (pour la mise en œuvre de l'article 23 du Mémorandum d'accord) comme l'exige l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*.

4.499 **Les États-Unis soulignent** les nombreuses hypothèses sur lesquelles repose l'argumentation des CE. La pièce n° 10 des États-Unis, partiellement reproduite ici, résume ces hypothèses. Les États-Unis soutiennent que pour chaque allégation des CE, toutes les hypothèses doivent être justes pour être retenues, or aucune ne l'est.

Opinion des États-Unis au sujet des hypothèses ou des erreurs des CE

Allégation des CE	**Dispositions pertinentes de l'OMC**	**Hypothèses ou erreurs des CE**
Le délai de 18 mois prévu à l'article 304 a) 2) A) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination de l'existence d'une violation qui est incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.	Article 23:2 a) du Mémorandum d'accord: 1) détermination de l'existence d'une violation 2) incompatible avec une constatation du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptée ou avec une sentence arbitrale	**Hypothèse des CE 1):** La détermination établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 304 a) 1) doit être une détermination de l'existence d'une violation, même si l'ORD n'a pas encore adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. En fait, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de fonder sa détermination sur la procédure de règlement des différends, et peut établir l'une quelconque parmi plusieurs déterminations – y compris décider de clore l'enquête – si cette procédure n'est pas achevée. **Hypothèse des CE 2):** Le délai maximum pour le règlement d'un différend est de 19 mois et demi, et non 18. - Les Communautés européennes supposent que les groupes spéciaux peuvent proroger la procédure de trois mois, et non de deux mois. - Les Communautés européennes supposent que les réunions de l'ORD auront toujours lieu le dernier jour autorisé par le Mémorandum d'accord, même si les réunions ordinaires ont lieu plus fréquemment. - Les Communautés européennes supposent que les États-Unis ne peuvent pas demander que l'ORD se réunisse. En fait, le délai maximum est de 18 mois, et peut être inférieur étant donné qu'il y a les réunions ordinaires de l'ORD et que les Membres peuvent demander qu'il se réunisse. **Hypothèse des CE 3):** Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas engager de procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 301. En fait, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut engager une procédure de règlement des différends avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 301.

4.500 Pour les États-Unis, la première série d'hypothèses des CE concerne l'allégation selon laquelle l'article 304 oblige à contrevenir à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes soutiennent que ledit article exige du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qu'il détermine dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302 que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels, alors

que le Mémorandum d'accord prévoit dans certains cas un plus long délai pour l'achèvement de la procédure et l'adoption des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel.

4.501 Les États-Unis contestent l'hypothèse des CE, leur hypothèse la plus fondamentale, selon laquelle l'article 304 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels même si l'ORD n'a pas adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel à cet effet. Il importe de reconnaître que l'article 23:2 a) n'interdit pas de déterminer qu'il n'y a pas eu violation, ni de décrire précisément un processus en cours. L'article 23:2 a) interdit de déterminer qu'un autre Membre de l'OMC a manqué à ses obligations au regard de l'OMC si ce n'est dans le respect des règles et procédures du Mémorandum d'accord. En d'autres termes, l'article 23:2 a) ne se rapporte qu'à la constatation de l'existence d'une violation.

4.502 Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes ne s'efforcent aucunement d'expliquer comment les articles 301 à 310 imposent une telle détermination. Elles supposent simplement qu'en déterminant "si" les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir une détermination positive. À moins que les Communautés européennes ne puissent expliquer pourquoi, en vertu de la loi des États-Unis, cette hypothèse est correcte, elles ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombe de prouver cette allégation. Les États-Unis affirment de nouveau que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toute liberté pour établir l'une quelconque parmi plusieurs déterminations, y compris une détermination négative, si l'ORD n'a pas encore adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

4.503 Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes formulent également des hypothèses concernant les délais énoncés à l'article 301 et dans le Mémorandum d'accord. Cependant, comme l'article 304 n'impose pas l'établissement d'une détermination positive, ces délais ne sont tout simplement pas pertinents pour la décision du Groupe spécial. Néanmoins, même si ce n'était pas le cas, le délai de 18 mois prévu par la loi n'empêcherait pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter à la lettre les règles et procédures du Mémorandum d'accord. Les CE se trompent d'un mois dans le calcul du laps de temps dont un groupe spécial peut prolonger ses travaux. En outre, elles font abstraction du fait que les réunions de l'ORD se tiennent normalement sur une base mensuelle, et partent de l'hypothèse qu'elles n'auraient pas lieu avant le dernier jour autorisé par le Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes supposent également que les États-Unis n'essaieraient pas de faire modifier le calendrier des réunions de l'ORD. Enfin, elles ne tiennent pas compte du fait que les articles 301 à 310 n'empêchent pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'engager une procédure de règlement des différends avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 301. Ainsi, hormis le fait que les Communautés européennes ne peuvent pas présumer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établira toujours une détermination positive, les délais prévus par la loi des États-Unis l'autorisent effectivement à fonder sa détermination sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. Les délais prévus par le Mémorandum d'accord ont été négociés en gardant à l'esprit ce délai de 18 mois, ce que savaient pertinemment les Communautés européennes et les autres Membres durant le Cycle d'Uruguay.

4.504 Les États-Unis indiquent par ailleurs que l'article 304 a) 1) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur n'oblige pas les autorités des États-Unis d'Amérique à manquer aux obligations qui figurent dans le texte de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Il n'oblige pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer, au sens de l'article 23:2 a), qu'un autre Membre de l'OMC frustre les États-Unis de leurs droits au titre d'un accord commercial en l'absence de recommandations et de décisions de l'ORD à cet effet.

4.505 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que l'article 304 a) 2) A):

> "est incompatible avec l'article 23:2 b) [*sic*] du Mémorandum d'accord car il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer si un autre Membre frustre [les États-Unis] de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC, que l'ORD ait ou non adopté une constatation du groupe spécial ou de l'Organe d'appel relative à cette question". (non souligné dans l'original)

4.506 Les États-Unis ont souligné que l'argument des CE était erroné car elles supposent que le terme "si" signifie "que". En obligeant le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial, la loi n'exige pas qu'il conclut qu'ils ont été frustrés de ces droits. Faute de détermination concrète établissant qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC, ou d'une prescription de la loi ordonnant d'établir cette détermination particulière, le Groupe spécial n'a tout simplement rien à examiner qui soit contraire aux prescriptions de l'article 23:2 a). Pour faire valoir que l'article 304 a) 1) oblige à déterminer qu'il y a violation, les Communautés européennes n'ont rien trouvé de mieux que d'indiquer que la détermination prévue par ledit article doit être fondée sur les conclusions de l'enquête ouverte au titre de l'article 302. Mais cet argument n'en est pas un, car il ne sera pas mis fin à l'enquête en l'absence de décisions et recommandations de l'ORD, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de demander en vertu de l'article 303 a) et sur lesquelles il doit s'appuyer en vertu de l'article 304 a) 1), point que les Communautés européennes acceptaient de reconnaître. L'article 304 a) 2) A) n'est pas incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord car il n'oblige pas à déterminer qu'il y a eu violation.

b) Pouvoir de ne pas établir de détermination concernant une violation

i) Interprétation de l'article 304

4.507 **Les Communautés européennes allèguent** que rien dans les articles 301 à 310 n'autoriserait le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir ses déterminations sur une autre base, par exemple sur la base d'un retard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. De fait, les États-Unis allèguent, chose étonnante, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut déterminer au titre des articles 301 à 310 qu'il n'y a eu aucun défaut d'exécution de droits et de mise en œuvre de recommandations de l'ORD car le règlement du différend dans le cadre de l'OMC n'a pas été mené à son terme.

4.508 Les Communautés européennes estiment qu'il ne serait pas logique d'interpréter les articles 301 à 310 comme permettant de déterminer la compatibilité de mesures au regard de l'OMC sur la base de facteurs qui ne sont absolument pas visés par les termes clairs de la loi et, en tant que tels, ne sont pas à prendre en considération pour une telle détermination.

4.509 Les Communautés européennes font valoir que les articles 301 à 310, tels qu'ils figurent dans le recueil des lois des États-Unis, ne peuvent pas être considérés comme une loi discrétionnaire.

4.510 Les Communautés européennes allèguent tout d'abord que les États-Unis ont fait valoir de manière peu convaincante, par exemple, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est en quelque sorte "libre" de ne pas constater que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits découlant d'un accord commercial lorsque les conclusions d'une enquête ouverte au titre de l'article 302 ne viennent pas à l'appui d'une telle détermination. L'argument des États-Unis, selon lequel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales

internationales pourrait repousser l'établissement d'une telle détermination jusqu'après le règlement du différend dans le cadre de l'OMC ou pourrait clore l'enquête sans établir aucune détermination et ouvrir une nouvelle enquête, est encore moins convaincant.

4.511 Les Communautés européennes ajoutent que rien ne vient à l'appui d'aucune de ces allégations dans les dispositions pertinentes de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Il est frappant de constater que les États-Unis eux-mêmes n'indiquent aucune disposition de la loi qui corroborerait une telle interprétation, qui va en fait à l'encontre des termes exprès et de l'objet déclaré de cette loi.

4.512 Les Communautés européennes font donc valoir que les articles 301 à 310 ne sont pas réellement de nature discrétionnaire en ce sens qu'ils obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre ses décisions d'une façon qui ne lui permet pas d'éviter de prendre des mesures incompatibles avec les obligations au regard de l'OMC dans les cas où les délais énoncés aux articles 304 a) 1) et 306 b) sont dépassés.

4.513 De l'avis des Communautés européennes, ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a réellement fait dans de telles situations importe peu, puisque les termes de la loi sont tels qu'ils limitent tout pouvoir discrétionnaire marginal qu'il pourrait avoir, de telle façon qu'il ne peut pas éviter de choisir entre enfreindre la loi ou manquer aux obligations au regard de l'OMC. C'est cet élément caractéristique d'un dilemme qui rend une loi incompatible avec les obligations dans le cadre de l'OMC, quelle que soit par ailleurs la catégorie dans laquelle on la classe au regard du critère "nature discrétionnaire ou nature impérative".

4.514 Les Communautés européennes soulignent en second lieu que, pour réfuter l'interprétation qu'elles font des articles 301 à 310, les États-Unis ont affirmé ce qui suit:

> "… le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de l'article 304 a) 1), de déterminer s'il y a eu inexécution de droits conventionnels en se fondant sur les conclusions de la procédure de règlement des différends de l'OMC. C'est ce qu'il a fait dans toutes les affaires portées devant le GATT et l'OMC à ce jour dans lesquelles les États-Unis étaient partie plaignante. Ainsi, au cas où un groupe spécial chargé du règlement d'un différend ne mènerait pas la procédure à son terme dans les délais prévus par le Mémorandum d'accord et l'article 304 a) 2) A), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas en mesure de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels".

4.515 Les Communautés européennes considèrent que le texte des articles 301 à 310 ne vient pas à l'appui d'une telle description de la situation factuelle et juridique.

> "L'article 304 a) est applicable en deux circonstances:
>
> a) dans la phase initiale après l'achèvement d'une enquête initiale et
>
> b) conformément à l'article 306 b) 2) et, par renvoi, à l'article 306 b) 1), dans la phase ultérieure de "contrôle de la mise en œuvre d'une mesure ou d'un accord".

4.516 Les Communautés européennes estiment approprié de citer *in extenso* le texte des dispositions pertinentes de l'article 304 a) 1):

> "a) Règle générale

> 1) Compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 2412 [l'article 302] du présent titre ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 2413 [l'article 303] du présent titre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales
>
> A) se prononce
>
> i) sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial, …" (non souligné dans l'original).

4.517 Les Communautés européennes relèvent ensuite que l'article 304 a) 2) prévoit ce qui suit:

> "2) Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit les déterminations requises au titre du paragraphe 1) au plus tard:
>
> A) dans le cas d'une enquête intéressant un accord commercial,
>
> i) dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou
>
> ii) dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte …" (non souligné dans l'original).

4.518 Les Communautés européennes font valoir que le paragraphe introductif de l'article 304 impose au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales l'obligation (rendue en anglais par l'emploi du terme "shall", et en français par l'emploi du présent de l'indicatif) de déterminer si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits "compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302".

4.519 À l'appui de son argument, les Communautés européennes soulignent que le membre de phrase suivant, figurant dans le paragraphe introductif de l'article 304 a) 1):

> "(et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303", (non souligné dans l'original)

fait expressément référence à l'article 303 ("Consultation au moment de l'ouverture d'une enquête"), qui prévoit, au paragraphe 2, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales

> "demande rapidement que des travaux de fond soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord". (non souligné dans l'original)

4.520 Les Communautés européennes indiquent que, selon l'article 304, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, tenu de déterminer (emploi du présent de l'indicatif) si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits, n'a pas en la matière de pouvoir discrétionnaire, mais doit se fonder sur les conclusions de l'enquête (où les intérêts de la branche de production nationale prennent donc une importance décisive) et, "le cas échéant", sur les "travaux" menés au titre de l'article 303. En outre, selon l'article 304 a) 2), cette détermination doit être établie "au plus tard" dans certains délais.

4.521 Les Communautés européennes soutiennent que les conclusions de l'enquête n'ont évidemment pas un caractère discrétionnaire, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'étant pas libre de déterminer si une telle situation se présente ou non indépendamment des faits de la cause. Il est au contraire de son devoir de s'assurer de l'existence d'une situation factuelle: laisser entendre qu'une autorité investie de pouvoirs d'enquête en ce qui concerne des situations factuelles est dotée d'un pouvoir discrétionnaire quant aux conclusions effectives de l'enquête équivaudrait à substituer l'arbitraire à la primauté du droit.

4.522 Les Communautés européennes ajoutent que les États-Unis ont officiellement indiqué, tant dans la procédure d'examen du Mémorandum d'accord que devant vous, qu'ils ne considéraient pas qu'une procédure de groupe spécial engagée dans le cadre des procédures formelles de règlement des différends soit obligatoire au stade du "contrôle de la mise en œuvre d'une mesure ou d'un accord" pour déterminer qu'un Membre de l'OMC ne s'est pas plié aux recommandations et décisions de l'ORD. Cependant, dans le système de règlement des différends de l'OMC, aucune autre procédure à cet effet n'est disponible à la demande de la partie plaignante initiale. L'article 303 mentionné dans le paragraphe introductif de l'article 304 a) 1) exige clairement, pour que la procédure de règlement des différends soit rendue "applicable" dans le cadre de l'article 304, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en fasse la "demande".

4.523 **Les États-Unis font valoir**, en ce qui concerne les arguments des CE qui précèdent, que les Communautés européennes affirment que l'article 304 a) 2) A) enfreint l'article 23 du Mémorandum d'accord, en particulier le paragraphe 2) a) car il exige que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine si un autre Membre de l'OMC n'a pas exécuté de droits découlant d'un accord de l'OMC au plus tard 18 mois à compter d'une demande de consultations, même si l'ORD n'a pas adopté de rapport comportant des constatations sur la question dans ce délai. Cette affirmation se fonde sur de nombreuses erreurs et hypothèses dénuées d'éléments de preuve.

4.524 Les États-Unis soutiennent que les CE, dans leur argumentation telle qu'elle est à première vue formulée, ne font pas état d'une violation de l'article 23, puisqu'elles allèguent seulement que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de déterminer dans les délais prescrits si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits, et non pas qu'il est tenu de déterminer que ces droits n'ont pas été exécutés. Rien dans les articles 301 à 310 n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à constater que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits en l'absence de constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. Par conséquent, abstraction faite des rapports entre les délais figurant à l'article 304 a) 2) A) et ceux que prévoit le Mémorandum d'accord, les Communautés européennes ne peuvent pas conclure qu'ils obligent à enfreindre l'article 23.

4.525 Les États-Unis rappellent que l'article 23:2 a) prévoit que les Membres:

> a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent Mémorandum d'accord.

4.526 Les États-Unis font valoir que, pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a), il faut: 1) qu'une détermination concluant qu'il y a eu violation d'un accord de l'OMC ait été établie, et 2) que cette détermination ne soit pas compatible avec les constatations du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou avec une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum

d'accord. Comme, en l'espèce, les Communautés européennes n'ont pas allégué qu'une détermination particulière établie par les États-Unis enfreignait l'article 23:2 a), elles doivent démontrer que les articles 301 à 310 obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination concluant à l'existence d'une violation, et à le faire d'une manière incompatible avec les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD.

4.527 Selon les États-Unis, l'article 304 a) 2) A) établit des délais dans lesquels le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit déterminer si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial: au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 301.[293] Tandis que l'article 304 a) 2) A) énonce les délais applicables à cette détermination, l'article 304 a) 1) A) énonce le critère: le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit sa détermination sur la base de la procédure de règlement des différends de l'OMC.[294]

4.528 Les États-Unis font valoir que rien dans les termes de l'article 304 a) 1) A) n'oblige à établir une détermination particulière, et les Communautés européennes n'ont pas essayé de démontrer qu'il impose une telle obligation. Par conséquent, même si l'on devait parvenir à l'échéance des 18 mois prévue à l'article 304 a) 2) A) avant que l'ORD n'ait adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, rien dans l'article 304 a) 1) n'obligerait le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à constater qu'il y a eu violation d'un accord, à plus forte raison de manière incompatible avec les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

4.529 De l'avis des États-Unis, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toute liberté pour établir l'une quelconque parmi plusieurs déterminations qui ne seraient pas vaguement en contradiction avec l'article 23:2 a), et ce qui est essentiel, une détermination concluant qu'il n'y a eu aucune violation. Pour s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombe en l'espèce, les Communautés européennes doivent expliquer pourquoi, en vertu de la loi des États-Unis, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales *ne pourrait pas*[295] établir une telle détermination négative, ou ne pourrait pas, par exemple, déterminer qu'aucune violation n'a été confirmée par l'ORD, qu'une violation sera confirmée le jour où l'ORD adoptera les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel qui ont été mises en distribution, ou que, pour respecter les obligations internationales des États-Unis, il doit clore l'enquête en cours au titre de l'article 302 et en ouvrir une autre.

4.530 Selon les États-Unis, les Communautés européennes ne cherchent pas à répondre à trois questions déterminantes, et font au lieu de cela reposer leur argumentation concernant l'article 304 a) 2) A) sur une simple conjecture, à savoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales déterminera toujours que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Cependant, à moins que les Communautés européennes puissent démontrer qu'une telle détermination est exigée par la loi et qu'aucune autre détermination n'est possible, le fait qu'un délai de 18 mois figure à l'article 304 a) 2) A) n'est pas pertinent.

[293] Article 304 a) 2) A), 19 U.S.C § 2414 a) 2) A).

[294] Article 304 a) 1), 19 U.S.C § 2414 a) 1).

[295] Les États-Unis citent le rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Tabacs, op. cit.*, paragraphe 123.

4.531 Les États-Unis contestent par ailleurs l'hypothèse des CE, leur hypothèse la plus fondamentale, selon laquelle l'article 304 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels même si l'ORD n'a pas adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel à cet effet. Il importe de reconnaître que l'article 23:2 a) n'interdit pas de déterminer qu'il n'y a pas eu violation, ni de décrire précisément un processus en cours. L'article 23:2 a) interdit de déterminer qu'un autre Membre de l'OMC a manqué à ses obligations au regard de l'OMC si ce n'est dans le respect des règles et procédures du Mémorandum d'accord. En d'autres termes, l'article 23:2 a) ne se rapporte qu'à la constatation de l'existence d'une violation.

4.532 Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes ne s'efforcent aucunement d'expliquer comment les articles 301 à 310 imposent une telle détermination. Elles supposent simplement qu'en déterminant "si" les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir une détermination positive. À moins que les Communautés européennes ne puissent expliquer pourquoi, en vertu de la loi des États-Unis, cette hypothèse est correcte, elles ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombe de prouver cette allégation. Les États-Unis affirment de nouveau que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toute liberté pour établir l'une quelconque parmi plusieurs déterminations, y compris une détermination négative, si l'ORD n'a pas encore adopté les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

4.533 En réponse à la question du Groupe spécial concernant le fondement précis prévu par l'article 304, ou tout autre fondement juridique, permettant aux États-Unis de soutenir qu'à moins que les procédures de l'OMC ne soient achevées, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales se voit interdire de déterminer l'existence d'une violation, les États-Unis indiquent que l'article 304 a) 1) dispose que les déterminations établies au titre de cet article doivent l'être "compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303". Les "travaux" visés à l'article 303 s'inscrivent dans le cadre de la procédure de règlement des différends.[296] En outre, cette procédure serait "applicable" dans toute affaire intéressant un accord commercial, puisque, selon l'article 303, la procédure de règlement des différends au titre d'un accord commercial doit être engagée dans toute affaire intéressant un tel accord, si aucune solution mutuellement acceptable n'a été trouvée.[297]

4.534 Les États-Unis considèrent que l'Administration des États-Unis a communiqué, dans l'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès, "la formulation officielle de sa position concernant l'interprétation et l'application des accords du Cycle d'Uruguay, ... aux fins du droit interne".[298] L'Énoncé des mesures administratives doit, en droit, être considéré comme exprimant

[296] Les États-Unis relèvent que l'article 303 a) 2) prévoit que si les consultations menées dans le cadre du règlement d'un différend au titre d'un accord commercial n'ont pas abouti à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux de fond" soient engagés dans le cadre de la "procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[297] Les États-Unis relèvent que l'article 303 a) 2) prévoit que si les consultations menées dans le cadre du règlement d'un différend au titre d'un accord commercial n'ont pas abouti à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux de fond" soient engagés dans le cadre de la "procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[298] Énoncé des mesures administratives, *op. cit.*, page 1.

l'interprétation officielle de la loi dans toute action en justice.[299] Comme cela a déjà été relevé, l'Énoncé des mesures administratives, à la page 365, prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales:

> "fonde toute détermination établie en vertu de l'article 301 concluant qu'il y a eu violation ou inexécution des droits des États-Unis au regard de l'accord pertinent sur les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD".[300]

4.535 Les États-Unis font observer que cet engagement est compatible avec les prescriptions de la jurisprudence des États-Unis selon lesquelles, en droit des États-Unis, un principe élémentaire d'interprétation de la loi veut qu'"une mesure prise par le Congrès ne soit jamais interprétée de manière à enfreindre le droit des nations s'il reste une autre interprétation possible". Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Les obligations internationales ne peuvent pas prévaloir sur les prescriptions du droit interne qui sont en conflit avec elles, mais "les dispositions légales ambiguës … [devraient] être interprétées, lorsque cela est possible, de façon à être compatibles avec les obligations internationales des États-Unis". Footwear Distributors and Retailers of America v. United States, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT), appel rejeté, 43 F.3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994), citant De Bartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council, 485 U.S. 568 (1988).

4.536 Compte tenu de ces éléments, les États-Unis considèrent que, en droit des États-Unis, une détermination positive concluant que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC doit obligatoirement être fondée sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel qui ont été adoptées. Autrement dit, le droit des États-Unis empêche d'établir une telle détermination positive non fondée sur les constatations adoptées du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Les États-Unis font observer que, ce faisant, le droit des États-Unis va plus loin que ce que les Communautés européennes considèrent comme les exigences de l'article XVI:4. Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes indiquent ce qui suit: "[I]l serait inexact de donner à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC une interprétation large au point de considérer qu'il oblige les Membres à inclure dans leur droit interne des dispositions expresses interdisant l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".

4.537 Les États-Unis soulignent que les Communautés européennes ont reconnu que la loi des États-Unis prescrivait de fonder les déterminations concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits sur les constatations de l'ORD adoptées. Les Communautés européennes relèvent là que certaines dispositions des articles 301 à 310 "sont conformes aux principes énoncés à l'article 23", tels que

> "L'article 304 a) 1) A), en vertu duquel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, pour déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC, doit se fonder non seulement sur l'enquête et les consultations menées avec le pays concerné, mais aussi sur la procédure de règlement des différends de l'OMC". (non souligné dans l'original)

---

[299] 19 U.S.C. § 3512 d) ("L'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès en vertu de l'article 3511 a) du présent titre est considéré comme la position officielle des États-Unis concernant l'interprétation et l'application des accords du Cycle d'Uruguay et de la présente loi dans toute procédure juridictionnelle dans laquelle se pose une question concernant une telle interprétation ou application".).

[300] Énoncé des mesures administratives, *op. cit.*, page 365 (non souligné dans l'original).

4.538 Les États-Unis ajoutent qu'il a été dit à maintes reprises qu'ils recourraient aux procédures de règlement des différends de l'OMC dans les affaires concernant des droits au regard de l'OMC[301], et ces procédures prévoient que les déterminations doivent être fondées sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées. Plus important, l'Énoncé des mesures administratives est, de plein droit, l'expression officielle de l'interprétation appropriée de la loi dans toute procédure juridictionnelle.[302]

4.539 Les États-Unis considèrent par ailleurs que dans le présent différend, la loi ne prévoit pas de détermination incompatible avec l'article 23:2 a), et les Communautés européennes n'ont pas établi le contraire. Elles ont simplement supposé que l'article 304 a) 1) A) obligeait à déterminer que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels, mais, dans leurs réponses aux questions du Groupe spécial, elles concèdent expressément que ledit article ne rend pas une telle détermination obligatoire. Les Communautés européennes indiquent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "ne peut établir qu'une seule détermination parmi deux: les États-Unis sont frustrés de leurs droits au regard de l'OMC ou bien les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits au regard de l'OMC", admettant par là même que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas pour mission d'établir "une détermination concluant qu'il y a eu violation", et l'argumentation des CE concernant l'article 304 a) 1) A) doit donc être rejetée.

4.540 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes admettent pareillement que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas besoin de déterminer qu'il y a eu violation lorsqu'elles indiquent: "Les CE voudraient souligner que la détermination d'une absence de violation est, évidemment, l'image inversée de la détermination de l'existence d'une violation. Il n'est pas possible d'établir une <u>détermination</u> … en un sens sans qu'existe au moins la possibilité de parvenir à une conclusion différente".[303] Dans cette déclaration, les Communautés européennes admettent de nouveau que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a la possibilité de <u>ne pas</u> déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels.

4.541 Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes ont conclu ce qui suit:

> "Une loi qui prescrit de statuer dans <u>tous</u> les cas sur la question de savoir *s'*il y a eu violation du droit de l'OMC comporte donc l'obligation de déterminer dans certains cas *qu'*il y a eu violation du droit de l'OMC. Une telle loi impose donc des déterminations qui sont incompatibles avec l'article 23".

4.542 De l'avis des États-Unis, ces raisonnements dépourvus de logique forment à présent le seul fondement de l'argument des CE selon lequel l'article 304 a) 1) A) rend obligatoire une détermination incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord (et selon lequel l'article 306 b) oblige à enfreindre l'article 23:2 a) et c) du Mémorandum d'accord). La première prescription de l'article 23:2 a) concernant l'existence d'une violation ne sera satisfaite que si le Groupe spécial

---

[301] Les États-Unis font observer que, par exemple, entendu par la Commission des relations étrangères du Sénat, M. Rufus Yerxa, Représentant adjoint pour les questions commerciales internationales, a expliqué que dans le cadre du GATT, "il est expressément prévu [dans la loi] que nous saisissions le GATT des questions visées par les règles du GATT aux fins de règlement des différends", et que cela ne changerait pas dans le cadre de l'OMC. Audition concernant l'Organisation mondiale du commerce de la Commission des relations étrangères du Sénat, Federal News Service, 14 juin 1994.

[302] 19 U.S.C. § 3512 d).

[303] 19 U.S.C. § 3512 d), page 25 (souligné dans l'original).

convient qu'il est possible de considérer comme équivalents le fait de déterminer "si" des droits conventionnels n'ont pas été exécutés et le fait de déterminer "que" de tels droits n'ont pas été exécutés: que, contrairement à ce qu'ont admis auparavant les CE, il est impossible d'établir une détermination négative. Cependant, outre que l'argument des CE est dépourvu de tout fondement logique ou juridique, cela aurait pour conséquence inacceptable d'empêcher même les déterminations de compatibilité, nonobstant le libellé explicite de l'article 23:2 a), qui vise seulement certaines déterminations d'incompatibilité.

4.543 Les États-Unis allèguent que le Canada et le Brésil font valoir cet argument. Le Canada indique en réponse à une question du Groupe spécial que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord:

> "n'interdit pas de déterminer la compatibilité avec les règles de l'OMC. Une telle interdiction irait à l'encontre des objectifs de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, aux termes duquel "[u]ne solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable"".

4.544 Les États-Unis relèvent d'autre part que le Brésil indique pareillement ce qui suit:

> "Les Membres de l'OMC ont, bien entendu, le droit d'établir des déterminations unilatérales portant sur la non-violation et sur tous points présentant un intérêt pour eux et qui ne sont pas actuellement visés par les accords de l'OMC".

4.545 Les États-Unis contestent l'argument des CE car il aurait pour conséquence inacceptable d'interpréter hors du contexte de l'article 23:2 a) l'exception concernant les déterminations de l'existence d'une violation établies conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. D'après l'interprétation des CE, le simple fait d'établir une détermination serait incompatible avec l'article 23:2 a), ce qui interdirait même les déterminations de l'existence d'une violation établies conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

4.546 Les États-Unis allèguent que le fait pour les CE d'admettre que l'article 304 n'oblige pas à déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels constitue une base suffisante pour que le présent Groupe spécial constate que ledit article n'est pas incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Néanmoins, même si le Groupe spécial devait conclure autrement, l'allégation des CE resterait sans effet car l'article 304 a) 1) A) n'oblige pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à n'établir que les deux déterminations mentionnées par les Communautés européennes, et parce que les délais figurant à l'article 304 a) 2) A) ne l'empêchent pas de fonder dans tous les cas ses déterminations sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel.

4.547 Les États-Unis soulignent que, comme cela est prévu à la page 365 de l'Énoncé des mesures administratives[304], le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de l'article 304 a) 1), de se fonder sur les procédures de règlement des différends de l'OMC pour déterminer si des droits conventionnels n'ont pas été exécutés. C'est ce qu'il a fait jusqu'ici dans le cadre de chaque affaire concernant le GATT et l'OMC où les États-Unis étaient partie plaignante.[305] Ainsi, au cas où un groupe spécial chargé du règlement d'un différend ne mènerait pas la procédure à son terme dans les délais prévus par le Mémorandum d'accord et l'article 304 a) 2) A), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas en mesure de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Sur cette

[304] Pièce n° 11 des États-Unis.

[305] Voir la pièce n° 13 des États-Unis.

base, il pourrait, par exemple, établir que la procédure de règlement du différend n'était pas encore arrivée à son terme et qu'une détermination concernant les droits conventionnels des États-Unis serait faite une fois que ladite procédure serait achevée. Rien dans la définition de la notion de "détermination" figurant dans la loi n'empêcherait de telles déterminations.

4.548 Les États-Unis maintiennent par ailleurs que, même si les Communautés européennes avaient raison d'affirmer que l'article 304 a) 1) A) n'autorise que deux déterminations, cela n'expliquerait pas pourquoi le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne dispose pas d'une troisième option: clore l'enquête sans établir de détermination. Rien dans les articles 301 à 310 ne l'interdit, et la pièce n° 13 des États-Unis démontre que cette faculté a été fréquemment exercée dans le passé. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait alors libre d'ouvrir une nouvelle enquête, ce qui s'est effectivement produit dans le différend concernant les *Bananes*.

4.549 Les États-Unis considèrent que, en raison de l'obligation énoncée à l'article 304 de fonder les déterminations relevant de cette disposition sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées et, comme le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut soit clore l'enquête, soit établir des déterminations multiples au titre de l'article 304, ledit article n'obligerait pas à prendre des mesures incompatibles avec l'article 23:2 a) même si le groupe spécial ou l'Organe d'appel devait dépasser les délais énoncés dans le Mémorandum d'accord.

4.550 **Les Communautés européennes relèvent également** que les juristes éminents ont des avis divergents sur la question de savoir si les mesures prises au titre de l'article 301 sont soumises au contrôle judiciaire en vertu du droit des États-Unis.[306] Il ne fait cependant aucun doute que, même si ces mesures étaient soumises à contrôle, aucun tribunal national ne déclarerait nulle une mesure prise au titre de l'article 301 au motif qu'elle est incompatible avec les obligations des États-Unis au regard d'un accord de l'OMC, ce qui découle de l'article 102 a) 1) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay, en vertu duquel le droit des États-Unis prévaut en cas de conflit avec les dispositions d'un accord de l'OMC:

> "Nulle disposition des accords du Cycle d'Uruguay, ni l'application de l'une quelconque de leurs dispositions à une personne ou à une situation, ne produira d'effets si elle est incompatible avec une loi des États-Unis."

4.551 Les Communautés européennes soulignent que l'article 102 a) 1) prévoit également que rien dans la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay ne sera interprété

> "comme limitant quelque pouvoir que ce soit conféré en vertu de quelque loi que ce soit des États-Unis, y compris l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur".

L'article 102 c) dispose d'autre part ce qui suit:

> "Personne d'autre que les États-Unis … ne peut contester, dans le cadre d'une action en justice intentée au titre d'une disposition législative quelconque, une mesure ou une absence de mesure de la part d'un département, d'une institution ou d'un autre organisme des États-Unis, d'un État, ou d'une subdivision politique d'un État, au motif

[306] Sur cette question, les Communautés européennes se réfèrent à Erwin P. Eichman et Gary N. Horlick, *Political Questions in International Trade. Judicial Review of Section 301, in* Mich. J: Int'l L. Vol. 10, (1989), pages 735 à 764.

> que cette mesure ou cette absence de mesure est incompatible avec un tel accord [de l'OMC]."

4.552 **À titre de réfutation, les États-Unis soulignent** que les Communautés européennes cherchent à gonfler l'importance du fait que, devant les tribunaux des États-Unis, c'est la loi des États-Unis qui l'emporterait en cas de conflit avec les accords du Cycle d'Uruguay. Par exemple, elles font référence au Professeur D. W. Leebron à l'appui de cette affirmation, sans toutefois citer sa conclusion, page 232 de l'ouvrage mentionné à la note de bas de page 27: "Rien, cependant, dans ces dispositions [c'est-à-dire, celles de l'article 301] n'oblige le Président ou le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à agir en violation des accords du Cycle d'Uruguay". En d'autres termes, comme il n'existe pas de conflit entre les articles 301 à 310 et l'Accord sur l'OMC, peu importe de savoir quel instrument l'emporterait en cas de conflit. En fait, s'il y avait réellement un conflit, c'est-à-dire, si une loi des États-Unis imposait une violation de l'Accord sur l'OMC, il y aurait violation des règles de l'OMC, que le tribunal des États-Unis applique ou non cette loi. L'analyse que font les CE du fonctionnement de la loi des États-Unis en cas de conflit est totalement dépourvue de pertinence pour les travaux du Groupe spécial.

4.553 Les États-Unis font valoir par ailleurs que les articles 301 à 310 prévoient que le Président et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales exercent un pouvoir discrétionnaire à différents stades de l'enquête ouverte au titre de l'article 302. Parmi les décisions de caractère discrétionnaire les plus pertinentes aux fins de la présente procédure, figurent celles qui concernent la détermination établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales portant sur la question de savoir si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels, la détermination des mesures à prendre si ces droits n'ont pas été exécutés, et le moment auquel ces mesures devraient être prises.

4.554 Les États-Unis font observer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels en vertu de l'article 304 a) 1), qui prévoit ce qui suit:

> "1) Compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales
>
> A) se prononce
>
> i) sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial, ...".[307]

4.555 Les États-Unis soutiennent que, dans le cadre des enquêtes ouvertes au titre de l'article 302 qui concernent un accord de l'OMC, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit sa détermination en se fondant sur les conclusions d'une procédure de règlement des différends de l'OMC.[308] Si l'ORD a adopté le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, il établira sa détermination sur la base du rapport adopté. Si, en revanche, la procédure de règlement du différend de l'OMC n'a pas encore été menée à son terme, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits. Rien dans l'article 304 a) 1) ou dans n'importe quelle autre disposition des articles 301 à 310 ne l'oblige à déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels si

[307] Article 304 a) 1) A) i); 19 U.S.C. § 2414 a) 1) A) i).

[308] Voir l'article 303 a) 1)-2), 19 U.S.C. § 2413 a) 1)-2).

l'ORD ne s'est pas prononcé à cet effet. Il est libre, par exemple, de déterminer qu'aucune violation n'a été confirmée par l'ORD, qu'une violation constatée dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel sera confirmée à la date de la réunion de l'ORD à laquelle le rapport sera adopté, ou qu'il y a lieu d'estimer qu'il y a eu violation, mais que l'ORD ne l'a pas encore confirmé. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est également libre d'établir une détermination négative et d'ouvrir ensuite une deuxième enquête afin de déterminer de manière définitive l'existence d'une violation d'un accord au moment où l'ORD adopte les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel.[309]

4.556 Les États-Unis soulignent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a rang de ministre et sert son pays selon le bon plaisir du Président; son bureau fait partie du bureau exécutif du Président.[310] Conformément aux textes suivants: 19 U.S.C. § 2171 c) 1) (1998), Reorg. Plan No. 3 of 1979, Sec. 1 b) 4), 44 Fed. Reg. 69273 (1979) et 19 C.F.R. § 2001.3 a) (1998), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales exerce ses fonctions sous la direction du Président, qu'il conseille et aide dans diverses fonctions présidentielles.[311] Ce pouvoir permet au Président d'adresser des instructions au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au sujet des déterminations qu'il établit.

4.557 **Les Communautés européennes répondent** à l'argument des États-Unis, qui font valoir que l'article 304 a) 1) mentionne la "procédure" de l'OMC comme base de la détermination à établir, et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas déterminer l'existence d'une violation tant que la procédure de l'OMC n'a pas été menée à son terme, en alléguant que cet argument présenté au Groupe spécial est mis en échec par deux éléments.

4.558 De l'avis des Communautés européennes, le premier élément concerne les délais figurant à l'article 304 a) 2) qui ne permettent pas au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'attendre dans tous les cas l'issue de la procédure de règlement des différends de l'OMC; en effet, il doit établir la détermination au titre de l'article 304 a) 1) au plus tard à l'expiration de l'un ou l'autre délai, selon la plus rapprochée des deux échéances, dont l'une a trait à l'achèvement de la procédure prévue par le Mémorandum d'accord. Si, pour mener cette procédure à son terme, il faut plus longtemps que le délai prévu par l'autre disposition applicable (18 mois suivant la date à laquelle l'enquête au titre de l'article 302 a été ouverte), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas autorisé à attendre l'issue de la procédure de règlement du différend engagée en vertu du Mémorandum d'accord et ne peut donc pas fonder sa détermination sur les conclusions de cette procédure. Les Communautés européennes rappelleront que le paragraphe introductif de l'article 304 a) 2) fait référence à "[toutes les] déterminations au titre du paragraphe 1)" de l'article 304 a).

4.559 Les Communautés européennes présentent le deuxième élément, qui se rapporte à une situation se produisant à un stade ultérieur de la procédure, définie à l'article 306 comme le "contrôle de la mise en œuvre d'une mesure ou d'un accord par un pays étranger". Dans ce contexte, il convient de rappeler que la mention des "travaux" à l'article 304 a) 1) est atténuée par les termes "le cas échéant" et par le renvoi à l'article 303. L'article 303 2) dispose dans ce contexte que "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande rapidement que des travaux

[309] Les États-Unis font observer qu'en cas de détermination négative, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait libre d'ouvrir à nouveau une enquête conformément à l'article 302 b) 1). Voir l'article 302 b) 1), 19 U.S.C. § 2412 b) 1).

[310] Voir 19 U.S.C. § 2171 a), b) 1) (1998).

[311] Voir 19 U.S.C. § 2171 c) 1) (1998); Reorg. Plan No. 3 of 1979, Sec. 1 b) 4), 44 Fed. Reg. 69273 (1979); 19 C.F.R. § 2001.3 a) (1998).

de fond soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord". En d'autres termes, les travaux mentionnés à l'article 303 2) sont ceux qui peuvent être demandés par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.

4.560 Les Communautés européennes soulignent que puisque, de l'avis du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, en cas de désaccord sur la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions formulées par l'ORD dans le cadre d'un différend antérieur, la partie plaignante n'est pas tenue de recourir en premier lieu à la procédure prévue à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, mais doit avoir immédiatement recours à l'article 22 afin de respecter les délais prévus au paragraphe 2, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas, dans de telles situations, demander que des travaux de fond soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends de l'OMC (en vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, le droit procédural de demander un arbitrage n'est pas accordé à la partie plaignante initiale, mais seulement au défendeur initial).

4.561 Les Communautés européennes font ensuite valoir que si l'interprétation que font les États-Unis de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord était correcte (ce qui n'est pas le cas), il ne serait pas possible, dans de telles situations, d'engager des "travaux" au sens de l'article 303 2), et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait donc forcé de déterminer au titre de l'article 304 a) 1), sans recourir à la procédure de règlement des différends de l'OMC, qu'un autre Membre de l'OMC n'a pas mis en œuvre une mesure où un accord (ce qu'il a fait dans l'affaire des *Bananes*).

4.562 Selon les Communautés européennes, en tout état de cause, les délais prévus aux articles 306 b) et 304 a) 2) ne laisseraient pas la possibilité d'achever les procédures multilatérales de règlement des différends et enfreignent donc l'article 23 (et les dispositions connexes des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord.[312]

4.563 **Les États-Unis**, en réponse à une question du Groupe spécial sur la façon dont est interprétée la mention des "travaux" à l'article 304 a) 1) comme base des déterminations établies au titre de cet article, de sorte qu'elle désigne exclusivement l'issue ou les conclusions de la procédure de l'OMC, sans inclure, par exemple, le comportement et les déclarations du Membre concerné dans le cadre de la procédure de l'OMC en cours, c'est-à-dire avant l'adoption des recommandations de l'ORD, **ont répondu** ce qui suit: Les États-Unis voient mal ce qu'il faut entendre par "comportement et déclarations du Membre concerné", ni comment ces déclarations seraient pertinentes pour des déterminations données. S'il faut entendre par cette expression les déclarations faites par la partie perdante concernant ses intentions au sujet de la mise en œuvre, ces déclarations sont effectivement prises en compte lorsqu'on détermine si, au titre de l'article 301 a) 2) B) i), des mesures satisfaisantes sont prises pour exécuter les droits des États-Unis. Les États-Unis affirment de nouveau que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a décidé de ne pas prendre de mesures fondées sur le seul "espoir" qu'un autre Membre de l'OMC mettra en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD, en l'absence de déclaration formelle de ce Membre à cet effet. Une déclaration de la partie perdante serait donc certainement considérée comme pertinente, et fait partie de la procédure. À cet égard, les États-Unis relèvent que la "date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée" est la date limite pour que les parties indiquent leur intention au sujet de la mise en œuvre, à savoir 30 jours après l'adoption du rapport par l'ORD (ou, du point de vue des délais prévus par l'ORD, 17 mois et 20 jours après la demande de consultations).

[312] Les Communautés européennes font observer que c'est une évidence lorsqu'on considère la durée d'une procédure engagée au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, puisque la procédure de groupe spécial à elle seule s'étendra sur un maximum de 90 jours.

4.564 Les États-Unis poursuivent en indiquant qu'en revanche, si le Groupe spécial entend par "comportement et déclarations" le souhait exprimé de résoudre le différend, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en tiendrait certainement compte au moment de décider de clore ou non l'enquête ouverte au titre de l'article 302 sans établir de détermination au titre de l'article 304. Là encore, comme cela est expliqué dans la pièce n° 13 des États-Unis, c'est ce qu'il a souvent fait.

4.565 Les États-Unis contestent l'argument des CE selon lequel elles ont réexaminé cette position compte tenu de la décision des États-Unis de ne pas demander l'engagement de la procédure prévue à l'article 21:5 dans le différend concernant les *Bananes*. Premièrement, elles supposent à tort que la procédure prévue à l'article 21:5 est une condition préalable pour demander la suspension de concessions au titre de l'article 22. Deuxièmement, elles supposent que l'article 306 exige une détermination établissant qu'il y a eu inexécution, ce qui n'est pas le cas, et ne tient pas compte du fait que la détermination de la mise en œuvre des mesures prévue audit article doit être fondée sur les procédures énoncées à l'article 22. Troisièmement, même si, contrairement à la conclusion des arbitres dans l'affaire des *Bananes*, il était établi que l'article 21:5 est une condition préalable à la demande de suspension de concessions au titre de l'article 22, cela n'expliquerait pas pourquoi la loi des États-Unis ne prescrirait pas que l'on s'appuie sur les procédures de règlement des différends pour déterminer qu'il y a eu inexécution. Par ailleurs, comme cela est indiqué plus haut, si les parties convenaient, dans le cadre de l'examen prévu par le Mémorandum d'accord, de recourir au processus figurant à l'article 21:5, assorti de modifications, avant de faire appel aux procédures de l'article 22, rien dans l'article 306 n'empêcherait les États-Unis d'agir en conformité avec un tel accord.

4.566 **Les Communautés européennes soulignent** que, lorsque les États-Unis présentent l'affaire des *Bananes*, ils n'exposent pas les faits, et leur ordre chronologique, tels qu'ils se sont déroulés en réalité. Le 9 octobre 1998, alors que le "délai raisonnable pour la mise en œuvre" accordé aux Communautés européennes afin qu'elles prennent des mesures pour se conformer aux recommandations et décisions énoncées dans le cadre de la procédure de règlement du différend *Bananes III* n'était pas encore écoulé (la date limite étant le 31 décembre 1998) et que les Communautés n'avaient pas encore adopté toutes ces mesures, le Secrétaire général du Président W. Clinton, M. Erskine Bowles, a écrit aux dirigeants des partis républicain et démocrate à la Chambre des représentants et au Sénat (lettre communiquée le 8 juillet 1999 par le Commonwealth de la Dominique et Sainte-Lucie en qualité de tierces parties). Au nom du Président (la lettre mentionnait que "le gouvernement partage votre avis (...)"), M. Bowles a indiqué ce qui suit:

> "Pour exercer la plus forte pression possible sur l'UE, le gouvernement poursuit trois démarches distinctes: 1) continuer d'indiquer que nous sommes désireux d'essayer de résoudre le différend d'une manière mutuellement acceptable compatible avec les obligations au regard de l'OMC; 2) préserver nos droits dans le cadre du processus prévu par l'OMC et 3) appliquer les dispositions de l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.
>
> (...)
>
> Ensuite, sauf à ce que l'UE accepte de suspendre la mise en œuvre de son régime applicable aux bananes et de mettre en œuvre, au plus tard le 2 janvier 1999, un régime compatible avec les règles de l'OMC que nous puissions accepter, le gouvernement fera paraître un deuxième avis au Federal Register le 10 novembre. Cet avis demandera que soient formulées des observations au sujet d'une liste de mesures concrètes de rétorsion possibles et indiquera que le gouvernement annoncera le 15 décembre l'adoption de mesures de rétorsion conformément à l'article 301, qui deviendront effectives le 1er février 1999, à moins que le régime de l'UE applicable aux bananes ne soit pleinement conforme aux règles de l'OMC".

4.567 Les Communautés européennes soutiennent, comme le montrent ces exemples, que la menace et la mesure enfreignent le texte, l'objet et le but de l'article 23 (et les dispositions connexes des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord. Dans ce contexte, les Communautés européennes font valoir que la déclaration faite par les États-Unis, selon laquelle:

> "pas une seule fois le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a établi de détermination au titre de l'article 304 a) 1) concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels au regard du GATT ou de l'OMC qui n'ait été fondée sur les conclusions des procédures de règlement des différends du GATT et de l'OMC"

est factuellement inexact, puisque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, au moins dans l'affaire Bananes III, a déterminé, en vertu de l'article 304 a) 1), que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels au regard de l'OMC après l'expiration du délai raisonnable, sans avoir recours à une procédure de règlement des différends de l'OMC quant à la conformité des nouvelles mesures prises par les CE, qui abrogeaient la législation qu'un groupe spécial antérieur avait déclaré incompatible avec les règles de l'OMC. Elle est aussi fallacieuse, puisque la menace de mesures de rétorsion pourrait imposer au Membre de l'OMC visé une solution convenue "d'un commun accord" qui rende inutile une détermination au titre de l'article 304 a) 1) (comme dans la procédure engagée en vertu de l'article 301 dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*).

4.568 **Les États-Unis répondent** que les Communautés européennes affirment simplement que la réponse des États-Unis était inexacte, sans avancer de nouveaux arguments pertinents. Les États-Unis affirment une nouvelle fois que leur réponse est exacte. En outre, les arguments mentionnés par les Communautés européennes ne visent pas les points que les États-Unis ont fait valoir ici.

ii) Pratique

4.569 **Les Communautés européennes se réfèrent par ailleurs** à la résolution de la Chambre des représentants dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles* mentionnée dans leur déclaration orale durant la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial. Selon cette résolution, la Chambre des représentants

> "soutient fermement la décision du Président d'appliquer des sanctions commerciales aux produits japonais conformément à l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, à moins qu'un accord acceptable ne soit entre-temps conclu avec le Japon qui rende une telle mesure inutile",[313]

alors qu'à l'évidence, aucune procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC n'avait été demandée dans une situation où le Président avait annoncé des sanctions commerciales dans le domaine du commerce des marchandises. Cette résolution a été prise quelques mois seulement après l'adoption par le Congrès des États-Unis de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay et montre clairement comment le législateur des États-Unis interprétait les articles 301 à 310 dans ce contexte particulier.

4.570 Les Communautés européennes attirent l'attention du Groupe spécial sur le fait que l'allégation des États-Unis, selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toujours suivi le même modèle de comportement, est contredite par la

[313] 104ème Congrès, 1ère session, Résolution n° 141 de la Chambre des représentants.

procédure engagée dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, qui s'est écartée de ce modèle.

4.571 **Les États-Unis soulignent** qu'aucune détermination relative à des droits au regard de l'Accord sur l'OMC n'a été établie dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*. Comme le relève la question, la détermination dans cette affaire visait le point de savoir si les actions, pratiques et politiques du Japon étaient "déraisonnables", non pas si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC. Toute allégation ayant trait à l'affaire *Pièces détachées d'automobiles* n'aurait donc aucun rapport avec l'une quelconque des allégations des CE relatives à l'article 23.

4.572 Pour répondre d'une manière générale aux questions du Groupe spécial relatives à la pratique suivie en vertu de l'article 304, les États-Unis font observer qu'ils n'oublient pas que l'application de l'article 301 dans certaines affaires n'entre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial, et que ce dernier ne formulera donc pas de constatations concernant certaines enquêtes ouvertes au titre de l'article 302. Pareillement, l'application pratique des articles 301 à 310 n'est pertinente que dans la mesure où elle éclaire la seule question présentant un intérêt dans le cadre du présent différend: les articles 301 à 310 rendent-ils obligatoires (et non pas simplement autorisent) des mesures qui sont incompatibles avec certaines obligations expressément mentionnées à l'article 23 du Mémorandum d'accord, à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et aux articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994.

4.573 En ce qui concerne la pratique suivie en vertu de l'article 304, les États-Unis font également valoir que, comme cela a été relevé ailleurs et comme cela est prévu à la page 365 de l'Énoncé des mesures administratives (pièce n° 11 des États-Unis), aux termes de l'article 304 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de fonder sur les conclusions d'une procédure de règlement des différends de l'OMC sa détermination relative à la question de savoir si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Par conséquent, dans l'éventualité où un groupe spécial ne terminerait pas ses travaux dans les délais prescrits par le Mémorandum d'accord et l'article 304 a) 2) A), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas en mesure de statuer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Dans cette hypothèse, il pourrait constater que la procédure de règlement des différends n'est pas encore achevée et statuer qu'une détermination concernant les droits conventionnels des États-Unis sera établie à l'issue de cette procédure. Il pourrait aussi, par ailleurs, clore l'enquête au titre de l'article 304 au motif qu'il ne dispose pas des renseignements nécessaires pour établir sa détermination au titre de l'article 304 a) 1), puis ouvrir une nouvelle procédure. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déjà clos et ouvert à nouveau des enquêtes au titre de l'article 302, y compris dans l'affaire des *Bananes*[314], et il a, à maintes reprises, mis fin à des enquêtes sans qu'une détermination n'ait été établie.[315]

4.574 Les États-Unis ont expliqué qu'il n'était pas possible de communiquer une liste exhaustive des déterminations qui peuvent être établies au titre de l'article 304 a) 2) A) car il n'existe aucune définition dans la loi qui restreigne le pouvoir du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à cet égard. Les déterminations qu'il a établies au titre de l'article 304 a) 2) A) sont communiquées ci-après. Sont également énumérées les affaires dans lesquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos une enquête intéressant des droits au regard d'un accord commercial sans établir de détermination.

[314] Les États-Unis se réfèrent ici à: Termination of Investigation; Initiation of New Investigation and Request for Public Comments: European Union Banana Regime, 60 Fed. Reg. 52026 (1995) (pièce n° 18 des États-Unis).

[315] La liste en est communiquée dans la pièce n° 13 des États-Unis.

Comme cela est indiqué plus loin, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a jamais déterminé que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits au regard du GATT de 1947 ou de l'Accord sur l'OMC en l'absence de constatations d'un groupe spécial du GATT ou de décisions et recommandations de l'ORD adoptées.

Déterminations au titre de l'article 304 a) 1) A)[316]

L'article 304 a) 2) A) mentionne les déterminations au titre de l'article 304 a) 1) A) relatives à l'inexécution de droits ou d'avantages au regard d'un accord commercial. On trouvera ci-après une liste de ces déterminations. Veuillez observer qu'aucune de ces affaires n'entre dans le cadre du mandat du présent Groupe spécial. L'article 304 a) 1) A) a été établi en 1988.

Affaires portées devant l'OMC:

Subventions canadiennes à l'exportation et accès aux marchés pour les produits laitiers (1999):

> À l'échéance des 18 mois, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a statué qu'il serait impossible de déterminer si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels tant que l'ORD n'aurait pas adopté les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel. La pièce n° 14 des États-Unis inclut une lettre du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales aux membres du Congrès expliquant ce point. La procédure de règlement du différend est toujours en cours.

Pratiques de l'Inde concernant la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (1998):

> À la suite de l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant que l'Inde avait enfreint l'Accord sur les ADPIC, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que certaines actions, politiques et pratiques de l'Inde frustraient les États-Unis des avantages que leur confère l'Accord sur les ADPIC.

Régime des Communautés européennes applicable à l'importation des bananes (1998):

> Après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant, en réponse à une plainte des États-Unis, que les CE avaient enfreint le GATT de 1994 et l'AGCS, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que certaines actions, politiques et pratiques des CE frustraient les États-Unis des droits que leur confèrent le GATT de 1994 et l'AGCS. À l'échéance des 18 mois, il avait auparavant statué qu'il serait impossible de déterminer si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels tant que l'ORD n'aurait pas adopté les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel. La pièce n° 14 des États-Unis inclut une lettre du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales aux membres du Congrès expliquant ce point.

Droits spécifiques et obstacles non tarifaires de l'Argentine affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles (1998):

> Après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant que l'Argentine avait enfreint le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que les droits spécifiques appliqués par l'Argentine aux importations de textiles et de vêtements contrevenaient aux obligations découlant pour l'Argentine de l'article II du GATT de 1994 et que sa taxe de statistique appliquée à presque toutes les importations violait l'article VIII du GATT.

Pratiques du Canada affectant les périodiques (1997):

> Après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant que le Canada enfreignait le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que certaines actions, politiques et pratiques du Canada frustraient les États-Unis de droits que leur confère le GATT de 1994.

[316] Pièce n° 13 des États-Unis.

Affaires concernant le GATT de 1947:

Restrictions appliquées par le Canada à l'importation de bière (1991):

Après l'adoption du rapport du groupe spécial du GATT constatant que le Canada enfreignait le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que des actions, politiques ou pratiques du Canada violaient le GATT.

Thaïlande – Cigarettes (1990):

Après l'adoption du rapport du groupe spécial du GATT constatant que la Thaïlande enfreignait le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au regard du GATT.

Corée – Bœuf (1990):

Sur la base du rapport du groupe spécial du GATT constatant que la Corée avait enfreint le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels.

CE – Oléagineux (1990):

Après l'adoption du rapport du groupe spécial du GATT constatant que les CE enfreignaient le GATT, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels. À l'échéance des 18 mois, il avait auparavant statué qu'il y avait lieu d'estimer que des droits au regard d'un accord commercial n'étaient pas exécutés, mais n'avait pas déterminé qu'il y avait eu violation car la procédure du groupe spécial n'était pas encore achevée.

Dans les affaires suivantes, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos une enquête intéressant des droits au regard d'un accord commercial sans établir de détermination:

Pratiques du Brésil concernant le commerce et l'investissement dans le secteur automobile (1998):

À la suite de consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, le Brésil s'est engagé à ne pas appliquer ses mesures relatives au commerce automobile au-delà de 1999. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a donc clos l'enquête.

Pratiques de la Turquie concernant l'application d'une taxe discriminatoire sur les recettes de billetterie (1997):

À la suite de consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, la Turquie a accepté d'effectuer une péréquation de toute taxe appliquée en Turquie sur les recettes de billetterie provenant de la projection de films nationaux et importés. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a donc clos l'enquête.

Pratiques du Pakistan concernant la protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture (1997):

À la suite de consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, le Pakistan a établi un système de boîte aux lettres conformément à l'Accord sur les ADPIC et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

Pratiques du Portugal concernant la durée de la protection conférée par un brevet (1996):

À la suite de consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, le Portugal a mis en œuvre les obligations concernant les brevets qui découlent pour lui de l'Accord sur les ADPIC et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

UE – Élargissement (1996):

Après qu'un accord a été conclu, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

CE – Élargissement (1990):

> Après que les États-Unis ont notifié aux parties contractantes au GATT leur intention de suspendre des concessions tarifaires en réponse à des mesures prises par les CEE au titre de l'article XXIV du GATT, les États-Unis et les Communautés européennes ont conclu un accord et le Représentant des États Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

Norvège – Matériel de péage (1990):

> À la suite de consultations menées dans le cadre du Code des marchés publics du GATT, les États-Unis et la Norvège ont conclu un accord et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

Brésil – Formalités de licences d'importation (1990):

> À la suite de consultations menées dans le cadre de la procédure de règlement des différends du GATT, les États-Unis ont informé le Brésil de leur intention de demander l'établissement d'un groupe spécial. Le Brésil a retiré la mesure et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête.

CE – Débris de cuivre (1990):

> À la suite de la première réunion du groupe spécial du GATT, les États-Unis et les Communautés européennes ont réglé leur différend. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a clos l'enquête et retiré la plainte des États-Unis de la procédure de groupe spécial.

4.575 Les États-Unis expliquent par ailleurs que, dans le différend opposant en 1989 les États-Unis et les Communautés européennes au sujet des oléagineux, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a reporté de 180 jours l'adoption de mesures conformément à l'article 305 a) 2) A) ii), eu égard au fait que des progrès substantiels étaient réalisés dans le cadre de la procédure de règlement du différend du GATT, procédure qui n'était pas encore terminée à l'expiration du délai de 18 mois fixé.[317] En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a spécialement attendu l'achèvement des travaux du groupe spécial avant de déterminer, conformément à l'article 304 a) 1) A) i), que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels, bien que le délai de 18 mois fût depuis longtemps écoulé.[318] Ainsi, les États-Unis avaient pour pratique constante, même avant l'achèvement du Cycle d'Uruguay, de se fonder sur les conclusions du processus de règlement des différends pour déterminer s'ils étaient frustrés de leurs droits conventionnels.

4.576 Les États-Unis indiquent ensuite que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président jouissent, en vertu des articles 301 à 310, de larges pouvoirs discrétionnaires pour décider du moment où des mesures seront prises, des conditions dans lesquelles il leur sera donné effet et de l'opportunité de prendre ou non des mesures. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ou le Président peuvent, par exemple, spécifier qu'une mesure adoptée ne pourra prendre effet avant que les États-Unis n'aient reçu l'approbation formelle de l'ORD.

4.577 En réponse à une question du Groupe spécial sur le point de savoir si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a pris des décisions autres que des

---

[317] Voir Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (pièce n° 6 des États-Unis).

[318] Voir *Ibid.* Les États-Unis notent qu'à l'expiration du délai de 18 mois, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a conclu qu'il y avait lieu d'estimer que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels et qu'il demandait en conséquence qu'une constatation en ce sens soit faite dans le cadre de la procédure de règlement du différend du GATT.

déterminations positives ou négatives au titre de l'article 304, et sur le fondement juridique de ces déterminations, les États-Unis indiquent qu'il n'existe pas de définition de la notion de "détermination" dans la loi qui restreigne le pouvoir du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir des déterminations autres que de violation/de non-violation. De surcroît, l'existence de l'obligation juridique figurant à l'article 304 a) 1) de fonder les déterminations sur les procédures de règlement des différends indique que la loi envisage une détermination qu'il est impossible d'établir en l'absence de décisions et recommandations de l'ORD pour statuer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Les lettres contenues dans la pièce n° 14 des États-Unis offrent des exemples de cette détermination. De plus, la pièce n° 6 des États-Unis est un avis publié au Federal Register des déterminations établies dans le cadre de l'affaire concernant les *Oléagineux*, y compris la détermination concluant qu'"il y avait lieu d'estimer que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial".[319]

4.578 Les États-Unis ajoutent que, comme autre fondement juridique pour établir des déterminations autres que de violation/de non-violation, on trouve les principes juridiques établis des États-Unis concernant l'interprétation des textes légaux qui régissent le respect des interprétations que font les organismes compétents de leurs textes légaux et la ratification par le pouvoir législatif de ces interprétations. Les tribunaux des États-Unis ne peuvent pas substituer leurs interprétations de dispositions législatives ambiguës à celles de l'organisme dont elles relèvent. En outre, le Congrès est censé connaître l'interprétation administrative ou judiciaire d'une loi et l'adopter lorsqu'il reconduit cette loi sans modifications. Ayant déterminé que les États-Unis avaient "lieu d'estimer" qu'ils étaient frustrés de leurs droits conventionnels dans le cadre de l'affaire de 1989 concernant les *Oléagineux*, le fait que le Congrès n'a pas modifié la loi pour empêcher ces déterminations lorsque d'autres modifications ont été apportées en 1994 permet de considérer que l'interprétation de l'administration est correcte.

4.579 En réponse à la question du Groupe spécial portant sur l'avis au public mentionné par les Communautés européennes et l'annonce du 3 mars 1999 concernant l'affaire des *Bananes*, les États-Unis soutiennent que la déclaration ne prévoit pas qu'ils prendront des mesures sans l'autorisation de l'ORD. En premier lieu, elle emploie les termes "dans l'éventualité d'une détermination positive", ce qui montre que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demeure libre de ne pas prendre de mesures au titre de l'article 306, y compris si la procédure du Mémorandum d'accord n'est pas encore achevée. Tout au plus l'avis faisait-il état de certaines hypothèses concernant l'état d'avancement des travaux de l'ORD à la date du 3 mars.

4.580 Les États-Unis font ensuite observer que l'annonce du 3 mars n'a pas été faite au titre de l'article 301. Donc, outre le fait qu'aucune application particulière de l'article 301 n'entre dans le cadre du mandat concernant le présent différend, l'annonce s'en trouve encore plus éloignée de l'objet de la présente affaire. En tout état de cause, elle fait l'objet d'une procédure de règlement des différends distincte, dans le cadre de laquelle les États-Unis ont l'intention de traiter les allégations spécifiques des CE.

4.581 En réponse à la question du Groupe spécial concernant les différends ci-après, portés devant l'ORD par les États-Unis: *CE – Bananes III*, *CE – Hormones*, *Japon – Pellicules*, *Inde – Brevets (États-Unis)*, *CE – Matériels informatiques*, *Indonésie – Automobiles*, *Japon – Produits agricoles*, les États-Unis expliquent que, parmi les affaires énumérées, seules les suivantes: *CE – Bananes III*, *Inde*

[319] Cette détermination figurait initialement dans: Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community's Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds and Determination Under Section 305 to Delay Implementation of Any Action Taken Pursuant to Section 301, 54 Fed. Reg. 29123 (1989).

– Brevets (États-Unis), *Indonésie – Automobiles* et *Japon – Produits agricoles* visaient une situation dans laquelle l'article 304 a) 2) A) aurait été pertinent. Les mesures prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans ces affaires sont exposées ci-après. Aucune enquête au titre de l'article 302 n'a été ouverte dans le cadre du différend *CE – Matériels informatiques*, ce qui souligne davantage le pouvoir discrétionnaire dont dispose en dernier ressort le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales: celui de ne pas ouvrir d'enquête au titre de l'article 302. Pareillement, dans l'affaire *CE – Hormones*, lorsqu'il a eu recours à la procédure de règlement des différends de l'OMC, il ne l'a pas fait conformément à l'enquête menée plusieurs années auparavant au titre de l'article 302. Ainsi, il n'était pas obligatoire, du fait de la procédure de règlement des différends de l'OMC, d'établir une détermination distincte au titre de l'article 304, et cela n'a pas été fait. Pareillement, dans l'affaire *Japon – Pellicules*, l'enquête au titre de l'article 302 a été close avant l'engagement de la procédure de règlement des différends; de fait, cette procédure a été constituée par les mesures prises dans le cadre de l'affaire.[320]

4.582 Les États-Unis expliquent par ailleurs que, dans le cadre du différend *CE – Bananes III*, il a été initialement décidé qu'à l'expiration du délai de 18 mois, il ne serait pas possible de déterminer si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels avant que l'ORD n'ait adopté les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel. La pièce n° 14 des États-Unis inclut une lettre du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à un membre du Congrès expliquant ce point, de même qu'une lettre semblable récemment communiquée dans le cadre du différend *Canada - Subventions aux produits laitiers*. Après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant, en réponse à une plainte des États-Unis, que les CE avaient enfreint le GATT de 1994 et l'AGCS, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que certaines actions, politiques et pratiques des Communautés européennes frustraient les États-Unis des avantages que leur conféraient ces deux accords.[321]

4.583 Les États-Unis indiquent ensuite que dans le cadre de l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, après l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant, en réponse à une plainte des États-Unis, que l'Inde enfreignait l'Accord sur les ADPIC, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé que certaines actions, politiques et pratiques de l'Inde frustraient les États-Unis des avantages que leur confère ledit accord.[322]

4.584 Les États-Unis font observer que dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, l'ORD a adopté les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant, en réponse à une plainte des États-Unis,

---

[320] Les États-Unis relèvent que dans le différend *Japon – Pellicules*, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé, conformément à l'article 304 a) 1) A) ii), que certaines actions, politiques et pratiques du gouvernement japonais étaient déraisonnables et entravaient ou restreignaient le commerce des États-Unis et qu'il fallait y remédier de la manière suivante: 1) avoir recours à la procédure de règlement des différends de l'OMC pour contester les mesures du Japon; 2) a) demander l'ouverture de consultations avec le Japon au titre d'une disposition de l'Accord sur l'OMC applicable aux consultations concernant les pratiques commerciales restrictives; 2) b) demander au requérant de présenter des renseignements à communiquer à la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales (JFTC); 2) c) demander à coopérer avec la JFTC dans le cadre de son examen; 2) d) étudier dans quelle mesure la structure du marché japonais fausse la concurrence aux États-Unis et sur les marchés tiers. Section 304 Determinations: Barriers to Access to the Japanese Market for Consumer Photographic Film and Paper, 61 Fed. Reg. 30929, 30929-30 (1996).

[321] Voir Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: European Communities' Banana Regime, 63 Fed. Reg. 8248, 8248-49 (1998) (pièce n° 15 des États-Unis).

[322] Voir Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals, 63 Fed. Reg. 29053, 29053 (1998) (pièce n° 16 des États-Unis).

que le Japon avait enfreint l'Accord SPS. Pareillement, dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*, l'ORD a adopté un rapport du groupe spécial constatant, en réponse à une plainte des États-Unis, que l'Indonésie avait enfreint le GATT de 1994 et l'Accord sur les MIC. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a suivi la pratique habituelle de l'OMC et a accepté, ou soumis à décision arbitrale, la fixation d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre des décisions et recommandations dans chaque affaire, mais n'a pas encore publié de déterminations formelles au titre de l'article 304.

4.585 En réponse à une question du Groupe spécial, les États-Unis indiquent que le Groupe spécial pourrait s'être mépris sur le déroulement de deux des quatre affaires en question portées devant l'OMC. Il est vrai que la procédure de règlement du différend n'était pas achevée à l'échéance des 18 mois dans l'affaire concernant les *Bananes* et dans l'affaire *Indonésie – Automobiles*. Néanmoins, l'enquête au titre de l'article 302 dans le cadre de l'affaire *Japon – Produits agricoles* a été ouverte le 7 octobre 1997.[323] Le délai de 18 mois a donc expiré le 7 avril 1999. L'ORD a adopté les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon - Produits agricoles* le 19 mars 1999, avant l'échéance des 18 mois. Dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, l'enquête au titre de l'article 302 a été ouverte le 2 juillet 1996.[324] Le délai de 18 mois est donc arrivé à expiration le 2 janvier 1998. L'Organe d'appel a publié son rapport le 19 décembre 1997, et l'ORD l'a adopté le 16 janvier 1998. Ainsi, dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, l'ORD a adopté des constatations concluant à l'existence de violations au regard de l'OMC avant l'échéance des 18 mois, constatations qui étaient "sujettes à confirmation" (automatiquement) par l'ORD peu après.

4.586 En réponse à d'autres questions du Groupe spécial, les États-Unis expliquent que dans les affaires *Japon – Produits agricoles* et *Inde – Brevets (États-Unis)*, ils n'ont pas établi de déterminations formelles au titre de l'article 304 à l'expiration du délai de 18 mois, mais qu'ils auraient dû le faire. Cependant, dans l'une ou l'autre affaire, cela n'a nullement empêché les États-Unis de constamment respecter les procédures du Mémorandum d'accord. Dans les deux cas, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a décidé de rechercher et de conclure un accord sur le délai raisonnable pour la mise en œuvre des décisions et recommandations conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord. Les États-Unis font de nouveau observer qu'aucune application particulière des articles 301 à 310 n'entre dans le cadre du mandat du Groupe spécial, et ces affaires ne sont donc pertinentes que dans la mesure où elles aident à déterminer si la loi oblige ou non à enfreindre l'article 23 du Mémorandum d'accord. En outre, comme cela a été expliqué auparavant, si une loi est par elle-même *compatible* avec les règles de l'OMC, le fait qu'un Membre ne l'applique pas dans des circonstances particulières ne la rend pas incompatible avec l'Accord sur l'OMC.

4.587 En réponse à la question suivante du Groupe spécial concernant les affaires *Canada - Subventions aux produits laitiers* et *CE – Bananes III*, dans lesquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a envoyé une lettre à un membre du Congrès avant l'expiration du délai de 18 mois, les États-Unis indiquent que ces lettres correspondent à des déterminations établies par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, tout comme les avis concernant les déterminations publiés au Federal Register ne constituent pas eux-mêmes les déterminations, mais en font état. Les avis publiés au Federal Register sont habituellement signés par le Président du Comité chargé de l'article 301 et expliquent que le

[323] Voir Initiation of Section 302 Investigation and Request for Public Comment: Japan Market Access Barriers to Agricultural Products, 62 Fed. Reg. 53853 (1997) (pièce n° 8 des États-Unis).

[324] Voir Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals, 63 Fed. Reg. 29053, 29053 (1998) (pièce n° 16 des États-Unis).

Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a établi une détermination à une date donnée. Il n'y a généralement pas d'autre document public lié au processus délibératoire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.[325] Comme cela a été expliqué à l'audition, l'article 301 c) comporte une obligation de publication, mais cette disposition ne prévoit aucune date limite pour publier les avis.

4.588 À cet égard, les États-Unis s'inscrivent en faux contre la déclaration suivante des CE:

> "Les obligations expresses de déterminer dans un délai donné si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC ou si les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre seraient réduites à néant si elles étaient réputées avoir été exécutées par une décision de reporter la détermination."

Les États-Unis réaffirment que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a ni l'obligation ni la possibilité, au titre de l'article 304 a) 1), de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels si des constatations en ce sens émanant d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'ont pas été adoptées. L'obligation d'établir une détermination dans un délai de 18 mois n'est pas réduite à néant par la nécessité de se conformer à la prescription légale additionnelle voulant que la détermination selon laquelle des droits conventionnels n'ont pas été exécutés s'appuie sur les conclusions d'une procédure de règlement des différends. C'est le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, et non pas les Communautés européennes, qui administre les articles 301 à 310, et il n'appartient pas aux Communautés européennes de donner leur avis sur les objectifs de la loi ou sur le point de savoir si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales les atteint. Dans l'optique du Groupe spécial, la seule question pertinente est celle de savoir si la loi oblige à enfreindre l'article 23 du Mémorandum d'accord. Il n'y a pas lieu d'examiner si les "objectifs" d'une loi des États-Unis sont atteints.

4.589 En réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis ont confirmé que celui-ci considérait à juste titre que dans l'affaire *Corée – Bœuf* – une affaire concernant le GATT mais diligentée au regard des mêmes dispositions de l'article 304 telles qu'elles existent actuellement – le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait déterminé l'existence d'une violation au titre de l'article 304 le 28 septembre 1989 – à savoir, *après* la mise en distribution du rapport du groupe spécial, mais avant son adoption – même si par la suite et dans la même décision, il avait retardé la mise en œuvre de la mesure prévue au titre de l'article 301. L'affaire *Corée – Bœuf* illustre bien les circonstances dans lesquelles l'article 301 a été appliqué au regard du GATT. Comme cela est exposé dans les pièces n° 4 et 5 des États-Unis, un groupe spécial du GATT a constaté que les restrictions à l'importation de bœuf appliquées par la Corée enfreignaient l'article XI:1 du GATT. Cependant, aux réunions du Conseil du GATT qui se sont succédé après la publication du rapport, la Corée a refusé de se joindre au consensus pour l'adopter. Autrement dit, elle a unilatéralement refusé de se conformer aux constatations d'un groupe spécial multilatéral en tirant parti du défaut de la procédure de règlement des différends du GATT de 1947 qui autorisait les parties perdantes à s'opposer unilatéralement à l'adoption des rapports de groupes spéciaux. Comme cela est exposé à la page 367 de l'Énoncé des mesures administratives, il s'agit précisément du type de circonstances dans lesquelles les États-Unis ont pris, ou proposé de prendre, des mesures au titre du GATT de 1947. Après la détermination établie par les États-Unis, la Corée a accepté que le rapport du groupe spécial soit adopté et le différend résolu d'une manière mutuellement satisfaisante, comme le prévoyaient les procédures de règlement des différends du GATT.

[325] Les États-Unis relèvent que le Comité des CE chargé de l'article 133 semble fonctionner de manière identique à cet égard.

4.590 Les États-Unis rappellent que le Mémorandum d'accord, à plus forte raison l'article 23, n'existait pas en 1989 et 1990, quand se déroulait l'affaire *Corée – Bœuf*. Les déterminations établies au titre de l'article 304 dans le cadre de cette affaire ne manquaient à aucune obligation des États-Unis au regard du GATT, et, si tel avait été le cas, le Groupe spécial n'aurait pas lieu d'en tenir compte pour examiner si les articles 301 à 310 obligent à enfreindre le Mémorandum d'accord ou l'Accord sur l'OMC. Mais l'affaire *Corée – Bœuf* montre comment les procédures multilatérales de règlement des différends renforcées empêchent les parties perdantes de s'opposer à leur fonctionnement correct, ce qui dispense les parties plaignantes de s'employer à sanctionner l'inexécution de droits au regard de l'OMC en dehors de ces procédures.

4.591 En réponse à la demande de précisions du Groupe spécial au sujet de l'affaire *Corée – Bœuf*, les États-Unis expliquent que le Mémorandum d'accord, et l'article 23, n'existait pas en 1989-90, quand se déroulait ladite affaire. Compte tenu des nouvelles obligations figurant à l'article 23 du Mémorandum d'accord, depuis le 1er janvier 1995, les États-Unis ont considéré qu'ils avaient pour obligation au niveau international – et au titre de l'article 304 a) 1) – d'attendre que l'ORD ait adopté les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant des violations des règles de l'OMC pour déterminer qu'ils ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Attendu qu'aucune "détermination établissant qu'il y a eu violation" n'était incompatible avec le GATT de 1947, les États-Unis pouvaient déterminer, sur la base de la procédure de règlement d'un différend dans lequel le groupe spécial avait publié son rapport, mais la partie perdante s'opposait à son adoption, qu'ils avaient été frustrés de leurs droits conventionnels (cependant, comme le montre la pièce n° 13 des États-Unis, ils l'ont rarement fait).

4.592 **Les Communautés européennes critiquent** la déclaration ci-après des États-Unis:

> "Comme cela est expliqué dans la réponse à la question précédente, le Mémorandum d'accord, et l'article 23, n'existait pas en 1989-90, quand se déroulait l'affaire *Corée - Bœuf*. Compte tenu des nouvelles obligations figurant à l'article 23 du Mémorandum d'accord, depuis le 1er janvier 1995, les États-Unis ont considéré qu'ils avaient pour obligation au niveau international – et au titre de l'article 304 a) 1) – d'attendre que l'ORD ait adopté les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel constatant des violations des règles de l'OMC pour déterminer qu'ils ont été frustrés de leurs droits conventionnels."

4.593 Pour les Communautés européennes, cette déclaration est contredite par le fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a établi, après la conclusion du Cycle d'Uruguay, des déterminations dans les affaires *Japon – Pièces détachées d'automobiles* et *CE - Bananes III*. De plus, les États-Unis omettent de mentionner l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, dans laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a établi sa détermination avant l'adoption du rapport du groupe spécial par l'ORD, en violation de la disposition claire de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, comme l'admettent les États-Unis eux-mêmes.

4.594 **Les États-Unis répondent** qu'ils restent perplexes devant l'argument inexact avancé par les Communautés européennes, selon lequel ils "admettent" avoir établi une détermination au titre de l'article 304 concluant à une violation d'un accord commercial dans l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)* avant que l'ORD n'ait adopté de constatations à cet effet. Or, la partie citée de la communication des États-Unis n'a rien à voir avec l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*.

4.595 La déclaration des États-Unis citée relève simplement que dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, le délai de 18 mois relatif à l'enquête au titre de l'article 302 est arrivé à expiration deux semaines avant l'adoption des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel. Comme cela a

été expliqué auparavant, l'article 301 n'oblige pas à prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC dans de tels cas. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est libre, par exemple, de déterminer que la procédure de règlement du différend n'est pas encore arrivée à son terme, et qu'une détermination concernant les droits conventionnels des États-Unis sera établie après son achèvement. De même, il peut clore l'enquête et en ouvrir une autre.[326]

4.596 En réponse à la question du Groupe spécial concernant le fondement textuel et juridique sur lequel, dans l'affaire *Japon – Pellicules*, des mesures ont été prises, qui ont constitué à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC, les États-Unis indiquent qu'elles ont été prises conformément à l'article 301 b). Celui-ci autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre "toutes les mesures appropriées et réalisables qui sont autorisées au titre de la section c) du présent article", ainsi que "toutes les autres mesures appropriées et réalisables que le Président, dans la limite de ses attributions, peut lui ordonner de prendre au titre de la présente section afin d'obtenir que cesse l'action, la politique ou la pratique en question". Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé que les mesures au titre de l'article 301 c) n'étaient pas "appropriées et réalisables", et a donc pris les mesures appropriées et réalisables susmentionnées, qui s'inscrivent dans la limite des attributions du Président. Demander l'établissement d'un groupe spécial relève des attributions du Président en matière d'affaires étrangères en vertu de l'article II de la Constitution des États-Unis. Conformément au texte suivant: 24 U.S.C. § 2411 c), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est chargé des fonctions que le Président peut lui ordonner d'assumer, et est chargé de représenter les États-Unis auprès de l'OMC.

4.597 En réponse à une question du Groupe spécial concernant l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, donnant à penser qu'une détermination au titre de l'article 304 de l'existence d'une violation avait été établie mais sans que soit ouverte d'enquête au titre de l'article 302, les États-Unis indiquent qu'une telle enquête, visant les chaussures en Argentine, a été ouverte le 4 octobre 1996.[327] Les États-Unis notent que la question du Groupe spécial montre bien que ce dernier n'a qu'une vision partielle de la façon dont les articles 301 à 310 ont été appliqués dans différentes affaires. Aucune de ces affaires n'entrant dans le cadre du mandat, les États-Unis n'ont communiqué de renseignements à leur sujet que parce qu'ils étaient pertinents pour expliciter ce que la loi prescrit ou ne prescrit pas. Les États-Unis ont montré que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales disposait du pouvoir approprié, en vertu des articles 301 à 310, de se conformer pleinement aux règles du Mémorandum d'accord et du GATT, ce qu'il a fait lorsqu'il a établi des déterminations afférant à l'inexécution de droits conventionnels au regard du GATT et de l'OMC. Les Communautés européennes, en revanche, ont mentionné ces affaires non pas pour éclairer le point de savoir si la loi oblige à prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, mais pour considérer à tort des mesures prises dans le passé comme des violations, dans l'espoir que l'attention du Groupe spécial sera détournée de son analyse juridique et qu'il sera partial dans ses décisions. Le Groupe spécial doit rejeter cette démarche.

---

[326] Les États-Unis allèguent par ailleurs que, contrairement à ce qu'affirment les CE, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas déterminé, au titre de l'article 304, que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels dans l'affaire des *Pièces détachées d'automobiles*, ni dans celle des *Bananes*, sans se fonder sur les constatations adoptées par l'ORD. En outre, la détermination qu'il a établie dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* a suivi l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel.

[327] Initiation of Section 302 Investigation and Request for Public Comment: Argentine Specific Duties and Non-Tariff Barriers Affecting Apparel, Textiles, Footwear, 61 Fed. Reg. 53776 (1996).

4.598 En réponse à la question du Groupe spécial concernant l'affaire *CE – Oléagineux*, dans laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, le 5 juillet 1989 - c'est-à-dire avant la mise en distribution et l'adoption du rapport du groupe spécial - "a déterminé qu'il y avait lieu d'estimer que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial par … les subventions des CE à la production et à la transformation des oléagineux et des protéines destinés à l'alimentation des animaux", mais qu'il a "décidé de retarder, de 180 jours au maximum, la mise en œuvre de toute mesure à prendre au titre de l'article 301 ..." car il "a déterminé… que des progrès substantiels étaient accomplis en ce qui concernait le différend ...", les États-Unis indiquent que cela ne revient pas à dire que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé qu'il y avait violation au titre de l'article 304 avant l'adoption du rapport du groupe spécial. Il n'a pas déterminé que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels avant que le Conseil du GATT n'ait adopté les constatations du groupe spécial à cet effet.

4.599 En réponse à la question du Groupe spécial portant sur les textes ou autre fondement juridique permettant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir des déterminations multiples dans le cadre de l'affaire *CE – Oléagineux*, dans laquelle "[l]e 31 janvier 1990, … le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé en vertu de l'article 304 … que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial" par les mêmes mesures prises par les Communautés européennes, les États-Unis indiquent que rien dans le texte des articles 301 à 310 n'empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir deux déterminations au titre de l'article 304 dans une seule et même affaire, et les Communautés européennes n'ont avancé aucun argument soutenant le contraire. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir une détermination dans les délais prévus dans cet article, mais rien ne l'empêche d'établir ultérieurement des déterminations supplémentaires.

4.600 Les États-Unis expliquent qu'un principe bien établi de l'interprétation des lois aux États-Unis veut que l'interprétation d'une loi par l'administration compétente soit respectée si le texte de la loi est "silencieux ou ambigu sur un point particulier". *Chevron, U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-43. Dans ces circonstances, le tribunal doit confirmer l'interprétation de l'administration dès lors que cette interprétation constitue une "interprétation admissible" du texte. *Ibid*. L'interprétation de l'administration ne doit pas nécessairement être la "seule interprétation admissible", *Sullivan v. Everhart*, 494 U.S. 83, 89 (1990), ni celle que le tribunal aurait choisie en premier lieu. *Chevron*, 467 U.S. 844. Le tribunal aurait tort de substituer "sa propre interprétation d'une disposition légale à une interprétation raisonnable faite par [l'administration]". *Ibid*. Le tribunal n'a pas à s'interroger sur la valeur des choix qui relèvent de l'administration. *Suramerica de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States*, 966 F.2d 660, 665 (Fed. Cir. 1992). Ainsi, selon le droit des États-Unis, les interprétations données par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de son pouvoir de faire des déterminations multiples ou des déterminations autres que celles concluant à la violation ou à l'absence de violation, ou encore de clore une enquête, devraient être respectées par les tribunaux des États-Unis - pour autant d'ailleurs que ces déterminations puissent être soumises au pouvoir de contrôle des tribunaux.[328] Et l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales selon laquelle l'article 304 a) 1) l'oblige à se fonder sur les constatations adoptées par l'ORD pour déterminer que les États-Unis ont été frustrés de droits résultant d'un accord de l'OMC serait respectée de la même façon.

[328] Les États-Unis soulignent que si, en fait, ces déterminations ne pouvaient pas être soumises au contrôle des tribunaux, les interprétations du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales seraient définitives.

4.601 Les États-Unis disent qu'ils ne se contentent pas d'affirmer l'existence de ce pouvoir. Au contraire, ces interprétations sont consacrées par une longue pratique, on les retrouve dans des enquêtes antérieures à la présente affaire, et antérieures à l'OMC. Selon le droit des États-Unis, ces interprétations doivent être respectées et, en examinant si la loi impose des actes incompatibles avec les règles de l'OMC, le Groupe spécial est tenu d'examiner le sens de la loi telle qu'elle serait interprétée selon le droit des États-Unis.[329]

4.602 Les États-Unis font encore valoir qu'il existe une autre base légale pour les interprétations par les États-Unis de dispositions de leurs lois: c'est le principe d'interprétation des lois désigné dans le droit des États-Unis par l'expression "confirmation par le pouvoir législatif". Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis, en application de ce principe, le Congrès est présumé connaître l'interprétation qui a été donnée d'une loi par une administration ou un tribunal, et accepter cette interprétation, lorsqu'il maintient en vigueur une loi sans modification. *Lindahl v. Office of Personnel Management*, 470 U.S. 768, 783, citant *Albemarle paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 414, n.8 (1975).

4.603 Les États-Unis indiquent aussi que les déterminations multiples dans l'affaire *Oléagineux* étaient antérieures à l'OMC, et que le fait que le Congrès n'a pas modifié la loi pour empêcher de telles déterminations lorsqu'il a adopté d'autres modifications en 1994 confirme le point de vue selon lequel l'interprétation de l'Administration est légitime. De même, la pratique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales consistant à appliquer les articles 301 à 310 pour établir des déterminations autres que celles consistant simplement à décider s'il y a eu ou non inexécution de droits conventionnels, et pour clore des enquêtes au titre de l'article 302 avant d'avoir établi une détermination, est antérieure à 1994. La pièce n° 13 donne des exemples de cette longue pratique qui remonte à 1988, bien que la pratique elle-même soit antérieure à 1988. Et, bien que le Congrès ait modifié l'article 301 en 1994, il ne l'a pas fait d'une manière qui contredise l'interprétation que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales donne des articles 301 à 310, ou l'application qu'il en fait, bien que le Congrès en ait eu pleinement connaissance.

4.604 **Les Communautés européennes protestent contre** l'introduction par les États-Unis d'un moyen de défense entièrement nouveau à un stade aussi tardif. Elles soulignent que les nouveaux arguments des États-Unis sont très semblables à ceux que l'Inde avait présentés dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* et qui avaient été rejetés par le groupe spécial et par l'Organe d'appel à la demande des États-Unis, partie plaignante dans cette affaire.[330]

4.605 Les Communautés européennes poursuivent en disant que la citation du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, extraite du paragraphe 65 [il s'agit en fait du paragraphe 66], est inexacte. L'Organe d'appel n'a pas dit que "le Groupe spécial est tenu d'examiner le sens de la loi telle qu'elle serait interprétée selon le droit des États-Unis". La citation exacte, qui a un sens tout différent, est la suivante:

> "… comme dans l'affaire susmentionnée traitée par la Cour permanente de justice internationale, le Groupe spécial n'a en l'espèce pas interprété la législation indienne

[329] Les États-Unis citent le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 65.

[330] *Ibid.*, paragraphe 69, "… comme le Groupe spécial, nous ne sommes pas convaincus que les "instructions administratives" de l'Inde prévaudraient sur les dispositions à caractère impératif contradictoires de la Loi sur les brevets".

"comme telle"; il a plutôt examiné la législation indienne à la seule fin de déterminer si l'Inde avait rempli ses obligations au titre de l'*Accord sur les ADPIC*".

4.606 **Les États-Unis rejettent** l'argument des Communautés européennes selon lequel la réponse des États-Unis soulèverait un nouveau moyen de défense et des arguments prétendument semblables auraient été rejetés dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*. Ces deux affirmations des Communautés européennes sont erronées. Premièrement, les États-Unis n'ont pas soulevé un moyen de défense nouveau. Les explications données par les États-Unis sur le principe de déférence judiciaire dans le droit des États-Unis répondaient directement à une question du Groupe spécial, qui voulait savoir quel texte ou autre fondement juridique autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir des déterminations multiples – c'est une question de fait qui est en cause dans le présent différend. Bien que le texte qui sert de base à l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales soit suffisamment clair, si un tribunal des États-Unis le considérait comme ambigu, le principe de déférence judiciaire constituerait une base supplémentaire selon le droit des États-Unis.

4.607 Les États-Unis soutiennent aussi que l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* citée par les Communautés européennes ne confirme pas la thèse de celles-ci. L'Organe d'appel, dans les paragraphes 65 et 66 de son rapport concernant cette affaire, souligne qu'il était nécessaire en l'espèce d'examiner le droit interne de l'Inde pour décider de sa conformité aux obligations internationales de ce pays. Le droit interne ne comprend pas seulement les dispositions légales, mais aussi les règles internes concernant l'interprétation de ces dispositions ou, dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, les règles internes concernant les conflits de lois. Dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, l'Organe d'appel a examiné "les dispositions pertinentes de la Loi sur les brevets qui se rapport[aient] aux "instructions administratives" en cause dans cette affaire[331]; en d'autres termes, l'Organe d'appel a examiné si l'on pouvait trouver dans le droit indien confirmation de l'allégation de l'Inde selon laquelle des instructions administratives non écrites, non publiées, l'emporteraient, en cas de conflit, sur une loi imposant expressément une violation des règles de l'OMC. L'Inde, dans cette affaire, n'a pas pu prouver suffisamment que, en droit indien, les instructions l'emporteraient.

4.608 De l'avis des États-Unis, le principe de la déférence judiciaire à l'égard de l'interprétation par un organe administratif d'une loi relevant de son domaine de compétence fait partie du droit des États-Unis, même s'il ne peut devenir pertinent dans la présente affaire que si le Groupe spécial concluait à une ambiguïté sur le point de savoir si une disposition précise des articles 301 à 310 impose des mesures particulières violant une obligation au regard de l'OMC. En fait, comme les États-Unis l'ont expliqué tout au long de la procédure, la loi ne contient pas d'ambiguïté de ce genre. À première vue, la loi des États-Unis n'oblige pas à établir des déterminations concluant à l'existence d'une violation en l'absence de constatations adoptées par l'ORD et, en fait, elle exige que toute détermination de cet ordre soit fondée sur les conclusions de la procédure de règlement des différends de l'OMC.[332]

4.609 Selon les États-Unis, cependant, si le Groupe spécial jugeait ambigu le texte de la loi, l'interprétation de celle-ci par les organes du pouvoir exécutif aurait une grande importance selon le droit des États-Unis. Premièrement, un grand nombre des déterminations du pouvoir exécutif ne peuvent pas être soumises au contrôle des tribunaux. Comme les États-Unis l'ont déjà signalé, si tel

[331] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 66.

[332] Les États-Unis répètent que cette prescription de la loi des États-Unis va au-delà de ce que les Communautés européennes affirment être les obligations d'un Membre au regard de l'OMC: "[I]l serait inopportun de donner à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC une interprétation large au point de considérer qu'il oblige les Membres à inclure dans leur droit interne des dispositions expresses interdisant l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC."

était le cas des déterminations établies en vertu de l'article 301, l'interprétation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales serait définitive selon le droit des États-Unis. Deuxièmement, même si un tribunal des États-Unis était appelé à contrôler ces déterminations, et même si ce tribunal devait conclure que le libellé des dispositions est ambigu, il serait tenu, selon le droit des États-Unis, d'interpréter le texte des dispositions en tenant compte du principe de déférence consacré par la jurisprudence *Chevron*.

4.610 Les États-Unis répètent qu'ils n'ont pas, comme le laissent entendre les Communautés européennes, fait appel au principe de déférence judiciaire pour suggérer que le Groupe spécial n'a pas le pouvoir d'examiner la compatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC. Au contraire, ils ont invoqué ce principe car il fait partie de la loi des États-Unis qu'examine le Groupe spécial.

4.611 Les États-Unis rappellent une fois de plus que la charge de la preuve dans le présent différend pèse sur les Communautés européennes. Comme ils l'ont déjà indiqué, les Communautés européennes n'ont pas établi que la loi des États-Unis obligeait le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre des mesures qui violent l'article 23, elles n'ont pas établi que les règles du droit des États-Unis concernant l'interprétation des lois leur permettaient, et permettaient au Groupe spécial, d'interpréter le texte en donnant au mot "si" le sens de "que", et elles n'ont pas établi non plus qu'il était admissible de faire abstraction d'articles entiers de la loi donnant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le pouvoir discrétionnaire de reporter l'adoption de mesures, ou de s'abstenir de prendre des mesures. De même, dans leur dernière communication, les Communautés européennes n'ont pas établi que le principe de déférence consacré par l'arrêt *Chevron* pouvait, selon le droit des États-Unis, être écarté.

4.612 **Les Communautés européennes allèguent également** que lorsqu'elles traitent la question, soulevée par la Corée en qualité de tierce partie, de la publication par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'avis annonçant des mesures de rétorsion unilatérales, les États-Unis font état de la position des CE dans les termes suivants: "si la suspension est proposée, cela suppose nécessairement la publication d'une liste de produits".

4.613 Les Communautés européennes rappellent que les États-Unis insistent sur le fait qu'elles "n'expliquent pas pourquoi cette liste devrait être publiée, ni, dans l'hypothèse où tel serait le cas, à quel moment".

4.614 Les Communautés européennes indiquent que dans l'affaire *Bananes III*, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lui-même a publié deux avis au Federal Register (le 22 octobre 1998, page 56689 et le 10 novembre, page 63099). Le premier, selon lequel "l'article 306 c) de la Loi sur le commerce extérieur prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ménage aux personnes intéressées la possibilité de présenter leurs vues avant d'établir une détermination au titre de la section 306 b) de cet article"; le deuxième avis a été publié expressément "en conformité avec l'article 304 b)". Les Communautés européennes demandent alors qui a raison, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lorsqu'il publie des avis au Federal Register ou le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lorsqu'il représente le gouvernement des États-Unis dans ces procédures de groupes spéciaux.

4.615 Selon les Communautés européennes, de surcroît et par définition, la publication doit être faite avant qu'une détermination ou une mesure ne soit adoptée.

4.616 Les Communautés européennes allèguent qu'en faisant abstraction de cet élément fondamental, si évident soit-il, les États-Unis esquivent le point de fond le plus important soulevé par la Corée, et que font aussi valoir les CE: les effets concrets pour le commerce d'une telle publication faite avant qu'une décision ne soit prise dans le cadre du système de règlement des différends de

l'OMC, et quelle que soit cette décision, constituent l'application la plus tangible de la politique de "l'épée de Damoclès", qui a de graves conséquences pour les agents économiques sur le marché (tout en accordant des avantages protectionnistes substantiels aux marchandises et services concurrents d'origine nationale). Le présent Groupe spécial n'est pas sans savoir que, parfois, la menace d'une mesure peut même être plus efficace que la mesure elle-même.

4.617 Les Communautés européennes estiment que, pour mieux illustrer cette notion, il serait opportun de donner quelques exemples au Groupe spécial. Dans la procédure au titre de l'article 301 appliquée dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, les États-Unis n'ont jamais demandé que soit engagée une procédure de règlement du différend les opposant au Japon alors que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a annoncé, le 10 mai 1995, que les États-Unis auraient recours à des mesures de rétorsion. Selon les Communautés européennes, le Représentant des États-Unis a confirmé au cours de la procédure de groupe spécial que les Membres de l'OMC avaient l'obligation de mettre leur législation en conformité avec les obligations découlant des accords visés, y compris le Mémorandum d'accord, à compter du 1er janvier 1995 "et [cela] ne pouvait pas être reporté".

4.618 Les Communautés européennes soulignent que la procédure de l'affaire *Pièces détachées* a été finalement close après qu'un accord a été conclu entre les États-Unis et le Japon sous la menace de mesures de rétorsion. Certains éléments factuels pourraient aider le Groupe spécial à mettre en évidence l'incidence de la menace de mesures unilatérales inscrite dans les articles 301 à 310.

4.619 Les Communautés européennes expliquent que, le 27 septembre 1994, le Président des États-Unis a transmis au Congrès la législation visant à mettre en œuvre les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay menées dans le cadre du GATT. Dans l'Énoncé des mesures administratives qui l'accompagnait, le Président indique expressément ce qui suit:

> "Il n'y a pas lieu de craindre que les accords du Cycle d'Uruguay de manière générale, ou le Mémorandum d'accord en particulier, fassent hésiter davantage les gouvernements qui suivront lorsqu'il s'agira d'imposer, en vertu de l'article 301, des sanctions qui pourraient être incompatibles avec les obligations à caractère commercial des États-Unis, sous prétexte que ces sanctions pourraient entraîner des mesures de rétorsion qui seraient autorisées en vertu du Mémorandum d'accord. Bien que les États-Unis aient déjà indiqué, dans des cas précis, qu'ils avaient l'intention de lutter contre les pratiques déloyales d'un pays étranger en prenant, au titre de l'article 301, des mesures qui n'avaient pas été autorisées par le GATT, ils ne l'ont pas fait souvent."

4.620 Selon les Communautés européennes, dans le droit fil de cette position (incompatible avec les règles de l'OMC), une enquête visant le Japon a été ouverte au titre de l'article 301 le 13 octobre 1994, à la suite de quoi le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a finalement annoncé le 10 mai 1995 que le marché automobile japonais était fermé et qu'une liste de produits japonais devant faire l'objet de mesures de rétorsion allait être publiée au plus tard le 28 juin 1995.

4.621 Les Communautés européennes relèvent par ailleurs que cette annonce avait été précédée, le 9 mai 1995, par une résolution de la Chambre des représentants (104ème Congrès, 1ère session, Résolution n° 141) qui indique ce qui suit:

> "Considérant que le Président Clinton a déclaré, le 5 mai 1995, que les États-Unis sont "résolus à prendre des mesures drastiques" en ce qui concerne les importations japonaises aux États-Unis si aucun accord n'est conclu. En conséquence de quoi,

> *La résolution suivante a été adoptée:* la Chambre est d'avis que
>
> 1) …
>
> 2) la Chambre appuie donc vigoureusement la décision du Président d'appliquer des sanctions commerciales aux produits japonais conformément à l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, à moins qu'un accord acceptable ne soit entre-temps conclu avec le Japon qui rende inutile l'adoption d'une telle mesure."

4.622 Les Communautés européennes rappellent à nouveau qu'aucune procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC n'a jamais été engagée par les États-Unis vis-à-vis du Japon sur cette question.

4.623 Les Communautés européennes indiquent également que trois ans plus tard, le 9 octobre 1998, alors que le "délai raisonnable pour la mise en œuvre" qui leur avait été accordé afin qu'elles prennent des mesures pour se conformer aux recommandations et décisions énoncées dans le cadre de la procédure de règlement du différend *Bananes III* n'était pas encore écoulé (la date limite étant le 31 décembre 1998) et que les Communautés n'avaient pas encore adopté toutes ces mesures, le Secrétaire général du Président W. Clinton, M. Erskine Bowles, a écrit aux dirigeants des partis républicain et démocrate à la Chambre des représentants et au Sénat (lettre communiquée le 8 juillet 1999 par le Commonwealth de la Dominique et Sainte-Lucie en qualité de tierces parties). Au nom du Président (la lettre mentionnait que "le gouvernement partage votre avis …"), M. Bowles a déclaré ce qui suit:

> "Pour exercer la plus forte pression possible sur l'UE, le gouvernement poursuit trois démarches distinctes: 1) continuer d'indiquer que nous sommes désireux d'essayer de résoudre le différend d'une manière mutuellement acceptable compatible avec les obligations au regard de l'OMC; 2) préserver nos droits dans le cadre du processus prévu par l'OMC et 3) appliquer les dispositions de l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.
>
> …
>
> Ensuite, sauf à ce que l'UE accepte de suspendre la mise en œuvre de son régime applicable aux bananes et de mettre en œuvre, au plus tard le 2 janvier 1999, un régime compatible avec les règles de l'OMC que nous puissions accepter, le gouvernement fera paraître un deuxième avis au Federal Register le 10 novembre. Cet avis demandera que soient formulées des observations au sujet d'une liste de mesures concrètes de rétorsion possibles et indiquera que le gouvernement annoncera le 15 décembre l'adoption de mesures de rétorsion conformément à l'article 301, qui deviendront effectives le 1er février 1999, à moins que le régime de l'UE applicable aux bananes ne soit pleinement conforme aux règles de l'OMC."

4.624 De l'avis des Communautés européennes, comme le montrent ces exemples, la menace et la mesure enfreignent le texte, l'objet et le but de l'article 23 (et les dispositions connexes des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord. Dans ce contexte, la déclaration des États-Unis selon laquelle:

> "pas une seule fois le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a établi de détermination au titre de l'article 304 a) 1) concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels au regard du GATT et de l'OMC qui n'ait été fondée sur les conclusions des procédures de règlement des différends du GATT et de l'OMC"

est factuellement inexacte, puisque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, au moins dans l'affaire *Bananes III*, a déterminé au titre de l'article 304 a) 1) que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels au regard de l'OMC après l'expiration du délai raisonnable, sans avoir recours à une procédure de règlement des différends de l'OMC pour évaluer la conformité des nouvelles mesures prises par les CE, lesquelles abrogeaient la législation qu'un groupe spécial antérieur avait déclarée incompatible avec les règles de l'OMC. Elle est aussi fallacieuse, puisque la menace de mesures de rétorsion pourrait imposer au Membre de l'OMC visé une solution convenue "d'un commun accord" qui rende inutile une détermination au titre de l'article 304 a) 1) (comme dans la procédure engagée en vertu de l'article 301 dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*).

4.625 Outre ces déclarations contradictoires, les États-Unis s'appuient sur d'autres arguments qui, pour les CE, ne sont, là encore, absolument pas convaincants. Les Communautés européennes estiment qu'il convient de commenter brièvement certaines questions soulevées par les États-Unis.

4.626 Pour les CE, l'affaire *Bananes III* est un exemple dans lequel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, afin de prendre des mesures au titre de l'article 301, a déterminé qu'"un pays étranger [les Communautés européennes] ne met pas en œuvre de manière satisfaisante une mesure ou un accord" (voir l'article 306 b) 1)) prenant ainsi une décision qui est "réputée constituer une détermination établie au titre de l'article 304 a) 1)".

4.627 Les Communautés européennes font valoir qu'il convient de noter que cette disposition figurant à l'article 306 b) 1) renvoie à l'article 304 a) 1) dans son ensemble. Elle suppose donc clairement et logiquement qu'il est obligatoire de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC. En fait, il serait impossible, dans le cadre de l'article 304 a) 1), de décider immédiatement d'une mesure à prendre sans déterminer auparavant que les droits des États-Unis n'ont pas été exécutés.

4.628 Les Communautés européennes soulignent que toute autre interprétation ouvrirait la voie à l'arbitraire et à une infraction encore plus grave aux dispositions de l'article 23 du Mémorandum d'accord qui, comme elles l'ont souligné à plusieurs reprises, visent au plan général toutes les situations (y compris la situation décrite à l'article 23:2 a)) dans lesquelles les Membres de l'OMC "[cherchent] à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords". En fait, l'article 23 du Mémorandum d'accord vise toutes les situations considérées comme situations "de violation", situations de "non-violation" ou "autre[s] situation[s]" au regard de l'article XXIII:1 du GATT de 1994.

4.629 Les Communautés européennes rappellent que leur plainte n'en continue pas moins de viser les articles 301 à 310 en tant que tels, et non l'application de ces articles dans le cadre d'affaires concrètes. Elles se réfèrent ensuite de nouveau à l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*.

4.630 Les Communautés européennes rappellent que les États-Unis ont expliqué que dans cette affaire, aucune détermination concluant à l'inexécution de droits des États-Unis au regard du GATT ou de l'OMC n'avait été établie. S'il fallait entendre par là qu'aucune détermination concluant à l'inexécution de droits des États-Unis n'avait été établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, sur la base de l'avis publié le 16 mai 1995 au Federal Register, les Communautés européennes contesteraient cette interprétation. Les annonces au public et les décisions prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales étaient forcément fondées sur une détermination de fond concluant à l'inexécution de droits des États-Unis.

4.631 Pour les Communautés européennes, au vu de l'objet de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, qui vise manifestement le commerce des marchandises, on ne voit pas comment une détermination établie dans le cadre de cette affaire ne serait pas régie par l'article 23 du Mémorandum d'accord.[333] De l'avis des Communautés européennes, les États-Unis ne sont en aucun cas fondés à prendre des sanctions commerciales dans le domaine du commerce des marchandises à l'égard d'un autre Membre de l'OMC sans se conformer aux prescriptions de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.632 Les Communautés européennes font observer que, quelle que soit la précision des termes de la détermination établie dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, il est indubitable qu'elle l'a été sans tenir aucun compte des prescriptions de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Il est également manifeste qu'elle doit avoir été établie au titre de l'article 304 a) 1). Il est logiquement impossible de décider d'adopter une mesure au titre de l'article 304 a) 1) B) sans établir auparavant une détermination en vertu de l'article 304 a) 1) A).

4.633 En réfutant l'argument des CE selon lequel l'article 301 a pour "objectif illégitime" de servir d'épée de Damoclès, **les États-Unis font observer** que les Communautés européennes partent du principe que l'article 301 est utilisé à des fins illégitimes. En réalité, il a pour but légitime de faire appliquer les droits au regard de l'OMC, conformément aux procédures de l'OMC. L'épée de Damoclès est une mesure de rétorsion autorisée par l'OMC en vertu de l'article 22 lorsqu'un Membre ne s'est pas conformé aux décisions et recommandations de l'ORD. C'est ce que l'article 301 met en œuvre dans le cadre de la loi des États-Unis.

4.634 Dans une question posée aux parties, le Groupe spécial a indiqué qu'à ses yeux, dans l'affaire *Pièces détachées d'automobiles*, les États-Unis avaient établi une détermination et adopté des mesures sur la base d'une enquête portant sur le point de savoir si une action, politique ou pratique du Japon à cet égard était "déraisonnable ou discriminatoire et [entravait] ou [restreignait] le commerce des États-Unis" (voir l'article 301 b)), et non pas de savoir si les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au regard de l'OMC. En réponse à la question du Groupe spécial demandant si les Communautés européennes allèguent en outre qu'un autre élément des articles 301 à 310 – autorisant le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si une question ressortit ou non à l'Accord sur l'OMC – enfreint l'article 23 du Mémorandum d'accord, et, dans l'affirmative, si cette allégation entre dans le cadre du mandat du présent Groupe spécial, et de quelle manière, **les Communautés européennes indiquent**, à titre d'observation préliminaire, comme cela figure dans le document WT/DS152/11, et notamment au paragraphe 2, que toutes les allégations qu'elles ont formulées devant le présent Groupe spécial portent exclusivement sur l'incompatibilité avec les règles de l'OMC des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en tant que tels. Certaines affaires dans lesquelles ces dispositions ont été appliquées ne sont mentionnées qu'en tant qu'éléments destinés à prouver la manière dont ces dispositions sont interprétées par les autorités des États-Unis, ce qui constitue un contre-argument vis-à-vis de certaines affirmations des États-Unis et non pas une allégation distincte.

4.635 Dans ce contexte, les Communautés européennes attirent l'attention du Groupe spécial sur la distinction faite, dans le cadre d'affaires antérieures, entre les allégations et les arguments qui les

[333] Les Communautés européennes n'ont pas connaissance d'une éventuelle application des articles 301 à 310 à des situations qui ne sont pas visées *ratione materiae* par l'un des Accords de l'OMC, et les États-Unis n'en ont pas fait état. Même si le cas se présentait, il n'en serait pas pour autant admissible de prendre des mesures de rétorsion vis-à-vis d'un autre Membre de l'OMC dans les domaines visés par les Accords de l'OMC. De surcroît, il ne fait aucun doute que l'article 304 a) 1) A) ii) s'applique aux situations visées par les Accords de l'OMC: le fait qu'en théorie il puisse également être invoqué pour établir des déterminations dans des situations qui ne sont pas visées par les Accords de l'OMC ne change rien à son incompatibilité avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, comme cela a déjà été analysé.

étayent. Tout récemment, le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Guatemala – Droits antidumping sur les importations de ciment Portland en provenance du Mexique* a énoncé ce qui suit[334]:

> "La "*question* portée devant l'ORD" consiste donc en deux éléments: les *mesures* spécifiques en cause et le *fondement juridique de la plainte* (ou les *allégations*)".

4.636 Les Communautés européennes soulignent par ailleurs que dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a en outre énoncé ce qui suit:

> "L'article 6:2 du Mémorandum d'accord prescrit que les *allégations*, mais non les *arguments*, doivent toutes être indiquées de manière suffisante dans la demande d'établissement d'un groupe spécial pour permettre à la partie défenderesse et aux éventuelles tierces parties de connaître le fondement juridique de la plainte. Si une *allégation* n'est pas indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, les arguments présentés par une partie plaignante dans cette première communication écrite au groupe spécial ou dans d'autres communications ou exposés présentés ultérieurement pendant la procédure du groupe spécial ne peuvent ensuite "remédier" à une demande qui présente des lacunes".[335]

4.637 Les Communautés européennes indiquent ensuite qu'un argument à l'appui d'une allégation, notamment lorsqu'il est formulé en réponse à une réfutation émanant de l'autre partie au différend, ne peut pas être exclu en soi, au motif qu'il n'entre pas dans le cadre du mandat du groupe spécial qui ne se prononce que sur les allégations.

4.638 Les Communautés européennes rappellent que, conformément au mandat du présent Groupe spécial tel qu'il est énoncé dans le document de l'OMC WT/DS152/11 du 2 février 1999, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes inclut la violation des articles 3, 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord, de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech et des articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 par les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis.

4.639 Les Communautés européennes attirent également l'attention du Groupe spécial sur le fait qu'il a lui-même semblé considérer que l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles* présentait un intérêt lorsqu'il a demandé au Japon, dans les questions posées aux tierces parties, de communiquer les documents disponibles sur cette affaire. De plus, les Communautés européennes se sont appuyées sur cette affaire pour contester la réponse des États-Unis à une question du Groupe spécial. Elles ont par ailleurs déjà réfuté une allégation des États-Unis selon laquelle la situation visée dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles* n'entre pas dans le cadre du mandat du présent Groupe spécial.

4.640 Les Communautés européennes indiquent d'autre part qu'il importe de rappeler les événements qui se sont déroulés dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*. Dans cette affaire, les États-Unis ont annoncé, le 16 mai 1995[336], qu'ils suspendraient l'annulation des

---

[334] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Guatemala – Droits antidumping sur les importations de ciment Portland en provenance du Mexique* ("*Guatemala – Ciment*"), 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, fin du paragraphe 72.

[335] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *CE – Bananes III*, *op.cit.*, paragraphe 143.

[336] Les Communautés européennes relèvent que l'annonce a été précédée par des déclarations à la presse du Président des États-Unis et du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. En outre, comme les Communautés européennes l'ont indiqué dans leur deuxième

droits de douane frappant certaines voitures de luxe japonaises à compter du 20 mai 1995 et qu'ils leur appliqueraient des droits *ad valorem* de 100 pour cent de nature prohibitive, par une détermination devant être établie le 28 juin 1995, avec effet au 20 mai 1995, à moins que les gouvernements des États-Unis et du Japon ne conviennent d'une solution à leur différend qui soit satisfaisante pour l'industrie automobile des États-Unis.[337] La suspension de l'annulation des droits de douane a provoqué un arrêt immédiat des importations des produits visés à compter du 20 mai 1995. Les États-Unis n'avaient pas demandé l'engagement d'une procédure de règlement du différend avant l'adoption de ces mesures.[338]

4.641 Les Communautés européennes observent que les États-Unis ont annoncé des mesures prenant effet à une date précise[339], qu'un Membre de l'OMC ne peut prendre, à l'égard d'un autre Membre de l'OMC, qu'à l'achèvement de la procédure de règlement du différend, conformément à la dernière phrase de l'article 3:7, rapprochée des articles 22 et 23 du Mémorandum d'accord, sur la base d'une autorisation émanant de l'ORD en vertu de l'article 22:2 ou 22:7 du Mémorandum d'accord.

4.642 Les Communautés européennes soulignent que ces mesures se fondaient sur une détermination expressément et spécifiquement établie en vertu des articles 301 à 310, en violation flagrante des règles de l'OMC régissant le règlement des différends, à tel point que les États-Unis eux-mêmes se sont sentis obligés de faire une "notification à titre préalable" annonçant l'"intention d'évoquer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC".[340]

4.643 Les Communautés européennes soulignent par ailleurs que, sauf à ce qu'il y ait une autorisation accordée par l'ORD conformément à la dernière phrase de l'article 3:7 et à l'article 22 du Mémorandum d'accord qui, de même, doit être fondée sur une détermination multilatérale antérieure émanant d'un groupe spécial, établissant qu'une mesure annule ou compromet les avantages résultant pour un Membre de l'OMC d'un accord visé, les restrictions au commerce discriminatoires du type de celles que prévoient les articles 301 à 310 et qui sont appliquées par les États-Unis dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles* ne peuvent en aucun cas être considérées comme compatibles avec les règles de l'OMC.

4.644 Les Communautés européennes font aussi observer que les États-Unis auraient pu être autorisés à appliquer leur législation intérieure comme ils l'ont fait dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles* seulement en suivant les prescriptions de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Mais, comme cela a déjà été mentionné auparavant, ils ne sont pas allés jusqu'à invoquer les procédures de règlement des différends de l'OMC.

---

communication orale, la Chambre des représentants des États-Unis a adopté une résolution sur la même question appuyant les mesures unilatérales annoncées par le Président.

[337] Voir l'article 301 c) 4).

[338] Les Communautés européennes relèvent que la soi-disant "notification à titre préalable" de l'intention d'invoquer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, que les États-Unis ont communiquée au Directeur général de l'OMC le 10 mai 1995, ne répond pas aux prescriptions du Mémorandum d'accord pour pouvoir être considérée comme une demande d'engagement d'une telle procédure.

[339] Voir la déclaration à la presse du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales du 16 mai 1995, communiquée par le Japon sous couvert de la pièce n° 6 du Japon ("La détermination finale sera établie le 28 juin 1995").

[340] Voir le document WT/INF/1 du 17 mai 1995, communiqué par le Japon (sous sa forme originelle) sous couvert de la pièce n° 4 du Japon.

4.645 Dès lors, les Communautés européennes font valoir, compte tenu de ce qui précède et du fait que, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, elles se sont clairement référées à toutes les dispositions du Mémorandum d'accord susmentionnées, qu'elles ne voient pas comment il pourrait être allégué que le Groupe spécial s'écarterait du cadre de son mandat en prenant officiellement note de la façon dont les articles 301 à 310 ont été appliqués par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, en violation flagrante de ces mêmes dispositions du Mémorandum d'accord.

4.646 Les Communautés européennes indiquent que la question précitée du Groupe spécial semble procéder de l'idée selon laquelle, en l'espèce, il était possible d'établir une distinction entre une détermination portant sur la question de savoir si "l'action, politique ou pratique du Japon" à cet égard est "déraisonnable ou discriminatoire et entrave ou restreint le commerce des États-Unis" et une détermination portant sur la question de savoir "si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au regard de l'OMC".

4.647 Les Communautés européennes relèvent tout d'abord que les États-Unis, comme tout Membre de l'OMC, ne sont en aucune circonstance fondés à prendre des sanctions commerciales vis-à-vis d'un autre Membre de l'OMC, notamment dans le domaine du commerce des marchandises, sans se conformer aux prescriptions de l'article 23 du Mémorandum d'accord, et cela, quelles que soient les raisons qui pourraient être invoquées comme base d'une telle mesure unilatérale. Les Communautés européennes voudraient attirer l'attention du Groupe spécial sur le fait qu'en affirmant, ainsi que semblent le faire les États-Unis, qu'il est possible d'interpréter les articles 301 à 310 comme autorisant les États-Unis à imposer des mesures de rétorsion unilatérales eu égard à des produits, des services ou autres droits au titre des accords visés sans avoir recours à une procédure de règlement des différends, comme l'exige l'article 23 (et les dispositions connexes des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord, on transformerait l'obligation absolue énoncée audit article en une clause qui n'obligerait à rien de plus qu'à "faire de son mieux". Le Groupe spécial devrait rejeter une telle conséquence inadmissible de l'approche suggérée par les États-Unis.

4.648 Les Communautés européennes attirent ensuite l'attention du Groupe spécial sur une éventuelle interprétation erronée des faits afférents à l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, d'une part, et sur le contenu de l'avis publié le 16 mai 1995 au Federal Register des États-Unis, d'autre part.

4.649 Les Communautés européennes rappellent que, conformément au paragraphe introductif de l'article 304 a) 1), une détermination au titre de cet article doit être établie "[C]ompte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302".

4.650 Les Communautés européennes soulignent que, conformément à l'avis publié au Federal Register le 13 octobre 1994[341], l'ouverture de l'enquête visait "certaines actions, politiques et pratiques du gouvernement japonais qui limitent ou refusent l'accès des fournisseurs de pièces détachées d'automobiles des États-Unis au marché des pièces détachées et des accessoires automobiles ("marché de remplacement") au Japon". La question était donc, selon les termes mêmes employés par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, une limitation ou un refus de l'"accès des fournisseurs de pièces détachées d'automobiles des États-Unis" au "marché de remplacement". Le refus ou la limitation de l'accès au marché de certains produits constitue un manquement typique aux obligations découlant du GATT de 1947 et de 1994.

4.651 Les Communautés européennes soutiennent que ce point de vue est confirmé par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lui-même. Avant la

[341] Pièce n° 1 du Japon. L'avis était expressément fondé sur l'article 302.

publication de l'avis du 16 mai, dans sa "notification à titre préalable" du 10 mai 1995 adressée au Directeur général de l'OMC[342], le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a écrit ce qui suit: "Je vous écris aujourd'hui pour notifier à titre préalable l'intention des États-Unis d'invoquer le mécanisme de règlement des différends de l'OMC afin de contester la discrimination dont font l'objet les produits étrangers concurrentiels originaires des États-Unis et d'autres pays sur le marché des automobiles et des pièces détachées d'automobiles au Japon."

4.652 Pour les Communautés européennes, il serait donc tout simplement déraisonnable d'alléguer que cette question pourrait constituer un point distinct des problèmes concernant le manquement aux obligations découlant du GATT/de l'OMC ou, pour reprendre les termes de l'article 304, "que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial".

4.653 Les Communautés européennes notent par ailleurs qu'il ne convient pas de considérer l'avis publié le 16 mai 1995[343], d'où est apparemment tirée la citation figurant dans le paragraphe introductif de cette question, comme la seule source d'interprétation correcte de la situation juridique dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*. Lorsqu'ils se sont efforcés de justifier les mesures qu'ils avaient adoptées dans le cadre de l'OMC, au vu des critiques incisives que leur avait valu leur décision[344], les États-Unis ont manifestement essayé de masquer les conséquences de la violation des règles de l'OMC, notamment de l'article 23 du Mémorandum d'accord.[345] Dans l'avis du 16 mai, même si l'enquête ouverte en vertu de l'article 302 est mentionnée telle qu'elle figurait dans l'avis du 13 octobre, la conclusion ne "tient [pas] compte" de cette enquête, qui, comme viennent de le rappeler les Communautés européennes, aurait obligé à se prononcer sur la question de savoir si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits "au titre d'un accord commercial".

4.654 Les Communautés européennes soutiennent que la tentative de masquer la véritable nature de la "détermination" doit être rejetée également sur la base du texte de l'article 301 lui-même, en particulier au regard des définitions qui figurent au paragraphe d).[346] Ces définitions correspondent

---

[342] Les Communautés européennes notent que cette lettre a été distribuée à tous les Membres de l'OMC sous couvert du document WT/INF/1, le 17 mai 1995.

[343] Pièce n° 7 du Japon.

[344] Les Communautés européennes font observer que le Japon a demandé l'ouverture de consultations au titre de l'article XXII du GATT, qui visaient la question de la compatibilité des articles 301 à 310 avec l'article 23 du Mémorandum d'accord (voir le document de l'OMC WT/DS6/5 du 27 juin 1995). Dans une déclaration antérieure, appuyée par d'autres Membres de l'OMC, le Japon a clairement indiqué que "Si le gouvernement des États-Unis se conforme scrupuleusement aux procédures de règlement des différends de l'OMC, il n'est pas nécessaire d'annoncer des mesures unilatérales au titre de l'article 301 sans recourir au processus de l'OMC. De fait, les délais légaux figurant à l'article 301 obligeront à prendre des mesures avant même que les procédures de l'OMC n'aient été véritablement achevées" (document de l'OMC WT/INF/2 du 22 mai 1995).

[345] Les Communautés européennes font observer que la soi-disant "notification à titre préalable de l'intention" d'engager des consultations dans le cadre des procédures de règlement des différends de l'OMC est déjà la preuve suffisante de cette attitude des États-Unis.

[346] L'article 301 d) définit ce qu'est une pratique "discriminatoire" ou "déraisonnable" de la part d'un pays étranger. Aux termes du paragraphe d) 5), "les actions, politiques et pratiques discriminatoires comprennent, lorsqu'il y a lieu, celles qui ont pour effet de ne pas accorder le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée aux marchandises, aux services ou aux investissements des États-Unis". Aux termes du paragraphe d) 3) A) "une action, politique ou pratique est déraisonnable même lorsqu'elle ne constitue pas nécessairement une atteinte aux droits juridiques internationaux des États-Unis ou qu'elle n'est pas nécessairement incompatible avec ces droits, pour autant qu'elle est déloyale et inéquitable".

précisément à ce qui est considéré comme une situation de "violation", une situation de "non-violation" ou "une autre situation" au regard de l'article XXIII:1, alinéas a) à c) du GATT de 1994 et à la pratique constante du GATT de 1947 et des groupes spéciaux de l'OMC. Indubitablement, ces définitions correspondent également à une situation qui est objectivement visée par l'article 23, paragraphes 1 et 2 du Mémorandum d'accord, en vertu duquel:

> "1) lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation
>
> - en cas de violation d'obligations ou
>
> - d'annulation ou de réduction [d'avantages] ou
>
> - d'entrave à la réalisation d'un objectif [des accords visés]
>
> 2) dans de tels cas, les Membres se conformeront aux prescriptions de l'article 23:2, alinéas a) à c)."

4.655 Les Communautés européennes considèrent que les États-Unis eux-mêmes ont confirmé l'interprétation susmentionnée lorsqu'ils ont affirmé ce qui suit:

> "[D]ans l'affaire *Japon – Pellicules*, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé, conformément à l'article 304 a) 1) A) ii), que certaines actions, politiques et pratiques du gouvernement japonais étaient déraisonnables et entravaient ou restreignaient le commerce des États-Unis et qu'il fallait y remédier de la manière suivante: 1) avoir recours à la procédure de règlement des différends de l'OMC pour contester les mesures du Japon ..."

4.656 Les Communautés européennes soulignent que le Groupe spécial n'est pas sans savoir que les États-Unis ont décidé (à juste titre dans ce cas) d'engager une procédure de règlement du différend à l'égard du Japon sur la base de l'article XXIII:1 b) du GATT de 1994 (situation de "non-violation").[347] Les Communautés européennes ne comprennent pas comment les États-Unis ont pu cette fois alléguer que le même article 304 a) 1) A) ii) leur permettait de prendre des mesures unilatérales en dehors du cadre des procédures obligatoires de l'OMC, faisant ainsi abstraction des obligations absolues qui découlent pour eux de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.657 Les Communautés européennes concluent alors que, quelque précis que soient les termes de la détermination établie dans le cadre de l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, il est incontestable qu'elle l'a été sans tenir aucun compte des prescriptions de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.658 À la lumière de ce qui précède, les Communautés européennes répètent qu'elles ne formulent pas d'allégation additionnelle eu égard à l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, autre que celles qui ont déjà été mentionnées. Dans ces conditions, les Communautés européennes n'ont pas besoin de répondre en détail aux questions connexes b) et c).

4.659 En réponse à la même question du Groupe spécial (sur le point de savoir si les Communautés européennes, se référant à la détermination de la "nature déraisonnable" au titre de l'article 301 b) dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*, formulaient une allégation additionnelle dans le cadre du mandat), **les États-Unis considèrent** qu'il appartient aux Communautés européennes de

---

[347] *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, WT/DS44.

dire si elles font valoir cette allégation. Si, effectivement, elles répondent que c'est le cas, il doit être loisible aux États-Unis d'y répondre. Néanmoins, comme le reconnaît la question b), si ce point était bien allégué, il soulèverait une question qui n'entre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial. Une telle allégation serait, de fait, additionnelle par rapport à celles qui ont été avancées par les Communautés européennes dans le présent différend.

4.660 Les États-Unis soutiennent qu'en l'espèce, les Communautés européennes demandent que soient formulées des constatations concernant des violations alléguées de l'article 23:2 a) et c) du Mémorandum d'accord, sur la base des arguments selon lesquels les articles 304 a) 2) A) et 306 b) obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir des déterminations et à mettre en œuvre des mesures concernant des droits au regard de l'Accord sur l'OMC en l'absence de constatations adoptées par l'ORD ou sans autorisation émanant de ce dernier. Au paragraphe 77, les Communautés européennes demandent également qu'il soit constaté que l'article 306 b) est incompatible avec "l'une ou plusieurs" des dispositions du GATT de 1994 pour des raisons non précisées et qu'il soit déclaré, "sur la base de ces constatations", que les États-Unis ont agi de manière incompatible avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC "en refusant de mettre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité" avec l'article 23 du Mémorandum d'accord et avec le GATT de 1994.

4.661 Les États-Unis allèguent que l'article 23:2 énonce des prescriptions relatives à la façon dont un Membre peut établir des déterminations et suspendre des concessions lorsqu'il cherche à obtenir réparation "en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés".[348] En outre, l'article 23:2 a), tel qu'il est rédigé, ne vise que les déterminations concluant "qu'il y a eu violation". Il ne vise pas les déterminations concluant qu'il n'y a pas eu violation ou que ladite violation n'a pas été confirmée, ni celles qui ne portent pas sur des droits découlant de l'Accord sur l'OMC.

4.662 Les États-Unis soulignent qu'aucune détermination relative à des droits au regard de l'Accord sur l'OMC n'a été établie dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*. Comme le relève la question, la détermination dans cette affaire visait la question de savoir si les actions, pratiques et politiques du Japon étaient "déraisonnables", non pas si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits au regard de l'OMC. Toute allégation ayant trait à l'affaire *Pièces détachées d'automobiles* n'aura donc aucun rapport avec l'une quelconque des allégations des CE relatives à l'article 23. En outre, l'allégation des CE concernant l'affaire *Pièces détachées d'automobiles* n'a pas de rapport avec leur allégation visant les violations alléguées du GATT de 1994 par l'article 306. L'affaire *Pièces détachées d'automobiles*, de toute façon, ne portait pas sur l'article 306.

4.663 Les États-Unis indiquent ensuite que cette allégation n'entre pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial, qui ne porte que sur la législation constituée par les articles 301 à 310 en tant que telle, et non pas sur une application donnée de cette législation.[349] Si la position des Communautés européennes est de dire qu'elles font valoir cette allégation, les États-Unis demandent au Groupe spécial de décider à titre préjudiciel qu'elle n'entre pas dans le cadre du mandat. Les États-Unis demandent que le Groupe spécial se prononce en ce sens avant de statuer sur le fond.

4.664 Les États-Unis relèvent par ailleurs qu'aux termes de la demande d'établissement d'un groupe spécial formulée par les États-Unis, "cette législation ne permet pas aux États-Unis de respecter les

[348] Mémorandum d'accord, article 23:1. Les États-Unis relèvent que l'article 23:2 commence par le membre de phrase suivant: "Dans de tels cas".

[349] Les États-Unis relèvent que, de fait, aucune enquête particulière au titre de l'article 302 n'entre dans le cadre du mandat du Groupe spécial.

règles du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et les obligations découlant du GATT de 1994", "cette législation" est incompatible avec diverses dispositions de l'Accord sur l'OMC, et "cette législation" annule et compromet les avantages dont bénéficient les Communautés européennes.[350] Les Communautés européennes ont souligné tout au long de cette procédure que c'est la législation, et non pas une application donnée de cette législation, qui entre dans le cadre du mandat du présent Groupe spécial.[351] Il en résulte que le Groupe spécial ne peut pas examiner l'affaire *Pièces détachées d'automobiles*, ni l'allégation des CE selon laquelle une décision de ne pas engager de procédure devant l'OMC dans le cadre de cette affaire est plus ou moins incompatible avec les règles de l'OMC.

4.665 Pour les États-Unis, l'enquête au titre de l'article 302 dans l'affaire des pièces détachées d'automobiles excède également le cadre du mandat du Groupe spécial car elle ne porte pas sur les éléments des articles 301 à 310 que les Communautés européennes mentionnent dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. Aux termes de celle-ci,

> "En imposant des délais spécifiques stricts dans lesquels des déterminations unilatérales doivent être faites, établissant que d'autres Membres de l'OMC n'ont pas respecté leurs obligations dans le cadre de l'OMC et que des sanctions commerciales doivent être prises à l'égard des Membres de l'OMC en question, cette législation ne permet pas aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends et les obligations découlant du GATT de 1994 dans les cas où l'Organe de règlement des différends (ORD) n'a pas, à l'expiration de ces délais, fait de détermination préalable établissant que le Membre de l'OMC en question n'a pas satisfait à ses obligations dans le cadre de l'OMC et n'a pas respecté la suspension de concessions ou d'autres obligations sur cette base".[352]

4.666 Les États-Unis soulignent qu'ainsi, les éléments des articles 301 à 310 qui entrent dans le cadre du mandat concernant la présente affaire sont des dispositions relatives aux délais et à la façon dont ceux-ci obligeraient à adopter des déterminations et des mesures qui sont incompatibles avec le Mémorandum d'accord et le GATT de 1994 car elles ne sont pas fondées sur des constatations adoptées par l'ORD ou sur une autorisation émanant de ce dernier. De fait, c'est précisément ce point que visent les Communautés européennes. L'allégation des CE concernant l'affaire *Pièces détachées d'automobiles* n'a aucun rapport avec leur allégation selon laquelle les délais prévus à l'article 301 ne permettraient pas d'adopter de déterminations et de mesures avec l'approbation de l'ORD, et porte sur les déterminations établies au titre de l'article 301 b), qui n'a pas trait aux droits et obligations reconnus dans le cadre de l'OMC. Il n'est nulle part question dans le mandat de la simple existence de telles déterminations dans les articles 301 à 310.

4.667 Les États-Unis indiquent par ailleurs que l'introduction d'une nouvelle allégation à la deuxième réunion du Groupe spécial soulève de graves préoccupations quant au respect des garanties d'une procédure régulière, qui devraient, à elles seules, pousser le Groupe spécial à rejeter l'examen de l'allégation des CE relative à l'affaire *Pièces détachées d'automobiles*. Les États-Unis font observer

---

[350] WT/DS152/11.

[351] Les États-Unis soulignent que les Communautés européennes soutiennent que ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a réellement fait dans [certaines affaires] importe peu. Les Communautés européennes avancent cet argument pour laisser entendre que l'exercice, en vertu de la loi, d'un pouvoir discrétionnaire, quel qu'il soit, par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est inacceptable, mais elles font plus précisément valoir que la façon dont il exerce ce pouvoir dans une affaire donnée ne préjuge pas de ce que la loi prescrit.

[352] WT/DS152/11 (non souligné dans l'original).

que l'allégation des CE a non seulement été présentée pour la première fois à la deuxième réunion du Groupe spécial, mais qu'elle l'a été de manière impromptue, ce qui a encore limité la possibilité d'y répondre judicieusement. Ces préoccupations relatives au respect des garanties de procédure exigent que les États-Unis se voient accorder la possibilité de répondre à cette allégation, si les Communautés européennes la font valoir et si le Groupe spécial conclut qu'elle entre dans le cadre du mandat.

4.668 Pour les États-Unis, les Communautés européennes ont essayé de donner à leurs arguments une portée qui s'étend au-delà de l'analyse textuelle dépourvue d'ambiguïté qu'elles envisageaient dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial et qu'elles ont exposée par la suite. Cette analyse portait sur la question de savoir si les délais prévus aux articles 301 à 310 "ne permettaient pas" au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir des déterminations et de prendre des mesures en se conformant aux règles du Mémorandum d'accord. L'argumentation des CE s'est ensuite développée pour inclure la notion selon laquelle la loi, par son existence même, menace "la sécurité et la prévisibilité", ainsi que des débats sur des applications particulières des articles 301 à 310 qui n'entrent pas dans le cadre du mandat à seule fin de détourner le Groupe spécial de son analyse juridique. Néanmoins, il a été possible de répondre même à ces arguments dans la mesure où ils ont été inclus dans les communications antérieures à la deuxième réunion du Groupe spécial. En soulevant pour la première fois une nouvelle question à la deuxième réunion, on prive la partie défenderesse de toute possibilité effective de réfuter ou d'examiner l'argument. C'est en particulier le problème qui se pose pour la nouvelle allégation des CE, si vague et mal définie.

4.669 En outre, les États-Unis relèvent que les éléments de preuve présentés par les CE en liaison avec l'introduction impromptue de leur allégation ne doivent pas être versés au dossier, en vertu de la Règle n° 12 des procédures de travail du Groupe spécial. Le Groupe spécial doit respecter les procédures qu'il a énoncées au début de ses travaux. Aux termes de cette règle, "Les parties communiqueront tous les éléments de preuve factuels au Groupe spécial au plus tard à la première réunion de fond, à l'exception des éléments nécessaires aux fins des communications présentées à titre de réfutation, des réponses aux questions ou des observations formulées à propos des réponses présentées par d'autres".[353] Les éléments de preuve présentés par les Communautés européennes en relation avec leur nouvelle allégation ne sont pas nécessaires pour réfuter des arguments, répondre à des questions ou formuler des observations sur ces questions. Il est particulièrement inapproprié que les Communautés européennes aient introduit cette allégation et ces éléments de preuve à l'appui de celle-ci à la deuxième réunion de fond car ces renseignements étaient pareillement disponibles au commencement du présent différend et visent un incident survenu il y a plusieurs années.

c) Pouvoir de décider à quel moment sera établie une détermination, et autres questions relatives aux délais

4.670 **Les Communautés européennes estiment** que le Mémorandum d'accord ne garantit pas aux Membres que l'ORD adoptera des constatations au sujet de leurs plaintes dans ce délai. Il prévoit pour chaque phase de la procédure de règlement des différends un délai minimal ou maximal.[354]

4.671 Les Communautés européennes font valoir que, selon l'article 5:4 du Mémorandum d'accord "la partie plaignante devra attendre que se soit écoulé un délai de 60 jours après la date de réception de la demande de consultations avant de demander l'établissement d'un groupe spécial". La demande

[353] Procédures de travail du Groupe spécial, Règle n° 12 (19 avril 1999).

[354] Pour faciliter la tâche au Groupe spécial, ces délais sont présentés sous forme de tableau dans la pièce n° II des CE.

d'établissement du groupe spécial doit être présentée dix jours au moins avant la réunion de l'ORD.[355] Comme l'ORD se réunit normalement tous les mois, la première réunion au cours de laquelle la demande d'établissement du Groupe spécial peut être examinée a donc lieu de dix jours à un mois après la fin de la période prévue pour les consultations.

4.672 Les Communautés européennes précisent que l'article 6:1 du Mémorandum d'accord stipule que, si demande en est faite "un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD …" et que l'"ORD sera convoqué pour une réunion à cette fin dans les 15 jours suivant la présentation de la demande …".

4.673 En outre, les Communautés européennes considèrent que selon l'article 20 du Mémorandum d'accord le délai maximal entre l'établissement du groupe spécial et l'adoption du rapport de l'Organe d'appel est normalement de 12 mois. Ce délai maximal peut être prolongé d'une période allant jusqu'à trois mois si le groupe spécial use du droit de présenter son rapport plus tard que lui confère l'article 12:9 du Mémorandum d'accord, et d'une période supplémentaire allant jusqu'à 30 jours si l'Organe d'appel prolonge ses travaux conformément à l'article 17:5 du Mémorandum d'accord. La période totale est donc de 15 mois plus 30 jours, soit environ 16 mois.

Phase	**Mois**	**Jours**
Consultations		60
De la fin de la période prévue pour les consultations à l'établissement d'un groupe spécial	1	15
De l'établissement du Groupe spécial à l'adoption du rapport de l'Organe d'appel	15	30
TOTAL	16	105

4.674 Communautés européennes considèrent donc que même dans l'hypothèse où tous les organes de l'OMC qui interviennent dans le règlement des différends observent les délais qui leur sont impartis dans le Mémorandum d'accord, une période de 19 mois et demi est prévue si la procédure de règlement d'un différend déterminé se déroule normalement. Rien n'empêche les parties, en particulier à la partie plaignante, de prolonger ces délais à leur gré au-delà des 19 mois et demi accordés aux organes de règlement des différends.

4.675 Les Communautés européennes concluent ensuite que l'article 304 a) (2) A) impose au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination, sur la question de savoir si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC, dans un délai plus court que celui dans lequel on peut raisonnablement s'attendre que l'ORD adopte des constatations en la matière.

4.676 En tout état de cause, les Communautés européennes soulignent, et c'est là la question la plus importante à cet égard, qu'un retard éventuel de la procédure de règlement des différends n'autorise pas les États-Unis à recourir à nouveau à des mesures unilatérales. Dans le cadre du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont accepté l'obligation sans réserve et sans condition à l'échelle internationale de ne plus recourir à des déterminations et des actions unilatérales. Comme on l'a déjà vu au paragraphe 10, le marché reposait sur une concession des Communautés européennes et d'autres participants au Cycle

[355] Les Communautés européennes se réfèrent aux règles 2 et 4 du Règlement intérieur du Conseil général, qui s'appliquent à l'ORD conformément à l'article premier du Règlement intérieur de l'Organe de règlement des différends.

d'Uruguay qui avaient accepté des règles relatives au règlement des différends ayant force obligatoire en contrepartie de l'engagement pris par les États-Unis de s'abstenir de rendre des déterminations unilatérales et de décréter des restrictions commerciales du type de celles prévues à l'article 301 sans l'autorisation de l'instance multilatérale. En imposant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales des États-Unis l'obligation de prendre dans tous les cas dans les 18 mois qui suivent la demande de consultations une détermination sur la question de savoir si des droits des États-Unis au titre des accords de l'OMC ont été frustrés, sans attendre la fin des procédures pertinentes de règlement des différends, les États-Unis contreviennent manifestement à cette obligation sans condition, et en particulier aux dispositions de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

4.677 **Les États-Unis répondent** que, même si les Communautés européennes étaient en droit de présumer que la détermination du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établie au titre de l'article 304 a) (1) sera toujours positive, leur analyse des délais prévus à l'article 304 a) (2) A) et de leur conformité à l'égard des délais prévus dans le Mémorandum d'accord est erronée. Les États-Unis ont expressément pris en compte les délais prévus dans le Mémorandum d'accord au moment de modifier les articles 301 à 310, en 1994, et ces délais sont compatibles avec ceux que prévoit l'article 304 a) (2) A).[356]

4.678 Les États-Unis ajoutent que les CE s'acharnent à tenter de déterminer si, le délai fixé à l'article 304 a) (2) étant de 18 mois, la détermination du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit être établie avant l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans les cas où la procédure de règlement du différend prend le temps maximum prévu dans le Mémorandum d'accord. Pour les Communautés européennes, puisque que l'article 303 prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit demander la tenue de consultations à la date de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302 et qu'une détermination doit être établie au plus tard 18 mois après l'ouverture de l'enquête, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit nécessairement, dans certains cas, établir sa détermination avant l'adoption des constatations par l'ORD.

4.679 Pour les États-Unis, l'allégation des CE repose sur le fait qu'elles considèrent que, selon le Mémorandum d'accord, le délai maximal entre la date de la demande de consultations et l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel est de 19 mois et demi. Les Communautés européennes partent du principe que non seulement le groupe spécial et l'Organe d'appel ont besoin de la période maximale autorisée en vertu du Mémorandum d'accord pour mener à bien leurs travaux et établir le rapport, mais que les réunions de l'ORD se tiennent le dernier jour de la période prévue dans le Mémorandum d'accord pour établir un groupe spécial, pour adopter le rapport du groupe spécial (et donc fixer le délai d'appel) et pour adopter le rapport de l'Organe d'appel.

4.680 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes ont simplement mal calculé les délais prévus dans le Mémorandum d'accord. Premièrement, elles ont pris à tort pour hypothèse que la durée normale des travaux du Groupe spécial pouvait être prolongée de trois mois conformément à l'article 12:9 du Mémorandum d'accord, alors que le chiffre réel est de deux mois ou moins.[357] Par

[356] Les États-Unis renvoient l'Énoncé des mesures administratives, *op. cit.*, page 360 et pièce n° 11 des États-Unis) qui précise que les modifications apportées à "l'article 304 … et l'article 305 … [ont pour objet] de faire en sorte que le calendrier concernant les enquêtes et les déterminations prévu dans le cadre des dispositions relatives à la mise en œuvre des lois commerciales des États-Unis sont conçus de telle manière que la procédure de règlement des différends prévue dans le Mémorandum d'accord soit achevée avant que des sanctions soient imposées.

[357] De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes semblent avoir considéré de manière erronée que le délai de six mois mentionné dans la première phrase de l'article 12:9 était calculé sur la même

conséquent, même si les autres hypothèses des CE étaient justes, la durée maximum de la procédure de règlement des différends au titre de l'article 20 se situerait entre 17 mois et trois semaines et 18 mois et demi et pas 19 mois et demi.[358]

4.681 Les États-Unis font valoir en outre que même ce délai de 18 mois et demi est plus long que celui qui est prévu dans le Mémorandum d'accord, et cela parce que les Communautés européennes calculent une période plus longue que celle qui est possible 1) entre l'achèvement des consultations et la réunion de l'ORD à l'ordre du jour de laquelle la demande du groupe spécial est inscrite pour la première fois et 2) entre la distribution du rapport du groupe spécial et la réunion de l'ORD au cours de laquelle le rapport doit être adopté (et au cours de laquelle le délai d'appel est fixé). En ce qui concerne la réunion de l'ORD à l'ordre du jour de laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial est inscrite pour la première fois, les Communautés européennes n'ont pas tenu compte de la note de bas de page 5 relative à l'article 6:1 du Mémorandum d'accord, selon laquelle l'ORD est convoqué pour une réunion en vue d'examiner la demande d'établissement d'un groupe spécial dans les 15 jours suivant la présentation de la demande.[359] Les Communautés européennes ne peuvent donc pas dire que la première réunion de l'ORD qui suit la fin de la période prévue pour les consultations se tiendra 30 jours après la fin de la période en question, ni que le délai d'établissement du groupe spécial prendra un mois et demi, et non un mois.

4.682 Les États-Unis estiment par ailleurs que les Communautés européennes font abstraction du fait qu'un Membre peut à tout moment demander l'organisation d'une réunion de l'ORD.[360] Pour cette raison, et sachant que les réunions de l'ORD ont généralement lieu sur une base mensuelle, les Communautés européennes ne peuvent pas poser l'hypothèse que la réunion de l'ORD au cours de laquelle le rapport du groupe spécial doit être adopté se tiendra 60 jours après sa distribution.

4.683 Les États-Unis font observer que, s'il n'est pas déraisonnable que les Communautés européennes considèrent que certains aspects du calendrier concernant le règlement des différends ne dépendent pas de la volonté des États-Unis (période prévue pour les consultations au titre de l'article 4:7, délai imparti au groupe spécial au titre de l'article 12:9, délai imparti à l'Organe d'appel au titre de l'article 17:5), rien ne leur permet de présumer que les États-Unis ne tenteraient pas d'activer le règlement des différends si cela s'avérait nécessaire pour que les déterminations établies au titre de l'article 304 soient pleinement conformes aux obligations au regard du Mémorandum d'accord.[361] La

---

base que le délai de neuf mois mentionné dans la seconde phrase. En fait, le délai de six mois mentionné dans la première phrase va, comme il est dit à l'article 12:8, de la date à laquelle la *composition* du Groupe spécial a été arrêtée jusqu'à la date à laquelle le rapport est remis *aux parties*, alors que le chiffre de neuf mois va de la date de l'*établissement* du Groupe spécial à la date de la distribution du rapport *aux Membres*. Comme la composition du Groupe spécial peut prendre un mois (article 8:7 du Mémorandum d'accord) et qu'en vertu des lignes directrices contenues à l'Appendice 3 du Mémorandum d'accord (paragraphe 12 k)) le délai qui s'écoule entre la remise du rapport aux parties et sa distribution aux Membres est de deux à trois semaines, la prorogation effective prévue à l'article 12:9 est tout au plus de deux mois (à supposer qu'il n'y ait aucun intervalle entre le moment où le rapport est remis aux parties, et sa distribution aux Membres) et pourrait être d'un mois et une semaine (en comptant un délai de trois semaines avant la distribution du rapport du groupe spécial aux Membres).

[358] Voir la note de bas de page précédente.

[359] Article 6:1 du Mémorandum d'accord et note de bas de page 5.

[360] Les États-Unis considèrent que les règles 1 et 2 du Règlement intérieur du Conseil général s'appliquent à l'ORD en vertu de la règle 1 du Règlement intérieur de l'Organe de règlement des différends.

[361] Les États-Unis font valoir à nouveau qu'il n'est pas nécessaire qu'ils demandent que des réunions de l'ORD se tiennent préalablement à celles qui étaient prévues normalement puisque le Représentant des

période pertinente aux fins de la comparaison entre les délais prévus à l'article 301 et la durée maximale prévue pour la procédure de règlement des différends dans le Mémorandum d'accord est donc de 16 mois et 20 jours.[362]

4.684 Les États-Unis ajoutent que même à supposer qu'ils ne puissent pas activer le programme des réunions de l'ORD et que la durée maximale de la procédure de règlement des différends prévue dans le Mémorandum d'accord soit de plus de 18 mois, il n'en reste pas moins que les Communautés européennes considéreraient à tort que l'article 304 a) (2) A) empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir sa détermination après l'adoption par l'ORD des constatations de l'Organe d'appel. En effet, suivant le droit américain, les États-Unis peuvent demander l'ouverture de consultations au titre du règlement des différends de l'OMC avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 302. Aucune disposition des articles 301 à 310 ne s'y oppose et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales l'a bel et bien fait.[363]

4.685 Les États-Unis précisent que l'article 302 a) (2) laisse au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un délai de 45 jours à compter du dépôt d'une demande pour se prononcer sur l'opportunité d'ouvrir une enquête; il est libre dans l'intervalle de demander l'ouverture de consultations dans le cadre de la procédure de règlement des différends.[364] De plus, en vertu de l'article 302 b), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est libre d'ouvrir une enquête d'office à tout moment; rien ne l'empêche alors de demander au préalable l'ouverture de consultations dans le cadre de la procédure de règlement des différends.[365]

4.686 Les États-Unis font ressortir que, pour s'acquitter de leurs obligations au regard de l'article 304 a) (2) A), les Communautés européennes doivent démontrer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas en mesure d'établir une détermination conformément aux règles de l'OMC[366] dans le délai de 18 mois prévu dans cet article.

États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu au titre de l'article 304 a) (1) d'établir que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre de l'Accord.

[362] Pièce n° 2 des États-Unis.

[363] Les États-Unis citent comme exemple l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302 et la demande d'observations publiques dans les cas suivants: Japon – Obstacles à l'accès au marché des produits agricoles, 62 Fed. Reg. 53853 (1997) (pièce n° 8 des États-Unis) (Demande d'ouverture de consultations conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, 7 avril 1997; ouverture de l'enquête: 7 octobre 1997); Restrictions appliquées par la Corée à l'importation de viande de bœuf de première qualité; Avis d'ouverture de l'enquête 53 Fed. Reg. 10995 (1988) (pièce n° 9 des États-Unis) (Consultations au titre de l'article XXIII:1 du GATT de 1947 tenues les 19 et 20 février 1988 et le 21 mars 1988; ouverture de l'enquête le 28 mars 1988).

[364] Article 302 a) (2), 19 U.S.C. § 2412 a) (2).

[365] Article 302 b) (1) A), 19 U.S.C. § 2412 b) (1) A). Les États-Unis font observer que de même que les Communautés européennes sont autorisées, dans le cadre des procédures prévues à l'article 133, à engager une procédure de règlement des différends sans recourir aux procédures énoncées dans le Règlement concernant les obstacles au commerce (voir section IV.D) le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et ses services sont autorisés en toute indépendance à agir à l'OMC au nom des États-Unis, y compris à faire ce qui relève de la procédure de règlement des différends, comme par exemple demander des consultations et procéder à des consultations. Voir 19 U.S.C § 2171 c) (1) (1988); Reorg. Plan No. 3 de 1979, 44 Fed. Reg. 69273 (1979); 19 C.F.R. paragraphe 2001.3 a) (1998).

[366] Les États-Unis citent le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.9 et au rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*, paragraphe 86.

À côté des raisons exposées ci-dessus au sujet de la détermination elle-même et du calcul erroné des délais du Mémorandum d'accord fait par les CE, les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de l'obligation qui leur incombe puisqu'elles n'ont pas démontré pourquoi le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne pourrait pas ouvrir une enquête au titre de l'article 301 plusieurs semaines après que les Etats-Unis auraient présenté une demande de consultations dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC, permettant ainsi à l'ORD d'adopter les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans le délai de 18 mois prévu à l'article 304 a) (2) A).

4.687 Les États-Unis font valoir en outre que, même à supposer que les articles 301 à 310 empêchent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de demander l'ouverture de consultations avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 302, celui-ci ne puisse pas activer le programme des réunions de l'ORD, et que la durée maximale de la procédure de règlement des différends soit de 18 mois et demi, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales disposerait de toute manière, au moment où il établirait ses déterminations, des constatations de l'Organe d'appel qui auraient été distribuées.[367] Par ailleurs, en raison de la règle du consensus négatif énoncée à l'article 17:14 du Mémorandum d'accord, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales saurait également que l'ORD va adopter les rapports du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel à sa réunion, et il connaîtrait également la date de cette réunion.[368]

4.688 De l'avis des États-Unis, l'article 23:1 a pour objectif de faire en sorte que les Membres de l'OMC recourent aux procédures multilatérales de règlement des différends et on voit mal comment on pourrait dire que les États-Unis ne s'y conformaient pas s'ils les appliquaient jusqu'au bout et qu'ils déclaraient ce que chaque Membre de l'OMC saurait déjà, à savoir qu'il avait été porté atteinte à des droits des États-Unis au regard de l'OMC, et que l'ORD adopterait cette conclusion à bref délai. En conséquence, même si (ce qui n'est pas le cas) le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales était tenu suivant le droit américain d'établir une détermination positive sans réserve au titre de l'article 304 a) (1) en se fondant sur des constatations favorables mais non encore adoptées, du groupe spécial et de l'Organe d'appel, cette détermination ne serait pas incompatible avec l'objectif de l'article 23, qui est d'établir l'existence de violations à l'échelon multilatéral.

4.689 Les États-Unis soulignent en outre que rien dans les articles 301 à 310 n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer que des droits des États-Unis au titre d'un accord ont été frustrés tant que les constatations de l'Organe d'appel ou d'un groupe spécial n'ont pas été adoptées et que rien dans ces articles ne l'oblige non plus à attendre qu'une enquête ait été ouverte au titre de l'article 302 pour demander des consultations dans le cadre de la procédure de règlement des différends. En outre, les Communautés européennes soutiennent à tort que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord concernant la procédure de règlement des différends sont supérieurs à 18 mois. Les Communautés européennes n'ont donc pas démontré que l'article 304 a) (2) A) empêchait le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter fidèlement l'article 23 du Mémorandum d'accord, dans son esprit et dans sa lettre.

[367] Pour les États-Unis, à supposer que le délai maximal compris entre la date de la demande de consultations et l'adoption du rapport par l'ORD soit de 18 mois et demi, le rapport de l'Organe d'appel serait publié au plus tard 17 mois et demi après la date de la demande de consultations. Voir article 17:14 du Mémorandum d'accord.

[368] Selon les États-Unis, s'il n'était pas prévu pas de réunion ordinaire de l'ORD dans les 30 jours suivant la distribution du rapport de l'Organe d'appel aux Membres, une réunion serait programmée à cet effet. Article 17:14 et note de bas de page 8 du Mémorandum d'accord.

4.690 À la question du Groupe spécial concernant les dispositions précises de l'article 304, ou toute autre base juridique sur laquelle les États-Unis s'appuient pour dire que tant que les procédures prévues dans le cadre de l'OMC ne sont pas achevées le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas établir une détermination concluant à une violation, les États-Unis répondent que l'article 304 a) (1) dispose que les déterminations établies en vertu de cet article doivent être établies "compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303". Les "travaux" visés à l'article 303 s'inscrivent dans le cadre de la procédure de règlement des différends.[369] De plus, le cas envisagé ("le cas échéant") se présenterait chaque fois qu'un accord commercial serait intéressé, puisque, selon l'article 303, la procédure formelle de règlement des différends prévue par un accord commercial doit être engagée dans tout cas intéressant un accord commercial, lorsque aucune solution mutuellement acceptable n'a été trouvée.[370]

4.691 Les États-Unis font observer que l'article 304 a) (2) précise les délais dans lesquels le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit les déterminations requises au titre de l'article 304 a) (1). En vertu de cette disposition, celui-ci doit établir les déterminations requises au titre du paragraphe 1 au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces échéances. Le délai de 18 mois lui permet d'établir dans tous les cas sa détermination sur la base de constatations du groupe spécial et par l'Organe d'appel adoptées par l'ORD.[371] Les États-Unis ont expressément tenu compte des délais prévus dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils ont modifié l'article 304, en 1994, afin de veiller à ce que les délais prévus à l'article 304 soient compatibles avec ceux que prévoit le Mémorandum d'accord.[372]

4.692 Les États-Unis ont examiné les nombreuses hypothèses sur lesquelles est fondée l'argumentation des CE. La pièce n° 10 des États-Unis en contient un aperçu. Les États-Unis considèrent que, pour chaque allégation des CE, toutes les hypothèses doivent être justes pour que l'allégation puisse être retenue; or, aucune ne l'est.

4.693 Pour les États-Unis, la première série d'hypothèses des CE se rapporte à l'allégation selon laquelle l'article 304 impose des mesures qui obligent à contrevenir à l'article 23:2 a) du

---

[369] Les États-Unis font valoir que l'article 303 a) (2) prévoit que si les consultations en vue du règlement d'un différend menées au titre d'un accord commercial n'ont pas conduit à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux" soient engagés dans le cadre de "la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[370] Les États-Unis font valoir que l'article 303 a) (2) prévoit que si les consultations en vue du règlement d'un différend menées au titre d'un accord commercial n'ont pas conduit à une solution mutuellement acceptable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales demande que des "travaux" soient engagés dans le cadre de "la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord".

[371] Les États-Unis renvoient à leur pièce n° 2, dans laquelle il est expliqué que le calcul des délais prévus en vertu du Mémorandum d'accord, présenté par les Communautés européennes au paragraphe 77 de leur première communication, est erroné.

[372] Statement of Administrative Action, *reproduit dans* H.R. Doc. No. 103-316, page 1029 (pièce n° 3 des États-Unis) (qui précise que les modifications apportées à "l'article 304 … et l'article 305 … [ont pour objet] de faire en sorte que le calendrier concernant les enquêtes et les déterminations prévu dans le cadre des dispositions relatives à la mise en œuvre contenues dans les lois commerciales des États-Unis soit conçu de telle manière que la procédure de règlement des différends prévue dans le Mémorandum d'accord soit achevée avant que des sanctions commerciales puissent être imposées".

Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes soutiennent que l'article 304 exige du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qu'il détermine, dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302, que des droits des États-Unis au titre d'un accord commercial ont été violés alors que le Mémorandum d'accord prévoit dans certains cas un plus long délai pour l'achèvement de la procédure et l'adoption des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel.

4.694 Les États-Unis font observer que ces hypothèses portent sur les délais prévus à l'article 301 et dans le Mémorandum d'accord. Toutefois, comme l'article 304 n'impose pas l'établissement d'une détermination positive, ces délais ne sont tout simplement pas pertinents pour la décision du groupe spécial. Quoi qu'il en soit, même si tel n'était pas le cas, le délai de 18 mois prévu par la loi n'empêcherait pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter à la lettre les règles et procédures du Mémorandum d'accord. Les CE se trompent d'un mois dans le calcul du laps de temps dont un groupe spécial peut prolonger ses travaux. De plus, elles font abstraction du fait que les réunions de l'ORD se tiennent normalement tous les mois et partent de l'hypothèse qu'elles n'auraient pas lieu avant le dernier jour autorisé par le Mémorandum d'accord. Elles partent également de l'hypothèse que les États-Unis ne chercheraient pas à faire modifier le calendrier des réunions de l'ORD. Enfin, les Communautés européennes font abstraction du fait que les articles 301 à 310 n'empêchent pas le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'engager une procédure de règlement des différends avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 301. Hormis le fait que les Communautés européennes ne peuvent pas présumer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établira systématiquement une détermination positive, les délais prévus par la loi des États-Unis lui permettent donc effectivement de fonder sa détermination sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. Les délais prévus par le Mémorandum d'accord ont été négociés avec, dans l'idée, ce délai de 18 mois, et les Communautés européennes et les autres Membres en étaient parfaitement conscients au moment du Cycle d'Uruguay.

4.695 **Les Communautés européennes notent** que leur conception de certains délais prévus dans le Mémorandum d'accord et celle des États-Unis diffèrent.

4.696 Les Communautés européennes notent qu'à propos de ces délais, les États-Unis soutiennent que la durée totale est de 18 mois et les Communautés européennes qu'elle est de 19 mois et demi. Cette différence tient au fait que chacun part d'une hypothèse différente concernant le temps nécessaire pour établir les groupes spéciaux et en déterminer la composition.

4.697 Les Communautés européennes rejettent le postulat des États-Unis en vertu duquel tous les groupes spéciaux qu'il est demandé à l'ORD d'établir sont composés à l'issue de deux réunions extraordinaires de l'ORD convoquées conformément à l'article 6:1 du Mémorandum d'accord. Cet article stipule qu'à la suite d'une demande,

> "un groupe spécial sera établi au plus tard à la réunion de l'ORD qui suivra celle à laquelle la demande aura été inscrite pour la première fois à l'ordre du jour de l'ORD …" et qu'il "sera convoqué pour une réunion <u>à cette fin</u> dans les 15 jours suivant la présentation de la demande …".

4.698 Les Communautés européennes précisent que, selon elles, l'expression "à cette fin" s'applique à la seconde réunion de l'ORD au cours de laquelle le groupe spécial doit être établi. Cette interprétation est conforme à la pratique des Membres de l'OMC et de l'ORD. La partie plaignante ne peut donc pas demander la convocation de <u>deux</u> réunions spéciales de l'ORD auxquelles s'applique le délai de convocation réduit de caractère obligatoire, comme le pensent les États-Unis, mais seulement d'une. Comme l'ORD se réunit normalement une fois par mois (mais pas nécessairement chaque mois, car il est rare que des réunions de l'ORD aient lieu en août et à la fin de l'année), le plaignant ne

peut pas, pour ces raisons, s'attendre que le groupe spécial soit créé dans un délai de moins d'un mois et 15 jours.

4.699 Les Communautés européennes relèvent que les États-Unis soutiennent qu'ils peuvent demander à tout moment la convocation d'une réunion extraordinaire de l'ORD. Or, les États-Unis ont uniquement le droit de demander la convocation d'une réunion extraordinaire (c'est-à-dire avec le délai de convocation réduit de caractère obligatoire) dans les circonstances prévues dans le Mémorandum d'accord, et ils ne peuvent donc pas tabler sur deux réunions extraordinaires de l'ORD.

4.700 De surcroît, les Communautés européennes font observer que les États-Unis partent de l'hypothèse qu'ils demanderont dans tous les cas la convocation de deux réunions extraordinaires en prévision de retards ultérieurs. On agirait en prévision de retards, sans savoir si des retards se produiraient pendant le déroulement de la procédure. Cette hypothèse est fondée sur un raisonnement dépourvu de logique. Dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)*, par exemple, les membres du groupe spécial ne pouvaient pas prévoir la durée de la procédure avant d'entamer leurs travaux et de constater qu'il était nécessaire de solliciter des avis d'experts sur les questions scientifiques extrêmement délicates et compliquées qui leur étaient soumises. L'hypothèse des États-Unis ne pourrait donc être crédible que si ceux-ci pouvaient démontrer qu'ils suivent une politique systématique consistant à réduire les délais de procédure dans un esprit de prévision. Or les États-Unis n'ont pas démontré (et ne peuvent pas démontrer) qu'ils suivent une pratique aussi systématique.

4.701 Les Communautés européennes constatent par ailleurs que la deuxième source de divergences vient des hypothèses différentes quant à la durée de la prolongation visée à l'article 12:9 du Mémorandum d'accord.

4.702 Les Communautés européennes rappellent que les États-Unis partent de l'hypothèse que la détermination de la composition du groupe spécial prend un mois et que la prolongation effective prévue à l'article 12:9 n'est donc que de deux mois.

4.703 Les Communautés européennes précisent qu'elles ont considéré en l'espèce que la composition du groupe spécial intervenait peu après son établissement (par exemple il n'y a pas désaccord entre les parties au sujet de la composition du groupe spécial). Dans cette hypothèse, les deux dates qui servent de point de départ pour le calcul de la période de six mois et de la période de neuf mois visées à l'article 12:9 sont proches, et le temps de prolongation dont dispose le groupe spécial reste effectivement de trois mois.

4.704 Les Communautés européennes estiment en outre que les allégations des États-Unis sont fondées sur une présentation erronée du pouvoir discrétionnaire que le texte de loi en cause confère aux États-Unis. Selon les articles 301 à 310, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit déterminer dans des délais précis si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC et si des recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre.[373]

4.705 Les Communautés européennes contestent l'allégation des États-Unis selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a le droit de ne pas établir de détermination ou de décider d'ajourner sa détermination en attendant la clôture de la procédure engagée à l'OMC. Rien dans le texte des articles 301 à 310 n'étaye cette allégation. Les dispositions expresses imposant l'établissement dans des délais précis d'une détermination quant à la question de savoir si des droits des États-Unis au regard de l'OMC sont frustrés ou si des

[373] Voir en particulier les articles 304 a) 1) et 306 b).

recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre seraient vides de sens si l'on considérait qu'elles sont appliquées lorsqu'il est décidé d'ajourner la détermination.

4.706 Les Communautés européennes estiment qu'il importe peu que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ait décidé, dans un petit nombre de cas, d'ajourner sa détermination au-delà des délais prévus dans les sections 301 à 310. Les deux parties sont d'accord sur le fait que c'est la législation des États-Unis, non son application effective, qui est en cause dans le présent différend. Les Communautés européennes tiennent à rappeler à cet égard la décision du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt (Bière II)*

> "Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques. Ainsi, la non-application d'une loi à caractère impératif à des produits importés ne garantissait pas que la bière et le vin importés n'étaient pas traités d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale auxquels la législation ne s'appliquait pas."[374]

4.707 Les Communautés européennes rappellent les arguments avancés par les États-Unis devant le Groupe spécial de l'OMC chargé d'examiner l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*:

> "Le système de la boîte aux lettres avait … la même raison d'être que de nombreuses autres obligations prévues par l'Accord sur l'OMC: "protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes". Le Rapport sur le *Fonds spécial pour l'environnement* avait établi clairement combien il importait de "créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs"… Bien que l'Inde ait affirmé avoir décidé, pour le moment, de ne pas donner effet aux dispositions à caractère impératif … de la loi ... sur les brevets, cette "[législation] continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques". En l'espèce, les agents économiques – les déposants potentiels de demandes de brevet – n'avaient aucune certitude qu'un système valable de boîte aux lettres avait été mis en place … Pour paraphraser le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Bière II*, la non-application d'une loi à caractère impératif contraire à une obligation découlant des règles de l'OMC ne garantissait pas qu'il n'y avait pas manquement à l'obligation."[375]

4.708 Les Communautés européennes font valoir ensuite que les dispositions des articles 301 à 310 qui prévoient des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC resteraient incompatibles avec les règles de l'OMC même si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne les mettait pas en œuvre.[376]

---

[374] Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Boissons à base de malt*, IBDD, S39/328.

[375] Rapport du Groupe spécial *Inde - Brevets (EU)*, *op. cit.*, paragraphe 4.4 (notes de bas de page supprimées; non souligné dans l'original).

[376] De l'avis des CE, c'est de cette manière que la loi a été appliquée dans un certain nombre de cas (voir l'affaire Japon - Automobiles et pièces détachées d'automobiles et l'affaire CE - Bananes). Le fait que ces dispositions n'ont pas été appliquées dans un petit nombre d'autres cas, contrairement au texte même de la loi, ne saurait prouver qu'elles sont compatibles avec les règles de l'OMC.

4.709 Les Communautés européennes reconnaissent que les délais fixés dans le Mémorandum d'accord ne sont pas "juridiquement contraignants" en ce sens qu'ils sont sans effet sur les obligations résultant de l'article 23 du Mémorandum d'accord et sur la validité de la décision des organes judiciaires à laquelle ils s'appliquent. À propos de cette question, les Communautés européennes souhaitent attirer l'attention du Groupe spécial sur ce qui suit.

4.710 Les Communautés européennes font observer que les arbitres ont présenté leur décision au sujet du régime communautaire applicable aux bananes le 9 avril 1999. En vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, leurs travaux auraient dû être achevés le 3 mars 1999, soit dans un délai de 60 jours à compter du 1er janvier 1999, date à laquelle le délai de mise en œuvre accordé aux Communautés européennes expirait. Les arbitres ont expliqué dans leur décision que ce retard était sans effet sur la validité de ladite décision:

> "À première vue, la période de 60 jours prévue à l'article 22:6 n'institue pas une limite de temps à la compétence des arbitres. Elle impose une obligation *de procédure* aux arbitres en ce qui concerne le déroulement de leurs travaux, non une obligation *de fond* touchant à leur validité. Selon nous, si le délai prévu à l'article 17:5 et à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord devait, à son échéance, rendre caduc le pouvoir de l'Organe d'appel ou des arbitres, le Mémorandum d'accord le prévoirait expressément. Une telle déchéance de la compétence est expressément prévue à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord qui stipule que "si les travaux du Groupe spécial ont été suspendus pendant plus de 12 mois, le pouvoir conféré pour l'établissement du Groupe spécial deviendra caduc."[377]

4.711 Les Communautés européennes relèvent que les arbitres ont donc considéré que les dispositions du Mémorandum d'accord fixant des délais se rapportaient exclusivement à leurs travaux et non à la validité quant au fond des résultats de ces travaux. Ils pensaient que l'ORD autoriserait la suspension de concessions et autres obligations sur la base de leur décision, même si celle-ci avait été rendue alors que les délais prévus à l'article 22:6 étaient écoulés. L'ORD avait autorisé la suspension des concessions le 19 avril 1999, montrant de la sorte que sa compétence pour accorder cette autorisation n'était pas limitée dans le temps.

4.712 Les Communautés européennes font valoir en outre qu'en droit interne une "disposition contenue dans une loi, un règlement intérieur ou tout autre texte analogue, ayant simplement le caractère d'une indication ou d'une instruction … et ne prévoyant pas de sanction en cas de méconnaissance…, comme un règlement prescrivant à un fonctionnaire d'établir un document … avant une date déterminée" est réputée être une disposition indicatrice.[378] La décision rendue par les arbitres à propos du régime communautaire applicable aux bananes montre que les arbitres et l'ORD ont considéré que les délais fixés à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord avaient un caractère "indicatif" et que leur méconnaissance ne modifiait en rien les droits et obligations des Membres quant au fond.

4.713 Selon les Communautés européennes, la pratique d'application du Mémorandum d'accord reflète bien le caractère indicatif des délais. Le délai moyen compris entre l'établissement des groupes spéciaux et l'adoption des rapports est de 13 mois et 28 jours, ce qui correspond tout à fait à l'objectif fixé à l'article 20 du Mémorandum d'accord et aux délais prévus aux articles 301 à 310. Mais cette

[377] Note de bas de page 7 de la décision des arbitres.

[378] Black's Law Dictionary (Sixth Edition).

moyenne cache des extrêmes qui vont de onze mois et six jours à 21 mois et cinq jours.[379] Il serait erroné d'attribuer les retards évoqués dans la question à des lenteurs dans la conduite des travaux. Dans certains cas, c'est parce que les questions en jeu étaient trop complexes pour pouvoir être résolues dans les délais normaux; dans d'autres, les groupes spéciaux avaient besoin de davantage de temps pour obtenir l'avis d'experts. Les retards étaient donc nécessaires pour garantir aux parties la régularité de la procédure.

4.714 **Les États-Unis rejettent** l'argument des CE selon lequel le fait que les délais réglementaires ne soient pas appliqués les rendrait conformes aux règles de l'OMC parce que la question est hors de propos dans le présent différend. En premier lieu, les Communautés européennes n'ont pas démontré que les articles 301 à 310 prescrivent des actions incompatibles avec les règles de l'OMC; il est donc hors de propos de se demander s'ils ne sont pas appliqués dans un cas déterminé. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a des pouvoirs réglementaires plus que suffisants pour se conformer aux règles de l'OMC sans agir au mépris de la loi.

4.715 Les États-Unis ajoutent que l'article 21:4 du Mémorandum d'accord confirme le point de vue des États-Unis qui estiment que les Communautés européennes ont allégué à tort que la procédure des groupes spéciaux pouvait être prolongée de trois mois plutôt que deux. L'article 21:4 stipule:

> "Sauf dans les cas où le groupe spécial ou l'Organe d'appel aura prolongé, conformément au paragraphe 9 de l'article 12 ou au paragraphe 5 de l'article 17, le délai pour la présentation de son rapport, le délai entre la date à laquelle le groupe spécial a été établi par l'ORD et la date de détermination du délai raisonnable *ne dépassera pas 15 mois*, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement. Dans les cas où soit le groupe spécial, soit l'Organe d'appel aura pris des dispositions pour prolonger le délai pour la présentation de son rapport, le délai supplémentaire qu'il se sera accordé sera ajouté au délai de 15 mois; il est entendu que, à moins que les parties au différend ne conviennent qu'il existe des circonstances exceptionnelles, le délai total *ne dépassera pas 18 mois*."[380]

4.716 Les États-Unis font ressortir que l'article 21:4 précise le délai maximal entre la date d'établissement du groupe spécial et la date de détermination du délai raisonnable, qui excède de 90 jours le délai compris entre la date d'établissement du groupe spécial et la date d'adoption du rapport du groupe spécial de l'Organe d'appel.[381] Si l'on retranche 90 jours à chacun des délais visés à l'article 21:4, on arrive à un délai maximum de 12 mois entre la date d'établissement du groupe spécial et la date d'adoption du rapport du groupe spécial et de l'Organe d'appel si le groupe spécial et l'Organe d'appel n'ont pas prolongé le délai de présentation de leur rapport et de 15 mois s'ils l'ont prolongé. Puisqu'il ressort bien de l'article 17:5 que l'Organe d'appel peut prolonger de 30 jours le délai qui lui est imparti pour présenter son rapport, le groupe spécial peut prolonger de deux mois au maximum le délai prévu avant la distribution de son rapport (étant entendu que la présentation et la distribution du rapport sont simultanées).

4.717 Les États-Unis relèvent en outre que la Thaïlande, si l'on excepte le fait qu'elle aussi considère à tort que les groupes spéciaux peuvent prolonger leurs travaux de trois mois, a présenté dans son

---

[379] Les États-Unis renvoient au tableau intitulé "Délais pour le règlement des différends à l'OMC - Groupes spéciaux établis dont la composition a été déterminée - 1er janvier 1995-30 avril 1999" contenu dans la note informelle du Secrétariat portant le n° de job 2330, distribuée le 22 avril 1999.

[380] Article 21:4 du Mémorandum d'accord (pas d'italique dans l'orignal).

[381] Article 21:3 du Mémorandum d'accord (la période prévue pour déterminer par arbitrage le délai raisonnable est de 90 jours à compter de l'adoption des rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel).

exposé oral, en ce qui concerne la période maximale autorisée en vertu du Mémorandum d'accord, des délais qui correspondent au calcul des États-Unis. Partant de cette erreur, la Thaïlande a déclaré que cette période était de 19 mois, au lieu de 18. Quoi qu'il en soit, cette période est de toute manière plus longue que celle que l'on peut assumer aux fins du présent différend, puisque les réunions ordinaires de l'ORD se tiennent en règle générale tous les mois et que les États-Unis pourraient, si nécessaire, demander la tenue de réunions de l'ORD afin de faire en sorte que les délais soient respectés.

4.718 En réponse à la question du Groupe spécial quant à la pertinence des arguments énoncés ci-après dans la controverse entre les parties concernant les délais prévus dans le Mémorandum d'accord, à savoir que: 1) la plupart des délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne semblent pas être juridiquement contraignants et qu'ils sont fixés au cas par cas, non par le plaignant mais par le Groupe spécial, l'Organe d'appel ou même le requérant; 2) sur les 22 cas où un rapport de groupe spécial et/ou d'Organe appel a été adopté, l'adoption du rapport est intervenue plus de 18 mois dans 12 cas, les États-Unis font valoir que le délai mentionné à l'article 21:4 ne semble pas être juridiquement contraignant puisqu'il y est dit qu'il "ne dépassera pas 18 mois". Les conséquences qui s'ensuivent si ce délai n'est pas respecté sont moins évidentes.

4.719 Les États-Unis font valoir qu'en tout état de cause, les délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne sont finalement pas pertinents si l'on considère la décision à prendre dans le présent différend, pas plus que le fait qu'ils ont été dépassés dans de nombreux cas. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales étant libre, en vertu de l'article 304, de ne pas établir de détermination concluant à l'existence d'une violation, il n'est pas tenu d'établir une détermination non conforme avec l'article 23:2 a). Les articles 301 à 310 n'imposent pas de violation du Mémorandum d'accord.

4.720 Les États-Unis allèguent en revanche que si l'on présumait, à tort, que l'article 304 prescrit bel et bien l'établissement d'une détermination concluant à une violation, les délais fixés dans le Mémorandum d'accord resteraient pertinents, même si la manière dont les groupes spéciaux les avaient respectés ne l'était pas, et ce parce que le présent différend touche à la question de savoir si la simple existence des articles 301 à 310 est contraire aux règles de l'OMC. Pour déterminer si ce texte impose une violation de l'article 23 du Mémorandum d'accord, il est nécessaire de poser un certain nombre d'hypothèses puisque le mandat du Groupe spécial ne porte pas sur une affaire spécifique liée à l'application des articles 301 à 310. Ainsi, le moment de l'établissement de la détermination visée à l'article 304 a) 1) serait à prendre en compte si - contrairement au sens ordinaire de l'article 304 a) 1) et à la prescription qu'il contient, et à l'engagement reproduit à la page 365 de l'Énoncé des mesures administratives selon lequel la détermination doit être fondée sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel après leur adoption - on considérait que l'article 304 impose effectivement l'établissement d'une détermination concluant à l'existence d'une violation. Il faudrait alors savoir si cette détermination doit être établie avant que les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel puissent être adoptées. Les Communautés européennes sont parties à cet effet de l'hypothèse que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel prolongeraient la procédure comme le Mémorandum d'accord l'autorise et que les réunions de l'ORD se tiendraient le dernier jour autorisé par le Mémorandum d'accord. Les États-Unis ont fait observer que si l'on est en droit de penser que les groupes spéciaux prolongeront leurs travaux comme le Mémorandum d'accord les y autorise, on n'est pas en droit de penser que les États-Unis ne prendraient pas de dispositions pour demander la convocation anticipée des réunions de l'ORD. De plus, les États-Unis ont déjà expliqué que le calcul des délais prévus dans le Mémorandum d'accord fait par les CE était erroné.

4.721 Selon les États-Unis, en d'autres termes, les États-Unis et les Communautés européennes partent de l'hypothèse que le Groupe spécial respecterait les délais prévus dans le Mémorandum d'accord C'est là une hypothèse appropriée aux fins du présent différend. Quelle que soit la manière dont les groupes spéciaux ont respecté les délais fixés dans le Mémorandum d'accord, on ne peut pas, aux fins du présent différend, partir de l'hypothèse que les groupes spéciaux en question manqueront à

leurs obligations. Il est assez surprenant de constater que les Communautés européennes croient pouvoir prouver leur allégation *prima facie* en avançant des hypothèses négatives concernant les choix que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales fera effectivement dans une affaire déterminée. Il ne devrait pas être permis de présumer que les groupes spéciaux eux aussi agiront au mépris de leurs obligations au regard du Mémorandum d'accord.

4.722 Les États-Unis estiment que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord restent néanmoins pertinents pour l'analyse du Groupe spécial. Le présent différend ne touche pas à l'application des articles 301 à 310 dans le cadre d'une plainte spécifique dont l'OMC serait saisie. Il n'existe donc pas de données de fait concernant le moment et la manière dont le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a établi des déterminations spécifiques, ni de données de fait concernant le moment et la manière dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont publié leur rapport. Il faut poser des hypothèses. Il n'est pas opportun de poser l'hypothèse que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ne respecteront pas les délais prévus dans le Mémorandum d'accord; il n'est pas plus opportun de poser d'autres hypothèses négatives à l'égard des États-Unis en l'espèce.

4.723 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes font valoir, aux pages 31 et 32 de leurs réponses aux questions du Groupe spécial, que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne sont pas pertinents parce qu'ils sont de nature essentiellement "indicative". Les Communautés européennes précisent:

> "En droit interne, une "disposition contenue dans une loi, un règlement intérieur ou tout autre texte analogue, ayant simplement le caractère d'une indication ou d'une instruction … et ne prévoyant pas de sanction en cas de méconnaissance …, comme un règlement prescrivant à un fonctionnaire d'établir un document … avant une date déterminée" est réputée être une dispositions indicative.[382] … [Le non-respect des délais] de caractère "indicatif" … ne modifie en rien les droits et obligations de fond des Membres."

4.724 Les États-Unis ajoutent que les Communautés européennes soulèvent ce point à propos des délais prévus dans le Mémorandum d'accord et font valoir que, comme ils ont un caractère indicatif, ils ne sont pas en rapport avec l'analyse du groupe spécial en l'espèce. Si les États-Unis contestent que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne sont pas pertinents en l'espèce, ils relèvent que si l'argument des CE était accepté il s'appliquerait aussi aux délais visés à l'article 301. Le "droit interne" évoqué dans la citation reprise par les CE est le droit des États-Unis[383] et le principe s'appliquerait aussi aux délais visés à l'article 301. Les articles 301 à 310 ne prévoient pas de "sanctions" pour le cas où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne respecte pas les délais qui lui sont imposés. Cependant, comme les groupes spéciaux, il prend au sérieux les délais qui lui sont impartis. Quoi qu'il en soit, si le Groupe spécial accepte les arguments des CE qui soutiennent que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne sont pas pertinents, il doit considérer de même les délais prévus à l'article 301. Dans ce cas, la plainte des CE ne tient pas car même si l'on présumait à tort que l'article 304 a) (1) A) impose l'établissement d'une détermination attestant que des droits des États-Unis au titre d'un accord ont été frustrés, on ne pourrait pas conclure que la loi impose que cette détermination soit établie avant l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel à cet effet.

---

[382] Black's Law Dictionary (Sixth Edition) (citation dans l'original).

[383] Le Black's Law Dictionary est une publication des États-Unis et les citations que contient la définition du terme "indicatif" sont tirées d'arrêts des tribunaux américains. Voir Black's Law Dictionary, 5ème édition, page 414.

4.725 À supposer que le Groupe spécial décide de considérer les délais prévus aux articles 301 à 310 par comparaison avec ceux qui sont prévus dans le Mémorandum d'accord (et qu'il n'ait pas déjà conclu que l'article 304 n'impose pas l'établissement d'une détermination concluant que des droits des États-Unis au titre d'un accord ont été frustrés et n'empêche pas non plus d'établir une détermination de cet ordre après l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel), les États-Unis soutiennent que l'exercice montre que les délais prévus à l'article 301 ne supposent pas l'établissement d'une détermination avant le moment fixé dans le Mémorandum d'accord pour l'adoption des constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Les États-Unis ont déjà indiqué, en réponse à la question n° 9 du Groupe spécial, que l'article 21:4 confirmait encore la position des États-Unis qui est que le délai maximal entre la date d'établissement du Groupe spécial et l'adoption des constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel est de 15 mois. Cette disposition prévoit un délai ferme de 18 mois entre la date à laquelle le groupe spécial est établi et la date de détermination du délai raisonnable, délai dans lequel 90 jours sont comptés pour la détermination du délai raisonnable.[384]

4.726 Les États-Unis font valoir que l'explication des CE, qui "présument que la composition du groupe spécial est arrêtée peu après son établissement" ne tient pas compte du fait que, selon l'article 12:9 du Mémorandum d'accord, le délai compris entre l'établissement du groupe spécial et la distribution de son rapport est de neuf mois. Si l'on y ajoute le délai maximal de 60 jours prévu pour faire appel ou adopter le rapport du groupe spécial (article 16:4 du Mémorandum d'accord), le délai maximal de 90 jours pour les travaux de l'Organe d'appel (article 17:5 du Mémorandum d'accord) et le délai maximal de 30 jours pour l'adoption du rapport de l'ORD (article 17:14 du Mémorandum d'accord), on obtient pour la période allant de l'établissement du groupe spécial à l'adoption des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel un maximum de 15 mois, comme les États-Unis l'ont fait valoir.

4.727 Les États-Unis relèvent que les Communautés européennes contestent le fait qu'un groupe spécial peut être établi dans un délai d'un mois. Ils contestent l'interprétation de la note de bas de page relative à l'article 6:1 donnée par les CE, qui estiment que cette note s'applique uniquement à la deuxième réunion de l'ORD destinée à examiner l'établissement d'un groupe spécial et relèvent de surcroît que la Thaïlande arrive à la même conclusion que les États-Unis à savoir qu'un groupe spécial peut être établi dans un délai d'un mois à compter de la fin de la période de 60 jours prévue pour les consultations.

4.728 De l'avis des États-Unis, si l'on ajoute la période d'un mois prévue pour l'établissement d'un groupe spécial à la période de 60 jours prévue pour les consultations (article 4:7 du Mémorandum d'accord) et à la période maximale de 15 mois comprise entre la date d'établissement du groupe spécial et la date de l'adoption par l'ORD des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel, on obtient un total de 18 mois, ce qui permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir, à la date prévue à l'article 304 a) (2) A), une détermination fondée sur les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel après leur adoption par l'ORD, dans tous les cas.

4.729 Or, les États-Unis ont noté que même ce calcul surestime le laps de temps que l'on peut présumer, aux fins du présent différend, que les travaux du groupe spécial et de l'Organe d'appel prendront, et ce parce que les réunions de l'ORD ayant généralement lieu sur une base mensuelle, on ne peut pas présumer qu'il faudra 60 ou 30 jours complets pour faire appel ou pour que le rapport de l'Organe d'appel soit adopté, et parce que les États-Unis peuvent demander la convocation anticipée de réunions. Les Communautés européennes répondent que le Groupe spécial peut ne faire aucun cas du fait que les États-Unis peuvent demander la convocation anticipée de réunions de l'ORD par rapport aux délais établis, sauf si les États-Unis peuvent démontrer que le Représentant des États-Unis

[384] Voir Mémorandum d'accord, article 21:4.

pour les questions commerciales internationales a pour "politique systématique" de raccourcir les délais de la procédure en présentant des demandes à cet effet.

4.730 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes n'expliquent pas pourquoi elles peuvent ne faire aucun cas de la "politique systématique" relative à l'organisation des réunions de l'ORD sur une base mensuelle qui peut permettre de réduire les délais pour arriver à une période maximale de moins de 18 mois.[385] Cela mis à part, les Communautés européennes oublient que pour s'acquitter de la charge qui leur incombe en l'espèce elles doivent démontrer que les articles 301 à 310 "ne permettent pas" au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de suivre la procédure énoncée dans le Mémorandum d'accord, autrement dit qu'il ne lui serait pas possible, dans une affaire donnée, de prendre des mesures de façon à suivre le Mémorandum d'accord. Elles ne peuvent donc pas présumer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne prendra pas des mesures pour réduire les délais. En outre, pour démontrer qu'il ne serait pas possible aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord, il faudrait que les Communautés européennes expliquent pourquoi, selon le droit des États-Unis, il ne serait pas possible au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de demander l'ouverture de consultations avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 302, comme il l'a bel et bien fait dans le passé. Les Communautés européennes ne peuvent pas fonder leur allégation sur des hypothèses négatives quant aux choix que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, le groupe spécial, l'Organe d'appel et le Secrétariat de l'OMC (pour la programmation des réunions de l'ORD) feront dans un cas concret.

4.731 Les États-Unis font valoir que les délais prévus aux articles 301 à 310 sont parfaitement compatibles avec ceux que contient le Mémorandum d'accord. Même si le Groupe spécial ne prenait pas en compte la concession faite par les CE qui admettent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de déterminer que des droits détenus par les États-Unis au titre d'un accord ont été frustrés, celui-ci peut – et doit, en fait – fonder sa détermination sur les constatations du Groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD dans chaque affaire portée devant l'OMC.

4.732 **Les Communautés européennes soutiennent** que, pour masquer ce défaut de logique fondamentale de leur défense, les États-Unis ont tenté de minimiser l'importance de cette affaire, alors que, selon elles, il est plus que probable qu'elle marquera un tournant dans l'histoire de l'Organisation mondiale du commerce. Les États-Unis semblent plus soucieux de détourner l'attention du Groupe spécial des questions juridiques qui sont au cœur de cette affaire en prétextant des liens politiques non fondés avec d'autres procédures de règlement des différends entièrement distinctes. Cette attitude n'est pas conforme à l'interdiction expresse contenue à la dernière phrase de l'article 3:10 du Mémorandum d'accord, où il est dit que "les recours et contre-recours concernant des questions distinctes ne devraient pas être liés".

4.733 Les Communautés européennes répètent une fois encore que les références qui peuvent être faites dans cette affaire à des procédures de règlement des différends antérieures le sont dans le seul but, limité (mais important sur le plan de la procédure), de présenter des éléments de preuve à l'appui de leur allégation principale dans cette affaire, à savoir que les articles 301 à 310 en eux-mêmes constituent un manquement à de nombreuses obligations de fond contractées au titre des accords de l'OMC.

[385] Les Communautés européennes n'expliquent pas davantage pourquoi elles peuvent ne faire aucun cas de la politique systématique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales visant à faire concorder la procédure concernant les déterminations visées à l'article 304 avec la procédure de l'OMC. Voir Statement of Administrative Action, pages 365 et 366, *reproduit dans* H.R. Doc. n° 103-316, pages 1034 et 1035 (pièce n° 11 des États-Unis).

4.734 Les Communautés européennes précisent également qu'elles continueront, dans le même esprit, de se garder de relever les observations un peu trop "énergiques" de leurs homologues des États-Unis, qui disent par exemple que la logique de l'affaire des CE est "difficile à suivre" ou que les interprétations avancées par les Communautés européennes consistent à créer des obligations à partir de rien, en fonction de ses aspirations ou qu'une interprétation donnée est fondée sur des "interprétations fantaisistes, fondées sur la recherche de résultats" ou qu'une affirmation est "audacieuse" ou une allégation donnée "tout à fait fantaisiste".

4.735 Les Communautés européennes préfèrent appeler l'attention du Groupe spécial sur la présentation par les États-Unis de la situation juridique concernant cette affaire, en général, et de la législation nationale en particulier. Elles signalent qu'elles ont l'impression qu'à mesure que les travaux avancent, la description donnée par les États-Unis des points de droit que le Groupe spécial est appelé à examiner ne fait que rendre encore plus "inextricable" le "dédale" pour reprendre les termes du Professeur Hudec que constituent les articles 301 à 310 afin de les rendre de plus en plus flous.

4.736 Pour illustrer cette affirmation, les Communautés européennes citent quelques extraits des arguments des États-Unis, qui sont des exemples éloquents:

> "Au paragraphe 35, à propos de la question de la pertinence du rapport du Groupe spécial de l'OMC dans l'affaire *Japon – Produits agricoles*, les États-Unis déclarent que "[l]a raison d'être du paragraphe 1 de l'Annexe B – publication des mesures SPS – ne peut pas être comparée à celle de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC – faire en sorte que les lois nationales permettent l'exécution des obligations internationales". En revanche, le texte du paragraphe 1 de l'Annexe A de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires, lu conjointement avec les dispositions qui régissent les mesures sanitaires et phytosanitaires, est comparable au texte de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech qui dit simplement que "chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives …""

La confusion que font les États-Unis entre l'expression "assurer la conformité", "mettre en conformité", qui est l'une des questions fondamentales en jeu dans cette affaire, et l'expression "s'assurer que les lois nationales permettent de se conformer" ne semble nullement fortuite.

4.737 Les Communautés européennes citent également l'affirmation des États-Unis selon laquelle:

> "les délais prévus dans le Mémorandum d'accord restent pertinents eu égard à l'analyse du Groupe spécial. Le présent différend ne touche pas à l'application des articles 301 à 310 dans le cadre d'une plainte spécifique dont l'OMC serait saisie. Il n'existe donc pas de données de fait concernant le moment et la manière dont le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a établi des déterminations spécifiques, ni de données de fait concernant le moment et la manière dont le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont publié leur rapport. Il y a lieu de poser des hypothèses."

4.738 Les Communautés européennes font observer que, dans une réponse donnée il y a 20 jours à peine à une question du Groupe spécial, les États-Unis soutenaient un point de vue opposé:

> "En tout état de cause, les délais prévus dans le Mémorandum d'accord ne sont finalement pas pertinents, si l'on considère la décision à prendre dans le présent différend, pas plus que le fait qu'ils ont été dépassés dans de nombreux cas."

4.739 Les Communautés européennes font ressortir que cette contradiction apparaît encore davantage dans cette affirmation des États-Unis:

> "... Il est assez surprenant de constater que les Communautés européennes croient pouvoir fournir un commencement de preuve en avançant des hypothèses négatives quant aux choix que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales fera dans une affaire déterminée."

4.740 Les Communautés européennes font valoir que ce qui est en cause ici c'est que, selon les libellés des articles 301 à 310, lorsque les États-Unis demandent réparation face à une violation d'obligations au regard de l'OMC, leurs déterminations et les mesures qui y font suite doivent être arrêtées et mises en œuvre même si la procédure engagée à l'OMC et sur laquelle cette détermination ou cette mesure pourrait être fondée n'a pas été menée à son terme. Les délais impératifs contenus aux articles 301 à 310 constituent donc manifestement une violation de l'article 23 (et des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord.

4.741 Les Communautés européennes rappellent en outre l'argument des États-Unis selon lequel:

> "[L]es articles 301 à 310 ne prévoient pas de "sanctions" pour le cas où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne respecte pas les délais qui lui sont impartis. Cependant, comme les groupes spéciaux, il prend au sérieux les délais qui lui sont impartis."

4.742 Pour les Communautés européennes, qui au reste ne contestent pas le sérieux du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans ce cas ni dans d'autres, cette affirmation demande néanmoins à être mise en parallèle avec l'affirmation apparemment contradictoire des États-Unis qui ont indiqué qu'ils ne pouvaient pas exclure l'éventualité de soumettre à un contrôle juridictionnel la manière dont le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales met en œuvre les articles 301 à 310 dans des cas concrets.

4.743 Les Communautés européennes font observer qu'à première vue le texte des articles 301 à 310 est clair en ce sens qu'il impose des délais pas seulement "sérieux", mais impératifs. Dans la pratique, les Communautés européennes ne voient toujours pas quelle est l'interprétation officielle et définitive que donne le gouvernement des États-Unis du texte des articles 301 à 310 concernant les délais, et en particulier de celui des articles 306 b) 2) et 304 a) 2).

4.744 Les Communautés européennes réaffirment qu'un texte de loi qui impose au pouvoir exécutif des comportements incompatibles avec les règles de l'OMC par l'emploi du mot "*shall*" et d'expressions comme "mesures impératives", et qui institue des délais précis par l'emploi des expressions selon la plus rapprochée de ces échéances (*the earlier of*) ou "au plus tard" (*no later than*) correspond à la description de la législation impérative qui se dégage de la pratique des groupes spéciaux du GATT de 1947.

4.745 **Les États-Unis répondent** que ce dont il s'agit dans le présent différend ce n'est pas de se demander si certaines mesures visées aux articles 301 à 310 peuvent être qualifiées d'"impératives". C'est de déterminer si la loi impose des violations des règles de l'OMC. Il se peut qu'une loi impose des promenades dans le parc, mais si les promenades dans le parc ne sont pas incompatibles avec les règles de l'OMC ce fait sera hors de propos dans un différend porté devant l'OMC. Il incombe aux Communautés européennes de présenter des éléments de preuve et des arguments démontrant que les articles 301 à 310 imposent en fait une violation des règles de l'OMC. Les Communautés européennes ont fait valoir que les articles 301 à 310 imposaient des violations de ces règles puisqu'ils prescrivent des déterminations établissant qu'il y a eu violation avant que la procédure de règlement des différends soit close, et l'adoption de mesures sans l'autorisation de l'ORD. Les États-Unis ont

réfuté ces allégations. Si les Communautés européennes pensent que le seul emploi du terme "impératif" et "discrétionnaire" aux articles 301 à 310 est une violation des règles de l'OMC, elles devraient expliquer pourquoi. Les États-Unis pourraient alors leur répondre.

d) "Sécurité et prévisibilité"

4.746 **Les Communautés européennes font observer** que le Professeur Robert E. Hudec a écrit:

> "L'article 301 est un dédale complexe de commandements impératifs d'une part, et d'échappatoires très larges d'autre part. Il faut un schéma pour s'y retrouver et arriver à savoir si le commandement impératif donné au départ sera effectivement suivi d'effet avant d'être passé par l'une ou l'autre des issues discrétionnaires. Même avec un tel schéma, il est impossible de connaître à l'avance le résultat final."[386]

4.747 Les Communautés européennes font observer par ailleurs que le Professeur John H. Jackson a témoigné comme suit devant la Commission des relations étrangères du Sénat:

> "Bien que l'on puisse vraisemblablement interpréter les dispositions légales de l'article 301 de manière à donner au Président le pouvoir d'agir conformément aux règles issues du Cycle d'Uruguay en matière de règlement des différends, dans quelques cas, notamment en ce qui concerne les mesures impératives prévues à l'article 301 a), les interprétations en ce sens sont un peu tirées par les cheveux. Il serait donc nettement préférable de modifier la loi pour que le Président et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales aient dans tous les cas le pouvoir d'agir conformément aux obligations internationales des États-Unis …"[387]

4.748 Pour les Communautés, si deux sommités des États-Unis en matière de droit commercial international ne sont pas à même de trouver dans les articles 301 à 310 une base juridique solide permettant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de prendre des mesures compatibles avec le Mémorandum d'accord et le GATT de 1994, personne ne le pourra.

4.749 Les Communautés européennes relèvent que l'historique de la Loi générale de 1988 sur le commerce extérieur et la compétitivité, qui est notamment à l'origine de l'actuelle version des articles 301 à 310, montre que l'absence de base juridique solide était voulue.

4.750 Les Communautés européennes déclarent que les États-Unis tentent maintenant de tirer parti de la création de ce "dédale" juridique en disant que c'est aux Communautés européennes de démontrer que les articles 301 à 310 ne peuvent pas être interprétés comme autorisant une mise en œuvre compatible avec les règles de l'OMC.

4.751 Pour les Communautés européennes, l'objectif fondamental de l'OMC, qui est d'assurer la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales internationales, ne pourrait pas être atteint si les Membres de l'OMC étaient autorisés à avoir une législation interne qui n'offre pas au pouvoir exécutif une base juridique solide pour prendre les mesures requises pour mettre en œuvre leurs obligations au regard de l'OMC.

---

[386] Robert E. Hudec, Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil, *in*: Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System, sous la direction de Jagdish Bhagwati et Hugh T. Patrick (Harvester Wheatsheaf 1990), page 122.

[387] Témoignage du Professeur Jackson, *op. cit.*

4.752 Les Communautés européennes considèrent en conséquence que, s'agissant de l'examen par un groupe spécial de la question de savoir si la législation nationale prévoit l'établissement de déterminations ou l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, le défendeur ne devrait pas pouvoir se retrancher derrière des incertitudes juridiques inhérentes à sa propre loi, surtout si ces incertitudes ont été délibérées. Conformément à l'approche que l'Organe d'appel avait faite sienne dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, le groupe spécial devrait trancher au détriment du défendeur s'il considère, sur la base des éléments de preuve dont il dispose, qu'il existe une incertitude objective (et donc raisonnable) sur le point de savoir si la loi nationale autorise l'établissement de déterminations ou l'adoption de mesures compatibles avec les règles de l'OMC.

4.753 Les Communautés européennes estiment que si le groupe spécial a des doutes raisonnables, ce sera aussi le cas pour les agents économiques lorsqu'ils organiseront leurs transactions commerciales futures. Aucun intérêt légitime ne serait protégé si les Membres étaient autorisés à disposer de lois qui ne reposeraient pas sur une telle base. En fait, comme l'affaire dont le Groupe spécial est saisi en témoigne, cela inciterait les Membres à imposer des restrictions au commerce en exposant délibérément les agents économiques à des incertitudes juridiques.

4.754 **Les États-Unis font valoir** que l'Énoncé des mesures administratives et la législation connexe étaient le texte définitif émanant du Congrès en ce qui concerne la compatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC avant l'adoption, par le Congrès, de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay. On trouve à la page 360 de l'Énoncé des mesures administratives (pièces n° 3 et 11 des États-Unis) un aperçu des modifications jugées nécessaires pour assurer la conformité. Par ailleurs, les États-Unis appellent l'attention du Groupe spécial sur le témoignage sur la question du Professeur John Jackson devant la Commission des finances du Sénat.[388]

4.755 Les États-Unis relèvent que le Professeur Jackson avait conclu: "Il peut être nécessaire de modifier quelque peu certains délais ou de prévoir des mesures de transition, mais la structure fondamentale de l'article 301 n'est pas nécessairement incompatible avec les résultats du Cycle d'Uruguay." Il avait conclu en outre que, même si l'on considérait l'article 301 "sous sa forme légale actuelle" (c'est-à-dire avant les modifications apportées en 1994), "le pouvoir exécutif semble avoir la liberté d'appliquer les mesures au titre de l'article 301 d'une manière compatible avec les nouvelles règles proposées pour le règlement des différends élaboré dans le cadre du Cycle d'Uruguay".[389] Le Professeur Jackson estimait donc qu'il suffisait de modifications mineures pour que l'article 301 soit manifestement conforme aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC. De plus, cette insistance sur le fait que le pouvoir exécutif avait une liberté suffisante pour appliquer l'article 301 d'une manière compatible avec les règles de l'OMC montre que le Professeur Jackson partait du principe que le raisonnement à la base de la jurisprudence *Fonds spécial pour l'environnement* continuerait d'être appliqué dans le cadre de l'OMC.

4.756 Les États-Unis relèvent que le Professeur Jackson pensait qu'il serait possible de rendre suffisamment claire l'interprétation de la loi en insérant des précisions à cet effet dans l'Énoncé des mesures administratives.[390,391]

---

[388] Results of the Uruguay Round Trade Negotiations: Hearings Before the Senate Committee on Finance, 103ème Congrès, page 195 (1994) (témoignage du Professeur John Jackson) (pièce n° 24 des États-Unis). Les CE citent ce témoignage.

[389] *Ibid.*, page 200.

[390] *Ibid.*

[391] Voir les autres arguments des parties exposés aux paragraphes 4.340-4.360.

4.757 **Les Communautés européennes soulignent** que les arguments des États-Unis sont à la fois nouveaux et erronés, comme en témoigne le rapport interne sur la réunion des négociateurs américains présenté le 11 novembre 1993 par le délégué des États-Unis, contenu dans la pièce n° 23 des États-Unis. Il ressort notamment de ce document que plusieurs participants au Cycle d'Uruguay, dont les Communautés européennes, étaient partisans d'un renforcement de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC au-delà de "l'obligation naturelle en droit international" qui a sa source dans les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cette "obligation naturelle" figure déjà dans les règles de l'OMC, à la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord qui stipule que "[l]es Membres reconnaissent que [le mécanisme de règlement des différends] a pour objet … de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". La réponse des États-Unis apparaît donc comme une tentative de revenir sur les résultats du Cycle d'Uruguay.

4.758 **Les États-Unis rejettent** l'argument des CE selon lequel les principes qui figurent à l'article 26 de la Convention de Vienne ont déjà été incorporés aux règles de l'OMC, puisqu'ils sont énoncés dans la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, et l'article XVI:4 n'a pas à le faire. Or, l'article 3:2 prévoit que le système de règlement des différends a pour objet de clarifier les dispositions de l'OMC "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". L'article 26 n'est pas une règle coutumière d'interprétation de cette nature. Comme l'Organe d'appel l'a précisé dans les affaires *États-Unis – Essence* et *Japon – Boissons alcooliques*, ces règles d'interprétation sont énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, qui s'intitulent d'ailleurs "Règle générale d'interprétation" pour le premier et "Moyens complémentaires d'interprétation" pour le second.[392] Dans la mesure où l'article 26 n'est pas une règle d'interprétation de cette nature, on ne saurait interpréter la deuxième phrase de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord comme y faisant référence. L'argument des CE ne parvient pas à infirmer la thèse des États-Unis à savoir qu'en vertu de l'article XVI:4 les principes énoncés à l'article 26 de la Convention de Vienne sont contraignants pour tous les Membres de l'OMC, même ceux qui ne sont pas partie à la Convention. Il est à noter qu'au cours des négociations qui se sont déroulées de 1991 à 1993, le négociateur des États-Unis avait appelé expressément l'attention des autres délégations sur le fait que les États-Unis n'étaient pas partie à la Convention de Vienne.

e) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC

4.759 Dans le cas des articles 301 à 310, **les Communautés européennes considèrent** que les dispositions qu'ils contiennent font obstacle à l'adoption de mesures compatibles avec les prescriptions de l'article 23 (et les dispositions connexes des articles 21 et 22) du Mémorandum d'accord et sont donc contraires aux dispositions de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech. Cette position est étayée par le fait qu'en cas de conflit entre une loi du Congrès et une obligation internationale acceptée par eux, les États-Unis ont toujours accordé la primauté au texte adopté par le Congrès, tout au moins lorsque l'acceptation de l'accord international était antérieure à l'adoption de la loi du Congrès.

4.760 Les Communautés européennes renvoient à cet égard à une déclaration officielle du Ministre de la justice, contenue dans une lettre du 21 mars 1988[393] adressée à l'Observateur permanent de l'Organisation de libéralisation de la Palestine accrédité auprès de l'Organisation des Nations Unies,

[392] Les États-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*, *op. cit.*, pages 18 et 19; rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, pages 12 à 14.

[393] Les Communautés européennes rappellent que c'est cette année-là que des modifications importantes ont été apportées à la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en vertu de la Loi générale de 1988 sur le commerce et la compétitivité.

reprise dans l'avis consultatif de la Cour internationale de justice concernant l'Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies:

> "Je connais bien votre position, qui est qu'en demandant la fermeture de la mission d'observation de l'Organisation de libéralisation de la Palestine (OLP) nous ne respectons pas les obligations qui découlent de l'accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies et, par conséquent, le droit international. Toutefois, parmi tous les arguments qui plaident en faveur de notre décision, il faut citer la position de la Cour suprême des États-Unis, qui considère depuis plus d'un siècle que le Congrès peut, aux fins du droit national, ne pas s'estimer lié par les traités et, partant, par le droit international. Dans le cas présent, le Congrès a décidé, indépendamment du droit international, d'interdire dans le pays tous les bureaux de l'OLP, dont la mission d'observation de l'OLP auprès de l'Organisation des Nations Unies. Ma fonction est de faire appliquer la loi et la seule possibilité qui me soit laissée en l'occurrence pour m'en acquitter comme je le dois est de respecter cette décision et d'y donner suite."[394]

4.761 Les Communautés européennes précisent que leurs inquiétudes, dans la présente affaire, viennent de cette présentation de la situation juridique concernant le lien entre le droit interne des États-Unis et leurs obligations internationales.[395]

4.762 Les Communautés européennes ajoutent que la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay, qui est la loi en vertu de laquelle le Congrès des États-Unis a approuvé l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, contient, à l'article 102 a), les dispositions ci-après:

> "1) PRIMAUTÉ DU DROIT DES ÉTATS-UNIS EN CAS DE CONFLIT – Nulle disposition des Accords du Cycle d'Uruguay, ni l'application de l'une quelconque de leurs dispositions à une personne ou à une situation, ne produira d'effets si elle est incompatible avec une loi des États-Unis.
>
> 2) INTERPRÉTATION – Rien dans la présente loi ne sera interprété …

---

[394] Avis consultatif de la Cour internationale de justice du 26 avril 1988 concernant l'applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la Section 21 de l'Accord relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, Cour internationale de justice, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1988, page 12, paragraphe 27.

[395] Les Communautés européennes indiquent que c'est la principale raison pour laquelle la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Missouri* c. *Holland*, 252 U.S. 416 (1920) ne fait pas taire leurs inquiétudes. En prononçant l'arrêt de la Cour, le Juge HOLMES avait déclaré: "[E]n vertu de l'article 6 [de la Dixième Modification], les traités conclus par les États-Unis, de même que la Constitution et les lois des États-Unis adoptés en application de la Constitution, sont les lois suprêmes du pays. Si le traité est valide, il ne saurait y avoir contestation quant à la validité de la loi au titre de l'article premier, section 8, en tant que moyen juste et nécessaire de mettre en œuvre les pouvoirs du gouvernement. Le texte de la Constitution concernant la primauté des traités étant libellé en termes généraux, la question que nous devons trancher se réduit à déterminer sur quelle base repose la prétendue exception qui nous intéresse." L'apparente contradiction entre cette déclaration et celle du Ministre de la justice citée dans le présent paragraphe s'explique peut-être par le fait que, selon le droit constitutionnel des États-Unis, les traités internationaux conclus dans les formes prévues par la Constitution priment généralement la législation nationale antérieure, mais non les lois postérieures du Congrès. Cependant, du fait des dispositions expresses contenues à l'article 102 de la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay, cette règle générale ne s'applique pas à l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, comme nous l'expliquons au paragraphe 52 de la présente communication.

> B) comme limitant quelque pouvoir que ce soit conféré en vertu de quelque loi que ce soit des États-Unis, y compris l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur,
>
> sauf disposition expresse de la présente loi."

4.763 De l'avis des Communautés européennes, il découle manifestement de ces dispositions de la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay qu'aucune disposition d'aucun des Accords du Cycle d'Uruguay ne peut prévaloir sur quelque loi du Congrès des États-Unis que ce soit, ou avoir des incidences sur des pouvoirs conférés en vertu d'une de ces lois, que ledit accord ait été adopté antérieurement ou postérieurement à l'approbation par le Congrès des États-Unis des Accords du Cycle d'Uruguay, y compris en particulier l'article 301.[396]

4.764 Les Communautés européennes font valoir que, dans ces conditions, il apparaît que l'approbation des accords du Cycle d'Uruguay par le Congrès des États-Unis en 1994 ne suffit pas à mettre la législation nationale en conformité avec lesdits accords, dans la mesure où celle-ci est incompatible avec les obligations des États-Unis au regard des accords visés.

4.765 Les Communautés européennes considèrent qu'il faut en fait que les États-Unis modifient la législation en vigueur, qui présente ce caractère d'incompatibilité, afin de respecter l'obligation imposée à tous les Membres de l'OMC en vertu des dispositions extrêmement explicites de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

4.766 Les Communautés européennes soulignent que l'objet même de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech est d'instituer l'obligation d'assurer la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales multilatérales en mettant la législation nationale en conformité avec les prescriptions de l'accord visé pertinent. Il ne suffit donc pas de s'abstenir purement et simplement (ou de promettre de s'abstenir) d'appliquer des dispositions légales incompatibles avec les obligations contractées au titre des accords visés pertinents puisque la seule existence de ces dispositions est source d'incertitudes. Même si ce n'est pas expressément à propos des prescriptions de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel saisis de l'affaire *Inde – Brevets* ont bien fait ressortir la nécessité de faire en sorte que le droit interne soit une base sûre et prévisible garantissant de la part de l'administration un comportement compatible avec les règles de l'OMC, et d'éviter que la législation nationale ne vienne ébranler la solidité des droits et obligations afférents à l'Accord sur l'OMC.

4.767 **Les États-Unis répondent** qu'avant d'examiner si les articles 304 a) (1) A) et 304 a) (2) A) imposent une violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, il faut commencer par examiner le texte de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. L'article 23:2 a) dispose que les Membres:

> "ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord."

[396] Cf. D.W. Leebron, Implementation of the Uruguay Round Results in the United States, in: J.H. Jackson/A. Sykes, Implementing the Uruguay Round, Oxford 1997, p. 175 (page 213); L. Henkin, Foreign Affairs and the US Constitution, 2nd ed., Oxford 1996, page 209.

4.768 Les États-Unis allèguent qu'il ne peut y avoir violation de l'article 23:2 a) que dans les cas suivants: 1) si une détermination a été établie attestant qu'il y a eu violation; et 2) si cette détermination n'a pas été établie en recourant aux règles et procédures contenues dans le Mémorandum d'accord, ou n'est pas compatible avec les constatations déjà adoptées d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ou avec une décision arbitrale. Faute de détermination expresse, la simple existence d'un texte législatif ne peut être considérée comme incompatible avec l'article 23:2 a), que si ledit texte impose une détermination ne répondant pas aux prescriptions de l'article 23:2 a).[397] Si cette législation peut raisonnablement être interprétée comme conférant aux autorités des pouvoirs discrétionnaires pour appliquer l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, elle n'impose pas une détermination incompatible avec l'article 23:2 a).[398] Par ailleurs, rien dans le texte de l'article 23:2 a) ou dans son contexte n'étaye l'allégation des CE selon laquelle "la conception, la structure et les principes de base" de la législation doivent être examinés afin de déterminer si cette législation est "manifestement destinée à encourager la violation des règles de l'OMC ou à décourager des mesures conformes aux règles de l'OMC".

4.769 **Les Communautés européennes rappellent** l'allégation des États-Unis selon laquelle le fait que les Communautés européennes ont affirmé, dans une autre affaire soumise à un groupe spécial[399] que "les mesures de mise en œuvre devaient être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'avait pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémorandum d'accord" devait être à certains égards incompatible avec la position des CE qui tentent de démontrer dans cette affaire que la structure, la conception et les principes de base des articles 301 à 310, qui imposent au pouvoir exécutif des mesures incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC, ne favorisent pas l'exécution des obligations des États-Unis au regard de l'OMC.

4.770 Les Communautés européennes estiment que ce qui est au centre de l'argument des États-Unis c'est qu'"on ne peut pas présumer que les autorités n'exécuteront pas leurs obligations internationales en toute bonne foi".

4.771 Les Communautés européennes font ressortir que, si cette dernière affirmation des États-Unis est assurément correcte - et qu'elles l'approuvent - elle n'a cependant aucun lien logique avec la précédente (selon laquelle les Communautés européennes ne sont pas cohérentes) et, pis encore, elle ne se rapporte pas à la situation de fait soumise au présent Groupe spécial.

4.772 Les Communautés européennes font valoir que dans le cas particulier des articles 301 à 310, la présomption relative à l'exécution des obligations n'est pas pertinente pour la simple raison qu'à première vue ces articles, de par leur libellé, leur conception, leur structure et leurs principes de base font manifestement obstacle à l'exécution des obligations.

4.773 Pour les Communautés européennes, il serait donc insensé de prétendre, comme les États-Unis semblent le faire, qu'une présomption (*juris tantum,* c'est-à-dire réfragable) de la volonté d'exécution des obligations protège une législation nationale qui à première vue combat cette présomption. En droit, cela reviendrait à transformer une présomption *juris tantum* en une présomption *juris et de jure* (irréfragable), ce qui n'est pas prévu en vertu des Accords de l'OMC.

---

[397] Rapport du groupe spécial *États-Unis – Fond spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.9.

[398] Rapport du groupe spécial *États-Unis – Tabac, op.cit.*, paragraphe 123.

[399] *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, Recours des Communautés européennes à l'article 21:5,* WT/DS27/RW/EC.

4.774 Les Communautés européennes font valoir ensuite que la charge de la preuve que le texte, la conception, la structure et les principes de base des articles 301 à 310 ne sont pas ce qu'ils semblent être à en juger par le texte publié dans les recueils de lois des États-Unis incombe toujours aux États-Unis. Tant que des éléments de preuve en ce sens n'auront pas été présentés, la charge de la preuve continuera de leur incomber.

4.775 À la question du Groupe spécial qui demandait comment les États-Unis se sont acquittés de l'obligation qui leur est faite à l'article XVI:4 de procéder à l'examen de la législation en vigueur et de la mettre en conformité avec les Accords de l'OMC le cas échéant, à propos des articles 301 à 310, **les États-Unis répondent** que comme il est indiqué en détail dans les pièces n° 3 et n° 11 des États-Unis, ils se sont acquittés de cette obligation eu égard aux articles 301 à 310 en modifiant les délais en ce qui concerne les différends portant sur les subventions, l'Accord sur les ADPIC et les marchés publics de façon à les rendre conformes aux délais standard prévus dans le Mémorandum d'accord.

4.776 Les États-Unis renvoient aussi à leur pièce n° 24, qui contient le témoignage fait par le Professeur John Jackson en 1994, cité par les Communautés européennes. Dans le paragraphe qui précède immédiatement celui qui est cité par les Communautés européennes, le Professeur Jackson précise:

> "Ma position fondamentale est que très peu de modifications légales devront être apportées à l'article 301, tout au moins l'article 301 "ordinaire" (par opposition à l'article 301 spécial et à d'autres dispositions légales analogues comme celles qui se rapportent aux télécommunications). *Il sera peut-être nécessaire d'apporter des modifications à certains délais ou à certaines mesures de transition, mais la structure fondamentale de l'article 301 n'est pas nécessairement incompatible avec les résultats du Cycle d'Uruguay.* En fait, je continue de penser que l'article 301, appliqué de manière appropriée sous sa forme légale *actuelle*, est une mesure constructive pour la politique commerciale des États-Unis, et la politique commerciale mondiale. L'article 301 invite à soumettre au processus international de règlement des différends les affaires qui font l'objet de la procédure visée à l'article 301. *Le pouvoir exécutif semble posséder des pouvoirs discrétionnaires pour mettre en œuvre des mesures au titre de l'article 301 d'une manière compatible avec le projet de nouvelles règles proposées pour le règlement des différends dans le cadre du Cycle d'Uruguay*."[400]

4.777 Les États-Unis précisent qu'à propos de la manière dont l'Administration a appliqué de manière plus générale l'article XVI:4 et procédé à l'examen de la législation en vigueur pour la mettre en conformité avec les règles de l'OMC, ce genre d'examen a précisément été nécessaire pour élaborer l'Énoncé des mesures administratives. Comme il est dit à la page 1 de ce document (pièce n° 11):

> "Le présent Énoncé donne une description de mesures administratives importantes envisagées pour mettre en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay. Il contient en outre deux exposés requis au titre de l'article 1103: 1) une explication de la manière dont le projet de loi d'application et les mesures administratives envisagées modifieront la loi existante ou auront des effets sur cette loi; et 2) un exposé indiquant les raisons qui font que le projet de loi d'application et les mesures administratives envisagées sont nécessaires ou appropriées pour appliquer les Accords du Cycle d'Uruguay." (non souligné dans l'original)

4.778 En réponse à la question du Groupe spécial qui a demandé si, si l'on considère "la sécurité et la prévisibilité" du point de vue factuel, l'annonce publique contenue dans un texte de loi qui impose

[400] Témoignage du Professeur Jackson, *op. cit.*, page 200.

l'établissement d'une détermination même si la procédure engagée à l'OMC n'a pas encore été menée à son terme – même si ce n'est pas nécessairement une détermination concluant à l'existence d'une violation – ne compromet pas l'assurance donnée aux autres Membres qu'aucune détermination concluant à l'existence d'une violation ne peut être établie avant que les procédures engagées à l'OMC aient été menées à leur terme, et si le pouvoir discrétionnaire expressément prévu et publiquement annoncé – autorisant le Membre à décider dans un sens ou dans l'autre – ne constitue pas une menace pour la sécurité et la prévisibilité, les États-Unis déclarent qu'il n'existe pas d'obligation séparée d'assurer "la sécurité et la prévisibilité" en dehors de celle qui résulte de l'exécution des obligations de fond contractées dans le cadre de l'OMC et des règles et procédures du Mémorandum d'accord. Rendre une constatation à l'effet qu'il existe une obligation de cet ordre irait à l'encontre de tout le raisonnement qui est à la base de la distinction entre dispositions impératives et dispositions discrétionnaires qui régit actuellement le système commercial. Quoi qu'il en soit, même s'il existait une obligation de cet ordre, du point de vue factuel les circonstances évoquées dans la question ne menacent assurément pas "la sécurité et la prévisibilité".

4.779 De l'avis des États-Unis, rien dans l'établissement de déterminations – même des déterminations établissant qu'il y a eu violation – ou dans la suspension de concessions ne menace en soi "la sécurité et la prévisibilité". S'il en était autrement, la seule conclusion à en tirer serait que le Mémorandum d'accord lui-même menace la sécurité et la prévisibilité, puisqu'il prévoit des constatations concluant à l'existence de violations et la suspension de concessions. Chaque Membre de l'OMC sait qu'il est possible que l'ORD adopte une décision en faveur d'un autre Membre concluant à l'existence d'une violation des règles de l'OMC, établisse une détermination conforme à cette décision, et suspende des concessions en conséquence – et chaque Membre a accepté cette possibilité en devenant Membre de l'OMC. Il n'y a donc pas à s'étonner qu'un Membre prévoie dans sa législation la possibilité d'établir des déterminations ou de suspendre des concessions. Cette possibilité ne saurait être considérée comme une menace pour la sécurité et la prévisibilité.

4.780 Les États-Unis font ressortir que les Membres étaient prêts à accepter cette possibilité parce qu'ils avaient aussi accepté l'obligation d'établir des déterminations concluant à l'existence de violations et de suspendre des concessions conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. Cette obligation internationale contraignante est de même nature que toutes les autres obligations assumées par les Membres au titre de l'Accord sur l'OMC. Le fait que les Membres de l'OMC étaient prêts à contracter de telles obligations est la seule assurance qu'a chacun que les autres ne refuseront pas de reconnaître ses droits au regard de l'OMC. Chaque Membre de l'OMC est libre de manquer à ses obligations internationales, et la plupart des gouvernements en ont la faculté en vertu du droit interne. Mais le fait qu'il a accepté des obligations au regard de l'OMC – et le fait qu'il existe des procédures effectives de règlement des différends – donne aux autres Membres des assurances qu'il respectera leurs droits. Le système de règlement des différends lui-même contribue à assurer la sécurité et la prévisibilité, comme il est dit à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord.

4.781 Les États-Unis font observer que les assurances s'arrêtent là. En fait, les Communautés européennes admettent qu'il n'y a pas dans l'Accord sur l'OMC d'obligation séparée de limiter les pouvoirs discrétionnaires prévus par le droit interne de façon à écarter la possibilité de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.[401] Selon les Communautés européennes, l'article XVI:4 ne contient pas d'obligation de cet ordre.[402] C'est une erreur de considérer que l'"annonce publique" que les autorités peuvent se prononcer dans un sens ou dans l'autre sur la question de savoir si le fait que

[401] Les États-Unis relèvent la déclaration des CE selon laquelle "il serait inexact de donner de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC une interprétation large au point de considérer qu'il oblige les Membres de l'OMC à inclure dans leur droit interne des dispositions expresses interdisant l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".

[402] *Ibid.*

des droits conventionnels ont été frustrés s'accompagne d'une menace ou d'une insécurité particulière plus grave que lorsque les autorités disposent de pouvoirs de vaste portée, et non définis leur permettant de manquer à leurs obligations. Dans la mesure où la loi prévoit qu'une détermination doit être établie à une date déterminée – conforme aux directives contenues dans le Mémorandum d'accord – mais *ne* prévoit pas *uniquement* la détermination proscrite par le Mémorandum d'accord (à savoir qu'il y a eu violation), il n'y pas plus de risque que cette détermination soit contraire aux obligations du Membre considéré au titre de l'article 23.2 a) que s'il n'y avait pas de loi. Dans les deux cas, les Membres de l'OMC doivent compter sur la bonne foi du Membre en question pour user de ses pouvoirs discrétionnaires dans le respect des obligations contraignantes qu'il a contractées à l'échelon international. La bonne foi et la sécurité et la prévisibilité inhérentes à un système de règlement des différends fondé sur la primauté du droit, et qui ne peut être compromise par la partie perdante, sont toutes les assurances dont les Membres de l'OMC disposent et toutes celles dont ils sont convenus qu'ils disposeraient.

4.782 Les États-Unis font valoir qu'ils ont néanmoins prévu des assurances additionnelles dans leur droit interne, à savoir la prescription contenue à l'article 304 a) (1) selon laquelle les déterminations concluant que des droits conventionnels ont été frustrés doivent être fondées sur les conclusions de la procédure de règlement des différends, qui doit être interprétée conformément à l'interprétation officielle de la loi contenue dans l'Énoncé des mesures administratives, pages 365 et 366.

4.783 Les États-Unis font observer que s'il y avait lieu de se pencher sur la question de savoir si des "assurances" ont été compromises parce qu'il existe des risques de violation future, on arriverait nécessairement à la conclusion que l'existence de pouvoirs discrétionnaires de vaste portée et non spécifiques, exercés à maintes reprises pour porter atteinte aux droits d'un autre Membre, comporte plus de risques de violation future qu'une loi conférant expressément des pouvoirs discrétionnaires pour l'établissement de déterminations dont une seule pourrait porter atteinte aux droits d'un autre Membre[403], mais dont il n'a jamais été usé pour établir une détermination de cet ordre au mépris des dispositions du Mémorandum d'accord ou des règles du GATT. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de se pencher sur l'éventualité de violations futures. On ne peut pas présumer que demain le Membre considéré agira de mauvaise foi. Si l'on pouvait présumer qu'un Membre usera de mauvaise foi de ses pouvoirs discrétionnaires, il y aurait effectivement menace pour la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral puisque les règles contenues dans le Mémorandum d'accord et les autres accords visés se ramèneraient à un concours de popularité pour savoir en qui on peut avoir confiance.

4.784 Les États-Unis font valoir en outre que, puisque c'est le système de règlement des différends qui assure la sécurité et la prévisibilité, il n'est pas exagéré de dire que la vraie menace pour la sécurité et la prévisibilité serait une analyse juridique qui s'écarterait du texte adopté par les Membres et créerait de nouvelles obligations qui ne figurent pas dans le texte, ou qui romprait avec l'analyse logique et constante appliquée des années avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC et dont les Membres pensaient qu'elle continuerait à être appliquée. Sur ce point - l'applicabilité continue du raisonnement retenu dans *Fonds spécial pour l'environnement* – et sur la question de savoir si l'article XVI:4 changeait quelque chose à la situation, les États-Unis tiennent à citer le point de vue de Pieter-Jan Kuyper, Conseiller juridique des négociateurs des CE au moment du Cycle d'Uruguay, et de Frieder Roessler, Directeur de la Division des affaires juridiques du Secrétariat du GATT, publiés dans les actes d'une conférence sur l'Accord sur l'OMC et le règlement des différends qui a eu lieu en octobre 1994. M. Roessler avait indiqué ce qui suit:

[403] Les États-Unis relèvent également que dans ce cas c'est uniquement si la chronologie de la procédure n'est pas conforme aux délais du Mémorandum d'accord et si le Membre opère certains choix précis.

> "Le texte de [l'article XVI:4] pourrait être interprété comme signifiant que le droit interne doit faire obligation au pouvoir exécutif d'agir en conformité avec le droit de l'OMC, ou que le droit interne doit lui permettre d'agir en conformité avec le droit de l'OMC. On trouve dans les accords issus du Tokyo Round[404] relatifs aux droits antidumping et aux subventions des dispositions analogues qui ont généralement été interprétées comme faisant obligation aux parties d'adopter des lois, réglementations et procédures *qui leur permettent* d'agir en conformité avec leurs obligations au titre de ces accords. Ces dispositions étaient essentiellement destinées à permettre aux comités établis au titre de ces accords de procéder à l'examen de la législation des parties, et pas seulement des pratiques suivies en vertu de la législation. Plusieurs groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 ont conclu qu'une législation faisant obligation à l'exécutif d'une partie contractante d'agir de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être jugée incompatible avec les obligations que celui-ci imposait à cette partie contractante, même si l'occasion ne s'était pas encore présentée de l'appliquer effectivement, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif la possibilité d'agir de façon incompatible avec l'Accord général n'était pas, en soi, incompatible avec celui-ci.[405] Dans ces conditions, *on peut penser que la disposition de l'Accord sur l'OMC relative à la compatibilité du droit interne avec le droit de l'OMC sera interprétée comme instituant l'obligation pour chaque Membre de l'OMC de faire en sorte que le droit interne permette à l'exécutif d'agir en conformité avec ses obligations au regard de l'Accord sur l'OMC*."[406]

4.785 Les États-Unis font observer que, dans sa communication, M. Kuyper lui aussi, a déclaré que l'article XVI:4

> "pourrait s'avérer être une obligation extrêmement contraignante, exigeant la conformité totale du droit communautaire et de toutes les lois des États membres … avec les dispositions précises des annexes de l'Accord sur l'OMC. *Elle pourrait aussi n'avoir pratiquement aucune conséquence par rapport à la situation actuelle si elle est interprétée à la lumière de la jurisprudence des groupes spéciaux qui détermine qu'une loi ou réglementation est contraire au GATT uniquement si elle est impérative et en tant que telle contraire à ses dispositions, mais que ce n'est pas le cas si le texte de la loi ou de la réglementation autorise une application conforme aux règles du GATT*.[407] Si la compatibilité avec les obligations au regard de l'OMC est interprétée de cette manière – ce qui ne serait pas déraisonnable compte tenu du fait que l'OMC

---

[404] (note de bas de page de l'original) Article 16 6) du Code antidumping et article 19.5 de l'Accord relatif aux subventions et aux mesures compensatoires.

[405] (note de bas de page de l'original) Voir IBDD, S39/222.

[406] Frieder Roessler, "The Agreement Establishing the World Trade Organization", in The Uruguay Round Results, A European Lawyer's Perspective 67, 80 (sous la direction de Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod et Éric Gippini Fournier, 1995) (non souligné dans l'original).

[407] (citation dans l'original) Voir *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation ("Fonds spécial pour l'environnement")*, IBDD, S34/154, paragraphe 5.2.9 et *CEE – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, IBDD, S37/142, paragraphe 5.25-26. Les États-Unis relèvent qu'il n'est pas fait référence au Protocole d'application provisoire ni à des affaires à propos desquelles il aurait été cité.

> mérite de "l'acquis gattien"[408] – il devrait être clair que la valeur ajoutée par l'article XVI:4 est plutôt limitée."[409]

4.786 Les États-Unis font observer en outre que M. Kuyper a dit dans une note de bas de page que la conclusion selon laquelle la "valeur" de l'article XVI:4 est "plutôt limitée" exprimait le point de vue personnel de l'auteur.[410] Il a ajouté ensuite que si une conception plus large de l'article XVI:4 était adoptée, "il devait être clair que les Communautés européennes et leurs États membres avaient l'obligation de maintenir constamment leurs lois et réglementations en conformité avec les termes de l'Accord sur l'OMC et de ses annexes. Cela n'est pas chose aisée."[411] Il a expliqué que, pour éviter la sanction de groupes spéciaux établis dans le cadre de l'OMC, la Commission serait amenée à intervenir brutalement pour faire appliquer promptement les règles de l'OMC par les États Membres en recourant à l'article 169 du Traité de Rome, qui n'avait guère été utilisé pour faire appliquer des traités internationaux.[412] Il en résulterait une modification radicale de l'équilibre entre la Commission et les États Membres.

4.787 Les États-Unis font valoir ensuite que le conseiller juridique des CE, dans une communication rédigée peu après l'achèvement des négociations, avait adopté une position contradictoire par rapport à celle des Communautés européennes dans le présent différend, et exprimé l'avis que, selon lui, l'article XVI:4 ne modifiait en rien l'application du principe que les lois sont compatibles avec les règles de l'OMC si elles prévoient des pouvoirs discrétionnaires permettant d'agir de manière compatible avec les règles de l'OMC. Comme les États-Unis, dans le cas présent, M. Kuyper avait au contraire souligné les effets perturbateurs considérables pour la sécurité et la prévisibilité qu'aurait l'adoption d'une interprétation différente. Comme les États-Unis, il escomptait fermement que le principe de la jurisprudence *Fonds spécial pour l'environnement* continuerait d'être appliqué.

4.788 Les États-Unis font observer en outre que le témoignage du Professeur Jackson devant le Congrès montre bien que le professeur lui aussi tenait pour acquises la pertinence et l'applicabilité du principe selon lequel une législation qui prévoirait des pouvoirs discrétionnaires suffisants pour agir de manière compatible avec les règles de l'OMC ne serait pas incompatible avec les règles de l'OMC. Ainsi, avait-il souligné, "le pouvoir exécutif semble avoir des pouvoirs discrétionnaires pour appliquer les mesures visées à l'article 301 d'une manière compatible avec les nouvelles règles concernant le règlement des différends proposées dans le cadre du Cycle d'Uruguay".[413]

4.789 Les États-Unis ajoutent qu'il ressort du témoignage du Professeur Jackson que, quelles que soient les dispositions de la loi concernant les déterminations et le moment où elles sont établies, la

---

[408] (citation dans l'original) Voir article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC.

[409] Pieter-Jan Kuyper, "The New WTO Dispute Settlement System: The Impact ont the Community" in The Uruguay Round Results, A Europeam Lawyers' Perspective 87, 110 (sous la direction de Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod et Éric Gippini Fournier, 1995) (non souligné dans l'original).

[410] *Ibid.*, note de bas de page 46.

[411] Pieter-Jan Kuyper, "The New WTO Dispute Settlement System: The Impact ont the Community" in The Uruguay Round Results, A Europeam Lawyers' Perspective 87, 110 (sous la direction de Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod et Éric Gippini Fournier, 1995) (non souligné dans l'original), page 110.

[412] *Ibid.*, pages 110 et 111.

[413] Témoignage du Professeur Jackson, *op.cit.*, page 200.

loi des États-Unis comporte des assurances additionnelles pour dissiper les incertitudes éventuelles des autres Membres. À propos de la loi, avant modification, il avait déclaré:

> "Je continue de penser que l'article 301, appliqué de manière appropriée sous sa forme légale *actuelle*, est une mesure constructive pour la politique commerciale des États-Unis et la politique commerciale mondiale. L'article 301 invite à soumettre au processus international de règlement des différends les affaires qui font l'objet de la procédure visée à l'article 301."[414]

4.790 Les États-Unis ajoutent que la loi des États-Unis contient aussi des assurances, à savoir la prescription contenue à l'article 304 a) (1) selon laquelle les déterminations établissant que des droits au titre d'un accord ont été frustrés doivent être fondées sur les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD. Ainsi, bien que l'Accord sur l'OMC ne prévoie pas de donner d'autres assurances que la bonne foi des Membres et la sécurité inhérente à des procédures effectives de règlement des différends, les États-Unis ont en fait inséré dans la loi des assurances légales complémentaires. Dire que les Communautés européennes ou un autre Membre se sentent malgré tout "menacés" devant ces assurances est absurde et témoigne simplement du désir d'attaquer une loi non pas pour ce qu'elle est ou ce qu'elle impose mais en invoquant des exemples concrets de la manière dont il a été fait usage des pouvoirs discrétionnaires dans le passé, exemples qui ne sont pas du mandat du groupe spécial, et qui tous concernent des affaires dans lesquelles les règles multilatérales de règlement des différends ont été appliquées parallèlement lorsqu'un droit des États-Unis au titre d'un accord multilatéral était en jeu.

3. Article 306

a) Aperçu de la question

4.791 **Les Communautés européennes allèguent** que l'article 306 a) prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de contrôler la mise en œuvre par les Membres de l'OMC des recommandations de l'ORD. L'article 306 b) 2) indique les délais dans lesquels le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit déterminer s'il y a eu mise en œuvre.

> "Si … le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que le pays étranger n'a pas mis en œuvre [une recommandation faite dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce] celui-ci [arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a)] … au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre, conformément au paragraphe [*sic*] 21 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends … ".

4.792 De l'avis des Communautés européennes, la détermination par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales du fait que les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre implique une détermination du fait que le Membre concerné de l'OMC manque aux obligations qui lui incombent en vertu d'un accord de l'OMC, ou annule ou compromet des avantages résultant pour les États-Unis d'un tel accord. S'il y a un différend portant sur la question de la mise en œuvre, les États-Unis doivent donc recourir à l'ORD pour régler la question, conformément aux dispositions de l'article 23:1 et 2 a). L'article 21:5 établit une procédure obligatoire spécifique pour les différends portant sur la mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD:

---

[414] Témoignage du Professeur Jackson, *op.cit.*, page 200. (pas d'italique dans l'original, non souligné dans l'original).

> "Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question."

4.793 Les Communautés européennes font aussi valoir que le délai de 30 jours prévu à l'article 306 b) 2) fait qu'il est impossible pour les États-Unis d'attendre les conclusions d'une telle procédure avant d'établir une détermination concluant que le Membre concerné n'a pas donné suite aux décisions ou recommandations de l'ORD.

4.794 Les Communautés européennes réaffirment qu'en conséquence du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont contracté l'obligation internationale qui n'est assortie d'aucune réserve ni condition de ne pas revenir aux déterminations et mesures unilatérales. En imposant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales l'obligation de déterminer dans tous les cas au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu que le Membre concerné n'a pas donné suite aux décisions ou recommandations de l'ORD sans attendre les conclusions des procédures pertinentes de règlement des différends, les États-Unis sont contraints par leur propre législation d'agir d'une manière incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.795 **En réponse, les États-Unis font observer** que les Communautés européennes font valoir que l'article 306 b) viole aussi l'article 23 parce que le libellé de l'article 306 b) "implique une détermination du fait que le Membre concerné de l'OMC manque aux obligations qui lui incombent en vertu d'un accord de l'OMC". Le fait que les CE emploient le terme "implique" montre bien qu'elles ne peuvent alléguer de façon crédible que l'article 306 b) impose une telle détermination. Dans le bref énoncé qu'elles consacrent à cette question, les Communautés européennes ignorent le libellé et le but de l'article 306 b), ainsi que les constatations des arbitres désignés en vertu de l'article 22:6 dans le différend concernant les *bananes* rejetant des allégations analogues des CE.

4.796 Les États-Unis soulignent aussi que l'article 306 prévoit une procédure relevant du droit des États-Unis par laquelle les États-Unis se réclament du droit de prendre des mesures conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord, c'est-à-dire de prendre des mesures lorsqu'un partenaire commercial des États-Unis ne met pas en œuvre des recommandations de l'ORD. Là encore, les délais prévus par la loi sont conformes à ceux qui sont prévus par le Mémorandum d'accord.

4.797 Les États-Unis contestent aussi le postulat des CE selon lequel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit toujours conclure qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les décisions ou recommandations de l'ORD. Encore une fois, l'article 23:2 a) interdit seulement d'établir certaines déterminations concluant qu'il y a eu violation. Il n'interdit pas, par exemple, d'établir une détermination concluant qu'il n'y a pas eu violation ou une détermination consistant à décrire l'état d'une affaire du point de vue de la procédure. Ainsi, même si les Communautés européennes pouvaient à juste titre "impliquer" une détermination stipulée par l'article 306 b), elles devraient encore prouver que l'article 306 prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer qu'il y a eu violation. Or, les Communautés européennes ignorent simplement cette étape dans leur argument. Elles ne tentent même pas de s'acquitter de la charge qui leur incombe sur ce point et, de fait, il ne vaudrait pas la peine pour elles d'essayer. Rien dans l'article 306 b) n'empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'estimer qu'un autre Membre a pleinement mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD et de ne prendre aucune mesure. Cela, en soi-même et par soi-même, affaiblit l'argument des CE selon lequel l'article 306 impose d'établir une détermination concluant qu'il y a eu violation, non conforme aux prescriptions de l'article 23:2 a).

4.798 Les États-Unis soutiennent que l'article 306 b) ne fait pas obligation aux autorités des États-Unis d'Amérique de violer l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que l'article 306 b)

> "est incompatible avec l'article 23:2 b) [*sic*] du Mémorandum d'accord parce qu'il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer *sur la question de savoir si* une recommandation de l'ORD a été mise en œuvre, indépendamment de la question de savoir si les travaux entrepris à ce sujet au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sont achevés". (pas d'italique dans l'original)

Encore une fois, le fait même que les CE emploient l'expression "la question de savoir si" montre qu'elles n'ont pas posé la question appropriée. Il faut d'abord que l'article 306 b) impose une détermination concluant à un manquement pour que les autres prescriptions de l'article 23:2 a) deviennent pertinentes. Tel n'est pas le cas.

b) Éléments constitutifs d'une "détermination" – Rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

4.799 Les États-Unis expliquent que lorsque l'ORD a adopté les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel établissant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales se prononce sur ce résultat conformément à l'article 304 a) 1). En vertu des règles de l'ORD, la partie défenderesse doit indiquer ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD à une réunion de l'ORD tenue dans les 30 jours suivant la date d'adoption des constatations en question. Si cette partie indique son intention de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales considère que cette déclaration est une "mesure satisfaisante" au sens de l'article 301 a) 2) B) i)[415], justifiant qu'il soit mis fin à une enquête ouverte en vertu de l'article 302.[416]

4.800 Les États-Unis ajoutent que pendant le délai raisonnable de mise en œuvre prévu à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales contrôle la mise en œuvre conformément à l'article 306 a). L'article 306 b) prévoit les situations dans lesquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'à l'expiration du délai raisonnable, il n'y a pas eu mise en œuvre. Cet article dispose ce qui suit:

> "1) RÈGLE GÉNÉRALE. – Si, compte tenu du contrôle effectué au titre du paragraphe a) du présent article, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'un pays étranger ne met pas en œuvre de manière satisfaisante une mesure ou un accord visé par le paragraphe a) du présent article, il arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a). Aux fins de l'article 301, cette décision est réputée constituer une détermination établie au titre de l'article 304 a) 1).

[415] Article 301 a) 2) B) ii), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) ii).

[416] Les États-Unis citent, par exemple: Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (pièce n° 7 des États-Unis).

> 2) RECOMMANDATIONS FAITES DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS DE L'OMC. – Si la mesure ou l'accord visé par le paragraphe a) du présent article concerne la mise en œuvre d'une recommandation faite dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre, celui-ci établit la détermination prévue au paragraphe 1) au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre, conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ...".[417]

4.801 Les États-Unis soutiennent que contrairement aux allégations des CE, le libellé de l'article 306 b) n'"implique" pas – et à plus forte raison, ne dispose pas – que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir une détermination contrevenant à l'article 23. L'article 306 b) énonce les mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devrait prendre pour faire valoir les droits des États-Unis au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord lorsqu'il estime qu'il n'y a pas eu pleine mise en œuvre par un autre Membre de l'OMC. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit procéder à ce jugement – qui n'est pas une "détermination" – parce que le délai prévu à l'article 22 du Mémorandum d'accord exige qu'il le fasse.[418]

4.802 Les États-Unis notent que dans le cadre des procédures énoncées aux paragraphes 2, 6 et 7 de l'article 22 du Mémorandum d'accord, une partie plaignante souhaitant se prévaloir de la règle du consensus négatif doit indiquer à l'ORD la manière dont elle se propose de suspendre les concessions dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable. L'article 306 b) prévoit l'équivalent dans la législation des États-Unis de ce processus, puisqu'il prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'arrêter les mesures qu'il se propose de prendre dans un même délai de 30 jours.

4.803 Selon les États-Unis, l'article 22:2 du Mémorandum d'accord dispose que si un Membre ne respecte pas les recommandations de l'ORD avant l'expiration du délai raisonnable déterminé conformément à l'article 21:3, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite, à des négociations avec la partie plaignante en vue de trouver une compensation. S'il n'est pas possible de parvenir à un accord sur une compensation dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable est venu à expiration, la partie plaignante peut demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations.[419] En vertu de l'article 22:6 du

---

[417] Article 306 b), 19 U.S.C. § 2416 b).

[418] Les États-Unis font observer que l'article 306 b) ne prévoit pas que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établisse une détermination définitive ou formelle concluant que le partenaire commercial, en fait, n'a pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD, pas plus qu'il n'empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales soit d'établir une telle détermination, soit de mettre en œuvre une telle mesure, sous réserve d'autorisation accordée par l'ORD au titre des paragraphes 2, 6 ou 7 de l'article 22. Là encore, les Communautés européennes assument, sans le démontrer, que le libellé de la loi qui laisse un important pouvoir d'appréciation impose en fait une mesure incompatible avec l'OMC.

[419] L'article 22:2 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

"Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de

Mémorandum d'accord, l'ORD est tenu en l'absence d'un consensus négatif de satisfaire à cette demande dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins que le Membre concerné ne demande que la question soit soumise à arbitrage en ce qui concerne le niveau ou la nature de la suspension proposée. Dans ce cas, la question est soumise à un arbitrage, lequel doit aboutir à une décision dans un délai de 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration.[420] Si la partie plaignante demande alors l'autorisation de suspendre des concessions conformément à la décision de l'arbitre, l'ORD est tenu, en vertu de l'article 22:7, de faire droit à cette demande en l'absence d'un consensus négatif.[421]

4.804 Les États-Unis font aussi valoir que l'article 22:2 et 22:6 présuppose que le trentième jour au plus tard suivant l'expiration du délai raisonnable, une partie plaignante souhaitant suspendre des concessions aura déjà indiqué la manière dont elle a l'intention de le faire. Autrement, l'ORD ne serait pas en mesure d'autoriser cette suspension à partir du trentième jour, et le Membre concerné ne serait pas en mesure d'évaluer la proposition comme il devrait pouvoir le faire pour contester le niveau ou la nature de la suspension proposée. Si la partie plaignante devait attendre après le trentième jour pour proposer la suspension des concessions, elle perdrait l'avantage de l'autorisation de suspendre les concessions accordée automatiquement par l'ORD (sous réserve de la règle du consensus négatif) prévue à l'article 22:6 et 22:7.

4.805 Les États-Unis concluent qu'une détermination de la mesure proposée en vertu de l'article 306 b) n'est pas seulement permise dans le cadre du règlement des différends prévu par le

---

règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés."

[420] L'article 22:6 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

"Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. Cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général, et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Les concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage."

[421] L'article 22:7 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

"L'arbitre [note de bas de page omise], agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation. Dans le cas où l'arbitre déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. Les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage. L'ORD sera informé dans les moindres délais de cette décision et accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande."

Mémorandum d'accord, mais est expressément requise par ce système dans les cas où un Membre souhaite exercer son droit de suspendre des concessions.

4.806 En ce qui concerne l'allégation des CE selon laquelle une telle détermination "implique" que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine aussi qu'un autre Membre a violé des droits conventionnels des États-Unis, les États-Unis notent tout d'abord que l'article 306 b) ne comporte aucune implication de ce genre; et que, quand bien même il en comporterait, une implication ne pourrait à elle seule servir de base à une constatation établissant que l'article 306 b) contrevient à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Il incombe aux Communautés européennes de démontrer que l'article 306 b) impose une détermination contrevenant à l'article 23:2 a), et que le libellé de l'article 306 b) ne peut pas être interprété d'une manière qui n'"implique" pas une telle détermination.[422] L'article 306 b) prescrit seulement une détermination de la mesure proposée et, comme les États-Unis l'ont vu, cela est entièrement compatible avec le cadre établi par les paragraphes 2, 6 et 7 de l'article 22 du Mémorandum d'accord.

4.807 Les États-Unis font observer que les Membres de l'OMC qui souhaitent exercer leurs droits au regard de l'OMC doivent se prononcer sur le point de savoir si d'autres Membres agissent de façon compatible avec leurs obligations. Si, aux fins de l'article 23:2 a), des "déterminations" établissant la violation d'un accord peuvent être "impliquées" à partir d'autres mesures ou déterminations, les États-Unis doivent conclure que la décision prise par les CE de porter cette affaire devant l'ORD "implique" que les Communautés européennes ont, contrairement à l'article 23:2 a), établi une détermination concluant que les États-Unis ont enfreint le Mémorandum d'accord et le GATT de 1994. De même, lorsque les Communautés européennes décrient, dans la presse, des mesures "illégales" prises par les États-Unis[423], les États-Unis peuvent-ils "impliquer" que les Communautés européennes ont établi une telle détermination? On peut présumer que tel n'est pas le cas, mais alors, comment distinguer entre les différentes "déterminations" qui peuvent être "impliquées" à partir de diverses déclarations des pouvoirs publics et mesures prises par eux, y compris les mesures prises en rapport avec une procédure multilatérale de règlement de différends?

4.808 Les États-Unis estiment que l'article 23 vise à assurer que les Membres appliquent les règles multilatérales visant le règlement des différends lorsqu'ils estiment que leurs droits conventionnels ont été violés. L'interprétation large du terme "détermination" que proposent les Communautés européennes est à la fois inutile et potentiellement contraire à l'objet et au but de l'article 23. De toute évidence, les Membres n'engageront une procédure multilatérale de règlement des différends – y compris une demande de suspension des concessions – que s'ils estiment qu'un autre Membre ne s'acquitte pas de ses obligations. L'article 306 b) ne dit rien de plus. Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estime" qu'un autre Membre n'a pas donné suite aux recommandations de l'ORD, il doit décider de la marche à suivre – à vrai dire, il doit le faire pour bénéficier de la règle du consensus négatif. Interpréter cela comme une "détermination" de l'existence d'une violation aux fins de l'article 23:2 a) serait empêcher, et non encourager, le recours aux règles multilatérales de règlement des différends.

4.809 Les États-Unis allèguent que les postulats des CE qui concernent l'article 306 b) sont, si cela est possible, encore plus extrêmes que ceux qui ont trait à l'article 304. Les Communautés européennes assument qu'elles peuvent "impliquer", à partir du libellé de l'article 306, une

[422] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac, op. cit.*, paragraphe 123.

[423] Les États-Unis citent, par exemple, l'article intitulé "U.S. threatens tariffs on European luxury items", *The Associated Press*, 22 décembre 1998 (dans lequel Sir Leon Brittan déclare, à propos de l'article 301: "Il est temps de prendre des mesures contre l'effet pernicieux et *illicite* de cette législation totalement unilatérale." (pas d'italique dans l'original)).

détermination de l'existence d'une violation ne satisfaisant pas aux prescriptions de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Le fait que les CE emploient le terme "implique" en dit long sur l'incapacité dans laquelle elles se trouvent de s'acquitter de la charge qui leur incombe, à savoir établir que l'article 306 impose une telle détermination. L'article 306 n'impose pas, et on ne peut pas dire non plus qu'il "implique", une détermination concluant qu'un autre Membre de l'OMC a manqué à ses obligations au regard de l'OMC, et les Communautés européennes ne peuvent pas simplement assumer que l'article 306 le fait.

4.810 Les États-Unis expliquent qu'en vertu de l'article 306, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales propose les mesures qu'il prendra lorsqu'il "estime" qu'un autre Membre de l'OMC n'a pas mis en œuvre des décisions ou recommandations de l'ORD. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit proposer ces mesures au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable, de manière à permettre aux États-Unis de demander et d'obtenir l'autorisation de suspendre des concessions, conformément aux paragraphes 2 et 6 de l'article 22 du Mémorandum d'accord.

4.811 Les États-Unis font valoir que l'emploi du terme "estime" dans la loi américaine indique clairement qu'il ne s'agit aucunement de détermination formelle. De fait, les termes "estime" ou "considère" sont employés dans diverses dispositions du Mémorandum d'accord lui-même, comme les articles 3:3, 4:1, 4:7, 5:4 et 10:4. Comme dans l'article 306, les dispositions citées énoncent les mesures qu'une partie peut prendre pour faire valoir ses droits au regard de l'OMC lorsqu'elle a le sentiment qu'elle a été frustrée de tels droits. Il est évident que lorsque des Membres ont recours aux procédures de règlement des différends, ils le font parce qu'ils ont le sentiment d'avoir été frustrés de leurs droits. Le Mémorandum d'accord, comme l'article 306, rend compte de cette notion en utilisant les termes "estime" ou "considère". Par exemple, l'article 3:3 dispose que "le règlement rapide de toute situation dans laquelle un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui ... se trouve compromis par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres". De même, l'article 10:4 dispose qu'une tierce partie à un différend peut avoir recours aux procédures normales de règlement des différends si elle "estime qu'une mesure qui a déjà fait l'objet de la procédure des groupes spéciaux annule ou compromet des avantages résultant pour elle d'un accord visé".

4.812 De l'avis des États-Unis, il est difficile de voir quelle logique permettrait de conclure qu'un Membre n'a tenu aucun compte des règles et procédures du Mémorandum d'accord en se fondant précisément sur le fait que ce Membre juge nécessaire de recourir à ces règles et procédures. Or telle est la conclusion des CE. Elle va à l'encontre du but même de l'article 23:2 a), qui est d'encourager les déterminations à l'échelon multilatéral. Le Groupe spécial devrait donc rejeter l'allégation des CE selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit une détermination "implicite" de l'existence d'une violation lorsqu'il estime qu'un autre Membre n'a pas donné suite aux décisions ou recommandations de l'ORD.

4.813 Les États-Unis réaffirment que, pour s'acquitter de la charge qui leur incombe, les Communautés européennes doivent démontrer que l'article 306 b) retire aux États-Unis la possibilité d'agir de façon compatible avec leurs obligations au regard de l'OMC, et que le libellé de l'article 306 b) ne peut pas être interprété comme permettant d'agir de façon compatible avec ces obligations. Toutefois, à supposer même que l'on admette l'argument des CE selon lequel le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit une détermination "implicite" aux fins de l'article 23:2 a) lorsqu'il estime qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre des recommandations de l'ORD et qu'il arrête des mesures à prendre, rien dans l'article 306 b) n'exige que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estime" effectivement qu'il n'y a pas eu mise en œuvre. L'article 306 b) n'établit aucun critère prescrivant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'"estimer" qu'il n' y a pas eu mise en œuvre lorsqu'un ensemble donné de circonstances sont réunies. Comme dans le cas de

la détermination en vertu de l'article 304 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il prend sa décision, et le fait qu'il puisse choisir de ne prendre aucune mesure établit, en lui-même et par lui-même, que l'article 306 n'impose pas de mesure incompatible avec les règles de l'OMC.

4.814 De l'avis des États-Unis, en se fondant sur le postulat erroné selon lequel l'article 306 b) à la fois "implique" une détermination aux fins de l'article 23:2 a) et exige que cette détermination soit toujours positive, les Communautés européennes font valoir que le délai de 30 jours prévu à l'article 306 b) pour cette prétendue détermination empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de fonder sa détermination sur les constatations du groupe spécial établi en vertu de l'article 21:5, puisque la procédure prévue à l'article 21:5 peut exiger jusqu'à 90 jours.[424] Les Communautés européennes allèguent que les Membres de l'OMC sont tenus de demander l'établissement d'un groupe spécial en vertu de l'article 21:5 dès lors qu'il s'agit de mise en œuvre. Cette allégation n'est pas correcte, comme cela ressort abondamment des discussions actuellement consacrées au réexamen du Mémorandum d'accord, au cours desquelles les Membres sont aux prises avec des propositions qui visent précisément à amender le Mémorandum d'accord sur ce point.[425] Toutefois, même si, pour les besoins de l'argumentation, on admettait l'allégation des CE, le délai de 30 jours prévu à l'article 306 b) n'empêcherait pas l'examen des constatations du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 et l'établissement d'une détermination sur cette base.

4.815 Les États-Unis font observer que les Communautés européennes font valoir que la procédure prévue à l'article 21:5 doit obligatoirement être respectée avant qu'une partie plaignante puisse demander, ou que l'ORD puisse autoriser, la suspension des concessions. Toutefois, en autorisant les États-Unis, dans le différend concernant les *bananes*, à adopter des mesures de rétorsion sur la seule base de la décision des arbitres désignés en vertu de l'article 22:6, l'ORD a implicitement rejeté cet argument. De plus, les arbitres en question ont eux-mêmes explicitement refusé d'admettre la position des CE.[426]

4.816 Les États-Unis font valoir que les arbitres ont pris note de l'opinion des États-Unis selon laquelle si la partie plaignante ne pouvait demander l'autorisation de suspendre des concessions dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, elle perdrait le bénéfice de la règle du consensus négatif.[427] De plus, dans la mesure où un Membre estimait avoir mis en œuvre les recommandations de l'ORD, il pouvait demander un arbitrage au titre de l'article 22:6. Les arbitres aborderaient la question de la mise en œuvre en déterminant l'étendue de l'annulation ou de la

---

[424] L'article 21:5 dispose ce qui suit:

"Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question. Lorsque le groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport."

[425] Voir Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres - Rev.3 (12 décembre 1998).

[426] Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dans *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB, paragraphe 4.11 (9 avril 1999).

[427] *Ibid.*

réduction d'avantages, condition préalable à l'exécution de leur mandat inscrit à l'article 22:7, à savoir déterminer si le niveau de la suspension était équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages.[428] Les arbitres ont aussi noté qu'ils pouvaient aborder la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages à cette fin, même sans établir une détermination formelle de l'existence d'une annulation ou d'une réduction d'avantages et ont souligné que "l'objectif de l'article 23 – une détermination multilatérale – est atteint si la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages est examinée dans une procédure d'arbitrage soumise au groupe spécial initial".[429]

4.817 Les États-Unis soutiennent que l'allégation des CE selon laquelle l'article 306 b) contrevient à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord repose sur une série de postulats non étayés – que l'article 306 b) "implique" la détermination de l'existence d'une violation au sens de l'article 23:2 a), que la détermination en vertu de l'article 306 b) ainsi impliquée serait toujours positive et que les Membres de l'OMC doivent toujours recourir à une procédure au titre de l'article 21:5 avant de demander l'autorisation de suspendre des concessions. En énonçant ces postulats, les CE ne s'acquittent aucunement de la charge qui leur incombe de démontrer que l'article 306 b) exige des mesures incompatibles avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

4.818 Les États-Unis contestent le postulat des CE selon lequel un Membre souhaitant suspendre des concessions en vertu de l'article 22 du Mémorandum d'accord doit d'abord obtenir une détermination au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. Selon les Communautés européennes, comme le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit formuler sa détermination "implicite" de l'existence d'une violation en vertu de l'article 306 b) dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable, il est possible que cette détermination intervienne avant l'expiration du délai de 90 jours prévu à l'article 21:5. Les Communautés européennes soutiennent donc que l'établissement d'une détermination par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas autorisé dans le cadre de procédures multilatérales.

4.819 Les États-Unis font valoir que compte tenu des autres postulats erronés que posent les Communautés européennes en ce qui concerne les déterminations "implicites" de l'existence d'une violation et la question de savoir si ces déterminations doivent, en vertu de l'article 306, être positives, le Groupe spécial n'a pas besoin d'aborder la question – et ne devrait donc pas le faire – de savoir si un Membre doit d'abord avoir recours aux procédures prévues à l'article 21:5 avant de demander l'autorisation de suspendre des concessions en vertu de l'article 22. L'absence d'une telle prescription est précisément ce qui a donné lieu à une intensification des négociations au sein de l'ORD pendant les cinq mois écoulés. Si cette question a bien sa place dans des négociations visant à modifier le Mémorandum d'accord, elle n'est pas susceptible, pour cette raison même, d'être résolue par un groupe spécial. Les États-Unis notent néanmoins que dans le différend concernant les *bananes*, les arbitres n'ont pas admis les arguments des CE. De fait, l'article 22 ne contient aucune référence quelle qu'elle soit à l'article 21:5, et l'article 23:2 c) n'en contient pas non plus. Les délais indiqués à l'article 22 pour ce qui est de demander l'autorisation de suspendre des concessions sont calculés exclusivement à partir de la date d'expiration du délai raisonnable.

---

[428] Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dans *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB, paragraphe 4.11 (9 avril 1999).

[429] *Ibid.*, paragraphes 4.12, 4.14. Les États-Unis notent que ces conclusions rendent plus évidente encore l'interprétation correcte du terme "détermination" aux fins de l'article 23:2 a), puisqu'elles soulignent que lorsqu'un Membre cherche à obtenir une détermination multilatérale de ses droits conventionnels, il doit prendre des décisions concernant ces droits.

4.820 Les États-Unis font observer que l'article 22:6 prescrit explicitement que l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande ou que le niveau de la suspension proposée ne soit contesté. Le délai de 30 jours prévu à l'article 306 n'est donc pas seulement compatible avec l'article 22, il est prescrit par lui. Si les États-Unis ou un autre Membre étaient contraints d'attendre que le trentième jour soit écoulé avant de proposer et de demander l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion, ils perdraient le bénéfice de la règle du consensus négatif. L'un des principaux outils prévus dans le Mémorandum d'accord pour assurer le respect des décisions de l'ORD serait ainsi privé de son efficacité.

4.821 **Les Communautés européennes notent** que les Communautés européennes et les États-Unis n'interprètent pas de la même manière les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord.

4.822 Pour ce qui est du délai, les Communautés européennes notent qu'en vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, l'arbitrage portant sur le niveau ou la nature de la suspension des concessions ou obligations

> "sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration".

4.823 Les Communautés européennes estiment qu'une demande de suspension des concessions doit être compatible avec la décision de l'arbitre et doit être présentée au moins dix jours avant la réunion de l'ORD. Ainsi, même si la décision de l'arbitre est prise avant l'expiration du délai de 60 jours, 70 jours peuvent s'écouler avant l'expiration du délai de mise en œuvre et l'octroi de l'autorisation de l'ORD.[430] Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est néanmoins tenu en vertu de l'article 305 de déterminer unilatéralement le niveau et la nature de la suspension des concessions ou autres obligations dans un délai de 60 jours. Les Communautés européennes notent que les États-Unis n'ont pas fait valoir que les postulats admis par les CE en ce qui concerne le délai de 70 jours étaient incorrects.

4.824 Les Communautés européennes font observer que les États-Unis contestent l'allégation des CE selon laquelle les Membres de l'OMC sont tenus de demander l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 dès lors que la mise en œuvre est en cause. Les États-Unis affirment que:

> "Cette allégation n'est pas correcte, comme cela ressort abondamment des discussions actuellement consacrées au réexamen du Mémorandum d'accord, au cours desquelles les Membres sont aux prises avec des propositions qui visent précisément à amender le Mémorandum d'accord sur ce point … [E]n autorisant les États-Unis, dans le différend concernant les *bananes*, à adopter des mesures de rétorsion sur la seule base de la décision des arbitres désignés en vertu de l'article 22:6, l'ORD a implicitement rejeté cet argument. De plus, les arbitres en question ont eux-mêmes explicitement refusé d'admettre la position des CE."

4.825 Les Communautés européennes abordent ce point à l'occasion de la réponse à cette question puisqu'elle se rattache à la question de la durée des procédures de règlement des différends et à l'absence de conformité des articles 301 à 310 avec les obligations au regard de l'OMC découlant pour les États-Unis du Mémorandum d'accord.

---

[430] Les Communautés européennes ont compris la déclaration orale du Japon en tant que tierce partie lue le 30 juin, au paragraphe 7, comme confirmant cette interprétation (simple et directe) des règles de procédure obligatoires en vigueur applicables aux réunions de l'ORD.

4.826 Les Communautés européennes soutiennent, premièrement, qu'il est incorrect d'affirmer que l'ORD a implicitement rejeté l'argument des CE lorsqu'il a autorisé la suspension des concessions dans la troisième procédure concernant les *bananes*. L'ORD a entériné par consensus inverse la décision des arbitres concernant un niveau de suspension équivalant au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Tel était le rôle de l'ORD en vertu de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, qui représente l'image inversée du mandat du groupe spécial siégeant en qualité d'arbitre prévu par la même disposition. L'ORD n'a jamais entériné la décision des arbitres[431], ni approuvé explicitement ou implicitement sa teneur, sauf pour ce qui est de l'autorisation du niveau de suspension des concessions. De fait, la plupart des Membres participant à la réunion de l'ORD du 19 avril 1999 ont estimé que, lorsqu'il a abordé les arguments de fond concernant la compatibilité des mesures adoptées par les Communautés européennes pour donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD, le Groupe spécial siégeant en qualité d'arbitre avait nettement excédé les limites de sa compétence. Les Communautés européennes considèrent donc que cette partie de sa décision a été prise en dehors des limites de son mandat et est donc juridiquement non avenue.

4.827 En deuxième lieu, les Communautés européennes font valoir, comme cela a aussi été rappelé par le Brésil, que "le moyen logique de procéder adopté dans l'arbitrage concernant les *bananes* ne doit pas servir de précédent pour l'interprétation de l'ordre chronologique dans lequel les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord doivent être invoqués".[432] L'affirmation des États-Unis selon laquelle l'ORD aurait "implicitement rejeté" les vues de la majorité des Membres de l'OMC concernant l'article 21:5 donne une représentation incorrecte de la réalité. Comme le Brésil l'a fait observer, "il suffirait de lire les longs comptes rendus des discussions consacrées au différend concernant les bananes pour confirmer qu'il n'y a jamais eu de rejet implicite de cet ordre chronologique obligatoire".[433]

4.828 Troisièmement, les Communautés européennes notent que l'article 21:5 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

> "Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question."

4.829 De l'avis des Communautés européennes, cette disposition et en particulier l'emploi du futur dans la version française (de "*shall*" dans la version anglaise) ainsi que l'emploi des termes "groupe spécial" et "les présentes procédures de règlement des différends" doivent être interprétés conformément aux principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est-à-dire doivent être interprétés

[431] Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB, 9 avril 1999.

[432] Les Communautés européennes rappellent la déclaration de l'Ambassadeur K. Morjane, Président de l'ORD, à la réunion du 29 janvier 1999 "Le règlement de l'affaire des bananes *serait absolument sans préjudice* des affaires à venir et de la façon dont serait résolue la question systémique du rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord" (WT/DSB/M/54 - italique dans l'original).

[433] Voir aussi le compte rendu de la réunion du Conseil général tenue les 15 et 16 février 1999, dans le document de l'OMC WT/GC/M/35.

> "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" (article 31.1).

4.830 Les Communautés européennes indiquent que leur opinion, soutenue par la vaste majorité des Membres de l'OMC, est que, pris dans son sens ordinaire, le terme "*shall*" exprime "un commandement ou un devoir" (Oxford English Reference Dictionary). Dans le contexte de l'OMC, le terme "groupe spécial" est défini aux articles 6, 7 et 8 du Mémorandum d'accord. Les termes "les présentes procédures de règlement des différends" interprétés "de bonne foi" dans le contexte de l'article 21:5 ne désignent rien d'autre qu'une procédure de règlement des différends dans le cadre du Mémorandum d'accord, qui inclut un groupe spécial tel que défini aux articles 6, 7 et 8 (et non, par conséquent, une procédure d'arbitrage).

4.831 Les Communautés européennes font observer que l'Organe d'appel, dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, a indiqué, au paragraphe 45:

> "Le devoir de celui qui interprète un traité est d'examiner les termes du traité pour déterminer les intentions des parties. Cela devrait se faire conformément aux principes d'interprétation des traités énoncés à l'article 31 de la *Convention de Vienne*. Mais ces principes d'interprétation ne signifient pas qu'il soit nécessaire ni justifiable d'imputer à un traité des termes qu'il ne contient pas ou d'inclure dans un traité des concepts qui n'y étaient pas prévus."

4.832 Les Communautés européennes font ensuite valoir que "dans les cas où il y [a] désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions", il y a une obligation (à moins que le plaignant ne décide de ne pas procéder comme il est autorisé à le faire en vertu de l'article 3:7, première phrase, du Mémorandum d'accord) d'entreprendre une procédure de groupe spécial dont la durée, déterminée par le Mémorandum d'accord lui-même, doit être d'au moins 90 jours. Les articles 301 à 310, en particulier l'article 306, fixent unilatéralement des délais et imposent des déterminations et des mesures obligatoires qui sont clairement incompatibles avec cette disposition. En conséquence, elles contreviennent aussi à l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.833 Les Communautés européennes considèrent que le terme "détermination", à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, doit être interprété conformément aux principes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, c'est-à-dire 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" (article 31.1).

4.834 Les Communautés européennes soutiennent que le sens ordinaire du terme "détermination" est "le processus qui consiste à décider, déterminer ou calculer"; (dans un contexte judiciaire) "la conclusion d'un différend par la décision d'un arbitre"; "la décision rendue"; "une décision ou sentence judiciaire"; au sens figuré: "fermeté dans l'intention, résolution". Le verbe "déterminer" signifie "constater ou établir précisément"; "décider ou régler"; "prendre ou faire prendre une décision"; (dans un contexte judiciaire) "achever ou mener à terme" (Oxford English Reference Dictionary). Ces explications du terme "détermination" s'articulent sans aucune équivoque autour de l'idée d'une décision formelle et définitive entraînant des conséquences juridiques, prise dans le cadre d'une procédure formelle.

4.835 Les Communautés européennes font aussi valoir que le contexte immédiat de cette disposition est l'article 23:1 du Mémorandum d'accord qui décrit l'objet et le but des règles plus détaillées énoncées au paragraphe 2 du même article.[434]

4.836 Les Communautés européennes font observer que l'article 23:1 du Mémorandum d'accord commence par la conjonction temporelle "lorsque" et établit un lien avec une situation dans laquelle un Membre cherche à obtenir

> "réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords".

4.837 Les Communautés européennes allèguent ainsi qu'une déclaration publique ou un rapport faits hors du contexte dans lequel il s'agit d'obtenir réparation d'une violation alléguée ou de toute autre annulation ou réduction d'avantages ou de toute entrave à la réalisation d'un objectif des accords visés ne seraient pas pertinents dans le contexte de l'article 23:1 ou 23:2 du Mémorandum d'accord.

4.838 Selon les Communautés européennes, le contexte indique clairement aussi que les décisions prises pour exercer des droits au titre du Mémorandum d'accord ne sont pas des déterminations visées par l'article 23 parce que le but même de cette disposition est d'assurer que les Membres fassent usage du Mémorandum d'accord. La première phrase de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord fait aussi partie du contexte de l'article 23:2 a). Cette disposition indique que

> "[a]vant de déposer un recours, un Membre jugera si une action au titre des présentes procédures serait utile."

4.839 De l'avis des Communautés européennes, cette disposition est complétée par les dispositions d'autres accords visés concernant les mesures initiales à prendre en cas de différend.[435]

4.840 Les Communautés européennes font valoir que dans ces dispositions, il est fait référence au fait qu'un Membre estime ou considère qu'un autre Membre n'a pas rempli les obligations qu'il a contractées aux termes de l'accord pertinent visé. Une "appréciation" de ce genre est évidemment autorisée par le droit de l'OMC en tant que condition préalable de la mise en route d'une procédure de règlement des différends selon les règles procédurales pertinentes; de fait, elle est nécessaire pour

---

[434] Les Communautés européennes font observer que l'article 23:2 du Mémorandum d'accord commence par le membre de phrase: "[d]ans de tels cas, les Membres". Cela indique que l'article 23:2 est régi par la disposition plus générale contenue à l'article 23:1 du Mémorandum d'accord.

[435] Les Communautés européennes se réfèrent à l'article XXIII:1 du GATT: "Dans le cas où une partie contractante considérerait qu'un avantage résultant pour elle directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs de l'Accord est entravée du fait a) qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées aux termes du présent Accord; b) ou qu'une autre partie contractante applique une mesure, contraire ou non aux dispositions du présent Accord; c) ou qu'il existe une autre situation ..."; à l'article XXIII:1 de l'AGCS: "Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord ..."; à l'article 17.3 de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994: "Dans le cas où un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent accord se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un de ses objectifs est entravée, par un autre ou d'autres Membres ...".

"respecter les règles du jeu". Il est donc évident qu'au regard du droit de l'OMC[436], il faut établir une distinction entre les termes "détermination" et "appréciation".

4.841 Les Communautés européennes concluent donc qu'une appréciation n'est pas autre chose qu'une allégation, une vue exprimée par un Membre de l'OMC. Une simple appréciation n'entraîne en elle-même aucune conséquence juridique, parce qu'elle constitue au mieux la base d'une nouvelle étape de la procédure qui doit encore être accomplie (par le dépôt d'une plainte auprès d'un organe judiciaire extérieur pour obtenir ce que l'on appelle un règlement par une tierce partie). En ce sens, elle est l'expression d'une opinion sujette à confirmation par les organes exclusivement compétents de l'OMC.

4.842 Les Communautés européennes font observer qu'en revanche une détermination est une décision formelle et définitive entraînant des conséquences juridiques clairement définies. Elle n'est pas sujette à confirmation et est conçue pour avoir une conséquence juridique directe en vertu du droit interne, par exemple en tant qu'étape du processus menant à une mesure de rétorsion. Comme elle a des conséquences juridiques, elle se suffit à elle-même et peut devenir le sujet d'un différend, tant dans le cadre national que dans le cadre international.

4.843 Les Communautés européennes soulignent que la détermination d'une absence de violation est, évidemment, l'image inversée de la détermination de l'existence d'une violation. Il n'est pas possible d'établir une détermination (au sens juridique ayant cours à l'OMC, mentionné ci-dessus) en un sens sans qu'existe au moins la possibilité de parvenir à une conclusion différente. Une loi qui exige de statuer dans tous les cas *sur la question de savoir s*'il y a eu violation du droit de l'OMC comporte donc l'exigence de déterminer dans certains cas *qu'*il y a eu violation du droit de l'OMC. Une telle loi impose donc des déterminations qui sont incompatibles avec l'article 23.

4.844 Les Communautés européennes indiquent qu'elles sont fermement persuadées que le système multilatéral de règlement des différends doit avoir le dernier mot lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence ou l'absence d'une violation. L'interdiction contenue à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord doit être interprétée comme proscrivant toute décision formelle et juridiquement contraignante prise par un Membre de l'OMC en ce qui concerne la compatibilité ou l'incompatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises par un autre Membre de l'OMC. Les États-Unis font valoir en réalité que parce que les Membres doivent prendre position quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure adoptée par un autre Membre pour faire valoir leurs droits au titre du Mémorandum d'accord, ils peuvent aussi adopter des déterminations aux fins de décider s'ils imposeront ou non des sanctions unilatérales. Ce raisonnement fait dire aux prescriptions de l'article 23 le contraire de ce qu'elles veulent dire.

4.845 Selon les Communautés européennes, ce sur quoi un Membre de l'OMC peut et doit légitimement prendre une décision est le point de savoir s'il présentera ou non une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC devant le système multilatéral de règlement des différends. Mais c'est là une question visée par une autre disposition du Mémorandum d'accord, à savoir la première phrase de l'article 3:7.

4.846 De l'avis des Communautés européennes, il est vrai que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord a été rédigé en pensant aux articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis. Mais cela signifie, bien entendu, que les participants au Cycle d'Uruguay avaient aussi à l'esprit la menace que faisait planer sur la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales

[436] Les Communautés européennes font observer que cela ne veut pas nécessairement dire que les termes correspondants dans un texte de la législation intérieure d'un Membre de l'OMC doivent être interprétés comme opérant une distinction analogue.

internationales le texte de la Loi sur le commerce extérieur tel qu'il se présentait dans le projet de loi de 1988. Ils voyaient donc la nécessité d'inscrire dans les accords visés un libellé qui constituerait le deuxième volet de ce que les CE ont proposé d'appeler, dans leur déclaration orale du 29 juin, le "marché conclu à Marrakech".

4.847 Les Communautés européennes soutiennent donc que la terminologie employée dans les articles 301 à 310 ne peut pas être décisive pour ce qui est de classer en catégories les différentes dispositions au regard du droit de l'OMC. Bien au contraire, la modification de la Loi sur le commerce extérieur adoptée par le Congrès des États-Unis en 1994 aurait dû permettre d'adapter la législation des États-Unis aux nouvelles règles de l'OMC. Chacun sait que tel n'a pas été le cas. Toute suggestion tendant à ce que l'article 23 du Mémorandum d'accord soit interprété à la lumière de l'article 306 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur telle qu'elle a été modifiée en 1994, après l'achèvement du Cycle d'Uruguay, serait évidemment une absurdité.

4.848 De l'avis des Communautés européennes, l'objectif de l'article 23 du Mémorandum d'accord est d'assurer la résolution multilatérale des différends, comme l'indique le titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord ("Renforcement du système multilatéral"). Le simple fait que l'article 306 b) 2) utilise le verbe "estime" ne signifie pas que cela correspond à une "appréciation" au sens du droit de l'OMC.[437] Ce qui permet de faire la distinction, selon le droit de l'OMC, c'est la question de savoir si le Membre de l'OMC prend, en ce qui concerne la compatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises par un autre Membre, une position formelle et définitive, pouvant entraîner des conséquences juridiques de fond (par exemple, des mesures commerciales) dans le cadre interne, sans attendre les conclusions d'une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

4.849 Les Communautés européennes allèguent que le terme "estime" à l'article 306 b) 2) relève de cette dernière catégorie, en raison de l'existence d'une "détermination" de mesures supplémentaires en vertu de l'article 306 b) 1). Dans le texte de l'article 306, cette "appréciation" aboutit à des mesures supplémentaires (énumérées à l'article 301) dans un délai prédéterminé, indépendamment de la conclusion des procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Cette situation s'est produite, par exemple, dans la phase finale du différend concernant les *bananes* et a débouché sur des mesures commerciales de rétorsion (suspension de la liquidation des droits de douane et augmentation du montant des cautions exigées pour l'importation d'un grand nombre d'articles en provenance des CE) avant la conclusion de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

4.850 Les Communautés européennes allèguent que le choix des termes employés dans la législation des États-Unis est de nature à induire en erreur et ne devrait pas constituer la norme pour l'interprétation de l'article 23 du Mémorandum d'accord. C'est l'opposé qui constitue la méthode correcte en matière d'interprétation et que le Groupe spécial devrait suivre.

---

[437] Les Communautés européennes font observer que la publication au Federal Register du 22 octobre 1998 indique (dans le sommaire) que "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales invite à faire parvenir, par écrit, des observations concernant 1) les mesures que les Communautés européennes ont décidé d'appliquer à partir du 1er janvier 1999 pour mettre en œuvre les recommandations de l'OMC concernant le régime communautaire des bananes; et 2) la détermination positive proposée du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en vertu de l'article 306 b) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle que modifiée (Loi sur le commerce extérieur) (19 U.S.C. § 2416), établissant que les mesures ne mettent pas en œuvre les recommandations de l'OMC. Le Représentant pour les questions commerciales internationales doit établir la détermination en vertu de l'article 306 b) le 31 janvier 1999, au plus tard" (non souligné dans l'original). Cette citation confirme que l'"appréciation" prévue à l'article 306 b) est en réalité une détermination au sens de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

4.851 Les Communautés européennes rappellent, dans ce contexte, qu'elles ont appelé l'attention du Groupe spécial sur la discordance suivante dans les déclarations ci-après du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Les États-Unis affirment que:

> "Contrairement aux allégations des CE, le libellé de l'article 306 b) n'"implique" pas - et à plus forte raison, ne dispose pas - que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir une détermination contrevenant à l'article 23. L'article 306 b) énonce les mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devrait prendre pour faire valoir les droits des États-Unis au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord lorsqu'il estime qu'il n'y a pas eu pleine mise en œuvre par un autre Membre de l'OMC … Ce jugement … n'est pas une "détermination" …"

4.852 Les Communautés européennes font observer que l'avis au public invitant à présenter des observations sur les mesures prévues pour le 3 mars 1999 contient la phrase suivante:

> "Étant donné que le délai raisonnable ménagé aux CE pour mettre en œuvre les recommandations de l'OMC concernant le régime communautaire applicable aux bananes expire le 1er janvier 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir la détermination prescrite par l'article 306 b) le 31 janvier 1999 au plus tard et, en cas de détermination positive, doit mettre en œuvre des mesures supplémentaires dans un délai de 30 jours au maximum après cette date." (non souligné dans l'original)

4.853 Selon les Communautés européennes, il ressort donc clairement de ce qui précède que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales présente lui-même l'appréciation à laquelle il doit procéder en vertu de l'article 306 b) comme une détermination et les mesures qui doivent être prises à la suite de cette détermination comme obligatoires.

4.854 **À titre de réfutation, les États-Unis font observer** que la détermination visée dans l'avis au public est la détermination indiquée à l'article 306 b) – proposer les mesures à prendre si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'il n'y a pas eu mise en œuvre. Ce n'est pas une détermination concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits conventionnels. Tandis qu'en vertu de l'article 306 b) le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit arrêter les mesures proposées s'il estime qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD, il a toute latitude d'appréciation quant à la question de savoir s'il estime qu'il n'y a pas eu mise en œuvre.

4.855 Répondant à une question du Groupe spécial portant sur la définition du terme "détermination" dans le contexte de l'article 23:2 c), les États-Unis soutiennent qu'il peut être difficile de distinguer à première vue de telles déterminations.[438] Le sens ordinaire du terme "détermination" est: "le règlement d'un procès ou d'une controverse par la décision faisant autorité d'un juge ou d'un arbitre; un règlement ainsi obtenu ou une décision ainsi rendue, une opinion faisant autorité"; "le règlement d'une question par le raisonnement ou l'argumentation"; "la démarche consistant à parvenir à une décision; le résultat de cette démarche; une intention précise"; "la démarche consistant à

[438] Les États-Unis notent que les Communautés européennes ont, par exemple, indiqué que: "La décision de ne pas prendre en compte la transformation complète, sur un territoire, d'une économie qui n'était pas de marché en une économie de marché, ni la privatisation complète des entreprises exportatrices *constitue une violation* de l'obligation incombant aux États-Unis au titre de l'article 11 de l'Accord." (*États-Unis - Mesures antidumping à l'importation d'urée à l'état solide en provenance de l'ex-République démocratique allemande*, WT/DS63/1, pas d'italique dans l'original.)

définir, identifier ou établir définitivement la nature de quelque chose; le fait d'établir la véracité (de); un fait établi, une conclusion ou une solution à laquelle on est parvenu".[439]

4.856 Les États-Unis allèguent que ce sens ordinaire doit être lu compte tenu du contexte de ce terme dans l'article 23 et dans le Mémorandum d'accord, et à la lumière de l'objet et du but de l'article 23:2 a). L'article 23 est intitulé "Renforcement du système multilatéral", et l'article 23:1 précise que des Membres cherchant à obtenir réparation en cas de violation auront recours et se conformeront aux règles et procédures (multilatérales) du Mémorandum d'accord. Lu dans ce contexte, aux fins de l'article 23:2 a), le terme "détermination" ne doit pas être interprété de façon si large qu'il entrave, au lieu de favoriser, la poursuite de l'objectif d'un règlement multilatéral des différends. Par sa question, le Groupe spécial reconnaît que les Membres ayant recours à un règlement multilatéral des différends ont fréquemment besoin de prendre des positions aux fins de ce règlement. Il serait absurde et contraire à l'objet et au but de l'article 23 d'inclure le fait de prendre des positions nécessaires à la procédure de règlement du différend dans la définition des "déterminations" aux fins de l'article 23:2 a).

4.857 C'est pourquoi, de l'avis des États-Unis, le terme "détermination" à l'article 23:2 a) ne peut pas inclure de décisions correspondant au sentiment qu'a un Membre qu'un autre Membre n'a pas rempli ses obligations, puisque les Membres engagent fréquemment des procédures de règlement des différends fondées sur un tel sentiment.

4.858 Les États-Unis expliquent ensuite que nonobstant l'explication ci-dessus, il n'est pas nécessaire, aux fins du présent différend, de définir les limites précises du terme "détermination". Les Communautés européennes ont qualifié de "déterminations" deux mesures prévues dans les articles 301 à 310: lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit sa "détermination" en vertu de l'article 304, et lorsqu'il "estime" en vertu de l'article 306 s'il y a eu mise en œuvre afin de décider s'il y a lieu de demander l'autorisation de l'ORD prévue à l'article 22. Même si l'article 304 suppose une "détermination", les Communautés européennes n'ont pas prouvé que c'est là une détermination contrevenant à l'article 23:2 a) puisque, entre autres raisons, cette détermination n'a pas à être une détermination concluant qu'il y a eu violation. Toutefois, l'article 306 n'a pas trait à une détermination aux fins de l'article 23:2 a). Les États-Unis font valoir que l'emploi du terme "estime" à l'article 306 correspond à l'emploi du même terme ou du terme "considère" dans le Mémorandum d'accord, et que ce terme est employé dans les deux dispositions pour indiquer le sentiment qu'un recours à une procédure multilatérale de règlement des différends est nécessaire. De l'avis des États-Unis, l'article 22 prescrit qu'un Membre demandant à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions indique les modalités selon lesquelles il se propose de le faire dans un délai de 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable, et l'article 306 transpose ce fait dans la législation des États-Unis.

4.859 En réponse à une question du Groupe spécial concernant des déclarations incluses dans les rapports annuels, et demandant si de telles déclarations peuvent être des "déterminations", les États-Unis estiment que la question met en lumière le fait que seul un sous-ensemble limité de déclarations constitueront des "déterminations" au sens de l'article 23. Comme on l'a indiqué précédemment, ce sous-ensemble ne peut pas inclure des déclarations qui se bornent à indiquer une opinion concernant les pratiques d'un autre Membre.

4.860 De l'avis des États-Unis, il est difficile, dans l'abstrait, de répondre à la question de savoir si des déclarations contenues dans des rapports annuels ou des déclarations publiques pourraient être élevées au rang de déterminations sans connaître le contexte spécifique et les déclarations faites. En

[439] The New Shorter Oxford English Dictionary, page 651 (1993).

dernière analyse, une décision portant sur le point de savoir si une déclaration donnée constitue une "détermination" ne pourrait être prise qu'au cas par cas.

4.861 **À titre de réfutation, les Communautés européennes font observer** que les États-Unis allèguent que l'"appréciation" du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au sens de l'article 306 b) n'est pas une détermination au sens de l'article 23 du Mémorandum d'accord, mais une condition préalable logique de l'exercice des droits inscrits à l'article 22 du Mémorandum d'accord. Cette allégation serait correcte si la seule conséquence de l'"appréciation" faite par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales était de pouvoir invoquer l'article 22.

4.862 Les Communautés européennes font observer que le libellé sans ambiguïté de la loi montre toutefois que tel n'est évidemment pas le cas. Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit une détermination positive en vertu de l'article 306 b), il arrête en même temps les mesures supplémentaires qu'il prendra.

4.863 Les Communautés européennes estiment que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales traitera la détermination relative aux mesures supplémentaires comme une détermination établie en vertu de l'article 304 a) 1), qui est assujettie aux dispositions de l'article 305 régissant la mise en œuvre de sanctions.

4.864 Les Communautés européennes concluent que l'"appréciation" est ainsi une détermination formelle dans le cadre d'une procédure interne par laquelle les États-Unis cherchent à obtenir réparation d'obligations au regard de l'OMC, et que cette détermination doit être établie et mise en œuvre même lorsque la procédure de l'OMC sur laquelle une telle détermination ou mesure pourrait être fondée n'est pas parvenue à son terme.

4.865 Les Communautés européennes font valoir qu'une simple prescription tendant à ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales contrôle la mise en œuvre des recommandations de l'ORD et décide d'invoquer l'article 22 s'il y a lieu ne serait évidemment pas incompatible avec l'article 23. Toutefois, l'"appréciation" et la détermination des mesures supplémentaires que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'arrêter simultanément en vertu de l'article 306 b) sont incompatibles avec l'article 23, parce qu'elles constituent le premier stade d'une procédure interne en vertu de laquelle des sanctions doivent être imposées même en l'absence d'une autorisation de l'ORD à cet effet.

4.866 **Les États-Unis répliquent à leur tour** que, comme dans le cas de leur allégation concernant l'article 304, les CE ne peuvent s'acquitter de la charge qui leur incombe en ce qui concerne leur allégation relative à l'article 306 b) qu'en établissant que l'article 306 b) impose: 1) une détermination concluant qu'il y a eu violation; 2) qui n'a pas été établie par un recours aux règles et procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord, ou n'est pas compatible avec des constatations adoptées d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ou une sentence arbitrale.

4.867 Les États-Unis font valoir que lorsque les CE admettent que l'article 304 autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination de compatibilité, cela doit être considéré comme revenant à reconnaître que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est libre, en vertu de l'article 306 b), d'"estimer" qu'un autre Membre a mis en œuvre son engagement de donner suite aux décisions et recommandations de l'ORD. Le raisonnement présenté par les Communautés européennes était que le libellé de l'article 304 a) 1) permettait une détermination "dans un sens ou dans l'autre", y compris la possibilité de déterminer que les États-Unis n'avaient pas été frustrés de leurs droits conventionnels. Bien que les États-Unis rejettent la conclusion des CE selon laquelle deux déterminations seulement sont possibles en vertu de l'article 304, ces deux déterminations du

moins doivent être considérées comme possibles en vertu de l'article 306 b). L'article 306 b) dispose que "si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime [qu'il n'y a pas eu mise en œuvre]", sans imposer aucune contrainte quelle qu'elle soit quant à ce qui peut le conduire à une appréciation différente, ou quant à la manière dont il peut définir cette opinion. Il s'agit là d'une décision purement discrétionnaire, et l'article 306 b) ne peut pas être interprété comme imposant de quelque manière ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estimer[a]", sans parler d'une "détermination" concluant qu'il y a eu violation. L'allégation des CE concernant l'article 306 b) doit être rejetée pour cette raison. En l'absence d'une détermination concluant qu'il y a eu violation, ou d'une loi imposant une telle détermination, il ne peut y avoir aucune violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

4.868 De l'avis des États-Unis, l'allégation des CE doit aussi être rejetée parce que ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut "estimer" n'est pas une détermination. Les termes "estime" ou "considère" sont employés tout au long du Mémorandum d'accord précisément comme dans l'article 306 b): pour indiquer une opinion concernant les mesures prises par un autre Membre justifiant un recours à une procédure multilatérale de règlement des différends. Qualifier une telle opinion de "détermination" aux fins de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord irait à l'encontre de l'objectif de la détermination à l'échelon multilatéral qui est la raison d'être de l'article 23.

4.869 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes font valoir que "la terminologie employée dans les articles 301 à 310 ne peut pas être décisive pour ce qui est de classer en catégories les différentes dispositions au regard du droit de l'OMC". Selon les Communautés européennes, malgré l'emploi de ces différents termes dans le Mémorandum d'accord, "cela ne veut pas nécessairement dire que les termes correspondants dans un texte de la législation intérieure d'un Membre de l'OMC doivent être interprétés comme s'appliquant de façon analogue". Quand bien même il en serait ainsi, cela n'expliquerait pas pourquoi les articles 301 à 310 eux-mêmes comportent une distinction entre la "détermination" et les situations dans lesquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estime" qu'il y a lieu de recourir aux procédures prévues dans le Mémorandum d'accord. Les règles applicables à l'interprétation des lois des États-Unis diffèrent peu – si elles diffèrent – des lois applicables à l'interprétation des traités. Si des termes différents sont utilisés dans la loi, il doit y avoir une raison pour qu'ils soient différents.

4.870 Les États-Unis allèguent que l'argument des CE selon lequel l'emploi de termes différents dans la loi "ne peut pas être décisif pour ce qui est de classer en catégories les différentes dispositions au regard du droit de l'OMC" doit aussi être interprété à la lumière de leur argument, présenté au paragraphe antérieur, selon lequel "il est vrai que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord a été rédigé en pensant aux articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis". Si tel est le cas, les rédacteurs du Mémorandum d'accord étaient certainement conscients de la distinction préexistante, dans les articles 301 à 310, entre des déterminations et des situations dans lesquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pouvait procéder à une "appréciation", et ont voulu faire la même distinction lorsque ces termes ont été repris dans le Mémorandum d'accord. À tout le moins, si les rédacteurs du Mémorandum d'accord "pensaient" aux articles 301 à 310 – si leur intention avait été d'assujettir de simples opinions à une discipline potentielle au titre de l'article 23:2 a) – ils auraient inclus les "appréciations" dans l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Or, ils ne l'ont pas fait, et rien ne justifie donc aujourd'hui que ces opinions soient assujetties à un examen en tant que "déterminations".

4.871 Les États-Unis indiquent aussi que les Communautés européennes cherchent à alléguer que les "déterminations" sont associées à des "conséquences juridiques clairement définies", par exemple "en tant qu'étape du processus menant à une mesure de rétorsion". Les Communautés européennes ne présentent aucune base textuelle pour fonder cette allégation et, en fait, le texte et le contexte de l'article 23:2 a) la contredisent. Le texte de l'article 23:2 a) vise des déterminations concluant qu'il y a

eu violation, sans envisager aucunement les conséquences de ces déterminations. Il s'agit d'une obligation de comportement pure et simple, non d'une obligation de résultat.[440] De plus, l'article 23:2 c) traite spécifiquement de la suspension de concessions ou d'autres obligations, la "mesure de rétorsion" dont parlent les Communautés européennes. La disposition en question ne fait aucune référence à des déterminations de l'existence d'une violation. Si des "conséquences juridiques" telles que la suspension de concessions constituaient une condition préalable à une "détermination" en vertu de l'article 23:2 a), en quoi un article 23:2 c) distinct serait-il nécessaire? La détermination de l'existence d'une violation aurait pour conséquence juridique de rendre obligatoire la suspension de concessions et inclurait les situations prévues à la fois dans les paragraphes a) et c). La méthode des CE aboutirait ainsi à fusionner deux dispositions distinctes du Mémorandum d'accord en une seule.

4.872 Les États-Unis font valoir que si les Communautés européennes devaient répliquer que l'article 23:2 c) vise des mesures effectivement prises, tandis que l'article 23:2 a) vise seulement les premières étapes, qui peuvent ne pas aboutir effectivement à des mesures, cela voudrait dire que des mesures ne doivent pas nécessairement être prises en conséquence de la détermination, c'est-à-dire que les mesures restent discrétionnaires. Avec cette formulation, même la décision d'ouvrir une enquête, qui pourrait en définitive avoir "la conséquence juridique" d'une mesure prise, pourrait être incluse dans la définition de la "détermination". De plus un Membre pourrait se soustraire à son obligation au titre de l'article 23:2 a) simplement en dissociant explicitement la détermination de l'existence d'une violation des mesures prises, même si ce Membre conservait la possibilité totalement discrétionnaire de suspendre les concessions à tout moment pour n'importe quelle raison.

4.873 Les États-Unis soutiennent par ailleurs que l'on peut aussi mettre en doute que les Communautés européennes ou d'autres Membres de l'OMC soient disposés à accepter les conséquences de la méthode adoptée par les CE. Supposons, par exemple, qu'il y ait chez un Membre une loi faisant obligation aux autorités d'établir, sans recourir d'abord aux procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC, des déterminations définitives, officielles, publiées, concluant qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC. Cette loi ne prévoirait, par ailleurs, aucune "conséquence juridique". Une "détermination" aussi claire apparaîtrait certainement comme visée précisément par les termes de l'article 23:2 a); pourtant, selon la méthode des CE, elle serait exclue du champ de cet article.

4.874 De l'avis des États-Unis, la définition donnée par les CE de la "détermination", fondée sur les "conséquences juridiques", n'est pas défendable. L'opinion du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales quant à l'opportunité de recourir à une procédure au titre de l'article 22, exprimée au moyen du terme "estime", ne peut donner lieu à une action en vertu de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

4.875 Les États-Unis soutiennent, par ailleurs, qu'un autre aspect des définitions proposées par les CE de l'"appréciation" et de la "détermination" sur lequel il convient de s'attarder est le fait qu'elles sembleraient devoir conduire à la conclusion que toutes les déterminations au titre de l'article 304 a) 1) sont en fait des "appréciations". Les Communautés européennes indiquent que "la terminologie employée dans les articles 301 à 310 ne peut pas être décisive pour ce qui est de classer en catégories les différentes dispositions au regard du droit de l'OMC". Les Communautés

[440] Les États-Unis se réfèrent à la Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité des États*, articles 20, 21 et 37, I.L.M.440, 448 (1998), indiquant ce qui suit: "Il y a violation par un État d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet État n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation." (article 20) "Il y a violation par un État d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'État n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation." (article 21.1).

européennes n'excluent donc pas la possibilité qu'une "détermination" en droit interne puisse, en fait, être une "appréciation" aux fins de l'OMC. Les Communautés européennes expliquent qu'une "appréciation"

> "n'entraîne en elle-même aucune conséquence juridique, parce qu'elle constitue au mieux la base d'une nouvelle étape de la procédure qui doit encore être accomplie (par le dépôt d'une plainte auprès d'un organe judiciaire extérieur ...). En ce sens, elle est l'expression d'une opinion sujette à confirmation par les organes exclusivement compétents de l'OMC".

4.876 Les États-Unis sont d'avis que puisque l'article 303 a) 1) et 2) dispose que lorsque des enquêtes ont un rapport avec un accord de l'OMC, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit mettre en route une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC, les vues exprimées par lui au titre des articles 301 à 310 seraient, selon la définition des CE, des opinions "sujettes à confirmation par les organes exclusivement compétents de l'OMC". Ainsi, n'était le fait que l'article 304 a) 1) dispose que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales fonde ses déterminations sur les constatations adoptées d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait déterminer en vertu de l'article 304 a) 1) que les États-Unis sont frustrés de leurs droits conventionnels, et les Communautés européennes traiteraient cela comme une "appréciation" non assujettie à l'article 23.2 a) parce que ce serait une opinion exprimée pendant une procédure en cours de règlement des différends. À la réponse probable des CE selon laquelle les déterminations visées à l'article 304 a) 1) entraînent des conséquences juridiques, les États-Unis opposent le fait que l'article 301 a) 2) prévoit des exceptions à l'obligation de prendre des mesures, dont l'article 301 a) 2) B) i), qui vise les situations dans lesquelles le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial. Cette exception serait applicable si une procédure de règlement des différends était en cours puisque, du fait de sa participation à cette procédure, le pays étranger prendrait des mesures satisfaisantes. La détermination ne serait donc ainsi pas davantage une étape dans la succession des événements menant à la suspension des concessions que ne le serait l'ouverture d'une enquête (laquelle aussi, selon la définition des CE, pourrait être qualifiée en droit interne de détermination sans référence à l'article 23:2 a)).

4.877 Les États-Unis indiquent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit, en vertu de l'article 304 a) 1), fonder ses déterminations sur les résultats d'une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC et ne pourrait, par conséquent, établir la détermination ci-dessus. Par ailleurs, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait établir l'une quelconque d'un certain nombre de déterminations, ce qui pourrait inclure une détermination établissant que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels, "sous réserve de confirmation par l'ORD". On peut présumer que cela, aussi, satisferait à la définition donnée par les CE de l'"appréciation". En substance, une telle "appréciation" serait certainement moins définitive qu'une déclaration dans la presse faite par un ministre du commerce, indiquant qu'un autre Membre manque à ses obligations au regard de l'OMC.

4.878 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes abordent aussi la question de savoir si une procédure au titre de l'article 21:5 doit être engagée avant toute procédure au titre de l'article 22. Les États-Unis font observer, en premier lieu, que le Groupe spécial n'a pas besoin d'aborder cette question et ne devrait pas le faire. L'allégation des CE semblerait devoir entraîner le Groupe spécial au cœur d'un désaccord dont l'existence est reconnue par les Membres de l'OMC et qui fait l'objet d'une négociation distincte en vue d'une solution. Ce n'est donc pas là un domaine se prêtant à une procédure de groupe spécial. Les États-Unis font observer en outre que cette question ne serait pertinente dans le présent différend que si 1) ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estime" était considéré comme une "détermination implicite",

et 2) la loi lui faisait obligation de toujours estimer qu'un autre Membre n'a pas rempli ses obligations. Là encore, il appartient aux CE de prouver que les articles 301 à 310 ne permettent pas au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de prendre des mesures compatibles avec les règles de l'OMC, c'est-à-dire qu'ils l'empêchent de prendre de telles mesures. Dès lors que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu d'établir une "détermination" concluant qu'il y a eu violation, la simple existence d'une loi qui n'empêche pas cette possibilité ne violerait pas l'article 23:2 a). Il y a lieu de rappeler que la position des Communautés européennes est désormais que les Membres ne sont pas tenus d'"[interdire] expressément dans leur législation l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC".

4.879 À titre de réfutation, les États-Unis affirment qu'à supposer qu'une "appréciation" soit une "détermination", et qu'elle doive toujours être positive, l'argument des Communautés européennes reste incorrect en ce qui concerne le rapport entre les articles 21:5 et 22. Les États-Unis notent tout d'abord que lorsqu'elles rejettent les références faites par les États-Unis aux documents relatifs au réexamen du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes ne saisissent pas la raison pour laquelle les États-Unis s'y sont référés.[441] Les États-Unis ont d'abord noté que les Communautés européennes ont explicitement reconnu dans un document relatif au réexamen du Mémorandum d'accord la distinction courante entre législation impérative et législation discrétionnaire. Dans la mesure où les Communautés européennes semblent admettre la distinction entre impératif et discrétionnaire (quoique en adoptant une définition du terme "impératif" réinterprétée de façon libérale), il n'est plus nécessaire de se référer à ce document. Les autres références visaient à faire observer que le rapport entre les articles 21:5 et 22 n'est absolument pas clair et que ce fait est généralement reconnu.

4.880 Les États-Unis font valoir que l'article 22, que ce soit par ses termes, par son contexte ou par son but, n'exige pas qu'un Membre ait d'abord recours aux procédures énoncées à l'article 21:5. Tous les délais indiqués à l'article 22 partent de l'expiration du délai raisonnable, et l'article 21:5 n'y est pas mentionné une seule fois. De même, l'article 21:5 n'est pas mentionné une seule fois à l'article 23:2 c), qui prescrit seulement que les procédures énoncées à l'article 22 soient menées à bien avant toute suspension de concessions. L'article 22 représente un élément central de la crédibilité et de l'efficacité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, puisqu'il dispose que les Membres perdants ne peuvent plus empêcher la suspension de concessions à leur encontre. Or l'allégation des CE selon laquelle les procédures énoncées à l'article 21:5 doivent d'abord être menées à bien ferait perdre ce droit de suspendre les concessions, puisque l'article 22 n'applique la règle du consensus négatif aux demandes de suspension des concessions que si ces demandes sont présentées dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable. Les Membres qui ont déjà vu constater qu'ils ont été frustrés de leurs droits, et qui ont déjà subi cette violation tout au long de la procédure de groupe spécial d'un an et demi et de l'année supplémentaire de mise en œuvre se trouveraient, comme ils l'étaient dans le cadre du GATT de 1947, de nouveau à la merci de la partie même qui les aurait frustrés de leurs droits et aurait porté atteinte à leurs échanges.

4.881 Les États-Unis indiquent aussi qu'en réponse à la préoccupation selon laquelle il doit d'abord y avoir une détermination multilatérale de l'existence d'une violation, ils font observer que lorsque les procédures énoncées à l'article 22 sont invoquées, il y a déjà eu une telle détermination – dans les rapports initiaux, adoptés, du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel. De plus, comme les arbitres désignés en vertu de l'article 22 l'ont constaté, les procédures énoncées à l'article 22 ne peuvent

[441] Voir *Ibid.*, page 37.

aboutir à la suspension de concessions lorsqu'un Membre a, en fait, mis sa mesure en conformité, parce que dans ce cas il n'y aurait aucune annulation ni réduction.[442]

4.882 De l'avis des États-Unis, l'article 22 ne prescrit donc pas le recours aux procédures énoncées à l'article 21:5, et une disposition législative comme l'article 306 b) qui prévoit simplement un moyen interne de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 ne peut pas être dite contraire à l'article 23:2 a) par le biais de la "détermination implicite".

4.883 Les États-Unis ajoutent que même si l'argument des Communautés européennes selon lequel affirmer qu'une procédure au titre de l'article 21:5 doit être engagée avant toute procédure au titre de l'article 22 était correct, cela ne voudrait pas dire que l'article 306 b) impose une violation de l'article 23 a). Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toute latitude dans son évaluation, son "appréciation" au titre de l'article 306 b) de la question de savoir si l'état d'avancement de la mise en œuvre entreprise par un autre pays exige un recours à la procédure de règlement des différends. Si les règles du Mémorandum d'accord disposaient effectivement qu'un Membre doit d'abord recourir aux procédures énoncées à l'article 21:5 avant de demander la suspension en vertu de l'article 22, il n'y aurait rien dans l'article 306 qui empêcherait le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de se conformer à cette prescription. Il pourrait, par exemple, estimer qu'il lui faut recourir aux procédures énoncées à l'article 21:5 pour vérifier s'il y a eu pleine mise en œuvre.

4.884 **Les Communautés européennes répliquent à nouveau** que l'article 23:2 a), lu dans le contexte immédiat de l'article 23:1 et dans le contexte plus large de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, stipule une obligation de comportement et de résultat: la réparation d'une violation ou d'une autre annulation ou réduction d'avantages ne doit être obtenue en substance que par le moyen du système multilatéral de règlement des différends ou par une solution arrêtée d'un commun accord.

4.885 De l'avis des Communautés européennes, il n'y a pas de troisième voie. Bien sûr, tout Membre peut librement accepter de tolérer les conséquences du comportement d'un autre Membre allant à l'encontre de ses obligations au regard de l'OMC. Toutefois, l'abstention de toute action, hypothèse également prévue dans le Mémorandum d'accord – article 3:7 – n'entre pas dans le champ de l'article 23, paragraphes 1 et 2 ("Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation ... dans de tels cas, les Membres ...").

4.886 Dans cette perspective juridique, les Communautés européennes rappellent l'argument des États-Unis selon lequel l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord "... est une obligation de comportement pure et simple, non une obligation de résultat".

4.887 Les Communautés indiquent que si cette affirmation devait être entendue comme signifiant que les Membres de l'OMC n'ont pas une obligation de faire, qui serait d'insérer dans leur droit interne une clause obligeant expressément les autorités exécutives à observer l'article 23 dans tous les cas, elles ne rejetteraient pas un tel argument.

---

[442] Voir Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, dans *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/ARB, paragraphe 4.11 (9 avril 1999).

Les États-Unis font observer que les Communautés européennes adoptent l'argument présenté par le Brésil selon lequel l'arbitrage relatif à l'affaire des *bananes* représente un "moyen logique de procéder" qui n'est pertinent qu'en ce qui concerne le différend en question. Le "moyen logique" adopté par les arbitres chargés de l'affaire des *bananes* - procédures au titre des articles 21:5 et 22 menées simultanément par le groupe spécial initial - reste, pour le moment, le seul moyen logique de procéder dans les cas où un Membre mettant en œuvre les décisions ou recommandations de l'ORD utilise la totalité de la période de mise en œuvre. Cela pourrait évidemment changer à l'issue des travaux consacrés à l'heure actuelle au réexamen du Mémorandum d'accord.

4.888 Les Communautés européennes ajoutent que si, toutefois, l'argument des États-Unis devait impliquer que l'article 23 a) stipule une simple obligation de comportement, elles ne se rangeraient pas à cet argument. Si l'on suivait le point de vue des États-Unis, un Membre pourrait découvrir, à l'issue du processus de vérification de la compatibilité, qu'un résultat négatif signifie qu'il n'a pas respecté l'obligation de comportement inscrite à l'article 23:2 a). Il conviendrait, en fait, de garder à l'esprit que l'issue d'un processus de "vérification de la compatibilité" ne peut pas être déterminée à l'avance et que, par conséquent, la détermination de compatibilité ou d'incompatibilité est acquise à la fin du processus de vérification.

4.889 Les Communautés européennes font valoir que cette conclusion inévitable montre mieux que toute autre chose qu'il n'est pas vrai que l'interprétation donnée par les CE de l'article 304 a) 1) A) "aurait pour conséquence inacceptable d'empêcher même des déterminations de compatibilité, nonobstant le libellé explicite de l'article 23:2 a), qui vise seulement certaines déterminations d'incompatibilité". Bien au contraire, c'est la suggestion des États-Unis selon laquelle il y aurait une "obligation de comportement" consistant simplement en la formalité d'une procédure et non en la substance d'une décision multilatérale dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC qui a pour "conséquence inacceptable d'empêcher une détermination de compatibilité".

4.890 Les Communautés européennes rappellent aussi que les États-Unis ont de nouveau nié à tort l'obligation de recours préalable à la "procédure formelle de règlement des différends" énoncée à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord en cas de désaccord quant à la conformité des mesures prises pour donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD. Les Communautés européennes font observer en passant que les États-Unis ne contestent pas l'interprétation qu'elles donnent du sens ordinaire des termes de l'article 21:5 dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de cet article.

4.891 De plus, les Communautés européennes font observer que les procédures énoncées à l'article 22 ne peuvent pas être définies comme "procédures formelles de règlement des différends" et sont de toute façon engagées à la demande de la partie défenderesse, et non du plaignant (contrairement à la disposition de l'article 303 2)). Selon l'interprétation donnée par les États-Unis eux-mêmes lorsqu'ils sont plaignants, les procédures énoncées à l'article 22 ne sont pas visées par les "travaux" au sens de l'article 304 a) 1).

4.892 Ainsi, selon les Communautés européennes, il ressort clairement du texte de l'article 304 que, quelle que soit l'interprétation donnée de l'article 21:5 et de l'article 22 du Mémorandum d'accord, au moins pendant la phase de "contrôle de la mise en œuvre", le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "se prononce sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial" exclusivement "compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302".

4.893 Les Communautés européennes soutiennent en outre que cela veut dire qu'en pratique, le texte de l'article 304 ne stipule aucun réel pouvoir discrétionnaire puisque si les constatations factuelles auxquelles aboutit l'enquête sont négatives, conformément à l'article 306 b) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit ("*shall*") établir la détermination au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable. Il doit le faire indépendamment de toute décision de l'ORD.

4.894 Les Communautés européennes font observer que selon l'article 306 b) 1), la teneur de la détermination établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, ce sont "les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a)".

4.895 Les Communautés européennes notent que l'article 301 a) – intitulé "Mesures impératives" – dispose ce qui suit:

> "S'il détermine, au titre de l'article 304 a) 1), A) que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial; ou B) qu'une action, politique ou pratique d'un pays étranger i) viole les dispositions d'un accord commercial, est incompatible avec les dispositions d'un accord commercial ou frustre les États-Unis d'avantages conférés par un accord commercial, ou ii) est injustifiable et entrave ou restreint le commerce des États-Unis, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prend les mesures autorisées au titre de la section c) du présent article".

4.896 Les Communautés européennes font observer encore que selon l'article 301 d) 4) A),

> "une action, politique ou pratique est injustifiable lorsqu'elle porte atteinte aux droits juridiques internationaux des États-Unis ou qu'elle est incompatible avec ces droits".

4.897 De l'avis des Communautés européennes, non seulement le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a aucun pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'acquitte de l'obligation qui lui est faite de déterminer les mesures à prendre, mais aussi la loi définit strictement ce qui est "injustifiable" sans le moindre égard pour la nécessité de passer par la procédure de règlement des différends énoncée dans le Mémorandum d'accord avant qu'une telle détermination ne soit établie.

4.898 Les Communautés européennes notent que l'article 301, à la section c), énonce de façon détaillée "les" mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est habilité à prendre. Cette liste limitative exige soit qu'il retire les concessions ou autres avantages, soit qu'il conclue un accord contraignant (dont la teneur est déterminée à l'avance). Le Membre de l'OMC visé n'a ainsi que deux possibilités, il doit soit supporter les conséquences de mesures de rétorsion, soit signer un accord acceptable pour les États-Unis (comme dans l'affaire *Japon – Pièces détachées d'automobiles*). La deuxième possibilité offerte au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est le seul moyen, pour le Membre de l'OMC visé, d'échapper aux mesures de rétorsion (dont il est explicitement menacé).

4.899 **Les États-Unis répliquent** que contrairement à d'autres dispositions du Mémorandum d'accord, l'article 23:2 a), par ses termes, vise des "déterminations", non des opinion telles qu'elles se traduisent dans ce qu'un individu ou un Membre peut "estimer". L'article 306 b) ne fait pas obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination concluant qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC. Il énonce seulement les mesures qu'il doit prendre s'il a le sentiment, s'il estime qu'il n'y a pas eu pleine mise en œuvre. Ce sentiment qu'il doit avoir, condition préalable pour qu'il puisse invoquer les règles relatives à la suspension des concessions inscrites dans un accord multilatéral, n'est pas une détermination. Et s'il en était une, il ne serait pas, du fait d'une obligation inscrite dans la loi, limité à la détermination concluant qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC. L'article 306 b) ne fait pas obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'estimer qu'un autre Membre n'a pas pleinement mis en œuvre son engagement de donner suite aux décisions et recommandations de l'ORD.

4.900 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes ont fait valoir que l'acte même consistant à déterminer si les États-Unis sont frustrés de leurs droits conventionnels, ou à estimer s'il y a eu mise en œuvre "impose" une détermination concluant qu'il y a eu violation au regard de l'OMC. Il n'y a aucune règle de grammaire, ni règle d'interprétation des lois des États-Unis qui autorise une telle interprétation. Au contraire, quand bien même le libellé de la disposition législative serait considéré comme ambigu, la pratique internationale et celle des États-Unis voudraient que ce libellé soit interprété de manière à éviter un conflit avec les obligations internationales des États-Unis. Cette pratique se retrouve dans la jurisprudence du GATT/de l'OMC qui ressort du rapport du Groupe spécial concernant le *tabac*, dans lequel était posée la question de savoir s'il existait une interprétation

d'un texte de loi permettant aux autorités de respecter leurs obligations internationales. L'argument des CE ignore cette pratique et ce précédent. De plus, en faisant valoir qu'il est incompatible avec les règles de l'OMC de déterminer "si" un pays a été frustré de ses droits conventionnels parce qu'une telle détermination "doit" de par sa nature être quelquefois positive, les Communautés européennes feraient une violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord de toute détermination, même d'une détermination établissant qu'un pays n'a été frustré d'aucun droit conventionnel ni confirmé dans aucun droit conventionnel, et même encore d'une détermination n'ayant pas trait à un accord de l'OMC. Aucune interprétation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord ne corrobore un tel résultat.

4.901 Répondant à la question du Groupe spécial concernant le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémorandum d'accord, **les Communautés européennes soulignent d'abord** qu'elles n'ont pas demandé au Groupe spécial de "prendre une décision quant au rapport entre l'article 21:5 et l'article 22" du Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes ont demandé à l'ORD et obtenu l'établissement du présent Groupe spécial pour qu'il fasse "des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans" les dispositions des accords cités dans le document de l'OMC WT/DS152/11 du 2 février 1999.

4.902 Les Communautés européennes appellent donc l'attention sur le fait que, par conséquent, le Groupe spécial ne devrait pas se laisser distraire par la tentative que font les États-Unis pour restreindre la portée du mandat du Groupe spécial en créant l'impression (erronée) que cette procédure fait, d'une certaine manière, double emploi avec une procédure parallèle se déroulant dans d'autres lieux de discussion de l'OMC. Cette manière de présenter la situation est erronée et le Groupe spécial devrait résister à ces tactiques procédurales des États-Unis et les rejeter. De l'avis des CE, le présent Groupe spécial devrait dans ses travaux s'attacher à son mandat: la compatibilité avec les règles de l'OMC des articles 301 à 310 doit être évaluée au regard de toutes les dispositions citées dans le mandat du Groupe spécial, y compris l'article 21:5 du Mémorandum d'accord pris isolément.

4.903 Les Communautés européennes soutiennent aussi que, comme l'Organe d'appel l'indiquait déjà dans ses premiers rapports et l'a constamment répété par la suite, en application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le Groupe spécial devrait s'attacher d'abord au sens ordinaire des termes de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, dans leur contexte, et à la lumière de l'objet et du but du Mémorandum d'accord et des accords de l'OMC. L'interprétation de l'article 22 du Mémorandum d'accord est logiquement et juridiquement une question distincte que le Groupe spécial doit aborder séparément, s'il y a lieu.

4.904 Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes attendent du Groupe spécial qu'il se tienne à cette optique en matière d'interprétation pour parvenir à des conclusions visant à aider l'ORD à formuler les recommandations et décisions appropriées. Les Communautés européennes estiment que l'idée qu'un Membre de l'OMC puisse en quelque sorte restreindre les droits d'un autre Membre au titre du Mémorandum d'accord en introduisant une proposition tendant à modifier l'accord visé en cause est incompatible avec l'article 3:2 du Mémorandum d'accord selon lequel les décisions de l'ORD ne peuvent pas diminuer les droits des Membres énoncés dans les accords visés.

4.905 De l'avis des Communautés européennes, le mandat du Groupe spécial est de "procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi" (article 11, deuxième phrase, du Mémorandum d'accord). Cette évaluation objective doit être fondée sur les accords visés tels qu'ils sont et ne peut pas être fondée sur d'éventuelles modifications futures de ces accords. Bien sûr, les groupes spéciaux devraient donner aux parties des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante (article 11, dernière phrase, du Mémorandum d'accord). Toutefois, comme en dispose l'article 12:7 du Mémorandum d'accord, "[d]ans les cas où les parties au différend ne seront pas

arrivées à élaborer une solution mutuellement satisfaisante, le Groupe spécial présentera ses constatations sous la forme d'un rapport écrit à l'ORD".

4.906 Les Communautés européennes font valoir qu'il est donc clairement indiqué que le Groupe spécial est tenu de poursuivre la procédure aussi longtemps que les parties au différend ne sont pas arrivées à élaborer une solution mutuellement satisfaisante. Comme le débat qui se déroule devant le Groupe spécial l'a montré, les vues des Communautés européennes et celles des États-Unis quant au rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord sont toujours aussi éloignées les unes des autres que jamais et il ne semble y avoir, pour le moment, aucune perspective immédiate de solution mutuellement satisfaisante sur ce point. Si les négociations consacrées, à l'échelon politique, au rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord se terminent par une solution favorable aux États-Unis, les États-Unis en bénéficieront, quelles que soient les décisions du Groupe spécial.

4.907 Les Communautés européennes préféreraient s'abstenir de toute supposition quant à ce que pourrait être une solution négociée relative au rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord, et quant au point de savoir si cette solution règlerait aussi cet aspect du présent différend. Dans ces conditions, il peut être intéressant de noter que l'ORD n'a pas encore été en mesure, jusqu'à présent, de parvenir à une conclusion concertée sur l'une quelconque des propositions informelles présentées en vue du réexamen du Mémorandum d'accord.

4.908 Toutefois, les Communautés européennes appellent l'attention du Groupe spécial sur ce qui s'est passé dans le récent différend *Australie - Saumons*[443] dont témoigne l'ordre des faits qui a été le suivant:

a) le 15 juillet 1999, le Canada a demandé, conformément à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord, l'autorisation de suspendre des concessions[444] sur la base d'une détermination unilatérale d'absence de mise en œuvre par l'Australie. Le Canada a semblé, à l'époque, suivre l'approche (illicite) des États-Unis à l'égard de cette question;

b) le 27 juillet 1999, l'Australie, tout en indiquant que "[l]a réunion du 27 juillet (maintenant du 28 juillet) de l'ORD sera[it] la première occasion pour l'Australie de contester le droit du Canada de demander une autorisation sur la base du document WT/DS18/12", a demandé un arbitrage "avec la plus grande prudence juridique pour ce qui [était] de sauvegarder son droit à l'arbitrage, que lui conf[érait] l'article 22:6 du Mémorandum d'accord[445];

c) le 28 juillet1999, en conséquence des discussions qui avaient porté sur ce point à l'ORD le même jour, le Canada a demandé que la détermination de compatibilité des mesures de mise en œuvre prises par l'Australie soit soumise au Groupe spécial initial "en application de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.[446]

[443] WT/DS18.

[444] WT/DS18/12 du 15 juillet 1999.

[445] WT/DS18/13 du 3 août 1999.

[446] WT/DS18/14 du 3 août 1999.

4.909 De l'avis des Communautés européennes, cet ensemble de faits montre que la position des États-Unis sur ce point essentiel n'est pas seulement injustifiable au regard du droit de l'OMC, mais aussi que les États-Unis sont à cet égard de plus en plus isolés au sein de l'ORD.

4.910 En outre, les Communautés européennes soutiennent que les délais fixés à l'article 306 b) 2) de la Loi de1974 sur le commerce extérieur sont, de toute façon, tout à fait insuffisants pour que soit menée à son terme une procédure de règlement des différends portant sur l'absence de mise en œuvre par un autre Membre de l'OMC dans des conditions respectant les prescriptions d'une procédure régulière.

4.911 **Les États-Unis estiment** que le Groupe spécial ne devrait pas se prononcer sur le rapport entre les articles 21:5 et 22. Premièrement, il n'est pas nécessaire pour le Groupe spécial d'aborder la question du rapport entre les articles 21:5 et 22. Cette question est en dernière analyse sans pertinence pour la décision du Groupe spécial, parce que les Communautés européennes n'ont pas prouvé plusieurs autres points qu'elles auraient dû prouver pour établir leurs allégations en ce qui concerne les articles 23:2 a) et 23 c).

4.912 De l'avis des États-Unis, en ce qui concerne leur allégation relative à l'article 23:2 a), les Communautés européennes n'ont pas démontré, comme la charge leur en incombait: 1) que l'article 306 suppose une "détermination" sur le point de savoir si un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC; et 2) que l'article 306 exige que cette détermination soit toujours une détermination de l'existence d'une violation. En l'absence d'une détermination concluant qu'il y a eu violation, il n'y a pas lieu que le Groupe spécial détermine s'il a été satisfait aux autres prescriptions de l'article 23:2 a).

4.913 Les États-Unis estiment aussi qu'en ce qui concerne leur allégation relative à l'article 23:2 c), les Communautés européennes n'ont pas démontré, comme la charge leur en incombait: 1) que l'article 306 fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de toujours estimer qu'il n'y a pas eu mise en œuvre; 2) que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit prendre des mesures aboutissant à la suspension de concessions, et non à d'autres mesures; 3) que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas se prévaloir des exceptions énoncées à l'article 301 a) 2) B); 4) que le Président ne peut pas assujettir les mesures à des conditions ou ordonner qu'elles ne soient pas prises; 5) que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut pas reporter les mesures jusqu'à 240 jours - huit mois - après l'expiration du délai raisonnable conformément à l'article305 a) 2), bien plus long que l'un ou l'autre - ou l'ensemble - des délais de 60 et de 90 jours prévus aux articles 21:5 et 22.

4.914 Les États-Unis ajoutent que le Groupe spécial ne devrait pas aborder cette question, parce que l'aborder serait préjuger des résultats des négociations en cours et porter atteinte aux droits de tous les Membres de l'OMC (et non pas seulement des parties à un différend précis) de négocier l'équilibre des droits et des obligations dans le cadre de l'Accord sur l'OMC. Seuls les Membres peuvent amender le Mémorandum d'accord ou en adopter des interprétations (articles IX:2 et X de l'Accord sur l'OMC), et les groupes spéciaux ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés (article 3:2 et 19:2 du Mémorandum d'accord). Les discussions qui se poursuivent dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord déboucheront probablement sur un amendement ou un accord quant au rapport entre les articles 21:5 et 22.

4.915 Les États-Unis allèguent aussi que l'analyse du rapport entre les articles 21:5 et 22, comme celle d'autres dispositions conventionnelles, doit être fondée sur le texte. Comme cela a déjà été exposé plus en détail, le texte de l'article 22 ne contient aucune référence à l'article 21:5 à quelque fin que ce soit. De plus, par ses termes, l'article 23:2 c) prescrit seulement que les procédures énoncées à l'article 22 soient suivies; il ne fait aucune référence à l'article 21:5. Pour ces raisons et pour d'autres

encore exposées précédemment ainsi que dans le rapport d'arbitrage au titre de l'article 22 relatif au différend concernant les *bananes*, le Mémorandum d'accord ne prescrit pas à l'heure actuelle qu'un Membre ait recours aux procédures énoncées à l'article 21:5 avant de demander l'autorisation de suspendre des concessions en vertu de l'article 22.

4.916 En réponse à la question du Groupe spécial, portant sur le point de savoir si la question cesserait de se poser dans le cas où la question du rapport entre les deux articles cités ferait l'objet d'un accord avant l'achèvement des travaux du Groupe spécial, les États-Unis ont répondu par l'affirmative. Ce qui était plus important, toutefois, c'était que s'il y avait accord pour que les parties aient recours à un processus au titre de l'article 21:5 amendé avant de recourir aux procédures énoncées à l'article 22, rien dans les articles 301 à 310 n'empêcherait les États-Unis d'agir de façon compatible avec un tel accord.

c) Pouvoir de ne pas estimer qu'il n'y a pas eu mise en œuvre/Pouvoir de décider à quel moment sera effectuée l'appréciation

4.917 **Les Communautés européennes font valoir** que lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "détermine" ("*shall determine*") "la" mesure ("*what*" *action*) il prendra ("*shall*" *take*), il est tenu par la liste limitative figurant à l'article 301 c). Cette liste prescrit soit le retrait des concessions ou autres avantages (et par conséquent la publication d'une "liste de mesures de rétorsion") soit la conclusion d'un accord contraignant (dont la teneur est prédéterminée). Ce second terme de l'alternative laissée au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales constitue, pour le pays Membre visé, le seul moyen d'échapper à une mesure de rétorsion (dont il est explicitement menacé).

4.918 Les Communautés européennes notent que lors de la troisième affaire des *bananes*, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a publié au Federal Registrer[447] un avis dans lequel, entre autres choses, il indiquait explicitement ce qui suit:

> "L'article 306 c) de la Loi sur le commerce extérieur dispose que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ménagera aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs vues avant la publication d'une détermination conformément à l'article 306 b)." (non souligné dans l'original)

4.919 Les Communautés européennes rappellent aussi que le 10 novembre 1998, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a publié au Federal Registrer[448] un second avis concernant une "détermination des mesures à prendre" proposée à laquelle était jointe une liste de produits des CE qui avaient été retenus et auxquels il était envisagé d'imposer des droits de douane prohibitifs (100 pour cent *ad valorem*). L'avis en question était publié "conformément à l'article 304 b) de la Loi sur le commerce extérieur".

4.920 Les Communautés européennes estiment que, sans aucun doute possible, la déclaration de la Corée est correcte car il s'agit là d'une conséquence immédiate du texte, de la conception, de la structure et des principes de base des articles 301 à 310 sous leur forme actuelle. De plus, la mise en œuvre et les déclarations publiques du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales concernant l'interprétation des articles 304 et 306 viennent confirmer les allégations des CE, qui sont soutenues par la Corée et par plusieurs autres Membres de l'OMC.

---

[447] Volume 63, n° 204, 22 octobre 1998, page 56689.

[448] Volume 63, n° 217, page 63099.

4.921 Les Communautés européennes font ensuite valoir que le mécanisme des déterminations obligatoires et des mesures impératives que les autorités exécutives des États-Unis sont tenues de mettre en œuvre, auxquelles s'ajoute la menace explicite subséquente à l'encontre des autres Membres de l'OMC résultant de cette situation juridique, constituent un élément de preuve plus que suffisant[449] pour prouver le total mépris que manifestent les articles 301 à 310 à l'égard des obligations découlant pour les États-Unis des accords de l'OMC, en particulier de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, de l'article 23 du Mémorandum d'accord et de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

4.922 **Les États-Unis font observer** que rien dans l'article 306 b) n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à conclure qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD. Il s'agit là d'une décision purement discrétionnaire, et les Communautés européennes n'ont pas démontré, comme la charge leur en incombait, pourquoi il ne serait pas possible pour le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de conclure qu'il n'est nécessaire de prendre aucune mesure parce que la mise en œuvre a été satisfaisante, ou que des progrès adéquats sont réalisés, ou encore que d'autres procédures de règlement des différends sont nécessaires pour arriver à une mise en œuvre satisfaisante.

4.923 **À titre de réfutation, les Communautés européennes rappellent** que les États-Unis allèguent aussi que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de déterminer que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC et qu'il n'y a pas eu mise en œuvre des recommandations de l'ORD et que, par conséquent, les articles 301 à 310 n'imposent pas des déterminations incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord. Toutefois, ces déterminations doivent être fondées sur l'enquête ouverte par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en vertu de l'article 302 ou sur le contrôle effectué par lui en vertu de l'article 306 a).

4.924 De l'avis des Communautés européennes, il n'y a rien dans les articles 301 à 310 qui puisse permettre au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir ses déterminations sur quelque autre base, par exemple sur la base d'un retard dans la procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Les États-Unis présentent en quelque sorte l'allégation stupéfiante selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait déterminer, en vertu des articles 301 à 310, que les États-Unis n'ont été frustrés d'aucun droit et qu'il n'y a pas eu absence de mise en œuvre de recommandations de l'ORD parce que la procédure de règlement du différend dans le cadre de l'OMC n'a pas été menée à son terme.

4.925 Les Communautés européennes estiment qu'il ne serait pas logique d'interpréter les articles 301 à 310 comme autorisant des déterminations relatives à la compatibilité avec les règles de l'OMC de mesures sur la base de facteurs qui ne sont aucunement visés par le langage clair de la loi et, par conséquent, sont dépourvus de pertinence pour une telle détermination.

4.926 **Les États-Unis font valoir** qu'il n'y a aucun "délai spécifié" pour les "appréciations". Dans la mesure où une appréciation n'est rien de plus qu'une opinion, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut, à tout moment - avant, pendant ou après le délai raisonnable - estimer qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de

[449] Selon G. Schwartzenberger, International Law, troisième édition, page 614, "[i]l existe un nombre suffisant de décisions pertinentes de la Cour internationale de justice pour permettre de conclure que la simple existence d'une telle disposition législative peut constituer une menace suffisamment proche de l'illégalité pour établir l'intérêt juridique d'un plaignant à engager une procédure visant à obtenir au moins un jugement déclaratoire".

l'ORD, tout comme un Membre peut estimer, peut avoir le sentiment, qu'un autre Membre a manqué à ses obligations au regard de l'OMC avant, pendant et après le délai laissé pour la présentation d'une demande d'établissement d'un groupe spécial à une réunion donnée de l'ORD. L'article 306 dispose seulement que si, pendant les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'il n' y a pas eu mise en œuvre, il décide s'il y a lieu de faire usage des procédures énoncées à l'article 22. De fait, étant donné la manière dont l'article 22 est rédigé à l'heure actuelle, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit recourir à ces procédures avant l'expiration de ce délai pour que les États-Unis préservent leurs droits au regard de l'OMC. Toutefois, rien ne l'empêche d'estimer pendant ce délai de 30 jours qu'il n'y a pas eu mise en œuvre.

d) Pratique

4.927 En réponse à une question du Groupe spécial, **les États-Unis expliquent** que jusqu'à présent, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé qu'un accord n'était pas mis en œuvre de façon satisfaisante dans deux cas ayant trait au GATT ou à un accord de l'OMC. En janvier 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé qu'il serait nécessaire de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 dans le différend concernant les *bananes*, et a proposé de suspendre les concessions relatives à certains produits. Le 19 avril 1999, l'ORD a autorisé cette suspension conformément à un rapport d'arbitrage. En mai 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé qu'il serait nécessaire de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 dans le différend *CEE - Hormones*. Ces procédures prévues à l'article 22 sont à l'heure actuelle en cours.

4.928 Les États-Unis indiquent qu'en janvier 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé qu'il serait nécessaire de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 dans le différend concernant les *bananes* et a proposé la suspension des concessions relatives à certains produits. Le 19 avril 1999, l'ORD a autorisé cette suspension conformément à un rapport d'arbitrage. Il n'existe pas d'exemplaire de la décision du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 parce que ce n'était pas une détermination. En mai 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a estimé qu'il serait nécessaire de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 dans le différend *CEE – Hormones*. Les procédures engagées en vertu de l'article 22 sont à l'heure actuelle en cours. Il n'existe pas de copie de la décision de recourir aux procédures énoncées à l'article 22 parce que ce n'était pas une détermination. On trouvera, toutefois, ci-joint un avis publié le 25 mars 1999, invitant à faire parvenir des observations sur la mise en œuvre des recommandations de l'OMC dans l'affaire *Hormones* (pièce n° 17 des États-Unis). Il y est indiqué qu'il serait vraisemblablement nécessaire de recourir aux procédures énoncées à l'article 22, les CE ayant indiqué à la réunion de mars de l'ORD qu'elles ne pensaient pas pouvoir être en conformité avec les recommandations à la fin du délai raisonnable, c'est-à-dire en mai.

4.929 En réponse à une question du Groupe spécial relative à la troisième affaire *CE - Bananes*, les États-Unis indiquent qu'il est difficile de répondre à la question de savoir quand une "appréciation" est "effectivement effectuée" parce qu'elle ne reflète rien d'autre qu'une opinion de la part du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. En tant que telle, elle n'est pas "effectuée". À tout moment, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut avoir le sentiment qu'il y a eu mise en œuvre, qu'il n'y a pas encore eu mise en œuvre à ce moment-là, ou qu'il pourra y avoir mise en œuvre si certaines mesures sont prises ou certains engagements contractés. La première mention écrite formelle du fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estimait que les Communautés européennes n'avaient pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD à l'expiration du

délai raisonnable est la demande d'autorisation de suspendre les concessions présentée le 14 janvier 1999 par les États-Unis.[450]

4.930 Les États-Unis expliquent que la détermination initiale des mesures à prendre, établie le 14 janvier 1999, était que les États-Unis devraient, conformément à l'article 22, suspendre les concessions s'ils y étaient autorisés à la réunion de l'ORD du 29 janvier 1999 ou, dans le cas où les Communautés européennes demanderaient un arbitrage conformément à l'article 22:6 concernant le niveau de la suspension, suspendre les concessions par la suite conformément à la décision des arbitres, et sur autorisation de l'ORD conformément à l'article 22:7. Cette détermination est indiquée dans l'avis publié au Federal Register du 19 avril 1999, annonçant l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre les concessions.[451] En droit interne, cette détermination était fondée sur: 1) l'article 301 c) 1) A), qui prévoit la suspension de concessions; 2) l'article 301 a) 3), qui dispose que toute mesure visant des marchandises ou des services sera d'un montant équivalant à la valeur de l'entrave ou de la restriction imposée au commerce des États-Unis (prescrivant que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne suspende pas les concessions pour un montant excédant le niveau d'annulation ou de réduction constaté par les arbitres et autorisé par l'ORD); 3) l'article 304 a) 1), prescrivant que les déterminations sont fondées sur des procédures de règlement des différends; 4) l'article 301 a) 2) A) ii) II), spécifiant que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est tenu de prendre aucune mesure si une procédure de règlement des différends n'indique aucune annulation ou réduction; 5) l'article 302 a) 2) B) i), précisant que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est tenu de prendre aucune mesure si le pays étranger a pris des mesures satisfaisantes, étant entendu que la participation à des procédures prévues par le Mémorandum d'accord et le respect des règles qui y sont inscrites constitueraient de telles mesures.[452]

4.931 Les États-Unis font valoir que l'appréciation n'était pas une détermination, et qu'elle n'a pas été publiée. La détermination prévue à l'article 304 de mesures prises en vertu de l'article 301 est reproduite dans l'avis publié au Federal Register du 19 avril 1999. Comme cela a été indiqué à la deuxième réunion de fond, la prescription de publication figurant à l'article 304 c) n'est assujettie à aucun délai. Les États-Unis ont expliqué que la détermination d'une action était établie dans le délai de 30 jours.

4.932 En réponse à la question du Groupe spécial relative à l'affaire *CE – Hormones*, les États-Unis ont précisé que la première mention écrite officielle du fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estimait que les Communautés européennes n'avaient pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD à l'expiration du délai raisonnable était la demande présentée par les États-Unis le 18 mai 1999 tendant à ce que l'ORD autorise la suspension des concessions.[453]

4.933 Les États-Unis indiquent en outre que la détermination initiale des mesures à prendre, établie le 18 mai 1999, concluait que les États-Unis devraient, conformément à l'article 22, suspendre les concessions s'ils y étaient autorisés à la réunion de l'ORD du 29 janvier 1999 ou, dans le cas où les Communautés européennes demanderaient un arbitrage conformément à l'article 22:6 concernant le niveau de la suspension, suspendre les concessions ultérieurement, conformément à la décision des

[450] WT/DS27/43 (14 janvier 1999).

[451] Implementation of WTO Recommandations Concerning the European Communities' Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, 64 Fed. Reg.19209 (1999).

[452] Voir la réponse à la question 33.

[453] WT/DS26/19 (18 mai 1999).

arbitres, sur autorisation de l'ORD donnée conformément à l'article 22:7. Cette détermination figure dans l'avis publié au Federal Register du 27 juillet 1999, annonçant l'autorisation de l'ORD de suspendre les concessions.[454] L'appréciation n'était pas une détermination, et n'avait pas été publiée. La détermination était reproduite dans l'avis publié au Federal Register du 27 juillet 1999. La détermination des mesures à prendre avait été établie dans le délai de 30 jours.

4. Articles 306 et 305

a) Aperçu

4.934 **Les Communautés européennes font valoir** que l'article 306 b) prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a), au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre, s'il estime que cette mise en œuvre n'est pas satisfaisante. L'utilisation de l'expression "*arrête les mesures supplémentaires* [qui seront prises]" (plutôt que "détermine si" ou "quand" des mesures supplémentaires seront prises) et le renvoi à la partie de l'article 301 qui traite des "mesures impératives" impliquent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit annoncer à ce stade laquelle des mesures de rétorsion commerciales qu'il est habilité à prendre au titre de l'article 301 c) sera appliquée en réaction à ce que les États-Unis considèrent unilatéralement comme une mise en œuvre non satisfaisante.

4.935 Les Communautés européennes soutiennent que l'article 305 définit le moment où la mesure annoncée doit être appliquée. Là aussi, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit observer des délais très stricts. Selon l'article 305 a) 1), il doit, en principe, appliquer la mesure qu'il a décidé de prendre "au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie". Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que la mise en œuvre n'est pas satisfaisante, il doit donc déterminer, au plus tard dans les 60 jours suivant l'expiration du délai raisonnable prévu, le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et le secteur auquel cette suspension s'appliquera, et imposer des droits, redevances ou restrictions discriminatoires touchant le commerce du Membre concerné.

4.936 Mais les Communautés européennes notent aussi que dans les cas où il existe un désaccord entre les parties quant à l'existence ou à la conformité des mesures de mise en œuvre, la procédure prévue à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord doit être appliquée avant que toute suspension de concessions puisse être autorisée par l'ORD. En pareil cas, le délai de 60 jours prévu à l'article 306 b) ne sera normalement pas suffisant pour mener à bien la procédure de règlement des différends puisque dans l'article 21:5, il est prévu un délai de 90 jours rien que pour permettre au groupe spécial de rendre sa décision. Mais, même s'il n'existe pas de désaccord entre les parties au différend quant à l'existence ou à la conformité des mesures de mise en œuvre, le délai de 60 jours demeure insuffisant pour les raisons suivantes.

4.937 De l'avis des Communautés européennes, l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord fait obligation aux États-Unis de suivre "les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations". Or, selon ces procédures, aussi bien le niveau de la suspension que le secteur visé peuvent être contestés et soumis à l'arbitrage.

[454] Implementation of WTO Recommendations Concerning EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), 64 Fed. Reg. 40638 (1999).

4.938 Les Communautés européennes considèrent qu'en vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord "les concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage".

4.939 Les Communautés européennes font observer que l'article 22:7 dispose que "l'ORD … accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre", ce qui suppose que l'ORD doit attendre la fin de la procédure d'arbitrage avant d'autoriser la suspension de concessions ou d'obligations.

4.940 Les Communautés européennes notent que conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, l'arbitrage concernant le niveau ou la nature de la suspension des concessions ou obligations "sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration".

4.941 Les Communautés européennes expliquent que lorsqu'une décision arbitrale est rendue, la demande de suspension des concessions est soumise à deux conditions obligatoires:

a) elle doit être en harmonie avec la décision de l'arbitre; et

b) conformément à l'article premier du règlement intérieur des réunions de l'ORD, qui renvoie au règlement intérieur des réunions du Conseil général et en particulier aux règles 2 et 4 de ce règlement, elle doit être soumise au moins dix jours avant la réunion de l'ORD.

4.942 Les Communautés européennes notent aussi qu'après l'expiration du délai raisonnable, un délai d'au moins 70 jours est prévu pour effectuer les différentes démarches (notamment la demande de compensation, la demande d'autorisation, l'arbitrage concernant le niveau de la suspension demandée) qui doivent précéder l'autorisation de suspension de la concession par l'ORD. Ce délai de 70 jours ne peut être mis à profit par la partie souhaitant être autorisée à suspendre les concessions.

4.943 Les Communautés européennes font valoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est néanmoins tenu, au titre de l'article 305, de déterminer unilatéralement le niveau et la nature de la suspension des concessions ou autres obligations dans un délai de 60 jours. Cette prescription légale est incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

4.944 De l'avis des Communautés européennes, le fonctionnement de l'article 306 peut être illustré par les déterminations établies et les mesures prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans le cas du différend entre les États-Unis et les Communautés européennes concernant le régime applicable aux bananes.

4.945 Les Communautés européennes font remarquer que, sur la base d'une détermination unilatérale selon laquelle les Communautés européennes n'avaient pas appliqué les recommandations de l'ORD concernant ce régime, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a annoncé le 3 mars 1999 que l'Administration des douanes des États-Unis commencerait, à compter de cette date, à suspendre la liquidation des droits de douane et à examiner l'adéquation des cautions déposées pour les importations de certains produits européens représentant une valeur de 520 millions de dollars. L'arbitrage sur le niveau et la nature de la suspension annoncée demandé par les Communautés européennes au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord aurait dû s'achever le 2 mars 1999, c'est-à-dire 60 jours après le 1er janvier 1999, date à laquelle le délai de mise en œuvre accordé aux Communautés était venu à expiration. Mais en raison de la nouveauté et de la complexité des questions qui se posaient, la décision des arbitres n'a été rendue que le 9 avril 1999 et l'ORD n'a donc pu se prononcer sur la demande d'autorisation de prendre des sanctions

déposées par les États-Unis que le 19 avril 1999. Cette autorisation portait sur des échanges d'une valeur de 191,4 millions de dollars EU.

4.946 Les Communautés européennes considèrent que la décision de suspendre la liquidation des droits de douane à compter du 3 mars 1999, à exposer les importateurs de certains produits européens à se voir appliquer des droits de douane de 100 pour cent sur ces produits, alors que les importateurs de produits similaires en provenance d'autres origines ne pouvaient être assujettis qu'à des droits correspondant aux droits de douane normaux. Les cautions demandées pour les importations en provenance d'Europe étaient destinées à couvrir ces droits potentiels plus élevés.

4.947 De l'avis des Communautés, ces règles et formalités discriminatoires touchant les importations de produits européens sont incompatibles avec l'article premier du GATT de 1994. En outre, l'obligation de déposer des cautions a entraîné pour les importateurs des coûts additionnels constituant des "autres impositions" à l'importation, interdites par les articles II:2 a) et VIII:1 du GATT de 1994. Enfin, et ce qui est le plus important, le but et l'effet réel de la mesure étaient de décourager purement et simplement les importations, les importateurs étant logiquement très peu disposés à accepter le risque d'avoir à payer rétroactivement 100 pour cent de droits. Ainsi que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales l'a déclaré lors d'une conférence de presse tenue le 3 mars "nous avons riposté en bloquant concrètement les échanges à compter du 3 mars, en réaction contre le préjudice causé par le régime communautaire applicable aux bananes, qui est incompatible avec les règles de l'OMC".[455]

4.948 Les Communautés européennes concluent donc que cette mesure a créé, *de facto*, une prohibition ou une restriction des importations au sens de l'article XI du GATT. Il ne fait pas de doute, dans ces conditions, que les États-Unis ont suspendu le 3 mars 1999 l'exécution de leurs obligations envers les Communautés européennes, au titre notamment des articles I[er], II, VIII et XI du GATT de 1994 sans l'autorisation préalable de l'ORD.

4.949 Les Communautés européennes notent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a indiqué clairement, dans un avis au public dans lequel il devait commenter les mesures prévues pour le 3 mars 1999, qu'il était tenu, en vertu des articles 301 à 310, d'adopter les mesures en question à cette date:

> "Eu égard au fait que le délai raisonnable dont disposaient les Communautés européennes pour mettre en œuvre les recommandations de l'OMC concernant le régime communautaire applicable aux bananes arrive à expiration le 1[er] janvier 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir la détermination requise au titre de l'article 306 b) le 31 janvier 1999 au plus tard et, en cas de détermination positive, doit mettre en œuvre des mesures supplémentaires 30 jours au plus tard après cette date."[456]

4.950 Selon des Communautés européennes le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales se considère donc comme tenu de prendre des mesures de rétorsion 60 jours après la venue à expiration du délai de mise en œuvre s'il estime que les décisions et recommandations de l'ORD n'ont pas été appliquées. Le Représentant a ajouté que "ce calendrier permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de recourir

[455] Tiré de notes pour la presse préparées par le personnel du Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et intitulées "Action du 3 mars concernant les bananes".

[456] Federal Register, Vol. 63 n° 204, jeudi 22 octobre 1998, pages 56688 et 56689.

aux procédures de compensation et de suspension des concessions prévues à l'article 22 du Mémorandum d'accord".[457]

4.951 Les Communautés européennes font néanmoins observer que lorsqu'il est apparu que les procédures prévues à l'article 22 n'étaient pas achevées le 3 mai 1999 et que les États-Unis ne pouvaient donc pas obtenir l'autorisation nécessaire de l'ORD dans les délais requis par leur législation interne, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'en a pas moins imposé des sanctions commerciales "bloquant concrètement les échanges". La façon dont les choses se sont déroulées confirme ce qu'indique le texte de l'article 306 b), à savoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit mettre en œuvre les mesures supplémentaires qui ont été arrêtées, que ces mesures soient ou non conformes aux prescriptions de l'article 22 du Mémorandum d'accord.

4.952 De l'avis des Communautés européennes, les États-Unis ont accepté l'obligation inconditionnelle de n'imposer des sanctions commerciales qu'avec l'autorisation de l'ORD mais ont maintenu une législation interne qui requiert expressément l'imposition unilatérale de telles sanctions. Il suffira au Groupe spécial d'en prendre acte pour conclure que les articles 306 b) et 305 ne constituent pas une exécution de bonne foi des obligations découlant des articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord, ni par conséquent de l'article 23 du Mémorandum d'accord et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

4.953 **Les États-Unis répliquent** que les articles 301 à 310 de la Loi sur le commerce extérieur confèrent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et au Président de larges pouvoirs discrétionnaires en ce qui concerne tant les déterminations établies au titre de ces dispositions que le calendrier de mise en œuvre des mesures prises comme suite à ces déterminations. Rien dans les dispositions en question n'oblige les intéressés à prendre des mesures incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC.

4.954 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes demandent au Groupe spécial de constater que l'article 306 b) est incompatible avec l'article 23:2 c),

> "parce qu'il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à décider des mesures supplémentaires à prendre au titre de l'article 301 lorsque les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre et à appliquer ces mesures, indépendamment de la question de savoir si la procédure prévue à l'article 22 du Mémorandum d'accord est terminée et si l'ORD a autorisé ces mesures".

4.955 De l'avis des États-Unis, l'argumentation des CE repose entièrement sur des hypothèses inexactes et infondées concernant le point de savoir si une mesure doit être prise, et concernant la nature de cette mesure et le moment auquel elle doit être adoptée. L'article 306 b) n'impose de prendre aucune mesure, et encore moins une mesure incompatible avec l'article 23:2 c).

4.956 Les États-Unis considèrent que, si l'on regarde à nouveau le texte, l'article 23:2 c) fait obligation aux Membres de "[suivre] les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations", lorsqu'un Membre n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. Mais, encore une fois, aucun cas concret de suspension des concessions n'est ici soumis au Groupe spécial. Il n'est donc pas possible de déterminer si les États-Unis, dans un tel cas concret, se sont effectivement

[457] Federal Register, Vol. 63 n° 204, jeudi 22 octobre 1998, page 56689.

conformés aux prescriptions de l'article 22. La seule question qui se pose est en réalité de savoir si l'article 306 b) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à ne pas suivre les procédures énoncées à l'article 22 ou à suspendre les concessions sans avoir l'autorisation de l'ORD.

4.957 Les États-Unis indiquent que cela n'est manifestement pas le cas. Rien dans l'article 306 b) ou dans l'article 305 a) n'empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter à la lettre les procédures énoncées à l'article 22, y compris en ce qui concerne l'autorisation de l'ORD. Ainsi que les États-Unis l'ont déjà noté, l'argumentation des CE repose sur une série de postulats et de spéculations sans aucun fondement. Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'un autre Membre n'a pas appliqué les décisions et recommandations de l'ORD; s'il ne tient pas compte des procédures énoncées à l'article 22 et décide de prendre des mesures et si ces mesures comprennent la suspension de concessions; enfin, si le Représentant ou le Président choisissent de ne pas exercer les pouvoirs discrétionnaires qu'ils ont de ne pas prendre de mesures ou d'attendre le résultat des procédures énoncées à l'article 22, alors les Communautés européennes soutiennent qu'il y aurait violation de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord. Mais l'article 306 b) n'impose rien de cela et les Communautés européennes n'ont pas le droit de présenter comme un commencement de preuve de simples spéculations ou la présomption que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire de bonne foi.

4.958 Les États-Unis considèrent qu'ils ont expliqué les nombreuses hypothèses sans fondement qui sont à la base de l'argumentation des CE concernant l'article 23:2 c). Les Communautés européennes n'ont pas réussi à réfuter ces explications ni à apporter d'autres preuves à l'appui de leurs obligations, comme la charge leur en incombait dans ce différend. Leur argumentation au titre de l'article 23:2 c) ne tient donc pas non plus.

4.959 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes font valoir que les articles 306 b) et 305 a) sont contraires aux dispositions de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord qui fait obligation à un Membre de suivre les procédures énoncées à l'article 22 avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations au regard de l'OMC lorsqu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD.[458] Selon les Communautés européennes, la formulation de l'article 306 b) "implique" que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit annoncer qu'il va prendre des mesures de rétorsion impératives lorsqu'il estime qu'un autre Membre n'a pas appliqué les recommandations de l'ORD. Les Communautés européennes soutiennent en outre que les délais prévus aux articles 306 b) et 305 a) obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à suspendre les concessions au plus tard 60 jours après la venue à expiration du délai raisonnable, alors que l'ORD ne pourrait autoriser la suspension des concessions qu'au bout de 70 jours au plus tôt.

4.960 De l'avis des États-Unis, cette argumentation des CE fait totalement fi des larges pouvoirs discrétionnaires qui sont prévus aux articles 306 b), 301 a) et 305 a) en ce qui concerne tant la nature des mesures prises au titre de ces dispositions que le moment où elles sont prises.

[458] L'article 23:2 c) dispose que les Membres qui cherchent à obtenir réparation en cas de violation:

"suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable".

4.961 Les États-Unis font tout d'abord remarquer que rien dans l'article 306 b) n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à conclure qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD. Il s'agit là d'une décision purement discrétionnaire et les Communautés européennes n'ont pas démontré, comme la charge leur en incombait, pourquoi il ne serait pas possible au Représentant de conclure qu'aucune mesure n'a besoin d'être prise parce que la mise en œuvre a été satisfaisante ou que des progrès adéquats sont réalisés ou encore parce que d'autres procédures de règlement des différends sont nécessaires pour arriver à une mise en œuvre satisfaisante.

4.962 Les États-Unis notent aussi que même si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales était tenu, au titre de l'article 306 b), de conclure dans tous les cas qu'un autre Membre ne s'est pas conformé aux recommandations de l'ORD et de prendre des mesures en conséquence, le délai total de 210 jours prévu à l'article 305 a) serait amplement suffisant pour permettre que ces mesures tiennent compte des conclusions des procédures énoncées à l'article 22 et qu'elles soient appliquées après autorisation de l'ORD. Les Communautés européennes font valoir qu'au titre de l'article 305 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit prendre des mesures au plus tard dans un délai de 30 jours après qu'il a établi sa détermination au titre de l'article 306 b), détermination qui doit elle-même intervenir au plus tard dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable.

4.963 Pour les États-Unis, cet argument des CE néglige totalement le fait que le délai de 30 jours prévu à l'article 305 a) 1) est applicable "[s]ous réserve des dispositions du paragraphe 2)".[459] Le paragraphe 2 de l'article 305 prévoit que le délai de 30 jours indiqué au paragraphe 1) peut être *prolongé de 180 jours*:

> "2) A) Sauf disposition contraire dans le présent paragraphe, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut reporter, d'au plus 180 jours, l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 –
>
> …
>
> ii) [si] le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure".[460]

4.964 Les États-Unis expliquent en outre que l'article 305 a) 2) A) ii) autorise expressément le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à reporter de 180 jours l'application d'une mesure afin, notamment, d'"obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés". Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut donc surseoir à l'adoption de toute mesure conformément à l'article 306 b) jusqu'à que ce que les États-Unis aient obtenu le droit de suspendre les concessions après achèvement des procédures énoncées à l'article 22 et obtention de l'autorisation de l'ORD.

4.965 Les États-Unis indiquent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a, de fait, déjà exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par

[459] Article 305 a) 1), 19 U.S.C. § 2415 a) 1).

[460] Article 305 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2415 a) 2) A).

l'article 305 a) 2) A) ii) de reporter de 180 jours l'application d'une mesure dans le but exprès d'obtenir l'exécution de droits garantis par le GATT. Le 24 mai 1989, un Groupe spécial du GATT a publié un rapport constatant que les restrictions appliquées par la Corée à l'importation de la viande de bœuf étaient contraires aux dispositions de l'article XI:1 du GATT de 1947.[461] Toutefois, aux réunions du Conseil du GATT des 21 juin et 19 juillet 1989, la Corée s'est opposée à l'adoption du rapport du Groupe spécial. La date fixée pour l'adoption de mesures par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 305 a) 1) était le 28 octobre 1989. Toutefois, citant l'article 305 a) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a décidé qu'un "report [de l'application de ces mesures] était nécessaire et souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis au titre de l'Accord général sur le tarif douanier et le commerce soient exécutés".[462] Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a expliqué en outre que le report des mesures au-delà du 28 octobre 1989 était souhaitable "pour laisser le temps de poursuivre les procédures dans le cadre du GATT".[463] La Corée a consenti à l'adoption du rapport du Groupe spécial le 8 novembre 1989 et les États-Unis et la Corée ont conclu un accord sur la mise en œuvre le 21 mars 1990.[464]

4.966 Les États-Unis expliquent également que si l'on ajoute 180 jours au délai de 60 jours prévu aux articles 306 b) et 305 a) 1), il est clair que, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a, dans tous les cas, largement le temps d'attendre que l'ORD donne l'autorisation de suspendre les concessions en tenant compte de la décision arbitrale rendue au titre de l'article 22, même si cela doit prendre 60 ou 70 jours. Ce délai total de 240 jours laissé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pour appliquer des mesures lui permettrait même d'attendre préalablement l'achèvement des procédures prévues à l'article 21:5 (un processus d'une durée de 90 jours), si cela était nécessaire pour que les États-Unis obtiennent le droit de suspendre les concessions. Toutefois, le Mémorandum d'accord tel qu'il est actuellement rédigé ni ne requiert ni ne permet[465] d'attendre que la procédure d'examen par le Groupe spécial prévue à l'article 21:5 soit achevée pour pouvoir demander et recevoir l'autorisation de suspendre les concessions au titre de l'article 22.

---

[461] Rapport du Groupe spécial *Corée, République de – Restrictions à l'importation de la viande de bœuf ("Corée – Bœuf")*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/300.

[462] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 as Amended, Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 54 Fed. Reg. 40769 (1989) (pièce n° 4 des États-Unis).

[463] *Ibid.*

[464] Voir Termination of Section 302 Investigation Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 55 Fed. Reg. 20376 (1990) (pièce n° 5 des États-Unis). Les États-Unis notent que, de la même manière, dans le différend survenu en 1989 entre les États-Unis et les Communautés européennes concernant les oléagineux, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait différé l'adoption de mesures pendant 180 jours conformément à l'article 305 a) 2) A) ii) eu égard au fait que des progrès substantiels étaient réalisés dans le cadre des procédures de règlement des différends du GATT, procédures qui n'étaient pas encore terminées au bout de 18 mois. En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne s'était prononcé au titre de l'article 304 a) 1) A) i) sur la question de savoir si les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au titre de l'accord commercial qu'<u>après</u> l'adoption du rapport du Groupe spécial sur les oléagineux, bien que celui-ci n'ait été adopté que longtemps après l'expiration du délai de 18 mois. Voir: Determinations Under Sections 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (pièce n° 6 des États-Unis).

[465] Dans le cas où un plaignant souhaite bénéficier de la règle du consensus négatif prévue aux articles 22:6 et 22:7.

b) Pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas prendre de mesures

4.967 **Les États-Unis rappellent** que, conformément à l'article 301 a) 1), s'il est déterminé que les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial ont été frustrés

> "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prend les mesures autorisées au titre de la section c) du présent article, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, et adopte toutes les autres mesures appropriées et réalisables que le Président, dans la limite de ses attributions, peut lui ordonner de prendre au titre de la présente section afin de faire exécuter ces droits ou d'obtenir que cesse l'action, la politique ou la pratique en question.
>
> Des mesures qui sont du ressort du Président peuvent être prises concernant le commerce de marchandises ou services, ou concernant tout autre domaine de relations appropriées avec le pays étranger."[466]

4.968 Les États-Unis expliquent que l'article 301 c) autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre des mesures contre certains biens ou services ou à conclure des accords pour faire cesser la violation des droits des États-Unis au titre d'un accord commercial ou obtenir une compensation pour cette violation.[467] Cet article n'impose aucun type de mesure particulier.

4.969 Les États-Unis notent en outre, qu'en ce qui concerne les mesures prises au titre de l'article 301, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales jouit de larges pouvoirs discrétionnaires, y compris celui de ne pas prendre de mesures du tout. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est expressément habilité à ne pas prendre de mesures: 1) lorsque l'ORD a adopté un rapport où il est conclu que les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits[468]; 2) lorsque le pays étranger "prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial"[469], convient de mettre un terme à la pratique frustrant les États-Unis de leurs droits[470] ou accepte d'accorder une compensation[471]; 3) lorsque l'adoption d'une mesure aurait "sur l'économie des États-Unis, une incidence défavorable hors de proportion avec les avantages de la mesure";[472] 4) ou lorsque l'adoption d'une mesure "compromettrait gravement la sécurité nationale des États-Unis".[473] Les Communautés européennes ont reconnu que lorsque les Membres de l'OMC s'engageaient à appliquer les recommandations de l'ORD dans les délais prévus à l'article 21 du Mémorandum d'accord, les

---

[466] Article 301 a) 1), 19 U.S.C. § 2411 a) 1) (non souligné dans l'original).

[467] Article 301 c), 19 U.S.C. § 2411 c).

[468] Article 301 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) A).

[469] Article 301 a) 2) B) i), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) i).

[470] Article 301 a) 2) B) ii), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) ii).

[471] Article 301 a) 2) B) iii), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) iii).

[472] Article 301 a) 2) B) iv), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) iv).

[473] Article 301 a) 2) B) v), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) v).

États-Unis considéraient qu'il s'agissait d'une "mesure satisfaisante" justifiant de clore une enquête sans prendre d'autres dispositions.

4.970 En réponse à la question du Groupe spécial, les États-Unis expliquent qu'aux termes de l'article 301 a) 2) B) i), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures si le pays étranger "prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial". Dans tous les cas de figure envisagés dans la question – les recommandations de l'ORD n'ont pas encore été adoptées, la suspension des concessions n'a pas encore été autorisée, et le Membre concerné n'a pas exprimé l'intention d'obtempérer et a décidé de ne rien faire avant l'expiration du délai raisonnable – le fait que le Membre concerné continue à participer aux procédures de règlement du différend serait considéré comme constituant des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits conventionnels des États-Unis. Il est important de noter que les droits en question ne seraient pas nécessairement les droits fondamentaux que le Membre en question a violés par le biais de la mesure contestée, mais plutôt, les droits des États-Unis au regard de l'OMC et plus particulièrement des articles 21 à 23 du Mémorandum d'accord. Ainsi par exemple, si le Membre concerné n'exprimait pas l'intention de mettre en œuvre les recommandations de l'ORD, ou choisissait de ne pas mettre à profit le délai raisonnable qui lui est imparti pour les mettre en œuvre, cela permettrait aux États-Unis d'obtenir, à terme, le droit à une compensation ou le droit de suspendre les concessions conformément à l'article 22:2 du Mémorandum d'accord. Les États-Unis pourraient, sur cette base, décider de ne pas prendre de mesures au titre de l'article 301 a) 2) B) i).

4.971 De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes ne tiennent absolument aucun compte des dispositions de l'article 301 a) 2), qui donnent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et au Président le pouvoir discrétionnaire de limiter les mesures prises à ce qui est autorisé par l'ORD ou de ne prendre aucune mesure du tout. Cet article les autorise expressément à ne prendre aucune mesure lorsque l'ORD constate que les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits ou que leurs avantages résultant d'un accord commercial ne sont ni annulés ni compromis. Autrement dit, le Représentant pour les questions internationales peut limiter les mesures prises ou n'en prendre aucune selon les conclusions des procédures prévues à l'article 22. En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut décider de ne pas prendre de mesures pour des raisons de sécurité nationale, ou si lesdites mesures ont une incidence défavorable sur l'économie ou encore s'il estime que des mesures satisfaisantes sont prises pour exécuter les droits conventionnels des États-Unis. Enfin, les mesures prises au titre de l'article 301 a) le sont "sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président", ce qui veut dire que le Président peut soumettre ces mesures à certaines conditions ou donner pour instruction de n'en prendre aucune.

4.972 En réponse à la question du Groupe spécial sur le point de savoir si le seul fait que les recommandations de l'ORD n'aient pas encore été adoptées ou que l'ORD n'ait pas encore autorisé la suspension de concessions peut signifier que l'adoption d'une mesure par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en pareil cas aurait "une incidence défavorable sur l'économie des États-Unis hors de proportion avec les avantages de la mesure" ou "compromettrait gravement la sécurité nationale des États-Unis", les États-Unis indiquent que, compte tenu du large pouvoir discrétionnaire dont jouit le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 301 a) 2) B) i), celui-ci peut ne pas juger nécessaire de s'appuyer sur ces deux dispositions, bien qu'il lui soit loisible de le faire en fonction des circonstances particulières d'une affaire donnée.

4.973 Les États-Unis font valoir en outre qu'une troisième raison pour laquelle l'argument de la CE ne tient pas est que toute mesure que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut envisager au titre de l'article 306 b) sera prise conformément à l'article 301 a) 1), et pourra donc faire l'objet des exceptions prévues à l'article 301 a) 2). La plus importante de ces

exceptions du point de vue de la procédure actuelle est celle énoncée à l'article 301 a) 2) A), qui prévoit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures lorsque l'Organe de règlement des différends a adopté un rapport ou une décision où il est constaté que les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits conventionnels ou que les avantages résultant pour eux d'un accord commercial n'ont été ni annulés ni compromis.[474] Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est donc libre de ne prendre aucune mesure si un arbitre désigné au titre de l'article 22 conclut que les avantages résultant pour les États-Unis d'un accord commercial n'ont été ni annulés ni compromis (c'est-à-dire que l'autre Membre s'est conformé aux recommandations de l'ORD) ou de réduire le niveau de la suspension proposée si l'arbitre conclut que ce niveau serait excessif par rapport à la mesure dans laquelle les avantages sont annulés ou compromis. Les autres exceptions prévues à l'article 302 a) 2) qui assureraient un résultat conforme aux règles de l'OMC (puisqu'aucune mesure ne serait prise) sont celles où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conclurait que la mesure aurait une incidence défavorable sur l'économie des États-Unis ou compromettrait gravement la sécurité nationale.[475]

4.974 Les États-Unis considèrent que là encore, l'argumentation des Communautés européennes se fonde sur toute une série d'hypothèses non vérifiées. Les CE partent du principe que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conclura toujours que l'autre Membre n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD et que les États-Unis doivent donc prendre des mesures. Mais cela n'est absolument pas ce que dit l'article 306. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tout à fait libre, en vertu de cet article, de ne pas prendre de mesures ou bien parce qu'il estime que les recommandations ont été pleinement mises en œuvre ou bien parce qu'il considère que les procédures de règlement des différends doivent être poursuivies pour obtenir cette mise en œuvre. L'article 306 b) ne lui impose donc pas de prendre des mesures et, en l'absence de telles mesures, il ne peut y avoir violation de l'article 23:2 c). Le problème des délais prescrits à l'article 305 ne se pose à aucun moment.

4.975 Les États-Unis notent que l'article 305 a) 2) A) ii) et l'article 301 a) 2) B) i), iv) et v) confèrent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales une grande latitude pour différer l'adoption d'une mesure ou pour ne pas en prendre, ce qui a été expliqué à la page 360 de l'Énoncé des mesures administratives.[476] On y souligne que "l'article 301 ne requiert pas automatiquement d'imposer des sanctions lorsque les États-Unis ont gain de cause dans un différend concernant un accord commercial". Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut surseoir à l'adoption d'une mesure au titre de l'article 305 a) 2) A) ii) s'il détermine "que des progrès substantiels sont réalisés" ou si ce report est jugé nécessaire pour obtenir l'exécution des droits des États-Unis ou parvenir à une autre solution satisfaisante. De même, l'article 301 a) 2) B) i), iv) et v) permet de n'adopter mesure si un pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour permettre l'exécution des droits conventionnels des États-Unis, s'il risque d'y avoir une incidence économique défavorable, ou pour des raisons de sécurité nationale. Les dispositions des articles 305 a) 2) A) ii) et 302 a) 2) B) i) sont particulièrement souples puisqu'il est loisible au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de s'en prévaloir s'il juge que des progrès sont réalisés ou qu'un report est nécessaire pour réaliser ces progrès.

4.976 Les États-Unis notent que les dispositions de l'article 305 a) 2) A) ii) ont été utilisées à au moins trois reprises dans des procédures de règlement des différends dans le cadre du GATT et de

[474] Article 301 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) A).

[475] Article 301 a) 2) B) iv), v), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) iv), v).

[476] Pièces n° 3 et 11 des États-Unis.

l'OMC, dont par deux fois, dans les affaires *Corée – Viande de bœuf* et *CE – Oléagineux*, respectivement. En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales s'est appuyé sur l'article 305 a) 2) A) ii) en décembre 1991 pour différer l'adoption de mesures dans le cadre d'une enquête touchant des restrictions à l'importation appliquées par le Canada concernant la bière. Sur la base d'un rapport adopté par un Groupe spécial du GATT, où il était constaté que le Canada avait commis des infractions, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait déterminé le 27 décembre 1991 que le Canada frustrait les États-Unis de leurs droits au titre d'un accord commercial et avait proposé d'augmenter les droits de douane sur la bière canadienne. Toutefois, le Représentant a déterminé, conformément à l'article 305 a) 2), qu'il était "souhaitable de reporter l'application de cette mesure … pour donner au Canada toute latitude de se conformer aux recommandations du Groupe spécial du GATT".[477]

4.977 Les États-Unis font remarquer en outre que les dispositions de l'article 301 a) 2) B) i) ont également été utilisées à plusieurs reprises, notamment dans des situations où un Membre de l'OMC avait exprimé son intention de se conformer aux décisions et recommandations de l'ORD (*CE - Bananes III, Canada - Périodiques, Inde - Brevets (États-Unis), Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis)*, ou dans des cas où un pays s'était engagé à donner suite au rapport d'un groupe spécial du GATT *(Régime communautaire applicable aux fruits en boîte, CE - Oléagineux)* ou avait confirmé qu'il prendrait des mesures pour mettre en œuvre un accord antérieur (*Chine - Droits de propriété intellectuelle*).

c) Pouvoir discrétionnaire concernant le moment où la mesure est adoptée

4.978 **Les États-Unis considèrent** que les Communautés européennes n'ont pas réussi à prouver, comme la charge leur en incombe, que les articles 306 b) et 305 a) sont d'application obligatoire en cas de violation de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord. Elles ne peuvent pas étayer leur argument selon lequel l'article 306 b) imposerait de suspendre des concessions sans l'autorisation de l'ORD en s'appuyant sur des hypothèses hasardeuses concernant la manière et le moment où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prendra ses décisions dans un cas donné. Elles ne peuvent pas supposer ou affirmer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estimera forcément qu'il n'y a pas eu mise en œuvre ou qu'il est possible, selon le droit des États-Unis, de ne tenir aucun compte de dispositions légales qui donnent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et/ou au Président toute latitude pour différer l'adoption d'une mesure ou pour ne pas prendre de mesures du tout. L'article 306 b) permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de suivre les procédures prévues à l'article 22 dans tous les cas.

4.979 Les États-Unis notent qu'il y a maintenant eu deux cas dans lesquels les Communautés européennes ne se sont pas conformées aux décisions et recommandations de l'ORD et qu'aussi bien les États-Unis que les autres Membres de l'OMC commencent à avoir une certaine expérience à cet égard. Ils renvoient les membres du Groupe spécial à la pièce n° 17 des États-Unis, un avis publié au Federal Register dans le contexte du différend sur les *Hormones* qui décrit en détail la manière dont les États-Unis suivent les procédures prévues à l'article 22 lorsqu'ils exercent les pouvoirs décrits à l'article 306.

4.980 Les États-Unis font valoir en outre que même lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président ont déterminé que des mesures seront prises, les délais prévus aux articles 301 à 310 permettent d'attendre pour ce faire l'autorisation de l'ORD. Ainsi, l'article 305 a) 1) dispose que:

[477] Les États-Unis citent la "Notice of Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Canadian Provincial Practices Affecting Imports of Beer" dans 57 Fed. Reg. 308, 309 (1992).

> 1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales applique la mesure qu'il a décidé, en vertu de l'article 304 a) 1) B), de prendre au titre de l'article 301, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesure, au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie.[478]

4.981 De l'avis des États-Unis, le paragraphe 2 de l'article 305 permet que le délai de 30 jours indiqué au paragraphe 1) soit prolongé de 180 jours:

> 2) A) Sauf disposition contraire dans le présent paragraphe, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut reporter, d'au plus 180 jours, l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 –
>
> . . .
>
> ii) [si] le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un rapport est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure.[479]

4.982 Les États-Unis concluent donc que l'article 305 a) 2) A) ii) autorise expressément le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à différer l'adoption d'une mesure au-delà des 30 jours prévus à l'article 305 a) 1) afin, notamment, "d'obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés". Ces droits comprennent les droits découlant d'accords internationaux tels que le GATT ou d'autres accords de l'OMC. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déjà, de fait, exercé son pouvoir discrétionnaire au titre de l'article 305 a) 2) A) de différer l'adoption d'une mesure précisément pour cette raison. Le 24 mai 1989, un Groupe spécial du GATT avait publié un rapport constatant que les restrictions appliquées par la Corée à l'importation de la viande de bœuf étaient incompatibles avec les dispositions de l'article XI:1 du GATT de 1947.[480] Toutefois, aux réunions du Conseil du GATT des 21 juin et 19 juillet 1989, la Corée s'était opposée à l'adoption du rapport du Groupe spécial. Conformément à l'article 305 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait jusqu'au 28 octobre 1989 pour prendre des mesures. Mais, se référant à l'article 305 a) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé "qu'il était nécessaire et souhaitable de différer l'adoption de ces mesures pour obtenir que les droits des États-Unis au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce soient exécutés".[481] Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a expliqué en outre que le report des mesures au-delà du 28 octobre 1989 était souhaitable "pour permettre la poursuite des procédures dans le cadre du GATT".[482] La Corée a consenti à l'adoption du

---

[478] Article 305 a) 1), 19 U.S.C. § 2415 a) 1).

[479] Article 305 a) 2) A), 19 U.S.C. § 2415 a) 2) A).

[480] Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Corée – Bœuf, op. cit.*

[481] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended, Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 54 Fed. Reg. 40769 (1989) (pièce n° 4 des États-Unis).

[482] *Ibid.*

rapport du Groupe spécial le 8 novembre 1989 et les États-Unis et la Corée ont conclu un accord sur la mise en œuvre le 21 mars 1990.[483]

4.983 Les États-Unis expliquent aussi que, de la même manière, dans le différend survenu en 1989 entre les États-Unis et les Communautés européennes concernant les oléagineux, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait reporté de 180 jours l'adoption d'une mesure conformément à l'article 305 a) 2) A) ii), eu égard au fait que des progrès substantiels étaient réalisés dans le cadre de la procédure de règlement des différends du GATT, procédure qui n'était pas encore terminée à l'expiration du délai de 18 mois fixé.[484] En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait spécialement attendu l'achèvement des procédures du Groupe spécial avant de déterminer, conformément à l'article 304 a) 1) A) i), que les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits conventionnels, bien que le délai de 18 mois fût depuis longtemps écoulé.[485] Ainsi, les États-Unis avaient déjà pour pratique constante, même avant l'achèvement du Cycle d'Uruguay, d'attendre les conclusions du processus de règlement des différends pour déterminer si les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels.

4.984 Les États-Unis notent donc que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président jouissent, au titre des articles 301 à 310, de larges pouvoirs discrétionnaires pour décider du moment où des mesures seront prises, des conditions dans lesquelles il leur sera donné effet, et de l'opportunité de prendre ou non des mesures. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ou le Président peuvent, par exemple, spécifier qu'une mesure adoptée ne pourra prendre effet avant que les États-Unis aient reçu l'approbation formelle de l'ORD.

4.985 Les États-Unis font valoir que chaque fois qu'un Membre de l'OMC avait indiqué, conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, qu'il avait l'intention de mettre en œuvre les recommandations et constatations de l'ORD dans une affaire portant sur des violations des droits des États-Unis au titre d'accords de l'OMC, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait considéré que cette intention constituait une "mesure satisfaisante" au regard de l'article 301 a) 2) B), qui justifiait de mettre fin à une enquête ouverte au titre de l'article 302.[486] En pareil cas, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales continue à contrôler la mise en œuvre par le Membre des décisions et recommandations de l'ORD conformément à l'article 306 a).[487]

---

[483] Voir Termination of Section 302 Investigation Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 55 Fed. Reg. 20376 (1990) (pièce n° 5 des États-Unis).

[484] Voir Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, *Inter alia*, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (pièce n° 6 des États-Unis).

[485] Voir Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (pièce n° 6 des États-Unis). Les États-Unis notent qu'à l'expiration du délai de 18 mois, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales s'était contenté de dire qu'il avait des raisons de croire que les États-Unis étaient frustrés de leurs droits conventionnels et qu'il demandait en conséquence qu'une constatation en ce sens soit faite dans le cadre de la procédure de règlement du différend du GATT.

[486] Voir, par exemple, Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (pièce n° 7 des États-Unis).

[487] Article 306 a), 19 U.S.C. § 2416 a).

4.986 Les États-Unis notent que dans les cas où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'un Membre de l'OMC n'a pas mis en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD dans le délai raisonnable prévu à l'article 21:3, il détermine conformément à l'article 301 a) quelles autres mesures il doit adopter.[488] Contrairement aux dires des Communautés européennes, les autres mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales va prendre en l'espèce sont soumises aux instructions précises du Président puisque ces mesures sont prises conformément à l'article 301 a).[489] En outre, du fait que ces mesures sont prises au titre de l'article 301 a), elles peuvent faire l'objet des exceptions énoncées à l'article 301 a) 2) concernant, notamment, la conformité avec les rapports adoptés par l'ORD, l'incidence défavorable que ces mesures peuvent avoir sur l'économie des États-Unis ou la possibilité qu'elles nuisent à la sécurité nationale des États-Unis.[490]

4.987 Les États-Unis font valoir en outre qu'un autre élément tout aussi important est le fait que les délais prévus pour appliquer la mesure sont ceux indiqués à l'article 305, du fait que la détermination concernant la mesure à prendre est considérée comme une détermination au titre de l'article 304 a) 1).[491] Comme on l'a expliqué plus haut, aux termes de l'article 305, la mesure prise doit être appliquée au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la détermination a été établie sauf si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales

> "détermine que des progrès substantiels sont réalisés, *ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés* ou pour trouver une solution satisfaisante … ".[492]

4.988 Les États-Unis maintiennent qu'en pareil cas, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut surseoir à l'adoption d'une mesure pendant 180 jours supplémentaires, ce qui laisse amplement le temps nécessaire pour que l'ORD donne l'autorisation de suspendre les concessions conformément à l'article 22:6 ou 22:7 du Mémorandum d'accord.

4.989 Les États-Unis contestent l'hypothèse émise par les Communautés selon laquelle la loi des États-Unis permettrait de ne tenir aucun compte de toute une série de dispositions légales: en prétendant que l'article 305 a) impose de prendre une mesure dans les 60 jours suivant la venue à expiration du délai raisonnable, les Communautés négligent complètement le fait que les termes mêmes de la loi autorisent expressément le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à reporter l'adoption d'une mesure de 180 jours. L'article 305 a) 2) autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à appliquer ce délai pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou qu'une solution satisfaisante au différend soit trouvée. Les États-Unis ont fait usage de cette disposition pour surseoir à l'adoption de toute mesure jusqu'à ce qu'ils puissent obtenir l'exécution de leurs droits dans le cadre des procédures de règlement des différends du GATT de 1947 et les Communautés européennes n'ont pu donner aucune raison expliquant pourquoi, selon la loi des États-Unis, cette disposition ne pourrait pas à nouveau être utilisée pour surseoir à l'adoption d'une mesure en attendant d'obtenir préalablement l'autorisation de l'ORD.

---

[488] Article 306 b), 19 U.S.C. § 2416 b).

[489] Article 306 b) 1), 19 U.S.C. § 2416 b) 1).

[490] Article 301 a) 2), 19 U.S.C. § 2411 a) 2).

[491] Article 306 b) 1), 19 U.S.C. § 2416 b) 1).

[492] Article 305 a) 2) ii), 19 U.S.C. § 2415 a) 2) ii).

4.990 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes ont tantôt argué que les délais prévus dans le Mémorandum d'accord et les articles 301 à 310 étaient pertinents en l'espèce et tantôt qu'ils ne l'étaient pas. Les États-Unis indiquent que les délais prévus aux articles 301 à 310 correspondent à ceux envisagés dans le Mémorandum d'accord, mais que même si ce n'était pas le cas, cela n'aurait pas d'importance. Ainsi, par exemple, même si les travaux du Groupe spécial duraient plus de 18 mois, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne serait pas tenu d'établir la détermination qui est absolument nécessaire pour que les autres conditions énoncées à l'article 23:2 a) s'appliquent. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas obligé de déterminer que les droits des États-Unis au titre d'un accord ont été frustrés. En fait, les antécédents montrent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas une seule fois établi une détermination au titre de l'article 304 a) 1) selon laquelle les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits dans le cadre du GATT ou de l'OMC, qui ne soit pas fondée sur les conclusions des procédures de règlement des différends du GATT ou de l'OMC. Pas une fois.

4.991 Les États-Unis rappellent que les Communautés européennes allèguent maintenant que les États-Unis violent "l'article 23" par le biais de leur "liste de mesures de rétorsion" qui, selon la Corée, devrait être publiée par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Dans cette affaire, les CE se laissent à nouveau guider par beaucoup de leurs fausses suppositions antérieures, auxquelles elles ajoutent une nouvelle hypothèse erronée selon laquelle, pour décider de la mesure à prendre au titre de l'article 304 a) 1), il faudrait que la liste des produits pour lesquels les États-Unis demandent la suspension des concessions soit publiée.

4.992 Les États-Unis font observer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu, aux termes des articles 301 à 310, de publier une "liste des mesures de rétorsion"; or, le mandat du Groupe spécial ne porte que sur les seuls articles 301 à 310. En cas de détermination positive concluant que les États-Unis ont effectivement été frustrés de leurs droits conventionnels, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit, aux termes de l'article 304 a) 1) B), décider de la mesure à prendre. Cela ne suppose pas obligatoirement qu'une liste des produits pour lesquels une suspension des concessions est proposée soit publiée et les Communautés européennes ne peuvent pas prétendre qu'il en est ainsi.

4.993 Les États-Unis considèrent que le fait de rendre publique la liste des produits pouvant faire l'objet d'une suspension des concessions est à la fois conforme à l'intérêt général et important pour assurer l'exécution effective des droits reconnus dans le cadre de l'OMC. Cette publication est conforme à l'intérêt général, parce qu'il est utile que les importateurs et le public comprennent bien les mesures que le gouvernement des États-Unis propose afin de pouvoir formuler leurs observations et parce que le gouvernement a besoin des observations du public pour pouvoir évaluer si les mesures sont appropriées, si des mesures doivent être prises au titre de l'article 301 b), ou si une exception prévue à l'article 301 a) 2) est applicable au cas où des mesures doivent être adoptées au titre de l'article 301 a). Le gouvernement a aussi besoin de ces informations pour appliquer les principes et procédures prévus à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. Ainsi par exemple, les États-Unis doivent évaluer si la suspension de concessions dans le même secteur serait à la fois "possible et efficace" pour pouvoir procéder à l'analyse demandée à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. L'apport du public est utile pour permettre aux fonctionnaires responsables de disposer des éléments d'information nécessaires à cette évaluation.

4.994 Les États-Unis notent que le Canada publie lui aussi des listes de produits pouvant faire l'objet d'une suspension des concessions dans le cadre de la procédure prévue à l'article 22. La pièce n° 19 des États-Unis comprend des coupures de presse canadiennes décrivant et reproduisant la liste proposée de produits que le Canada a publiée dans les différends *CE – Hormones* et *Australie - Saumons*. Cela confirme le fait que de telles listes font partie intégrante des mécanismes internes d'application de l'article 22. Jusqu'à ce qu'elles aient à répondre à la question du Groupe

spécial, les Communautés européennes n'avaient jamais fait valoir que ces listes étaient incompatibles avec le Mémorandum d'accord. En fait, dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, il apparaît maintenant que les Communautés européennes insistent pour que l'on publie ces listes au moment où la suspension des concessions est proposée.[493]

4.995 De l'avis des États-Unis, les Communautés se contentent d'affirmer que l'article 304 requiert la publication d'une liste de produits, bien que cette affirmation ne repose sur aucune base textuelle. La loi dit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit ou bien proposer la suspension de concessions ou bien conclure un accord avec le pays étranger. Selon les Communautés européennes, si la suspension est proposée, cela suppose nécessairement la publication d'une liste de produits, mais les Communautés n'expliquent pas pourquoi cette liste devrait être publiée ni, dans l'hypothèse où tel serait le cas, à quel moment.[494]

4.996 Les États-Unis considèrent que si l'on laisse de côté la question de savoir si une liste doit être publiée lorsqu'une suspension de concessions est proposée, la description que les Communautés font elles-mêmes des options qui s'offrent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (suspension ou conclusion d'un accord) montre clairement que la suspension n'est pas le seul choix possible. On ne peut donc pas affirmer que la suspension est obligatoire. En outre, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas obligé de prendre des mesures. Les Communautés européennes supposent une fois de plus qu'il peut faire abstraction de l'article 301 a) 2) qui autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à ne pas prendre de mesures si, notamment, il constate que le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour assurer l'exécution des droits commerciaux des États-Unis, ou si les procédures de règlement de différend dans le cadre de l'OMC aboutissent à la conclusion que les États-Unis n'ont pas été frustrés de leurs droits conventionnels ou que leurs avantages résultant d'un accord commercial n'ont pas été compromis. Il s'ensuit que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est jamais obligé de prendre des mesures qui iraient à l'encontre des conclusions d'une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC ou d'un arbitrage.

4.997 Les États-Unis font valoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales considère que la procédure de règlement des différends s'achève dans

---

[493] Voir réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, document de travail présenté par les Communautés européennes en date du 30 juin 1999 (document n° 3864, paragraphe 16, distribué le 1er juillet 1999) (pièce n° 12 des États-Unis).

[494] Les États-Unis font valoir que si les Communautés européennes et la Corée étaient effectivement fondées à croire, sur la base d'une prescription légale tendant à donner aux personnes intéressées la possibilité de "présenter leurs vues" sur les déterminations proposées, que cela suppose nécessairement la publication d'une liste des produits pour lesquels il est proposé de suspendre les concessions, elles devraient aboutir exactement à la même conclusion en ce qui concerne les lois coréennes qui contiennent une disposition identique. L'article 4 de la Loi coréenne sur le commerce extérieur (ci-après dénommée la "Loi") autorise le Ministre du commerce, de l'industrie et des ressources à "prendre des mesures spéciales concernant la restriction ou l'interdiction de l'exportation et de l'importation de marchandises" si, entre autres, le partenaire commercial a frustré la Corée de ses droits au titre d'une convention internationale, ou si ce partenaire impose des "charges ou restrictions excessives" au commerce coréen. Voir Loi sur le commerce extérieur http://www.oomph.net/law/html/15-13.htm (pièce n° 20 des États-Unis). Aux termes de l'article 4 du décret d'application de cette loi, le Ministre du commerce et de l'industrie doit "notifier publiquement le contenu de la mesure" prise au titre de l'article 4 de la Loi si le Ministre "désire prendre une mesure spéciale", au moment où la mesure est effectivement prise. Voir le Décret d'application de la Loi sur le commerce extérieur, http://www.oomph.net/law/html/15-9.htm (pièce n° 21 des États-Unis). Le moins que l'on puisse dire est que la Loi coréenne est très explicite en ce qui concerne la publication du contenu détaillé des mesures proposées. On ne trouve aucune prescription analogue dans les articles 301 à 310.

les 30 jours qui suivent l'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel, délai qui permet aux parties défenderesses de faire connaître leurs intentions concernant la mise en œuvre. En règle générale, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit donc sa détermination selon laquelle les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial en même temps que sa détermination constatant que le pays étranger prend des mesures satisfaisantes.[495] Dans la pratique, il est même arrivé que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine que le pays étranger prenait des mesures satisfaisantes simplement parce qu'il "escomptait" que ce pays appliquerait les décisions et recommandations de l'ORD – sans même se préoccuper de savoir si celui-ci avait effectivement informé l'ORD de ses intentions.[496] Il s'ensuit que l'autre volet de l'argument avancé par la Corée à l'appui de sa thèse, selon laquelle les délais prescrits aux articles 301 et 304, combinés avec la prétendue obligation de publier une liste, signifient que la liste doit être publiée avant que la partie perdante ait la possibilité de faire connaître ses intentions concernant la mise en œuvre est également erroné.

4.998 Les États-Unis soutiennent que même si les Communautés européennes peuvent être fondées à croire que l'article 304 a) 1) impose la publication d'une liste des produits pour lesquels les États-Unis proposent une suspension des concessions, elles n'ont pas expliqué en quoi exactement cela constitue une violation de l'article 23. Les Communautés européennes ne précisent même pas à quel paragraphe de l'article 23 la publication de cette liste contreviendrait. Elles se contentent de dire que cette publication équivaudrait à une "détermination unilatérale" dont on peut supposer qu'elle violerait l'article 23. On voit ici comment les CE s'écartent du texte du Mémorandum d'accord pour concocter des obligations à partir de formules toutes faites.

4.999 De l'avis des États-Unis, s'il est difficile de répondre aux vagues allégations des Communautés selon lesquelles la publication d'une liste de produits pour lesquels une suspension des concessions est proposée constituerait une violation de l'article 23, le seul fait que de telles listes ne soient nullement imposées par les articles 301 à 310 (ni même mentionnées dans ces articles) empêche de conclure à une quelconque incompatibilité avec les règles de l'OMC. Les arguments fournis par les Communautés en réponse à la question 20 du Groupe spécial sont un nouvel exemple de la manière dont les CE demandent au Groupe spécial de faire des suppositions péjoratives concernant la façon dont les États-Unis exerceraient leurs pouvoirs discrétionnaires au titre des articles 301 à 310. Si les Communautés européennes estiment que la publication d'une liste de produits pour lesquels la suspension des concessions est proposée constituerait une violation des obligations des États-Unis au regard de l'OMC, elles devraient attendre que les États-Unis publient effectivement une telle liste dans un cas concret. Alors, mais alors seulement, elles seraient en mesure de discuter sur des faits et non plus sur des hypothèses.

d) Pouvoir discrétionnaire du Président

4.1000 **Les Communautés européennes notent** que le Président n'a jamais donné au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'instructions générales tendant à

[495] Voir, par exemple, Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (pièce n° 7 des États-Unis); Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: European Communities' Banana Regime, 63 Fed. Reg. 8248 (1998) (pièce n° 15 des États-Unis); Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals, 63 Fed. Reg. 29053 (1998) (pièce n° 16 des États-Unis).

[496] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Argentine Specific Duties and Non-tariff Barriers Affecting Textiles, Apparel, Footwear and Other Items, 63 Fed. Reg. 25539, 25540 (1998) (pièce n° 22 des États-Unis).

n'imposer de sanctions commerciales que conformément aux obligations des États-Unis au regard du droit international; il n'est jamais intervenu non plus en ce sens dans aucun cas précis.

4.1001 **Les États-Unis rappellent** que les Communautés européennes ont noté qu'en vertu des modifications apportées en 1988 à l'article 301, le pouvoir de déterminer si des violations des accords ont eu lieu et quelles sont les mesures que les États-Unis doivent prendre en conséquence a été transféré du Président au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Mais les Communautés font abstraction du fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conserve un pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de ces déterminations, et que le Président conserve également le pouvoir d'intervenir conformément aux dispositions de la loi. En fait, les auteurs de l'article que les Communautés européennes citent pour expliquer l'historique de l'article 301 ont eux-mêmes conclu que ce transfert de pouvoirs était un "important geste symbolique" mais que

> "ce changement n'aurait probablement guère d'incidences, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales continuant à agir au bon plaisir du Président, et ayant donc peu de chances de prendre des mesures que le Président désapprouverait".[497]

4.1002 Les États-Unis font valoir qu'une quatrième raison pour laquelle l'article 306 b) ne peut être considéré comme violant les dispositions de l'article 23:2 c) est le fait que les Communautés européennes font totalement abstraction du pouvoir discrétionnaire dont jouit le Président au titre de l'article 301 a) 1) de soumettre à des conditions - ou d'annuler purement et simplement - toute décision de prendre des mesures. L'article 301 a) 1) prévoit que les mesures prises au titre de cette disposition le sont "sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures".[498] Le Président peut donc décider du moment où la mesure sera prise, et des conditions dans lesquelles il lui sera donné effet ou décider de l'opportunité de prendre ou non une mesure. Ainsi, le Président a le pouvoir, comme le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lui-même, de décider que les mesures seront subordonnées à l'approbation de l'ORD ou ne seront pas prises du tout. Les États-Unis notent que rien, dans le texte des articles 301 à 310, ne limite la manière dont le Président peut exercer ce pouvoir discrétionnaire.

4.1003 Les États-Unis rappellent que dans leur argumentation concernant l'article 306 b), les Communautés européennes font elles-mêmes référence à ce pouvoir discrétionnaire du Président puisqu'elles déclarent que le Président n'a jamais donné au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "d'instructions générales tendant à n'imposer de sanctions commerciales que conformément aux obligations des États-Unis au regard du droit international, et qu'il n'est jamais intervenu non plus en ce sens dans aucun cas précis". Indépendamment du fait que cette déclaration présuppose que le Président aurait jugé nécessaire de donner de telles instructions au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, elle ne contredit en rien le fait que le Président est totalement libre de donner ou non des instructions. Encore une fois, pour prouver leur point de vue, les Communautés européennes doivent démontrer que le Président *ne pouvait pas* exercer les pouvoirs discrétionnaires prévus dans la loi pour arriver à un résultat

---

[497] Judith Hippler Bello et Alan F. Holmer, *The Heart of the 1988 Trade Act: A Legislative History of the Amendments to Section 301*, 25 Stanford J. Int'l Law 1, 9-10 (1988). Les auteurs étaient respectivement Conseiller général du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et Vice-Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au moment où l'article a été écrit et ont été étroitement associés à l'élaboration des dispositions pertinentes.

[498] Article 301 a) 1), 19 U.S.C. § 2411 a) 1). L'article 305 a) 1) précise lui aussi que les mesures prises au titre de l'article 301 le sont "sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures". Article 305 a) 1), 19 U.S.C. § 2415 a) 1).

compatible avec les règles de l'OMC; il ne suffit pas de dire que le Président n'a pas ressenti le besoin de le faire dans le passé.[499]

4.1004 Les États-Unis considèrent que les Communautés européennes essaient de faire l'impasse sur les pouvoirs discrétionnaires dont dispose le Président au titre de l'article 301 en prétendant qu'une telle interprétation est possible en vertu du principe énoncé dans deux rapports de groupes spéciaux chargés d'examiner les affaires *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*[500] et *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture.*[501] Toutefois, il ressort clairement des extraits cités par les CE que le principe qui est dégagé dans ces deux cas est que la non-application d'une législation impérative qui, par ailleurs, viole les règles d'un accord commercial n'excuse pas cette violation.[502] Mais la non-application ou la non-exécution n'est pas pertinente en l'occurrence. Avant d'en arriver à la question de savoir si une législation impérative n'est pas appliquée ou mise en œuvre, il faut commencer par déterminer que cette législation est effectivement impérative. Les Communautés européennes ne l'ont pas fait, même si elles ont affirmé avec assurance que les articles 301 à 310 "prévoient expressément" ou "imposent" des déterminations et des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.

4.1005 Les États-Unis notent que les Communautés européennes se fondent en particulier sur le rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* pour étayer leur argumentation selon laquelle "l'incertitude juridique" mise en évidence dans cette affaire se retrouverait en quelque sorte ici. Toutefois, la question qui se posait dans ladite affaire était de savoir si, selon le droit indien, une pratique administrative pouvait légalement l'emporter sur une loi qui, de prime abord, imposait l'adoption de mesures en violation d'obligations au regard de l'OMC.[503] Cette question est entièrement différente de celle de savoir si la référence qui est faite à des pouvoirs discrétionnaires dans le texte de la loi elle-même rend celle-ci non impérative.

4.1006 Selon les États-Unis, les Communautés européennes ne peuvent trouver dans la législation interne des États-Unis aucun principe qui les autoriserait à extraire d'un texte de loi des termes ou des formules qu'elles pourraient interpréter à leur guise, ou à examiner le sens d'une loi en se fondant seulement sur certaines dispositions de celle-ci. Les pouvoirs discrétionnaires qui sont accordés tant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qu'au Président au titre des articles 301 à 310 permettent au gouvernement des États-Unis de se conformer pleinement à ses obligations au regard de l'OMC en toutes circonstances. Les Communautés européennes n'ont

---

[499] Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis - Tabac, op. cit.*, paragraphe 123.

[500] Rapport du Groupe spécial sur l'affaire *États-Unis - Boissons à base de malt, op. cit.*

[501] Rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)* tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel sur la même affaire, *op. cit.*

[502] Dans le rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis - Boissons à base de malt, op. cit.*, par exemple, le Groupe spécial a expliqué que:

"Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques. Ainsi, *la non-application d'une loi à caractère impératif* à des produits importés ne garantissait pas que la bière et le vin importés n'étaient pas traités d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale auxquels la législation ne s'appliquait pas."
Ibid., paragraphe 5.60 (pas d'italique dans l'original).

[503] Voir *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphes 7.35 à 7.37.

donc pas réussi à démontrer, comme la charge leur en incombe, que les articles 306 b) et 305 a) "ne permettent pas" aux États-Unis de se conformer à ces obligations.

4.1007 Enfin, pour ce qui est de "l'illustration" du fonctionnement des articles 306 b) et 305 a) que les Communautés européennes prétendent fournir, les États-Unis répètent que les CE contestent le texte des articles 301 à 310 lui-même et non pas l'application qui est faite de ces dispositions dans un cas particulier.[504] Les Communautés européennes reconnaissent d'ailleurs nommément que leur plainte ne porte pas sur les mesures prises par les États-Unis en raison de la non-application par les CE des recommandations de l'ORD dans l'affaire des *Bananes*, et que ces mesures font l'objet d'un différend distinct. Les États-Unis ont du reste l'intention, dans le contexte de ce différend, de réfuter toutes les allégations des Communautés selon lesquelles les États-Unis n'auraient pas agi conformément à leurs obligations au regard de l'OMC.[505]

4.1008 Les États-Unis confirment aussi que le Président des États-Unis peut exercer les pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés au titre de l'article 301 a) 1) de ne pas prendre de mesures et qu'il peut aussi, au titre de l'article 305 a) 1) donner pour instructions au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas appliquer les mesures prises au titre de l'article 301, soit parce que les recommandations de l'ORD n'ont pas encore été adoptées, soit parce que l'ORD n'a pas encore autorisé la suspension d'une concession.

4.1009 En réponse à la question du Groupe spécial sur le point de savoir si "des instructions précises" ont été données jusqu'ici par le Président des États-Unis au titre des articles 301 a) 1) ou 305 a) 1), les États-Unis indiquent qu'aucune instruction de ce genre n'a été donnée jusqu'à ce jour, mais que de telles instructions pourraient fort bien comporter un ordre adressé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de ne pas prendre de mesures.

5. Allégations au titre du GATT

4.1010 **Les Communautés européennes allèguent** que l'article 301 c) 1) b) permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de s'attaquer aussi bien aux marchandises qu'aux services lorsqu'il détermine quelles sont les mesures à prendre après qu'il a été unilatéralement établi que les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre. Or, selon l'article 22:3 du Mémorandum d'accord, les États-Unis doivent suspendre les concessions ou autres obligations concernant les marchandises dans les différends qui portent sur le commerce de marchandises, excepté lorsque cela n'est pas possible ou efficace. Cela implique que, dans des différends qui portent sur le commerce de marchandises, les articles 306 b) et 305 a) prescrivent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'imposer unilatéralement des mesures comme suite à la détermination unilatérale que les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre, en violation des dispositions fondamentales du GATT de 1994 et en particulier de ses articles I^er^, II, III, VIII et XI.

4.1011 Les Communautés européennes expliquent que l'article 301 c) autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "à suspendre, à retirer ou à empêcher

[504] Voir WT/DS152/11.

[505] Les États-Unis, après avoir apporté cette précision, commentent l'extrait d'un avis du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en date du 22 octobre 1998 cité par les Communautés européennes. Le fait que l'on trouve, dans cet extrait, la formule "dans le cas d'une détermination positive", montre bien que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conservait, en l'occurrence, le pouvoir discrétionnaire de ne pas décider de proposer une mesure. En outre, bien qu'il soit aussi fait mention dans cet extrait du délai de 30 jours prévu à l'article 305 a) 1), c'est la formulation même de cette disposition – et de l'article 305 a) 2) – qui donne la meilleure indication sur son contenu.

l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial" et à "imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises… ou des restrictions concernant les services de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée".[506] À la connaissance des Communautés, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas encore fait usage de la possibilité d'imposer des droits ou des restrictions portant sur les services. Mais si l'action, la politique ou la pratique d'un pays étranger ne satisfait pas aux critères concernant le régime d'admission en franchise au titre du schéma de préférences généralisées des États-Unis, de la Loi relative au redressement économique du bassin des Caraïbes ou de la Loi sur les préférences commerciales en faveur des pays andins, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est lui aussi habilité à retirer, à limiter ou à suspendre ce traitement.

4.1012 Les Communautés européennes font valoir que dans le cas de Membres de l'OMC autres que les bénéficiaires de ces schémas de préférences, l'imposition de droits ou de restrictions touchant les marchandises ou les services au titre de l'article 301 c) sera inévitablement contraire aux obligations des États-Unis au titre du GATT et de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), et en particulier contraire à la clause de la nation la plus favorisée contenue dans ces accords. Seule une autorisation de l'ORD conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord pourrait éventuellement justifier une telle mesure. Toutefois, il n'existe dans la loi de 1974 sur le commerce extérieur aucune disposition qui subordonnerait ces mesures de rétorsion du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à une autorisation de l'ORD.

4.1013 Les Communautés européennes soutiennent qu'étant donné que les articles 304 a) 2) A) et 306 b), tels qu'ils ont été modifiés, obligent les États-Unis à prendre des mesures de rétorsion commerciale dans certains délais, quel que soit le résultat des procédures de règlement des différends de l'OMC, les mesures prises dans le domaine du commerce des marchandises et qui ne sont pas autorisées en vertu des articles 3:7 et 22 du Mémorandum d'accord constitueront nécessairement un manquement aux obligations des États-Unis au titre d'une ou de plusieurs des obligations qu'ils ont contractées dans le cadre du GATT et qui sont énumérées ci-après: la clause de la nation la plus favorisée (article premier du GATT de 1994), les consolidations tarifaires effectuées par les États-Unis (article II du GATT de 1994), la clause du traitement national (article III du GATT de 1994), l'obligation de ne pas percevoir d'impositions excessives (article VIII du GATT de 1994) et la prohibition visant les restrictions quantitatives (article XI du GATT de 1994).

4.1014 **Les États-Unis répondent** que les Communautés, comme elles l'ont fait pour leurs autres allégations dans ce différend, citent le texte des articles 301 à 310 qui prévoient des pouvoirs discrétionnaires et prétendent ensuite que ces dispositions "impliquent" l'adoption obligatoire de mesures incompatibles avec les obligations des États-Unis. Dans le cas présent, les CE déclarent hors contexte qu'en vertu de l'article 301 c) 1) B) "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est habilité" à imposer des restrictions touchant les biens et services, puis prétendent que cela signifie qu'il doit suspendre les concessions d'une manière incompatible avec l'article 22:3. Les Communautés font valoir que ces pouvoirs discrétionnaires "impliquent que" les articles 306 b) et 305 a) "prescrivent" au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de violer les articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT.

4.1015 De l'avis des États-Unis, pour les raisons décrites dans les sections qui précèdent, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président ont le pouvoir discrétionnaire de ne pas prendre de mesures au titre de l'article 306 b) ou de ne prendre que les mesures autorisées conformément aux conclusions adoptées par le Groupe spécial ou aux sentences arbitrales. Les allégations des Communautés concernant le pouvoir discrétionnaire dont

[506] Article 301 c), 19 U.S.C. § 2411 c).

jouit le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans le choix des cibles de ces mesures de rétorsion ne permettent en aucune manière de conclure que l'une quelconque des dispositions des articles 301 à 310 prescrirait au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de suspendre des concessions ou de les suspendre d'une manière incompatible avec une obligation au regard de l'OMC.

4.1016 Les États-Unis font valoir en outre qu'après avoir examiné le texte de l'article 23:2, alinéas a) et c) les États-Unis devraient aussi logiquement se reporter au texte des articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT. Mais les Communautés européennes elles-mêmes n'ont jamais fait référence au texte de ces dispositions et les États-Unis n'ont donc pas grand chose à réfuter à cet égard. Les CE se contentent de répéter que les articles 304 a) 2) A) et 306 b) violent "nécessairement" ces dispositions. Leur seul argument est que l'existence de "certains délais" aboutit à ce résultat. Même si les Communautés pouvaient dire – ce qui est faux – que la loi prescrit "l'adoption d'une mesure de rétorsion commerciale" et que l'article 305 ne permet pas de différer l'adoption d'une telle mesure en attendant l'autorisation de l'ORD, elles n'en fourniraient pas moins aucun argument juridique démontrant en quoi les articles 304 a) 2) A) et 306 b) sont incompatibles avec l'une quelconque de ces dispositions. En fait, les Communautés européennes se contentent de dire que l'article 306 b) viole "une ou plusieurs des dispositions [du GATT de 1994]". Elles ne peuvent même pas indiquer laquelle de ces dispositions a été violée et encore moins comment. Les Communautés européennes ne sauraient apporter un commencement de preuves en s'appuyant sur des simples affirmations telles que celles-là. De même, en ce qui concerne l'article 23:1, les Communautés européennes ne sont pas parvenues à trouver des arguments et encore moins à les prouver. Rien dans les articles 301 à 310 n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à ne pas respecter les règles et procédures prescrites dans le Mémorandum d'accord pour obtenir réparation de violations des règles de l'OMC.

4.1017 Les États-Unis font remarquer de surcroît que des mesures prises au titre de l'article 301 c) 1) B) sur une base NPF concernant un secteur de services ne faisant pas l'objet d'un engagement au titre de l'AGCS ne seraient pas incompatibles avec les règles de l'OMC. De même, l'accroissement sur une base NPF d'un droit non consolidé ou d'un droit qui est inférieur au droit consolidé ne constituerait pas une violation des dispositions du GATT de 1994. Une mesure prise au titre de l'article 301 c) 1) D) ne serait pas non plus incompatible avec les règles de l'OMC: cette disposition prévoit la conclusion d'accords mutuellement satisfaisants ou d'accords de compensation, ce qui est clairement envisagé dans les articles 3:7 et 22:2 du Mémorandum d'accord. Enfin, les États-Unis font observer que ni l'article 305 ni aucune autre disposition des articles 301 à 310 n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de suspendre des concessions sans avoir obtenu l'approbation de l'ORD. On ne peut donc pas conclure que les mesures prévues à l'article 301 c) sont, par essence, incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC.

V. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

A. BRÉSIL

1. Introduction

5.1 **Le Brésil se félicite** de la possibilité qui lui est donnée de présenter ses vues au Groupe spécial chargé, à la demande des COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, d'examiner le titre III, chapitre 1 (articles 301 à 310) de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur de 1974, telle qu'elle a été modifiée.

5.2 Le Brésil indique qu'il s'intéresse à cette affaire en raison des effets possibles de cette législation sur ses propres droits et obligations en tant que Membre de l'OMC, mais aussi en raison de l'intérêt plus général qu'il porte à l'intégrité du système commercial multilatéral lui-même.

5.3 De l'avis du Brésil, les Communautés européennes font objection à l'application de l'article 306 dans le différend concernant la mise en œuvre des modifications recommandées au régime communautaire applicable aux bananes. Les Communautés européennes ont toutefois indiqué clairement qu'elles ne demandaient pas au Groupe spécial de se prononcer sur les mesures prises en liaison avec ce différend précis, mais plutôt sur la compatibilité de la Loi des États-Unis en tant que telle avec les obligations de ce pays au titre des accords de l'OMC.

5.4 Le Brésil considère lui aussi qu'une loi qui est incompatible avec les obligations d'un Membre au titre des accords de l'OMC peut être contestée en vertu des procédures de règlement des différends. La question posée au Groupe spécial ne concerne pas l'application des articles 301 à 310 dans un cas précis, mais plutôt la nécessité de mettre la loi en conformité avec les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, comme prévu à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

5.5 Le Brésil rappelle que les Communautés européennes fondent leur argumentation sur trois postulats:

a) les accords de l'OMC ne peuvent assurer de sécurité et de prévisibilité que si les Membres résolvent tous leurs différends commerciaux conformément aux procédures du Mémorandum d'accord;

b) les accords de l'OMC ne peuvent assurer de sécurité et de prévisibilité que si les Membres mettent leur législation en conformité avec leurs obligations au titre de ces accords; et

c) les États-Unis n'ont pas mis les articles 301 à 310 en conformité avec leurs obligations au titre des accords de l'OMC.

5.6 Selon le Brésil, les Communautés européennes s'appuient à cet égard sur les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, et sur la jurisprudence et l'expérience juridique du GATT de 1947.[507]

5.7 Le Brésil note aussi que les Communautés européennes concluent que les articles 302 a) 2) A), 305 a) et 306 b) sont incompatibles avec l'article 23 du Mémorandum d'accord parce qu'ils obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir des déterminations unilatérales sur le point de savoir si une violation a eu lieu et à prendre des mesures sur la base de cette détermination, sans tenir compte des règles et procédures du Mémorandum d'accord. Elles concluent en outre que l'article 306 b) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est incompatible avec les articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 car, dans le cas de différends portant sur le commerce de marchandises, il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à imposer des droits, redevances ou restrictions qui violent une ou plusieurs de ces dispositions. Enfin, les Communautés européennes considèrent qu'en ne mettant pas la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec ces dispositions des accords de l'OMC, les États-Unis ont agi de manière contraire à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

[507] Le Brésil se réfère à l'"acquis" du GATT, tel qu'il a été défini par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques, op. cit.*, page 14.

2. Arguments juridiques

a) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC

5.8 Le Brésil rappelle que les Communautés européennes établissent une distinction entre les mesures impératives et les mesures discrétionnaires prises au titre des articles 301 à 310. Les Communautés font valoir que les articles qui requièrent l'adoption de mesures qui sont en elles-mêmes contraires aux dispositions de l'OMC (déterminations unilatérales concluant qu'une violation a eu lieu et que des avantages ont été annulés ou compromis ou que les mesures prises pour se conformer aux constatations de l'ORD ne sont pas satisfaisantes) de même que les mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de prendre dans certaines circonstances ("mesures supplémentaires" dans les cas où il est conclu unilatéralement à un manquement) – constituent des violations de différentes dispositions de l'Accord sur l'OMC et annulent ou compromettent de ce fait des avantages résultant pour les Communautés européennes du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC.

5.9 De l'avis du Brésil, les Communautés européennes ont trop mis l'accent sur les pratiques et décisions antérieures du GATT, telles que les travaux du Groupe spécial de 1987 concernant l'affaire *États-Unis - Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*[508], ceux du Groupe spécial de 1989 concernant l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière de 1930*[509] et ceux du Groupe de travail de 1992 concernant l'affaire *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt.*[510] Au titre du GATT de 1947 – et probablement sous l'influence du Protocole d'application provisoire – seule une législation impérative était susceptible d'être déclarée incompatible avec les règles du GATT par un groupe spécial. Il convient de noter, toutefois, que même à cette époque, une loi impérative qui n'était pas appliquée a tout de même été jugée contraire aux obligations du pays au regard du GATT.

5.10 Le Brésil dit qu'il serait faux de supposer que cette partie de la pratique du GATT de 1947 a été incorporée sans changement dans le cadre de l'OMC. L'article XVI:1 de l'Accord sur l'OMC sur lequel se fonde l'incorporation de la jurisprudence et de l'expérience juridique du GATT de 1947 dans le cadre de l'OMC[511] contient une disposition qui s'énonce comme suit:

> "Sauf disposition contraire du présent accord ou des Accords commerciaux multilatéraux, l'OMC sera guidée par les décisions, les procédures et les pratiques habituelles des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 et des organes établis dans le cadre du GATT de 1947" (non souligné dans l'original).

5.11 Le Brésil en conclut que l'adoption de l'article XVI:4 doit conduire automatiquement à revoir la pratique antérieure. Cette disposition dit clairement que:

> "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

---

[508] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*

[509] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis - Article 337, op. cit.*

[510] Le Brésil fait aussi référence au rapport du Groupe spécial dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*

[511] Le Brésil fait ici référence au rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques, op. cit.*, page 14.

5.12 Le Brésil fait remarquer qu'il n'y avait aucune disposition équivalente dans le GATT de 1947. En interprétant l'article XVI:4 dans l'esprit du GATT, on le prive de sens.

5.13 De l'avis du Brésil, même si les Communautés européennes ont limité leurs allégations, il est hors de question d'en déduire qu'un nouveau mandat devrait être assigné au Groupe spécial, comme les États-Unis le prétendent. Le Groupe spécial a toujours pour tâche "[d']examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS152/11, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document [et de] 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". La question soumise par les Communautés européennes au Groupe spécial est celle de savoir si les articles 301 à 310 de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur de 1974 sont incompatibles avec différentes dispositions du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, de l'Accord sur l'OMC et du GATT de 1994, la charge de la preuve incombant à cet égard aux Communautés européennes. Les Communautés européennes n'ont pas demandé au Groupe spécial de se prononcer sur la compatibilité des articles 301 à 310 avec la pratique antérieure du GATT, et encore moins sur l'interprétation donnée par les États-Unis de la signification de cette pratique antérieure.

5.14 Le Brésil rappelle que les États-Unis réfutent les arguments de la Communauté sur la seule base de la pratique du GATT de 1947. Selon eux, des groupes spéciaux antérieurs sont parvenus à la conclusion que 1) seules des lois impératives peuvent être déclarées incompatibles avec les obligations au regard de l'OMC et 2) que la législation doit non seulement être impérative, mais doit empêcher le Membre concerné d'agir conformément à ces obligations. Les États-Unis prétendent que, concrètement, les articles 301 à 310 dans leur totalité ou bien confèrent des pouvoirs discrétionnaires ou bien imposent de prendre des mesures qui peuvent, parfois, être compatibles avec les règles de l'OMC.

5.15 Le Brésil n'est pas d'accord avec les États-Unis lorsque ceux-ci affirment que la pratique du GATT a été incorporée sans changement dans le cadre de l'OMC. Ils sont encore moins d'accord avec la proposition selon laquelle aucune loi ne peut être jugée incompatible avec les règles de l'OMC sauf si elle "ne permet pas" à un gouvernement d'agir conformément à ses obligations au regard de l'OMC, notamment si l'expression "ne permet pas" est comprise comme signifiant "ne permet jamais". Si telle avait été la pratique dans le passé, l'argument selon lequel l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC a annulé l'ancienne jurisprudence n'en prendrait que plus de poids. Il n'existe aucune possibilité, à la lumière des critères énoncés à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, d'interpréter l'article XVI:4 d'une manière aussi extravagante.[512]

5.16 Le Brésil indique qu'il est intéressant de noter que dans leur première communication les États-Unis n'ont pas répondu à l'allégation des Communautés selon laquelle ils violaient l'article XVI:4. Les États-Unis ont invoqué la "pratique passée" et prétendu que les Communautés n'avaient pas prouvé que les articles 301 à 310 s'appliquaient d'une manière impérative qui empêchait en tout temps la compatibilité avec les règles de l'OMC; ils en ont "déduit" que les articles 301 à 310 étaient compatibles avec l'article XVI:4. Ainsi, tout d'un coup et presque *extempore*, une pratique antérieure établie en l'absence de toute disposition comparable à l'article XVI:4 est utilisée pour

[512] L'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose qu'"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". On peut difficilement concevoir que le "sens" ordinaire de cet article qui est "d'assurer la conformité [des] lois, réglementations et procédures administratives [d'un Membre] avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe" puisse être interprété, ainsi que les États-Unis le prétendent, comme signifiant simplement que le Membre ne doit pas être empêché, en tout temps, d'agir en conformité avec ses obligations ou que les autorités doivent avoir la possibilité d'éviter de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.

interpréter l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC d'une manière qui le prive totalement de sens. Sans parler de la validité douteuse des postulats de base, cette manière de procéder est un bon exemple de la fausse logique (*ignoratio elenchi*) qui consiste à faire comme si quelque chose était prouvé par un argument qui concerne autre chose.

5.17 Le Brésil note que les Communautés européennes constatent que "[l'article XVI:4] n'est pas une clause facultative à laquelle les pays devraient faire "tout leur possible" pour se conformer dans le cas où une modification de la législation interne s'avérerait nécessaire, mais qu'il pose une obligation absolue". L'article XVI:4 requiert que le droit interne soit mis en conformité avec les obligations du pays au titre des accords de l'OMC.

5.18 Le Brésil rappelle que l'article 22 de l'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 contient une disposition analogue:

> "Chaque Membre assurera, au plus tard à la date où les dispositions du présent accord entreront en application en ce qui le concerne, la conformité de ses lois, règlements et procédures administratives avec les dispositions dudit accord."

5.19 Le Brésil fait valoir que si un pays Membre de l'OMC incorporait dans sa législation sur l'évaluation en douane un article "autorisant" – mais n'obligeant pas – l'administration des douanes "à établir sur la base d'une enquête ouverte à la demande d'une partie du secteur privé, une détermination concluant que l'importation de marchandises au-dessous d'un certain prix est déraisonnable et entrave ou restreint" le commerce de ce Membre, une telle disposition demeurerait compatible avec l'article 22 de l'Accord sur l'évaluation en douane et avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. La part d'incertitude liée à cette "autorisation" ne serait pas considérée comme inacceptable. Mais l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994 n'est pas, à la différence du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, "un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".[513]

5.20 Le Brésil précise qu'il ne veut pas dire, loin de là, que toute loi autorisant des mesures qui pourraient conduire à des violations des accords de l'OMC serait, en soi, incompatible avec les obligations au titre de ces accords. La dichotomie que les États-Unis tentent d'établir ne répond à aucune logique. Ce qui est nécessaire est légitime. Ainsi, par exemple, l'une des obligations fondamentales posée par l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires est que "les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu [au paragraphe 7 de l'article 5]".[514] Aucune loi interne ne peut, toutefois, être rédigée d'une manière qui assurerait *a priori* la conformité avec les obligations au regard de l'OMC sans empiéter sur "le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux".[515] En pareil cas, la conformité doit nécessairement être évaluée pour chaque mesure particulière et au cas par cas.

5.21 Le Brésil fait valoir que ce qui distingue l'article 301 b) c'est que, si une quelconque mesure est prise au titre de cet article, elle entraînera nécessairement des violations du GATT et de l'AGCS, y

---

[513] Mémorandum d'accord, article 3:2.

[514] Accord SPS, article 2:2.

[515] *Ibid*., article 2:1.

compris, notamment, une violation de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans ces accords, ce qui ne peut être justifié par aucune considération légitime concernant un éventuel "domaine réservé". Une loi dont la seule application possible fait planer la menace d'une mesure illégale au regard de l'OMC peut difficilement être considérée comme compatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

5.22 Le Brésil fait remarquer qu'en ce qui concerne l'article 301 a) la question n'est pas de savoir s'il empêche en tout temps de prendre des mesures compatibles avec les règles de l'OMC, mais plutôt s'il oblige à prendre des mesures qui entraîneront, à terme, des violations de ces règles.

5.23 Le Brésil souligne qu'il a été noté qu"'en raison de la nature même des obligations conventionnelles et selon le droit coutumier, il existe un devoir général de mettre le droit interne en conformité avec les obligations au regard du droit international ... toutefois, d'une manière générale, la non-mise en conformité ne constitue pas, en soi, une violation directe du droit international, cette violation n'existant que lorsque l'État concerné manque à ses obligations dans un cas précis. ... Dans certaines circonstances, la législation peut en elle-même constituer une violation d'une disposition conventionnelle et il peut être demandé à un tribunal de faire une déclaration en ce sens".[516] L'article XVI:4 requiert que la législation soit mise en conformité, et le manquement à cette obligation constitue, en soi, une violation de l'Accord sur l'OMC. Il n'est pas nécessaire d'examiner des cas particuliers ou de s'interroger sur le caractère obligatoire ou discrétionnaire de la loi.

5.24 Le Brésil fait remarquer que de toute manière, le seul argument que l'on peut invoquer de bonne foi pour affirmer qu'une loi discrétionnaire ne viole pas les dispositions des accords repose uniquement sur la non-utilisation des dispositions en question.[517]Telle n'est pas, toutefois, l'intention des États-Unis et on peut difficilement considérer qu'ils sont de bonne foi lorsqu'ils invoquent pour leur défense le caractère "discrétionnaire" d'une loi, tout en annonçant leur intention d'utiliser celle-ci.

5.25 De l'avis du Brésil, s'il existait encore un doute, l'Énoncé des mesures administratives qui accompagne la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay[518] et qui représente "une expression, faisant autorité, des vues de l'Administration concernant l'interprétation et l'application des accords du Cycle d'Uruguay, tant dans la perspective des obligations internationales des États-Unis que dans celle du droit interne"[519], annonce "l'intention de l'Administration d'étendre son champ d'action possible au titre de l'article 301 à des domaines dans lesquels les États-Unis ne sont pas astreints à des obligations au titre des accords du Cycle d'Uruguay".[520]

5.26 Le Brésil note que cette "extension du champ d'action possible" est expliquée plus en détail:

> "Le gouvernement entend recourir à l'article 301 pour lutter vigoureusement contre les obstacles déloyaux qui sont érigés par des pays étrangers lorsque ceux-ci frustrent

---

[516] Ian Brownlie, "Principles of Public International Law", 5th ed. (Oxford University Press, 1998), pages 35-36.

[517] Le Brésil fait remarquer que c'est précisément l'argument qui a été invoqué par les États-Unis dans l'affaire *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement* (rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 3.2.13) et dans l'affaire *États-Unis - Tabac* (rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Tabac, op. cit.*, paragraphe 45).

[518] Article 101 a) 2).

[519] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, introduction, troisième paragraphe.

[520] *Ibid.*, page 358 (Authority under Section 301).

> les États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre des accords du Cycle d'Uruguay. Le gouvernement entend également recourir à l'article 301 pour lutter contre les obstacles déloyaux au commerce qui ne sont pas visés par ces accords."[521]
>
> "Ni l'article 301 ni le Mémorandum d'accord n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à recourir aux procédures de règlement des différends prévues dans le Mémorandum d'accord si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'estime pas que l'affaire relève d'un accord issu du Cycle d'Uruguay. Mais il a tout à fait la possibilité de recourir à l'article 301 pour lutter contre des pratiques déloyales qui ne frustrent pas les États-Unis de droits ou d'avantages résultant des accords du Cycle d'Uruguay; comme par le passé, de telles enquêtes ne nécessitent pas de mettre en œuvre les procédures multilatérales de règlement des différends ... Par exemple, à de rares exceptions près, les accords du Cycle d'Uruguay ne traitent pas des mesures gouvernementales visant à encourager ou tolérer des pratiques privées anticoncurrentielles .... L'article 301 permet aussi de lutter contre les comportements des gouvernements étrangers qui violent systématiquement les droits fondamentaux des travailleurs ou qui entravent ou restreignent le commerce des États-Unis ... De plus, le simple fait que les accords du Cycle d'Uruguay traitent d'un sujet particulier - tel que les droits de propriété intellectuelle - ne signifie pas que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit engager les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord pour chaque enquête ouverte au titre de l'article 301 concernant ce sujet. Dans le cas où les mesures prises par le gouvernement étranger en question ne relèvent pas des disciplines de ces accords, l'enquête ouverte au titre de l'article 301 se déroulera sans que l'on ait recours aux procédures prévues dans le Mémorandum d'accord."[522]

5.27 Le Brésil rappelle ensuite l'étendue des pouvoirs dont dispose l'Administration des États-Unis au titre de l'article 301 c) pour agir sans passer par les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord:

> "Aux fins de l'application des dispositions des sections a) ou b) du présent article, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est habilité
>
> A) à suspendre, à retirer ou à empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial pour que soit exécuté un accord commercial conclu avec le pays étranger visé par la section en question;
>
> B) à imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises et, nonobstant toute autre disposition législative, des redevances ou des restrictions concernant le service de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée ...".

5.28 Le Brésil note qu'autrement dit, pour faire cesser des pratiques qui ne les frustrent pas de leurs droits, les États-Unis menacent de violer les droits des Membres de l'OMC.

---

[521] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, page 364 (Enforcement of US Rights) (non souligné dans l'original).

[522] *Ibid.*, page 366 (Enforcement of US Rights) (non souligné dans l'original).

5.29 Le Brésil considère qu'il eut été véritablement aberrant d'inclure dans le Mémorandum d'accord une disposition prévoyant que les Membres de l'OMC devraient recourir à un groupe spécial ou aux procédures prévues dans le Mémorandum d'accord pour établir une détermination de non-violation. Pourtant, c'est le prétexte que semblent avoir utilisé les États-Unis pour agir de manière unilatérale. Les Membres de l'OMC ont bien entendu le droit d'établir des déterminations unilatérales portant sur la non-violation et sur tous points présentant un intérêt pour eux et qui ne sont pas actuellement visés par les accords de l'OMC, mais ce qu'ils ne peuvent pas faire en pareil cas, c'est prendre unilatéralement des mesures équivalentes à celles envisagées dans l'article 22 du Mémorandum d'accord.

5.30 Le Brésil souligne que les Membres de l'OMC ont le droit, conformément à l'article 23 du Mémorandum d'accord, de ne pas faire l'objet d'une suspension des concessions excepté si "le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable [fixé]".[523] *A fortiori* ils ont le droit de ne pas faire l'objet d'une suspension de droits ou de concessions s'il n'y a pas eu de détermination de violation établie par l'ORD.

5.31 Dans le même ordre d'idées, le Brésil note en outre que, selon un principe général du droit bien établi, lorsqu'il est interdit d'en faire moins il est *a fortiori* interdit d'en faire plus. Les États-Unis renversent ce principe: lorsqu'ils possèdent un droit du fait qu'ils ont été frustrés de certains avantages au titre d'accords de l'OMC, ils reconnaissent, dans l'Énoncé des mesures administratives, que le Mémorandum d'accord impose certaines limites à leur action; mais paradoxalement, ils concluent que dans les cas où ils n'ont pas de droit, ils ne sont pas non plus soumis à des limites au titre du Mémorandum d'accord.

5.32 Selon le Brésil, le fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne soit pas, en pareille circonstance, tenu de prendre des mesures dans tous les cas ne devrait pas pouvoir le protéger contre une accusation de non-respect de ses obligations au regard de l'OMC. Comme l'ont déclaré les Communautés européennes "une partie n'agit pas de bonne foi si elle accepte une obligation qui lui impose un certain comportement mais adopte une loi qui en prescrit expressément un autre. Le fait qu'elle puisse exceptionnellement appliquer cette loi d'une manière qui n'est pas incompatible avec ses obligations au regard de l'OMC ne modifie en rien cette conclusion, notamment si le droit de bénéficier d'une mesure de faveur aussi exceptionnelle n'est pas inscrit dans la loi".

5.33 Le Brésil rappelle qu'en 1988 les États-Unis avaient d'abord menacé puis décidé d'imposer des sanctions, sous forme de droits de douane de 100 pour cent, sur des importations de 20 produits en provenance du Brésil au titre de l'article 301, sur la base d'une détermination concluant à l'existence de "pratiques déraisonnables" en matière de protection par brevet des produits pharmaceutiques. Les sanctions étaient restées en place pendant deux ans, et n'avaient été levées qu'après que le Brésil se fut engagé à accorder une protection par brevet aux produits pharmaceutiques.

5.34 Le Brésil souligne que la question dont le Groupe spécial est saisi ne concerne pas l'application de l'article 301, mais son incompatibilité intrinsèque avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Cet exemple est une illustration qui pourra peut-être éclairer le Groupe spécial sur la manière dont il faut prendre l'affirmation des États-Unis selon laquelle "ils avaient pour pratique constante, même avant la conclusion des négociations du Cycle d'Uruguay, de s'appuyer sur les conclusions des procédures de règlement des différends pour déterminer si les États-Unis étaient frustrés de leurs droits au titre d'un accord". Dans l'affaire mettant en cause le Brésil, aucun droit des États-Unis au titre d'un quelconque accord n'avait été violé. C'est peut-être ce qui a donné au

[523] Mémorandum d'accord, article 22:2.

Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le sentiment qu'il avait la liberté totale d'agir comme il l'a fait en violation des droits du Brésil au titre du GATT de 1947.

5.35 Selon le Brésil, la liberté de menacer d'annuler unilatéralement les avantages qui résultent, pour un pays, des accords de l'OMC est peut-être efficace[524], mais elle n'est pas compatible avec un système commercial multilatéral fondé sur des règles. Le système ne peut survivre si ses membres les plus puissants veulent profiter de ses avantages mais sans assumer les responsabilités correspondantes: *qui habet comoda, ferre debet onera*.[525] Le Brésil rappelle l'arrêt suivant de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*:

> "La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne."[526]

5.36 Le Brésil fait remarquer que dans chacune des affaires examinées au titre du GATT de 1947, dans lesquelles une loi a été déclarée incompatible avec les obligations au regard de l'Accord général, il a été formulé un jugement prospectif sur l'application de la loi, par opposition aux jugements rétrospectifs concernant l'adoption de telle ou telle mesure spécifique. Rien n'empêche de formuler le même jugement prospectif concernant les parties d'une loi qui ont un caractère discrétionnaire, en particulier lorsque l'application de ladite loi va nécessairement conduire à une violation des accords de l'OMC.

b) Distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire

5.37 Le Brésil considère en outre que même si le Groupe spécial estimait - à tort - que la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire établie par de précédents groupes spéciaux du GATT reste valable, il n'en devrait pas moins rejeter catégoriquement l'interprétation que les États-Unis donnent de cette pratique antérieure. Les États-Unis prétendent qu'"une législation qui prescrit expressément de prendre des mesures incompatibles avec les principes du GATT n'oblige pas à prendre des mesures incompatibles pour autant qu'elle laisse aux autorités la possibilité de ne pas prendre ces mesures" et citent, à l'appui de cette extraordinaire conclusion, des extraits des rapports des Groupes spéciaux concernant les affaires *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certaine produits d'importation*[527], *Thaïlande - Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*[528]

[524] Le Brésil note que Jackson a rapporté les propos d'un juriste qui trouve cette procédure très utile: "dans la pratique, une plainte déposée par une partie du secteur privé au titre de l'article 301 fait planer une menace efficace de mesures de rétorsion potentielles, sans parler du risque de contre-publicité et de refroidissement général des relations commerciales. Ces retombées potentielles peuvent à elles seules amener le gouvernement contrevenant à la table des négociations". John H. Jackson, "The World Trading System", deuxième édition (MIT Press, 1997), page 131.

[525] Le Brésil estime que celui qui profite d'un avantage doit aussi assumer les charges correspondantes.

[526] CPJI, recueil des arrêts, série A, n° 7, page 19.

[527] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*

[528] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*

et *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*.[529]

5.38 Le Brésil fait remarquer qu'aucun des groupes spéciaux susmentionnés n'est arrivé à la conclusion présentée par les États-Unis. Dans l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, le Groupe spécial a laissé aux autorités des États-Unis le bénéfice du doute en attendant que soit publiée l'intégralité des textes applicables. Il n'a pas dit que les autorités fiscales des États-Unis pouvaient conserver pour toujours le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder le traitement équivalent prescrit par l'article III:2 du GATT. En fait, le Groupe spécial a recommandé que les PARTIES CONTRACTANTES "prennent acte de la Déclaration des États-Unis selon laquelle la taxe de pénalisation ne serait, selon toute probabilité, jamais appliquée".[530] Les Membres de l'OMC pourraient trouver quelque consolation dans le fait que les États-Unis déclarent, devant ce Groupe spécial, que les dispositions des articles 301 à 310 incompatibles avec les règles de l'OMC ne seront, selon toute probabilité, jamais appliquées. Mais, malheureusement, dans le cas présent, une telle affirmation devrait être mise en balance avec les opinions contraires exprimées dans l'Énoncé des mesures administratives.

5.39 Le Brésil note que le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur* est arrivé aux mêmes constatations. Étant donné que les États-Unis n'avaient pas encore modifié la structure des redevances ni promulgué les règlements d'application de l'article 1106 c), il leur a laissé le bénéfice du doute compte tenu de leur intention déclarée de promulguer des règlements qui seraient compatibles avec les règles du GATT:

> "Les États-Unis avaient indiqué que l'intention du gouvernement américain, et c'était aussi ce que prescrivait la Loi des États-Unis, était que toutes nouvelles redevances pour inspection qui seraient promulguées par le Département de l'agriculture des États-Unis correspondent au coût des services rendus. Les États-Unis avaient en outre indiqué que l'amendement qui prescrivait que les redevances pour inspection de tabac importé soient comparables à celles perçues sur le tabac d'origine nationale n'exigeait pas que les redevances soient identiques et n'interdisait pas une structure des redevances dans laquelle la redevance pour inspection des importations soit inférieure à celle qui était perçue sur les produits nationaux et corresponde en même temps au coût des services rendus."[531]

5.40 De l'avis du Brésil, l'exemple de l'affaire *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes*[532] est encore moins approprié. Dans cette affaire, le gouvernement avait déjà adopté un règlement disposant que le droit d'accise serait appliqué aux cigarettes nationales comme aux cigarettes importées à un taux uniforme de 55 pour cent.[533] Donc, lorsqu'on lit la conclusion citée par les États-Unis, il faut se souvenir que même si la loi thaïlandaise sur les tabacs continuait à permettre aux autorités administratives de percevoir des taxes discriminatoires, un règlement interdisant cette discrimination avait déjà été publié.

---

[529] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*

[530] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*, *op. cit.*, paragraphe 5.2.10.

[531] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 122.

[532] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Thaïlande – Cigarettes*, *op. cit.*

[533] *Ibid.*, paragraphe 43.

5.41 Selon le Brésil, aucun groupe spécial du GATT n'est jamais arrivé aux conclusions présentées par les États-Unis. Dans le cadre du GATT de 1947, des groupes spéciaux ont effectivement fait une distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire, mais le mot "impératif" n'a jamais été compris comme "empêchant toute possibilité de compatibilité" en tout temps.

5.42 Le Brésil est d'avis que l'argumentation des États-Unis vise en réalité à faire naître une confusion concernant la signification pourtant apparemment claire du mot "impératif". Les États-Unis cherchent aussi à faire naître une confusion concernant le sens du mot "discrétionnaire". Ainsi, ils arguent que "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales jouit de larges pouvoirs discrétionnaires, y compris celui de ne pas prendre de mesures du tout. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est expressément habilité à ne pas prendre de mesures: 1) lorsque l'ORD a adopté un rapport où il est conclu que les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits; 2) lorsque le pays étranger "prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial", convient de mettre un terme à la pratique frustrant les États-Unis de leurs droits ou accepte d'accorder une compensation; 3) lorsque l'adoption d'une mesure aurait "sur l'économie des États-Unis une incidence défavorable, hors de proportion avec les avantages de la mesure"; 4) ou lorsque l'adoption d'une mesure "compromettrait gravement la sécurité nationale des États-Unis"."

5.43 D'après le Brésil, outre qu'il faut noter que la section dans laquelle ces dispositions figurent est intitulée "mesures impératives", il faut aussi se souvenir que, dans la mesure où l'on se reporte à la pratique passée pour analyser le contenu des obligations conventionnelles, les concepts correspondants doivent aussi être interprétés de bonne foi, c'est-à-dire conformément au sens ordinaire des termes employés.

5.44 Le Brésil fait remarquer que selon la définition donnée dans le Black's Law Dictionary[534], l'expression "pouvoir discrétionnaire" lorsqu'elle est appliquée à des fonctionnaires de l'État désigne le pouvoir ou le droit qui est conféré à ces derniers par la loi d'agir officiellement dans certaines circonstances selon ce que leur dicte leur propre conscience, sans être influencés par le jugement ou le sentiment d'autrui". Si leur action est subordonnée à l'exécution d'une condition, la définition qui précède n'est plus applicable. Si la non-adoption d'une mesure est subordonnée, par exemple, au fait qu'un Membre de l'OMC "convienne de lever rapidement l'entrave au commerce ou la restriction du commerce des États-Unis"[535], l'expression "pouvoir discrétionnaire" prend un sens très particulier.

5.45 Le Brésil conclut que le principe *ex re sed non ex nomine* est un principe qui repose sur la bonne foi. Ce principe empêche notamment une partie d'utiliser la forme de la loi pour couvrir l'accomplissement de ce qui est en réalité un acte illicite.

c) Autres arguments

5.46 Le Brésil ajoute qu'il y a d'autres éléments à noter. Le premier est que le "moyen logique de procéder" adopté dans l'arbitrage concernant les *Bananes* ne doit pas servir de précédent pour l'interprétation de l'ordre chronologique dans lequel les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord doivent être invoqués. Le Brésil est aussi en total désaccord avec les États-Unis lorsqu'ils affirment que l'ORD a "implicitement rejeté" les vues de la majorité des Membres de l'OMC concernant l'article 21.5. Le principe d'automaticité a en fait empêché l'ORD d'agir autrement; il suffit néanmoins de se reporter aux comptes rendus des réunions de l'ORD concernant l'affaire des *Bananes* pour voir qu'il n'y a jamais eu de rejet implicite de cet ordre chronologique obligatoire.

[534] Black's Law Dictionary, Revised 4th edition (West Publishing Co., 1968).

[535] Article 301 a) 2) B) ii) II).

5.47 Le Brésil relève aussi les remarques formulées par Hong Kong, Chine concernant le règlement par une tierce partie ou le règlement multilatéral. C'est exactement ce que le Brésil attendait du Mémorandum d'accord et la raison pour laquelle, comme la Corée, il a estimé que "l'engagement unique" du Cycle d'Uruguay constituait une solution avantageuse pour un pays en développement comme le Brésil. Le Brésil n'a pas signé l'Accord sur l'OMC pour faire l'objet de déterminations unilatérales de non-conformité.

5.48 Le Brésil note enfin que le troisième élément à prendre en considération concerne l'incidence de la législation des États-Unis et le fait que ce pays craint que l'on demande au Groupe spécial de formuler une déclaration politique.

5.49 Le Brésil souligne que dans cette affaire, bien que le Groupe spécial n'ait pas à examiner une application particulière de la législation, il se penche sur la question de la rétorsion et sur l'impact d'une mesure de rétorsion potentielle. La Corée a très bien fait ressortir ce point. Autrement dit, la loi des États-Unis à l'examen est un instrument qui permet d'exercer de manière unilatérale une pression politique et économique. Tout en reconnaissant que le Groupe spécial n'a pas à s'engager dans un débat sur la popularité de la loi des États-Unis, le Brésil considère qu'il ne doit pas pour autant négliger l'incidence que peuvent avoir les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sur les droits et obligations des parties dans le cadre de l'OMC en raison des possibles connotations politiques.

5.50 Le Brésil peut résumer sa position comme suit: il existe une contradiction insurmontable entre les dispositions des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur qui imposent ou autorisent l'adoption de mesures illicites au regard des règles de l'OMC, et l'article 23 du Mémorandum d'accord et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Le Brésil estime, en conséquence, que le Groupe spécial devrait déclarer que les Membres ont l'obligation absolue de mettre leur législation en conformité avec les dispositions de l'Accord sur l'OMC.

3. Conclusion

5.51 Le Brésil rappelle que les États-Unis ont contribué pour une large part à l'amélioration des procédures de règlement des différends de l'OMC. Au cours des négociations, ils ont permis de surmonter de nombreuses objections, y compris celles élevées initialement par le Brésil. L'hésitation du Brésil était motivée par la crainte que les principaux partenaires commerciaux exigent des pays plus petits qu'ils se conforment aux règles, tout en refusant eux-mêmes de se plier à des disciplines plus strictes en matière de règlement des différends.

5.52 Le Brésil note aussi que le système de règlement des différends de l'OMC peut être aussi avantageux qu'une procédure totalement contraignante, sans empiéter indûment sur la souveraineté des Membres. Il serait assez paradoxal qu'un système de règlement des différends que les États-Unis se sont donné tant de mal à établir soit discrédité par le fait que ce même pays refuse d'en appliquer de bonne foi les dispositions.

5.53 De l'avis du Brésil, certaines parties des articles 301 à 310 de la loi des États-Unis ont leur utilité, comme par exemple celles qui concernent la délégation de compétences du Congrès des États-Unis à l'exécutif ou la procédure permettant aux citoyens de déposer des plaintes.

5.54 Le Brésil considère néanmoins qu'il y a une incompatibilité insurmontable entre ces dispositions qui imposent ou autorisent des mesures illégales au regard des règles de l'OMC et l'article 23 du Mémorandum d'accord et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC. Aussi estime-t-il que le Groupe spécial ne devrait pas se limiter à réaffirmer la pratique traditionnelle du GATT, mais devrait aussi déclarer que les Membres ont l'obligation absolue de mettre leur législation en conformité avec les dispositions de l'Accord sur l'OMC.

B. CANADA

1. Introduction

5.55 **Le Canada se félicite** de la possibilité QUI lui est donnée de participer à ce Groupe spécial établi comme suite à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Commission européenne à l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce pour examiner les articles 301 à 310 de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur de 1974. Dans ce contexte, le Canada voudrait mettre en lumière ses propres préoccupations concernant les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur (ce qu'il est convenu d'appeler "l'article 301") sous forme d'une communication de "tierce partie" présentée conformément à l'article 10 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

5.56 Le Canada croit fermement que les différends qui surgissent entre des Membres concernant des obligations au regard de l'OMC devraient être réglés selon les procédures établies par le Mémorandum d'accord. De l'avis du Canada, les applications de l'article 301 qui débouchent sur l'imposition unilatérale de mesures de rétorsion en réaction à des violations réelles ou supposées des règles de l'OMC, sans que l'Organe de règlement des différends de l'OMC ait donné l'autorisation requise pour prendre de telles mesures sont contraires au multilatéralisme en général et au Mémorandum d'accord en particulier. Cette menace de recours ou ce recours effectif à des sanctions unilatérales est fondamentalement incompatible avec le système commercial multilatéral et menace la stabilité et la viabilité globales du régime de règlement des différends de l'OMC.

5.57 Le Canada voudrait dire en préambule qu'il a parfaitement compris que l'article 301 peut être appliqué à des situations relevant d'accords commerciaux autres que les accords de l'OMC, à des pays qui ne sont pas Membres de l'OMC ou à des situations dans lesquelles les obligations au regard de l'OMC n'entrent pas en ligne de compte. Le Canada est conscient du fait que ces situations ne sont pas soumises aux procédures de règlement des différends de l'OMC à moins que, d'une certaine manière, elles aillent à l'encontre d'obligations que les intéressés ont à l'égard de Membres de l'OMC. Les arguments du Canada ne concernent donc pas ces situations.

2. Mesures en cause

5.58 Le Canada explique que l'article 301 a) 1) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer[536] si une action, politique ou pratique d'un pays étranger viole les droits des États-Unis ou les frustre d'avantages conférés par un accord commercial ou entrave ou restreint le commerce des États-Unis de manière "injustifiable".

5.59 De l'avis du Canada, l'article 301 combine des éléments impératifs et des éléments discrétionnaires. Les mesures conduisant à l'imposition de sanctions commerciales au titre de l'article 301 peuvent être prises à la suite soit d'une requête déposée par une personne intéressée[537] soit d'une enquête ouverte par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.[538] Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales

[536] Le Canada fait remarquer que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur telle qu'elle a été modifiée prescrivent d'établir de nombreuses "déterminations", qui sont plus que de simples déclarations de politique générale ou de simples positions de négociation. Ces déterminations débouchent sur des actes officiels du gouvernement des États-Unis et ont, sur le plan juridique, les conséquences décrites dans la loi.

[537] Article 302 a) 1) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

[538] Article 302 b) 1) A) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

n'est pas tenu d'ouvrir une enquête à la demande d'un requérant mais s'il décide de ne pas le faire, il doit publier au Federal Register un avis résumant les motifs de sa décision.[539]

5.60 Le Canada fait remarquer qu'il y a essentiellement deux types de situations qui peuvent donner lieu à une action au titre de l'article 301 a). Le premier est celui dans lequel les États-Unis ont été frustrés d'avantages conférés par un accord commercial ou dans lequel les dispositions d'un accord commercial, y compris un accord de l'OMC, ont été violées.[540] Le second est celui dans lequel une action, une politique ou une pratique d'un pays étranger est injustifiable et entrave ou restreint le commerce des États-Unis.[541]

5.61 Le Canada souligne que l'article 301 fixe des délais précis et immuables pour l'adoption de certaines mesures. Ainsi, par exemple:

a) Lorsqu'une violation supposée d'un accord commercial fait l'objet d'une enquête et qu'une solution mutuellement acceptable ne peut pas être trouvée dans les délais prévus par la loi[542], le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de la loi, d'engager rapidement les procédures de règlement des différends prévues dans l'accord commercial.

b) Dans le cas d'un différend faisant l'objet de procédures de règlement des différends au titre d'un accord commercial, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit déterminer dans les délais précis, si l'affaire en question peut donner lieu à une action au titre de l'article 301.[543]

---

[539] Article 302 a) 3) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

[540] Article 302 a) 1) A) et 301 a) 1) B) i) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

[541] Article 301 a) 1) B) ii) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée. Le Canada note que dans l'article 301 d) 2) une action, politique ou pratique qui entrave ou restreint le commerce des États-Unis est définie comme englobant toutes les actions politiques ou pratiques définies comme "déraisonnables" au titre de l'article 301 d) 3) B), même si elles ne sont pas incompatibles avec les droits internationalement reconnus des États-Unis. La définition de l'article 301 d) 3) B) n'est pas limitative, de sorte que l'on ne peut pas en déduire quelles autres actions pourraient exposer un pays à des sanctions commerciales de la part des États-Unis, nonobstant le fait que ce pays n'agit pas en violation du droit international. Le Canada note en outre que le second type de situation pouvant donner lieu à une action (existence d'une action, politique ou pratique considérée comme injustifiable et qui entrave ou restreint le commerce des États-Unis) comprend les situations dans lesquelles les États-Unis considèrent que la protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle n'est pas assurée de manière juste et équitable "nonobstant le fait que le pays étranger se conforme aux obligations découlant spécifiquement de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce" négocié dans la foulée du Cycle d'Uruguay. En conséquence, l'article 301 expose les pays étrangers à des sanctions commerciales de la part des États-Unis pour ce qui est perçu comme un manquement en matière de droits de propriété intellectuelle même si ces pays respectent les engagements pris par les Membres de l'OMC lors des négociations conduisant à l'adoption de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

[542] Le Canada note que ces délais sont les suivants: i) la fin de la période de consultation prévue, le cas échéant, dans l'accord commercial ou ii) l'expiration d'un délai de 150 jours après le jour où les consultations ont débuté, selon la plus rapprochée de ces deux échéances. Voir l'article 303 a) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

[543] Le Canada note que ces délais sont les suivants: i) un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée ou ii) un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête au titre de l'article 301 a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces deux échéances. Voir l'article 304 a) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur telle qu'elle a été modifiée.

c) Lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine qu'une affaire peut donner lieu à une action au titre de l'article 301, les mesures de rétorsion arrêtées doivent normalement être appliquées au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la détermination a été établie.[544]

5.62 Le Canada explique que pour ce qui concerne l'application des recommandations de l'Organe de règlement des différends de l'OMC, si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime qu'un Membre de l'OMC n'a pas mis en œuvre une recommandation formulée à l'issue d'une procédure de règlement des différends de l'OMC il doit, dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable fixé conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord, arrêter les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a).[545]

5.63 Le Canada note que dans les dispositions en question, on a employé le présent de l'indicatif qui a valeur impérative ("shall" dans la version anglaise). C'est donc aux États-Unis qu'incombe la charge de prouver que les mesures mentionnées dans ces dispositions ne sont pas impératives selon la loi des États-Unis.

5.64 Le Canada relève en particulier que l'article 304 a) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur requiert que la détermination du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales sur le point de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits soit établie dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée ou dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête au titre de l'article 301 a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces deux échéances.

5.65 Selon le Canada, même s'il est certainement possible de mener à bien les procédures de règlement des différends de l'OMC dans un délai de 18 mois, la pratique de l'OMC démontre que différents facteurs tels que d'éventuels retards dans la désignation des membres du groupe spécial, la prolongation des délais par les groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel ou encore le temps nécessaire pour la traduction ou d'autres problèmes logistiques peuvent empêcher et empêchent concrètement que des différends soient réglés dans le délai de 18 mois.

5.66 Le Canada fait remarquer en outre que si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établit une détermination positive au titre de l'article 304 a) 2), il est tenu d'imposer les sanctions prévues à l'article 301 c), lesquelles doivent normalement être appliquées au plus tard dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie.[546] Là encore, le Canada note que l'on a utilisé dans le texte le présent de l'indicatif qui a valeur impérative.

5.67 Le Canada note que le pouvoir qu'a le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 301 de prendre des mesures de rétorsion consistant à i) suspendre, retirer ou empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial; ii) imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des

[544] Le Canada note que l'application de ces mesures peut être reportée d'un maximum de 180 jours dans les circonstances visées à l'article 305 2) A).

[545] Article 306 b) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée. Le Canada signale qu'il est intéressant de noter que l'article 301 a) s'intitule "Mesures impératives".

[546] Articles 301 a) 1) et 305 a) 1) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée. Voir également la note de bas de page 9.

marchandises de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée; ou iii) conclure avec le pays étranger des accords aux termes desquels celui-ci s'engage à mettre un terme à l'action, à la politique ou à la pratique faisant l'objet de la détermination ou à accorder aux États-Unis des avantages commerciaux compensatoires[547] est sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président. Si la disposition pertinente de l'article 301 a) 1) concernant les instructions présidentielles peut donner au Président le pouvoir de prescrire officiellement le type de mesure à appliquer, elle ne supprime pas pour autant le fait que le pouvoir exécutif est tenu, aux termes de la loi, de prendre des mesures. L'article 301 b) ne supprime pas, à l'évidence, l'obligation d'agir dans les circonstances décrites dans cet article. Si l'on avait voulu que la disposition qui permet au Président de donner des instructions précises concernant les mesures à prendre comprenne la possibilité de déroger à l'obligation autrement imposée par le Congrès des États-Unis, cette intention aurait été clairement exprimée comme cela est le cas dans l'article 301 b).

3. Arguments juridiques

5.68 Le Canada fait valoir que l'obligation de prendre des mesures de rétorsion lorsqu'une détermination positive a été établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales conformément à l'article 304 n'est en aucune manière subordonnée au fait que ces mesures aient été approuvées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC ("ORD"). Lorsque les délais légaux prévus à l'article 304 a) 2) arrivent à expiration avant que l'ORD ait donné l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'en est pas moins tenu de décider des mesures de rétorsion appropriées à prendre contre le Membre contrevenant. Même s'il est dit dans le Mémorandum d'accord que le règlement "rapide" des différends entre les Membres est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres, il peut ne pas être possible de régler le différend dans des délais prévus à l'article 304 a) 2).

5.69 Selon le Canada, lorsqu'une détermination positive a été établie conformément à l'article 304 a) 2), l'article 305 a) 1) s'applique automatiquement. Conformément à cette disposition, la mesure qui est jugée appropriée au titre de l'article 304 a) 1) devient d'application impérative. Cette mesure doit être prise au plus tard dans un délai de 30 jours suivant l'établissement de la détermination prévue à l'article 304 a) 1).

5.70 Le Canada fait aussi valoir que, de même, l'application de mesures de rétorsion à l'encontre d'un Membre de l'OMC en vertu des articles 306 b) et 301 a) alors que ces mesures n'ont pas été approuvées par l'ORD contrevient manifestement à l'article 23 du Mémorandum d'accord. La détermination établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 306 b) conduit à appliquer des mesures de rétorsion à l'encontre du pays étranger dans un délai de 30 jours, qu'il ait été ou non estimé, selon les procédures de l'OMC, que cet autre Membre ne s'est pas conformé aux recommandations et aux conclusions adoptées par l'ORD. Cela aboutit à appliquer des mesures de rétorsion qui n'ont pas été autorisées par l'ORD.

5.71 De l'avis du Canada, l'article 23 énonce très clairement l'obligation, pour les Membres de l'OMC, de ne pas prendre de mesures unilatérales. L'article 23 1), intitulé *Renforcement du système multilatéral* est ainsi libellé:

> "Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils *auront* recours et se

[547] Article 301 c) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée.

conformeront aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord". (pas d'italique dans l'original)

5.72 Le Canada considère en outre que l'article 23 du Mémorandum d'accord fait obligation aux Membres d'utiliser les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord pour exercer un recours contre le non-respect, allégué ou établi, d'obligations au regard de l'OMC. Les mesures de rétorsion prises en vertu de l'article 301 avant obtention de l'approbation de l'ORD constituent une violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord qui prévoit que les Membres de l'OMC "ne détermineront pas qu'il y a eu violation … si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord". Un Membre qui détermine unilatéralement qu'une mesure prise par un autre Membre est incompatible avec les obligations au regard de l'OMC agit en violation manifeste de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Un Membre qui détermine unilatéralement qu'un autre Membre n'a pas mis une mesure jugée incompatible avec un des accords visés en conformité avec cet accord viole également l'article 23 puisque le Mémorandum d'accord établit une procédure pour déterminer la compatibilité de la mesure. Cette détermination unilatérale de non-conformité sans avoir recours aux procédures du Mémorandum d'accord revient à déterminer qu'il y a eu violation autrement qu'en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

5.73 Le Canada note qu'il a lui aussi, en vertu de la loi canadienne, le pouvoir de suspendre des concessions en réaction à des mesures prises par d'autres pays. L'article 13 (1) de la Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce[548] confère au gouvernement du Canada le pouvoir de prendre, en vertu d'un texte législatif fédéral, des mesures de rétorsion ayant pour effet de suspendre des droits ou privilèges accordés par le Canada à un Membre de l'OMC. Toutefois, à la différence de ce qui se passe dans le cas de l'article 301, le gouvernement canadien est expressément autorisé à agir ainsi aux fins de suspendre, conformément à l'Accord sur l'OMC et aux termes de l'article 22 du Mémorandum d'accord, l'application à un Membre de l'OMC de concessions ou d'obligations dont l'effet est équivalent. La loi canadienne requiert donc que ce pouvoir soit exercé conformément aux obligations du Canada au regard de l'OMC. En particulier, ce pouvoir permet de prendre des mesures de suspension des concessions aux termes de l'article 22 du Mémorandum d'accord. Étant donné qu'il est présumé en droit canadien, qu'une loi ne peut s'appliquer rétroactivement quand cela porte atteinte à des droits, sauf si l'intention contraire a été clairement exprimée dans le texte ou y est implicitement contenue[549], la suspension des concessions ne peut intervenir qu'après que l'ORD a donné l'autorisation de suspendre les concessions ou d'autres obligations en vertu de l'article 22.

---

[548] S.C. 1994, c. 47. Cet article 13 (1) s'énonce comme suit:

"13 (1) Le Gouverneur en conseil peut par décret, en vue de suspendre conformément à l'Accord – aux termes de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends figurant à l'Annexe 2 de l'Accord – l'application à un Membre de l'OMC de concessions ou d'obligations dont l'effet est équivalent:

a) suspendre les droits ou privilèges que le Canada a accordés à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci en vertu de l'Accord ou d'un texte législatif fédéral;

b) modifier ou suspendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

c) étendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

d) prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire."

[549] E.A. Dreidger, "The Composition of Legislation" (Second Edition); Department Of Justice: Ottawa, Ontario; 1976.

5.74 Le Canada fait pour sa part une distinction entre le cas de l'article 301 et le type de problème posé dans l'affaire *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes.*[550] Dans cette affaire, le Groupe spécial avait à examiner une clause de loi thaïlandaise qui permettait au pouvoir exécutif d'imposer des taxes discriminatoires. Le Groupe spécial avait conclu que la simple possibilité que la loi en question soit appliquée d'une manière contraire aux règles du GATT ne suffisait pas pour rendre celle-ci incompatible avec l'Accord général. Dans le cas à l'examen, la loi requiert qu'une détermination concernant la conformité des mesures prises par un pays soit établie dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée. Si l'on se reporte au document des États-Unis intitulé "Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay: énoncé des mesures administratives", il semble que les États-Unis considèrent que la date à laquelle les procédures de règlement des différends adoptées lors du Cycle d'Uruguay s'achèvent est la date à laquelle le délai raisonnable qui est fixé pour la mise en œuvre des conclusions du rapport du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel vient à expiration.[551] Le Canada aimerait savoir si les États-Unis ont une autre interprétation concernant cette date d'achèvement des procédures de règlement des différends de l'OMC. À la différence du régime thaïlandais de droits d'accise sur les cigarettes, qui était totalement discrétionnaire jusqu'à ce que les autorités thaïlandaises imposent lesdits droits d'accise, l'article 301 contient des éléments impératifs qui peuvent obliger les États-Unis à établir une détermination de la conformité avec les règles de l'OMC des mesures adoptées par un autre pays et à prendre des sanctions commerciales en réaction à ces mesures. Le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *Thaïlande – Cigarettes* a reconnu qu'une loi faisant obligation à l'Exécutif d'agir de manière incompatible avec les obligations au regard de l'Accord général constituait un manquement à ces obligations "… même si l'occasion ne s'était pas encore présentée de l'appliquer effectivement …".[552]

5.75 En réponse à la question des États-Unis, le Canada a d'abord tenu à souligner que les mesures en question sont celles des États-Unis et non celles d'un autre Membre. En conséquence, les pratiques de tout autre Membre et leur compatibilité avec les obligations au regard de l'OMC n'ont aucun rapport avec les questions dont le Groupe spécial est saisi en l'espèce. Néanmoins, le Canada voudrait faire les commentaires suivants dans le but d'aider à éclairer les questions systémiques qui sont posées au Groupe spécial.

5.76 Le Canada souligne que le pouvoir qu'il a lui-même, en vertu d'un texte législatif, de suspendre des concessions en réaction à des mesures prises par d'autres pays découle de l'article 13 (1) de la *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur l'organisation mondiale du commerce*, lois du Canada 1994, c. 47. Bien que l'article 13 (2) de cette loi ne concerne pas les Membres de l'OMC, le Canada reproduit ci-dessous l'article 13 dans son intégralité.

"Décrets

13(1) Décrets: suspension de concessions

13(1) Le Gouverneur en conseil peut, par décret, en vue de suspendre conformément à l'Accord – aux termes de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends figurant à l'Annexe 2 de

[550] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Thaïlande – Cigarettes, op.cit.*

[551] Énoncé des mesures administratives, *op.cit.* pages 365-366.

[552] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Thaïlande – Cigarettes, op.cit*, paragraphe 84.

l'Accord – l'application à un Membre de l'OMC de concessions ou d'obligations dont l'effet est équivalent:

a) suspendre les droits ou privilèges que le Canada a accordés à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci en vertu de l'Accord ou d'un texte législatif fédéral;

b) modifier ou suspendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

c) étendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce membre ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

d) prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire.

13(2) Suspension de concessions aux pays non membres de l'OMC

2) Le Gouverneur en conseil peut, par décret, en ce qui concerne un pays qui n'est pas membre de l'OMC:

a) suspendre les droits ou privilèges que le Canada a accordés à ce pays ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci en vertu d'un texte législatif fédéral

b) modifier ou suspendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce pays ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

c) étendre l'application d'un texte législatif fédéral à ce pays ou à des produits, prestataires de services, fournisseurs, investisseurs ou investissements de celui-ci;

d) prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire.

13(3) Durée d'application

(3) Un décret pris en vertu des paragraphes (1) ou (2) s'applique, sauf révocation, pendant la période qui y est spécifiée.

13(4) Définition de "pays"

(4) Pour l'application du présent article, sont compris parmi les pays les États et les territoires douaniers distincts qui peuvent, aux termes de l'Accord, devenir membres de l'OMC."

5.77 Le Canada explique que conformément à l'article 10 de la *Loi concernant le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international*, (L.R 1985, ch E-22) telle qu'elle a été modifiée, les pouvoirs et fonctions du Ministre des affaires étrangères s'étendent, d'une façon générale, à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés à la conduite des affaires extérieures du Canada, notamment en matière de commerce international et de développement international. Le Ministre du commerce international est chargé aux termes de l'article 3 de la *Loi concernant le ministère des Affaires étrangères et du Commerce*

international d'assister le Ministre des affaires étrangères dans l'exercice de ses attributions en matière de commerce international. Le Canada a signé l'Accord sur l'OMC et cet accord a été approuvé par le Parlement du Canada en vertu de l'article 8 de la *Loi sur la mise en œuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce* (voir la référence dans le paragraphe précédent). Ces textes donnent au Canada son pouvoir d'exercer ses droits conformément à l'Accord sur l'OMC.

5.78 Le Canada fait valoir en outre qu'avant de demander l'ouverture de consultations ou l'établissement d'un groupe spécial conformément au Mémorandum d'accord, le Canada doit avoir conclu qu'il existe un différend entre le Canada et un autre Membre de l'OMC concernant l'un des accords relevant de l'OMC ou concernant un accord commercial plurilatéral auquel le Canada et l'autre Membre de l'OMC sont parties. Et avant d'entreprendre ces démarches, le Canada doit s'être assuré que ses prétentions sont légitimes et que l'affaire peut être réglée au moyen des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord.

5.79 Le Canada fait remarquer qu'il est dit expressément dans l'article 23 a) que la seule conduite autorisée est de recourir au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. Le Canada, en demandant l'ouverture de consultations ou l'établissement de groupes spéciaux au titre du Mémorandum d'accord agit conformément au Mémorandum d'accord et donc conformément à l'article 23 a). Le Canada juge intéressant de noter que les rédacteurs du Mémorandum d'accord ont justement choisi d'employer le mot "détermination" dans l'article 23, car il se trouve que c'est aussi le mot utilisé dans la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.

5.80 Le Canada indique que ses propres mesures sont pleinement conformes à ses obligations internationales et en particulier à ses obligations au titre de l'*Accord sur l'OMC*. S'il est déterminé conformément au Mémorandum d'accord qu'une quelconque mesure est incompatible avec les obligations du Canada, le Canada prendra les dispositions voulues pour remédier à cette incompatibilité ou à l'annulation ou à la réduction d'avantages revenant à d'autres Membres.

5.81 De l'avis du Canada, il ressort clairement de la pratique du GATT[553] que, dans la mesure où une loi est impérative, le fait qu'elle n'ait pas été appliquée ou exécutée d'une manière contraire aux Accords de l'OMC ne peut être invoqué comme moyen de défense. Le seul fait que cette loi impérative existe influe sur les décisions des agents économiques et a, en soi, un effet "refroidissant" sur l'économie.

5.82 En réponse à la question du Groupe spécial sur le point de savoir si l'article 23:2 du Mémorandum d'accord interdit d'établir une détermination concernant la compatibilité avec les règles de l'OMC ou une détermination concluant à l'existence d'une violation, le Canada fait observer que l'article 23 a) du Mémorandum d'accord interdit de déterminer qu'il y a eu violation ou que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant aux procédures du Mémorandum d'accord. Cet article n'interdit pas de déterminer la compatibilité avec les règles de l'OMC. Une telle interdiction irait d'ailleurs à l'encontre des objectifs de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord qui prévoit "qu'une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable".

5.83 Le Canada fait valoir en outre qu'on ne peut répondre à cette question que d'une manière purement spéculative étant donné que la question ne précise pas quel est le raisonnement sur lequel on s'appuierait pour conclure à une incompatibilité. Le Mémorandum d'accord est applicable aux mesures prises par des Membres de l'OMC qui compromettent des avantages revenant à d'autres Membres de l'OMC au titre de n'importe quel accord visé. Selon le raisonnement suivi pour conclure que les articles 301 à 310 sont incompatibles avec les règles de l'OMC, une mesure prise par les

[553] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt, op. cit.*

États-Unis et applicable conformément aux procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord, qui prévoirait que lesdits articles ne pourraient être appliqués que d'une manière conforme au Mémorandum d'accord, supprimerait l'incompatibilité avec les règles de l'OMC et offrirait un moyen d'échapper à l'accusation de non-conformité.

4. Conclusion

5.84 Le Canada considère que le caractère impératif de l'article 301 est très clair même si, dans un certain nombre de cas, il peut être établi une détermination qui met fin à l'application de la loi. Le Canada souligne à nouveau qu'il reconnaît que l'article 301 combine à la fois des éléments impératifs et des éléments discrétionnaires. Toutefois, les possibilités d'autolimitation prévues ne changent rien au fait que l'article 301 peut aboutir à une situation dans laquelle des mesures de rétorsion deviennent d'application obligatoire quel que puisse être leur statut vis-à-vis du Mémorandum d'accord.

5.85 Le Canada fait valoir par ailleurs qu'en ce qui concerne le moment où l'arbitre a rendu sa décision dans l'arbitrage qui a eu lieu entre les Communautés européennes et les États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord concernant la mise en œuvre par les Communautés des recommandations de l'ORD au sujet du régime communautaire d'importation des bananes, les faits sont bien connus; le Canada n'a pas l'intention d'ajouter quoi que ce soit aux détails qui ont déjà été donnés par la Communauté sur ce point. Ces faits démontrent que le déroulement des procédures de règlement des différends de l'ORD ne coïncide pas nécessairement avec les délais prévus à l'article 301 de la loi des États-Unis, délais dans lesquels les États-Unis ont pris les mesures notées par les Communautés européennes. Le Groupe spécial devrait clairement indiquer aux Membres de l'OMC qu'une telle application de la législation nationale, qui aboutit à suspendre des avantages ou des concessions découlant des Accords de l'OMC sans l'autorisation de l'ORD constitue une violation des obligations des Membres au regard du Mémorandum d'accord.

5.86 Le Canada estime que le Groupe spécial devrait conclure que lorsque les termes employés dans les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis aboutissent à l'établissement d'une détermination unilatérale concluant qu'il y a eu violation par un autre Membre des règles de l'OMC ou à l'application des mesures de rétorsion contre un autre Membre sans l'autorisation de l'ORD, ces mesures et les dispositions impératives qui en imposent l'adoption sont incompatibles avec les obligations des États-Unis au titre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

C. CUBA

1. Introduction

5.87 **Cuba indique** qu'elle est elle-même vivement intéressée par les aspects systémiques de ce différend, qui est important pour tout le système des relations commerciales entre les Membres de l'Organisation. Cette affaire touche au cœur même du principe de la prise de décision multilatérale, qui est la pierre angulaire de l'OMC et sur lequel repose tout son fonctionnement.

2. Arguments juridiques

5.88 Cuba rappelle que tous les Membres de l'OMC ont librement accepté de faire partie d'un système multilatéral fondé sur des règles qui doivent être respectées. Les Membres ont, à cette fin, l'obligation d'adapter leur législation nationale pour la rendre conforme à ces règles. Si l'on n'a pas l'assurance que tous les Membres respecteront les règles, il ne peut y avoir de certitude quant à l'existence d'un véritable système multilatéral répondant aux intérêts de tous.

5.89 Cuba considère que les conflits résultant de la manière dont les Membres agissent dans leurs relations mutuelles doivent être résolus au plan multilatéral et conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends. Toute mesure prise unilatéralement par un pays porte atteinte à la prévisibilité et à la stabilité du mécanisme de règlement des différends et à la confiance que l'on peut avoir dans ce mécanisme, sans compter qu'elle constitue une violation flagrante des principes, des objectifs et des règles de l'OMC et des engagements pris dans le cadre des négociations multilatérales. Les diverses déclarations ministérielles adoptées dans le cadre de l'OMC le confirment. Le recours à des mesures unilatérales encourage des ripostes unilatérales qui ne font qu'envenimer et étendre les conflits au lieu d'aider à les résoudre.

5.90 Cuba note que le Mémorandum d'accord est l'ensemble de règles applicables pour établir des déterminations sur le point de savoir si une loi, une politique ou une pratique d'un Membre est incompatible avec les Accords de l'OMC visés. Il contient aussi des dispositions régissant l'application de sanctions à l'encontre de Membres qui enfreignent les règles multilatérales.

5.91 Cuba soutient que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis établissent une procédure unilatérale pour l'application de sanctions contre les autres États - y compris les Membres de l'OMC - lorsque les États-Unis considèrent qu'il est porté atteinte à leurs intérêts commerciaux. Les délais fixés pour mettre en œuvre cette procédure sont différents de ceux prévus dans le Mémorandum d'accord et incompatibles avec eux. Les mesures en question sont adoptées sur la base de déterminations unilatérales, en dehors de l'Organe de règlement des différends et sans son autorisation préalable. Leur durée d'application est aussi décidée unilatéralement par les États-Unis. Ces derniers deviennent ainsi juge et partie dans des conflits commerciaux internationaux.

5.92 Cuba affirme aussi que le système de règles de l'OMC se fonde sur les principes du droit international public, dont il n'est qu'un sous-système spécialisé. À cet égard, les dispositions susmentionnées de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis violent le principe de l'égalité souveraine des États, l'une des pierres angulaires du droit international public, qui veut que dans le plein exercice de leur souveraineté, tous les États jouissent d'une égalité de droits et aient, en même temps, une égale obligation de respecter les règles qui régissent leurs relations mutuelles. Elles violent aussi le principe "*pacta sunt servanda*" régissant l'application des traités, en vertu duquel les signataires d'un accord international doivent se conformer aux dispositions convenues.

5.93 Cuba fait aussi remarquer que dans le différend auquel elle s'intéresse, un autre facteur important est la particularité du système juridique des États-Unis dans lequel le droit interne l'emporte sur le droit international lorsqu'il existe un conflit entre des dispositions de l'un et de l'autre quelles qu'aient été les dates respectives d'adoption des dispositions en question. En permettant que le droit interne l'emporte sur le droit multilatéral, les États-Unis font obstacle à la pleine exécution des obligations souscrites au titre d'accords internationaux, réduisant ainsi la confiance que l'on peut avoir dans leur fidélité à leurs engagements.

5.94 Cuba fait également valoir que pour ce qui concerne l'OMC, conformément à l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, les Membres de l'OMC doivent assurer la conformité de leurs lois et procédures administratives avec leurs obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords visés. La Loi de 1974 sur le commerce extérieur viole cette disposition.

5.95 De l'avis de Cuba, la loi susmentionnée ne tient aucun compte des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord auquel tous les Membres ont confié le soin d'assurer le respect de leurs droits et obligations. Elle ne tient pas compte non plus de l'engagement de se conformer aux principes énoncés à l'article 3 ni des dispositions concernant la surveillance de la mise en œuvre des

recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends ou la compensation et la suspension des concessions énoncées aux articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord.

5.96 Cuba estime qu'en adoptant ces mesures unilatérales, les États-Unis affaiblissent le système commercial multilatéral et font fi de l'article 23 du Mémorandum d'accord, qui prévoit que les Membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. La législation susmentionnée encourage aussi le recours à des pratiques qui se situent en marge des règles commerciales internationales et qui créent une situation d'incertitude et de non-respect des dispositions multilatéralement convenues.

5.97 Cuba fait valoir en outre que la question qui se pose n'est pas seulement celle de la violation entraînée par la législation susmentionnée, mais aussi celle de l'annulation ou de la réduction concomitante d'avantages légitimes qui résultent directement ou indirectement pour les membres du GATT de 1994 et leur appartenance à l'OMC, au sens de l'article XXIII du GATT de 1994.

5.98 De l'avis de la République de Cuba, les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur contribuent à établir, dans les relations économiques internationales, une politique fondée sur des rapports de force, ce qui crée une atmosphère d'insécurité et d'imprévisibilité.

5.99 Cuba note qu'on a vu dans la pratique jusqu'où peuvent conduire les frictions surgissant entre les Membres du fait de l'application de cette loi et les dangers qu'elle représente pour la stabilité de l'Organisation à un moment où il est essentiel de préserver l'équilibre et la sécurité pour parvenir aux objectifs dont les Membres sont convenus multilatéralement.

5.100 En conséquence, Cuba demande instamment au Groupe spécial de constater que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont incompatibles avec les règles de l'OMC et de recommander que le gouvernement des États-Unis mette sa législation en conformité avec les obligations qui lui incombent en tant que Membre de l'Organisation.

D. DOMINIQUE ET SAINTE-LUCIE

1. Introduction

5.101 **La Dominique et Sainte-Lucie indiquent conjointement** que l'intérêt du Commonwealth de la Dominique et de Sainte-Lucie dans cette affaire découle du fait que les procédures prévues par l'article 301 ont des incidences indirectes sur leurs droits, et sur la réalisation des objectifs légitimes des accords de l'OMC. Il tient aussi aux questions systémiques importantes qui ont été soulevées dans cette affaire et qui menacent le système multilatéral sur lequel doivent nécessairement se reposer ceux qui n'ont le pouvoir ni de menacer de prendre des mesures unilatérales, ni de se défendre contre de telles mesures.

2. Arguments juridiques

5.102 La Dominique et Sainte-Lucie disent que les mesures prises par les États-Unis dans l'affaire des *Bananes* ne sont pas en cause dans la présente procédure, et que, en ce qui concerne la violation manifeste des règles de l'OMC liées aux mesures des États-Unis à cet égard, elles s'exprimeront devant un autre groupe spécial. La plainte initiale des Communautés européennes, sur laquelle le présent groupe spécial doit statuer, est limitée à la compatibilité de la loi des États-Unis en elle-même avec les obligations imposées aux États-Unis par les accords de l'OMC. Les mesures prises récemment par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans l'affaire des *Bananes*, cependant, sont instructives dans la mesure où elles mettent en lumière la

pratique administrative des États-Unis et montrent que les délais stricts imposés par les procédures de l'article 301 sont en fait impératifs, et peuvent entraîner des conflits avec les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre de l'OMC.

5.103 La Dominique et Sainte-Lucie font valoir que le "pouvoir discrétionnaire" donné au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de reporter une décision dans certains cas limités, et le pouvoir discrétionnaire du Président, dont celui-ci n'a jamais fait usage, ne sont en fait que des subtilités juridiques, sans rapport avec les réalités pratiques. Les attentes des acteurs économiques sur le marché ne reposent pas sur la distinction théorique entre "obligatoire" et "impératif" dans le droit interne des États-Unis.

5.104 La Dominique et Sainte-Lucie notent que l'annonce faite le 3 mars par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de la suspension, avec effet immédiat, de la liquidation des droits de douane, et de la possibilité d'une imposition rétroactive de 100 pour cent des droits sur des importations ciblées des Communautés européennes, en dépit de la "décision initiale" du groupe d'arbitrage qui avait dit avoir besoin de plus de temps pour établir une détermination dans cette affaire, démontre à l'évidence comment le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales interprète la loi, c'est-à-dire en considérant que les délais fixés par les États-Unis sur le plan interne doivent l'emporter sur les règles internationales concernant la régularité de la procédure.

5.105 La Dominique et Sainte-Lucie prétendent que les mesures commerciales prises par les États-Unis dans l'affaire des *Bananes* ont montré clairement que le droit interne des États-Unis ne se pliera pas aux calendriers établis par l'OMC.

5.106 La Dominique et Sainte-Lucie soutiennent que les pressions auxquelles sont soumises les procédures de règlement des différends de l'OMC, et la complexité de certaines affaires, ont conduit l'Organe de règlement des différends à adopter une attitude souple à l'égard des délais fixés dans le Mémorandum d'accord. Au contraire, les procédures de l'article 301 n'offrent pas la souplesse voulue pour être en accord avec le système multilatéral. Elles ne permettent pas aux États-Unis de respecter les règles du Mémorandum d'accord et d'autres obligations qu'ils ont au regard de l'OMC dans les cas où l'ORD, à l'expiration de ces délais, n'a pas établi une détermination préalable concluant que le Membre de l'OMC concerné ne s'est pas acquitté de ses obligations au regard de l'OMC, et n'a pas autorisé sur cette base la suspension de concessions ou d'autres obligations.

5.107 De l'avis de la Dominique et de Sainte-Lucie, le renforcement du système multilatéral et la judicialisation du processus de règlement des différends avaient pour but de promouvoir la "primauté du droit international". Or, la primauté du droit international suppose que les gouvernements agissent dans le respect de ce droit.

5.108 Pour la Dominique et Sainte-Lucie, l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech impose à chaque Membre d'"[assurer] la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords [de l'OMC] figurant en annexe". La loi d'application adoptée par les États-Unis, autrement dit la Loi de 1994 sur les Accords du Cycle d'Uruguay, indique expressément (dans son article 102 a)) qu'elle ne doit pas être interprétée comme limitant les pouvoirs prévus à l'article 301. Les procédures de l'article 301 n'ont pas été conçues pour promouvoir la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Compte tenu du pouvoir économique et politique des États-Unis, ces procédures sont en fait une épée de Damoclès suspendue au-dessus de tous les membres.

5.109 La Dominique et Sainte-Lucie rappellent l'idée fondamentale qui a inspiré l'approche multilatérale à l'égard de la rétorsion, adoptée il y a un demi-siècle par les rédacteurs de la Charte de La Havane: le but était d'"apprivoiser les représailles, de les discipliner, de les maintenir dans leurs

limites ..., de les transformer d'une arme de guerre économique en un instrument d'ordre international" (document E/PC/T/A/PV6 des Nations Unies, page 5). Or, dans l'affaire des *Bananes*, a pesé à tous les stades la menace voilée de mesures unilatérales des États-Unis.

5.110 À l'appui de cet argument, la Dominique et Sainte-Lucie prétendent que le recours aux procédures de l'article 301 est largement associé à la menace de mesures illicites au regard de l'OMC.[554] La Dominique et Sainte-Lucie notent que les "menaces voilées" sont, par définition, rarement étayées par des documents. C'est pourquoi la Dominique et Sainte-Lucie ont fourni deux lettres pour prouver leur allégation, ainsi que des documents supplémentaires, concernant la crise des *Bananes* et la menace que représente pour le système multilatéral l'observation rigide par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales des délais prévus par l'article 301.[555]

5.111 Selon la Dominique et Sainte-Lucie, l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dispose clairement que "[l]es concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage". L'imposition d'un délai à l'issue duquel seront prises des mesures de rétorsion, délai qui expire avant la fin de la procédure arbitrale, est la manifestation évidente d'un "unilatéralisme agressif".

5.112 En réponse à la question du Groupe spécial concernant la pertinence d'une affaire donnée au regard de l'article 301, la Dominique et Sainte-Lucie déclarent qu'un groupe spécial a le devoir d'examiner tous les éléments de preuve pertinents. Le Groupe spécial doit prendre acte à ce titre des actions des États-Unis qui ont conduit à la suspension de concessions dans l'affaire des *Bananes*, dans la mesure où ces actions ont un rapport avec la "question" dont l'examen lui a été confié par l'ORD.

5.113 La Dominique et Sainte-Lucie rappellent que la "question" dont l'examen est confié au Groupe spécial comporte deux éléments: les "*mesures* spécifiques en cause" et le "*fondement juridique de la plainte* (autrement dit, les *allégations*)".[556] Ensemble, ces éléments constituent le différend dont le groupe spécial est saisi et qui est défini dans son mandat: "Le mandat d'un groupe spécial est important pour deux raisons. Premièrement, il vise un objectif important qui est de garantir une procédure régulière: il donne aux parties et aux tierces parties des renseignements suffisants concernant les allégations en cause dans le différend pour leur permettre de répondre aux

---

[554] La Dominique et Sainte-Lucie citent par exemple David Palmeter, "A Few – Very Few – Kind Words for Section 301", dans *The WTO and International Trade Regulation*, publié sous la direction de Philip Ruttley, Ian Mac Vay & Carol George (Londres, Cameron, mai 1998), en particulier page 124: "L'article 301 était, et il reste pour beaucoup, tristement célèbre. C'est l'outil au moyen duquel les États-Unis sont considérés, dans une très grande mesure avec raison, poursuivre l'avantage qu'ils tirent de la menace. On peut dire, sans crainte de se tromper, que l'article 301 consacre fort peu de principes de justice, rawlsienne ou autre".

[555] La Dominique et Sainte-Lucie ont communiqué la documentation ci-après: WT/DSB/M/54, page 4; WT/GC/M/37, pages 3 et 4; WT/DSB/M/53, WT/DSB/M/59; Guy de Jonquieres, "Bananas and beef take trade conflict to the brink", *Financial Times*, 22 octobre 1998, page 8; Frances Williams, "US steps up banana battle with EU", *Financial Times*, 22 octobre 1998, page 8; Guy de Jonquieres, "Nerves are taut as leaders hint at an EU-US trade war", *Financial Times*, 9 novembre 1998, page 3; Guy de Jonquieres, "Trade war edges closer as US plans action against EU exports", *Financial Times*, 9 novembre 1998, page 22; "The US and EU go Bananas", *Financial Times*, 11 novembre 1998, page 19; Neil Buckley, "Brussels rejects US banana peace offer", *Financial Times*, 20 novembre 1998, page 5.

[556] *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique*, rapport adopté le 25 novembre 1998, WT/DS60/AB/R, paragraphe 72. Voir aussi l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

arguments du plaignant. Deuxièmement, il établit le domaine de compétence du groupe spécial en définissant les allégations précises en cause dans le différend."[557]

5.114 La Dominique et Sainte-Lucie soulignent que, bien que des mesures qui ne sont pas expressément mentionnées dans une plainte puissent néanmoins relever du mandat d'un groupe spécial, "il semble clair qu'une "mesure" qui n'est pas expressément mentionnée dans une demande d'établissement de groupe spécial doit avoir un rapport évident avec une "mesure" qui y est expressément mentionnée, afin que l'on puisse dire qu'elle est "incluse" dans la "mesure" spécifiée."[558] De même, les allégations qu'un groupe spécial est en droit d'examiner doivent aussi figurer dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Néanmoins, il y a lieu de distinguer les "décisions" et "actions" d'une part et les "mesures" et "allégations" de l'autre.[559]

5.115 Selon la Dominique et Sainte-Lucie, c'est une chose de soumettre une mesure particulière à l'examen d'un groupe spécial en alléguant que cette mesure n'est pas conforme aux obligations d'un Membre au regard de l'OMC, et c'est une tout autre chose de soumettre à l'examen d'un groupe spécial l'existence d'une action particulière d'un Membre en tant qu'élément de preuve à l'appui des allégations concernant la "question" dont ce groupe spécial est régulièrement saisi. L'affaire des "mesures d'importation" est un exemple de la première hypothèse, et la procédure devant le Groupe spécial sur l'"article 301" un exemple de la seconde.

5.116 La Dominique et Sainte-Lucie prétendent qu'il ne saurait être question de confusion, ni de chevauchement, ni même de divergence. Le Groupe spécial peut prendre acte des actions des États-Unis qui ont mené à la suspension des concessions dans l'affaire des *Bananes* en tant qu'elles constituent un élément de preuve pertinent pour l'interprétation des articles 301 à 310 considérés en eux-mêmes. Quant à la question de la conformité de ces actions aux obligations des États-Unis découlant des accords de l'OMC, elle sera examinée par un autre groupe spécial, et le présent Groupe spécial n'a pas à en décider.

5.117 La Dominique et Sainte-Lucie font valoir que le mandat du Groupe spécial prévoit l'examen des allégations spécifiques faites par la partie plaignante dans le document WT/DS152/11. La plainte des Communautés européennes est limitée à la compatibilité de la loi des États-Unis en elle-même avec les obligations découlant pour les États-Unis des accords de l'OMC. Lorsqu'un tribunal international examine le droit interne pour y trouver la preuve du respect ou du non-respect d'obligations internationales, il a compétence pour examiner les éléments qui montrent si, en appliquant ce droit, le pouvoir exécutif agit ou non de manière conforme aux obligations qui lui

---

[557] Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R, page 23.

[558] Rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, adopté le 22 avril 1998, WT/DS44/R, paragraphe 10.8. La Dominique et Sainte-Lucie citent également le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *CE – Bananes III, op. cit.*, paragraphe 142, le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons* ("*Australie – Saumons*"), adopté le 6 novembre 1998, WT/DS18/AB/R, *op. cit.*, paragraphes 90 à 105 et le rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, distribué le 25 juin 1999, WT/DS121/R, paragraphes 8.23 à 8.46.

[559] La Dominique et Sainte-Lucie citent par exemple le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Guatemala – Ciment, op. cit.*, paragraphes 69 à 73 et 84 à 86.

incombent en droit international.[560] Dans un tel cas, la législation ne peut pas être appréciée *in abstracto*.

5.118 La Dominique et Sainte-Lucie relèvent que, pour les Communautés européennes, les actions des États-Unis qui ont mené à la suspension des concessions dans l'affaire des *Bananes* confirment "ce qu'indique le texte de l'article 306 b), à savoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit mettre en œuvre les mesures supplémentaires qui ont été arrêtées, que ces mesures soient ou non conformes aux prescriptions de l'article 22 du Mémorandum d'accord". La Dominique et Sainte-Lucie affirment que les actions des États-Unis dans l'affaire des *Bananes* mettent en lumière la pratique administrative des États-Unis et prouvent que les calendriers stricts imposés par les procédures de l'article 301 sont en fait impératifs, et qu'ils peuvent entraîner des conflits avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Le simple fait que certaines de ces mesures font aujourd'hui l'objet d'un examen devant un autre groupe spécial n'empêche pas le Groupe spécial saisi de la présente affaire de prendre acte de tous les éléments de preuve pertinents.

5.119 En réponse à la demande des États-Unis, la Dominique et Sainte-Lucie déclarent que la série de rapports présentés au Congrès sur l'application de l'article 301, comme l'exige l'article 309 3) a) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, permet de suivre pas à pas la mise en œuvre de l'article 301 dans l'affaire des *Bananes*. L'expression "article 301" est généralement utilisée comme raccourci pour désigner le chapitre 1 du Titre III de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, telle qu'elle a été modifiée, qui contient les articles 301 à 310, sur lesquels porte la plainte des Communautés européennes.

5.120 La Dominique et Sainte-Lucie soulignent, en ce qui concerne l'avis du 3 mars, que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales avait indiqué clairement, dans un appel à commentaires sur les mesures envisagées par les États-Unis, publié conformément aux articles 301 à 310, que:

> "Eu égard au fait que le délai raisonnable dont disposaient les Communautés européennes pour mettre en œuvre les recommandations de l'OMC concernant le régime communautaire applicable aux bananes arrive à expiration le 1er janvier 1999, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir la détermination requise au titre de l'article 306 b) le 31 janvier 1999 au plus tard et, en cas de détermination positive, doit mettre en œuvre des mesures supplémentaires 30 jours au plus tard après cette date."[561]

5.121 La Dominique et Sainte-Lucie font valoir que, même si l'avis du 3 mars ne mentionne pas expressément les pouvoirs conférés par l'article 301, on ne peut pas en déduire que cet avis "ne touche pas à l'application de l'article 301".

5.122 La Dominique et Sainte-Lucie relèvent qu'un certain nombre de groupes spéciaux GATT/OMC ont examiné des plaintes de différentes parties contractantes portant sur les mêmes mesures ou des mesures analogues prises par une même partie défenderesse. Dans la mesure où il y a des chevauchements dans la portée de leur examen, les groupes spéciaux prennent en considération le raisonnement contenu dans les rapports précédents de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. En outre, l'Organe d'appel s'est toujours montré conscient du rôle qui lui revient s'agissant d'assurer la

[560] La Dominique et Sainte-Lucie citent le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde - Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphes 65 et 66, citant lui-même l'affaire "Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise [1926], Recueil de la CPJI, série A, n° 7, page 19.

[561] Federal Register, volume 63, n° 204, jeudi 22 octobre 1998, pages 56688 et 56689.

sécurité et la prévisibilité du système multilatéral en garantissant l'unité et la cohérence de la jurisprudence de l'OMC.

5.123 La Dominique et Sainte-Lucie affirment que la fonction du Groupe spécial est de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause.[562] Même lorsque plusieurs plaintes se rapportent à la même question, le Mémorandum d'accord ne limite pas la compétence du Groupe spécial ou des groupes spéciaux constitués pour examiner ces plaintes. L'article 9 du Mémorandum d'accord concernant les "Procédures applicables en cas de pluralité des plaignants" est "un code de conduite pour l'ORD parce que ses dispositions se rapportent à l'établissement d'un groupe spécial, décision qui relève du pouvoir exclusif de l'ORD."[563] Ni l'article 9, ni aucune autre disposition du Mémorandum d'accord n'autorise un groupe spécial à redéfinir rétroactivement la portée de son examen au seul motif parce qu'un autre groupe spécial a été constitué pour examiner des questions connexes. La compétence d'un groupe spécial est définie au moment où il est saisi d'une "question". Des événements survenant ultérieurement ne doivent pas être présumés exclure de l'examen du groupe spécial des éléments de preuve qui, sinon, seraient considérés comme pertinents.[564]

5.124 La Dominique et Sainte-Lucie en concluent que l'établissement d'un groupe spécial chargé d'examiner certaines actions des États-Unis qui ont conduit à la suspension de concessions dans l'affaire des *Bananes* répond à des considérations de procédure qui n'enlèvent rien à la responsabilité du Groupe spécial de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective de tous les éléments de preuve pertinents versés au dossier de l'affaire.

5.125 La Dominique et Sainte-Lucie font encore valoir qu'il ressort de la jurisprudence de l'OMC/du GATT que l'Accord général et l'Accord général sur le commerce des services peuvent donner lieu à la fois à des infractions *de jure* et à des infractions *de facto*, autrement dit que la question n'est pas de savoir si une réglementation, à première vue, est conforme aux règles de l'OMC, mais si elle l'est dans la manière dont elle est appliquée dans la pratique.

5.126 La Dominique et Sainte-Lucie notent que l'on ne peut pas, lorsque ses moyens d'existence et sa survie sont en jeu, être inconscient des ramifications effrayantes d'une situation dans laquelle ce qu'une grande puissance "estime" compatible ou incompatible avec le droit de l'OMC peut l'emporter même sur ce que détermine le système multilatéral.

5.127 La Dominique et Sainte-Lucie prient donc respectueusement le Groupe spécial de constater que les procédures de l'article 301 contestées dans la présente affaire sont incompatibles avec les obligations assumées par les États-Unis dans le cadre des accords de l'OMC, et de recommander que l'ORD invite les États-Unis à mettre leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec leurs obligations au regard de l'OMC.

5.128 En réponse à la question du Groupe spécial concernant le point de savoir si l'article 23:2 du Mémorandum d'accord interdit toute détermination concernant la compatibilité avec les règles de l'OMC ou toute détermination établissant qu'il y a eu violation, la Dominique et Sainte-Lucie disent

---

[562] Voir l'article 11 du Mémorandum d'accord.

[563] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (Communautés européennes), op. cit.*, paragraphe 7.14.

[564] La Dominique et Sainte-Lucie notent que la jurisprudence du GATT/de l'OMC affirme qu'il est légitime d'utiliser des renseignements mis à jour concernant les mêmes mesures pour procéder à l'évaluation sur le fond d'une plainte devant un groupe spécial, en citant comme exemple les rapports des groupes spéciaux *Corée - Viande de bœuf*, tous adoptés le 7 novembre 1989 (IBDD, S36/223, 260 et 300, paragraphes 99 à 101, 115 à 117, 121 à 123).

que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord interdit aux Membres de l'OMC de "[déterminer] qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord". L'introduction de l'article 23:2 renvoie à de "tels cas", c'est-à-dire aux cas visés à l'article 23:1. L'article 23:1 porte sur les décisions prises en vue d'obtenir réparation de mesures qui violent les règles de l'OMC ou qui entravent d'une autre manière la réalisation d'un objectif des accords de l'OMC.

5.129 La Dominique et Sainte-Lucie font encore valoir que l'article 23, replacé dans son contexte[565], indique que le système multilatéral renforcé proscrit toute détermination unilatérale relative à la compatibilité avec les règles de l'OMC qui a des conséquences pour d'autres Membres de l'OMC, et ne respecte pas le droit à une procédure régulière.

5.130 De l'avis de la Dominique et de Sainte-Lucie, l'établissement de déterminations multilatérales sur la compatibilité avec les règles de l'OMC est un élément nécessaire et central pour la sécurité et la prévisibilité dans la mise en œuvre des règles de l'OMC. Le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Communautés européennes – Bananes III* souligne que "vu l'interdépendance croissante de l'économie mondiale, qui signifie que des mesures prises dans un pays auront probablement des effets importants sur les courants d'échanges et d'investissement étranger direct dans d'autres, les Membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC car il est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux".[566] Si chaque Membre a intérêt à faire respecter les règles de l'OMC, aucune détermination unilatérale sur la compatibilité avec ces règles qui porte atteinte d'une manière quelconque aux droits d'autres Membres n'est admissible, sauf par le recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.[567]

5.131 La Dominique et Sainte-Lucie soutiennent que l'article 3:7 du Mémorandum d'accord exhorte les Membres, avant d'engager une action au titre des procédures de règlement des différends à exercer leur jugement pour savoir si une telle action serait utile. Ce faisant, ils auront vraisemblablement à apprécier l'incompatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises par d'autres Membres. Une telle détermination préliminaire, en soi, ne constituerait pas la "détermination" relative à la compatibilité avec les règles de l'OMC qu'interdit l'article 23, car elle n'empêcherait pas d'autres membres de contester la licéité des mesures en question.

---

[565] La Dominique et Sainte-Lucie soulignent que, par exemple, l'article 3 du Mémorandum d'accord insiste aussi sur le fait que le système multilatéral doit l'emporter sur les positions adoptées individuellement par des membres. L'article 3:6, par exemple, dispose que, lorsque les parties à un différend conviennent d'un commun accord d'une solution pour régler des questions soulevées formellement au titre des dispositions des accords visés relatives aux consultations et aux règlements des différends, ces solutions seront notifiées à l'ORD et aux Conseils et Comités compétents, devant lesquels tout membre pourra soulever toute question à ce sujet. En conséquence, même dans le cas où les parties à un différend sont convenues d'un commun accord d'une solution, celle-ci peut faire l'objet d'un examen multilatéral.

[566] Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Bananes III*, *op. cit.*, paragraphe 7.50.

[567] La Dominique et Sainte-Lucie notent que les Accords du Cycle d'Uruguay refusent essentiellement tout droit d'auto-interprétation dans le système commercial multilatéral. L'article IX:2 de l'Accord de Marrakech complète l'article 23 du Mémorandum d'accord; voir aussi l'article 3:9 du Mémorandum d'accord. Le système multilatéral renforcé donne aux Membres un pouvoir collectif d'établir des "déterminations" mais non pas un pouvoir individuel. De manière significative, le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, section E, indique que: "le fait que ce "pouvoir exclusif" d'interpréter le traité a été établi de façon si précise dans l'Accord sur l'OMC est un motif suffisant pour conclure que ce pouvoir n'est conféré nulle part ailleurs de façon implicite ou fortuite".

5.132 La Dominique et Sainte-Lucie estiment qu'il y a lieu cependant de distinguer une législation qui facilite simplement une telle "détermination" et une législation qui déclenche des mesures de rétorsion lorsqu'il est "estimé" qu'il y a eu inexécution d'une obligation. L'avantage qui implique la menace d'un acte illicite au regard de l'OMC compromet les objectifs fondamentaux de l'article 23 du Mémorandum d'accord. Le simple fait qu'une détermination doive être faite, que les règles de l'OMC soient enfreintes ou non, prend les autres Membres de l'OMC en otages.

5.133 La Dominique et Sainte-Lucie font ensuite valoir que le système multilatéral renforcé exige que les Membres aient recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, et qu'ils les respectent. Le principe de l'"automaticité" garantit le fonctionnement de ce système. La justice est parfois lente, mais c'est la détermination multilatérale sur la compatibilité avec les règles de l'OMC qui, à tout moment, doit être primordiale. Si les déterminations unilatérales d'un Membre de l'OMC apparaissent comme plus importantes, le système multilatéral est menacé.

5.134 Pour la Dominique et Sainte-Lucie, l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord interdit effectivement aux Membres d'établir toute détermination sur la compatibilité avec les règles de l'OMC qui a des conséquences pour le système multilatéral sans recourir, pour le règlement des différends, aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

5.135 La Dominique et Sainte-Lucie, à la question du Groupe spécial qui voulait savoir si une déclaration officielle des États-Unis, dotée d'effets contraignants en droit international, et indiquant que le gouvernement des États-Unis n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC supprime l'incompatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC – si l'on prend pour hypothèse que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président ont le pouvoir discrétionnaire d'éviter d'établir des déterminations et de prendre des mesures contraires aux règles de l'OMC en toutes circonstances et que, néanmoins, les articles 301 à 310 soient jugés incompatibles avec les règles de l'OMC – répondent qu'une telle déclaration officielle des États-Unis, qu'elle soit ou non contraignante en droit international, ne supprimerait pas l'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Le caractère obligatoire des déclarations unilatérales fait l'objet de beaucoup de discussions doctrinales. L'article 38 du statut de la Cour internationale de justice (CIJ) mentionne les conventions internationales, générales ou spéciales, la coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, les principes généraux de droit et d'autres moyens auxiliaires de déterminations des règles de droit, mais il ne dit rien des déclarations unilatérales.

5.136 La Dominique et Sainte-Lucie poursuivent en disant que l'on peut faire valoir que l'article 38 du statut de la CIJ n'énonce pas de manière limitative les sources du droit international. Les affaires des *Essais nucléaires*[568] et du *Différend frontalier*[569] indiquent que, dans certaines circonstances limitées, une déclaration officielle, si elle est faite publiquement, avec l'intention manifeste d'engager un État à adopter un comportement particulier, sera retenue par un tribunal international. Les rapports de l'Organe d'appel mentionnent de plus en plus souvent les principes généraux de droit international tels qu'ils sont appliqués dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Cette "coopération entre tribunaux internationaux" et cette "fécondation croisée" des systèmes de droit accroissent la légitimité, l'uniformité et l'acceptabilité politique des décisions rendues dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.[570] Les affaires des *Essais nucléaires* et l'affaire du *Différend frontalier*, cependant, sont plutôt l'exception que la règle. La conviction générale est que "les États ne pensent pas ce qu'ils disent, et ne disent pas ce qu'ils pensent". Il semble donc douteux que l'insécurité juridique qui entoure actuellement les procédures de l'article 301 puisse être supprimée par une déclaration officielle des États-Unis.[571]

[568] (*Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France*) Recueil CIJ 1974, pages 253 et 457, en particulier les paragraphes 43 à 45; mais voir aussi l'opinion dissidente de Sir Garfield Barwick J. Voir

5.137 La Dominique et Sainte-Lucie rappellent que, selon l'article 3:7 du Mémorandum d'accord, "[l]e but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends". Une solution positive est une solution qui contribue à la sécurité et à la prévisibilité du système commercial multilatéral. Une déclaration officielle du gouvernement des États-Unis indiquant que celui-ci n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC ne paraît guère suffisante, compte tenu des pressions qui peuvent manifestement s'exercer sur le pouvoir exécutif dans des cas concrets. L'avantage qu'implique la menace d'actions illicites au regard de l'OMC est encore consolidé par l'article 102 a) de la Loi de 1994 sur les accords du Cycle d'Uruguay, qui dispose expressément que cette loi ne doit pas être interprétée comme limitant les pouvoirs découlant de l'article 301. Le débat qui a eu lieu sur cette loi et qui montre l'intention du Congrès à cet égard renforce encore cette idée. Les déclarations faites à l'époque par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales montrent que le pouvoir exécutif approuvait manifestement cette intention:

> "Tout comme les États-Unis peuvent désormais décider de prendre au titre de l'article 301 des mesures qui ne sont pas autorisées par le GATT, les gouvernements visés par ces mesures peuvent également leur rendre la monnaie de leur pièce. Cette situation ne changera pas avec les accords du Cycle d'Uruguay. Le risque de mesures de rétorsion dans le cadre du GATT n'a pas empêché les États-Unis de prendre des mesures à propos de questions comme les semi-conducteurs, les produits pharmaceutiques, la bière et la viande de bœuf traitée aux hormones".[572]

5.138 La Dominique et Sainte-Lucie font ensuite valoir qu'une solution positive est une solution qui élimine de l'application des procédures de l'article 301 l'avantage qu'implique la menace. C'est une solution qui fournit la base sûre sur laquelle sont obligés de se reposer ceux qui n'ont le pouvoir ni de menacer de prendre des mesures unilatérales, ni de se défendre contre de telles mesures.

5.139 La Dominique et Sainte-Lucie déclarent que l'idée qu'une déclaration officielle pourrait suffire à assurer le respect des obligations contenues dans l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech, selon lequel "[c]haque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe", risque bien de faire naître un problème encore plus fondamental que celui que le Groupe spécial est chargé d'examiner.

5.140 La Dominique et Sainte-Lucie ajoutent que toutes deux sont des démocraties parlementaires, dotées d'un système juridique dualiste. Elles n'ont pas adopté de loi prescrivant expressément à l'exécutif de prendre des mesures pour établir des déterminations concernant leurs droits et obligations au regard de l'OMC avant qu'un groupe d'experts ou l'Organe d'appel ait adopté son rapport. De plus,

---

également l'opinion dissidente de M. Anzilotti J. dans l'affaire *Statut juridique du Groenland oriental* (*Danemark c. Norvège*) (1933) Recueil CPJI, série A/B, n° 53).

[569] Recueil CIJ 1986, page 573.

[570] La Dominique et Sainte-Lucie citent Ernst-Ulrich Petersmann, "Dispute Settlement in International Economic Law – Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas" (1999), JIEL page 209.

[571] La Dominique et Sainte-Lucie citent aussi le rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphes 63-71, sur la nécessité de fournir une base juridique solide pour la mise en œuvre des obligations de l'OMC.

[572] Énoncé des mesures administratives, page 367, USCCAN, 4321.

le Commonwealth de la Dominique et de Sainte-Lucie n'a jamais été plaignant ou défendeur dans une procédure de règlement des différends de l'OMC, et il n'a jamais non plus demandé de consultations au titre du Mémorandum d'accord. Lorsque le Commonwealth de la Dominique et de Sainte-Lucie a demandé à participer à des consultations, il l'a fait de manière à protéger ses intérêts en recourant aux règles et procédures prévues par le Mémorandum d'accord.

E. RÉPUBLIQUE DOMINICAINE

1. Introduction

5.141 **La République dominicaine est heureuse** de participer en tant que tierce partie à la présente procédure, pour ajouter sa voix à celles qui défendent le principe d'une procédure multilatérale unique pour le règlement des différends commerciaux.

2. Arguments juridiques

5.142 Comme le Brésil, la République dominicaine est d'avis qu'"une loi qui est incompatible avec les obligations d'un Membre au titre des accords de l'OMC peut être contestée en vertu des procédures de règlement des différends. La question posée au Groupe spécial ... concerne la nécessité de mettre la loi en conformité avec les dispositions pertinentes des accords de l'OMC, comme prévu à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC".

5.143 Comme les Communautés européennes, la République dominicaine est d'avis que "les accords de l'OMC ne peuvent assurer de sécurité et de prévisibilité que si les Membres résolvent tous leurs différends commerciaux conformément aux procédures du Mémorandum d'accord".

5.144 Comme le Japon, la République dominicaine est d'avis qu'"au titre de l'Accord sur l'OMC il est interdit aux Membres de l'OMC de suspendre unilatéralement des concessions ou d'autres obligations".

5.145 Comme le Brésil, la République dominicaine est d'avis que, eu égard à "l'étendue des pouvoirs dont dispose l'Administration des États-Unis au titre de l'article 301 c) pour agir sans passer par les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord", les États-Unis cherchent à "faire cesser des pratiques qui ne les frustrent pas de leurs droits" en menaçant "de violer les droits des Membres de l'OMC". Cela est en contradiction manifeste avec l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.146 Comme l'Inde, la République dominicaine convient de la pertinence de l'avis exprimé par les États-Unis dans d'autres procédures de groupe spécial, selon lequel "le droit interne d'un Membre ne doit pas seulement être de nature à permettre à celui-ci d'agir de façon conforme à ses obligations au regard de l'OMC, il ne doit pas non plus créer une incertitude juridique en prescrivant des mesures qui sont incompatibles avec les règles de l'OMC".

5.147 Comme Hong Kong, Chine, la République dominicaine est d'avis que "l'exécution de bonne foi d'obligations internationales ne doit pas être accidentelle, ni résulter seulement de l'exercice par un gouvernement membre de son pouvoir discrétionnaire".

5.148 Comme la République de Corée, la République dominicaine est fermement convaincue que la publication de listes de mesures de rétorsion "entraîne manifestement des conséquences pour le rapport de concurrence entre les produits ciblés et les produits analogues provenant de tous les autres pays".

5.149 La République dominicaine demande donc respectueusement au Groupe spécial de statuer dans le sens proposé par les Communautés européennes et par le Brésil, le Japon, Hong Kong, Chine, l'Inde et la Corée, et aussi d'examiner dûment deux problèmes additionnels:

a) L'article 301 c) 1) C) définit un certain nombre de critères d'admissibilité qui conditionnent la poursuite de l'accès aux marchés à des conditions commerciales préférentielles. En outre, l'article 301 d) 3) B) dispose ce qui suit:

> "B) les actions, politiques et pratiques déraisonnables comprennent entre autres celles qui, prises individuellement ou dans une combinaison quelconque,
>
> i) n'accordent pas de manière loyale et équitable
>
> I) des possibilités d'établissement à une entreprise,
>
> II) une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle, nonobstant le fait que le pays étranger puisse respecter les obligations inscrites expressément dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dont il est fait mention à l'article 101 d) 15) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay,
>
> III) des possibilités non discriminatoires d'accès aux marchés pour les personnes des États-Unis qui tablent sur la protection des droits de propriété intellectuelle, ou
>
> IV) des possibilités commerciales, y compris le fait qu'un gouvernement étranger tolère que des entreprises se livrent systématiquement sur son territoire à des activités concurrentielles qui ont pour effet de restreindre, pour des raisons qui sont incompatibles avec des considérations commerciales, l'accès de marchandises ou de services à un marché étranger",

b) Dans aucun des cas énumérés, il n'est prévu que le ressortissant des États-Unis qui se considère comme lésé par ces conditions "déraisonnables" doit soumettre l'action, la politique ou la pratique en question au contrôle des tribunaux. Au contraire, des listes de pays "à surveiller", "à surveiller en priorité" et autres sont dressées sur le seul fondement d'une requête (article 302 a)) ou d'une détermination publiée au Registre fédéral (article 302 b)), avec un effet disproportionné sur la viabilité des activités concernées, que celles-ci bénéficient ou non de conditions commerciales préférentielles.

5.150 La République dominicaine demande au Groupe spécial d'envisager:

a) d'examiner la compatibilité de ces critères avec les dispositions relatives à la non-discrimination qui figurent dans la "Clause d'habilitation" (adoptée par les PARTIES CONTRACTANTES le 28 novembre 1979) et avec le système généralisé de préférences (tel qu'il est décrit dans la Décision des PARTIES CONTRACTANTES du 25 juin 1971, relative à l'instauration d'un "système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des pays en développement");

b) comme l'a suggéré le Brésil, d'examiner s'il est compatible avec les règles de l'OMC de frustrer un Membre de l'OMC de ses droits en l'absence de violation des droits des États-Unis découlant des accords de l'OMC. Spécifiquement, l'article 301 d) 3) B) i) I) vise le droit d'établissement d'une entreprise, alors que ce droit n'est systématiquement couvert par aucun accord de l'OMC, si ce n'est sous forme d'un engagement spécifique au titre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS); l'article 301 d) 3) B) i) II) mentionne la non-violation des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, alors que l'article pertinent de cet accord (66:2) n'est pas encore entré en vigueur parce qu'un nombre important de pays développés et en développement Membres de l'OMC ont demandé qu'on leur laisse plus de temps pour étudier les incidences qu'aurait le transfert au domaine de la propriété intellectuelle de dispositions relatives à la non-violation qui avaient été conçues pour le commerce des marchandises; enfin, l'article 301 d) 3) B) i) IV) vise le fait de tolérer des activités anticoncurrentielles, alors que celles-ci ne sont pas encore soumises à des disciplines de l'OMC;

c) d'examiner les principes au regard desquels est contrôlé le respect de ces critères qui ne sont pas liés aux accords de l'OMC.

5.151 En réponse à la question du Groupe spécial concernant la pertinence de "deux problèmes additionnels" au regard du mandat du Groupe spécial, la République dominicaine dit que l'article 7:1 du Mémorandum d'accord dispose que le Groupe spécial doit fonctionner sur la base d'un mandat. La question dont le présent Groupe spécial est saisi consiste à "analyser si les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis sont incompatibles avec les obligations internationales découlant pour les États-Unis des accords de l'OMC". Si, au cours de la procédure, sont mis à jour des éléments additionnels qui peuvent contribuer à faire la lumière sur la question, ces éléments doivent être pris en considération.

5.152 La République dominicaine déclare encore que les "deux problèmes additionnels" de la République dominicaine montrent clairement comment des dispositions expresses de l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont incompatibles avec les obligations internationales contractées par les États-Unis dans le cadre des accords de l'OMC. Ils viennent étayer la déclaration du Brésil selon laquelle "vu l'étendue des pouvoirs dont dispose l'Administration des États-Unis au titre de l'article 301 c) pour agir sans passer par les procédures du Mémorandum d'accord", les États-Unis cherchent à "faire cesser des pratiques qui ne les frustrent pas de leurs droits" en menaçant "de violer les droits des Membres de l'OMC".

5.153 La République dominicaine souligne que cela contredit manifestement l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.154 La République dominicaine considère que, en tant que bénéficiaire de préférences commerciales, elle a droit à ce que ces préférences soient accordées conformément à la "Clause d'habilitation", c'est-à-dire de façon non discriminatoire. En subordonnant les préférences commerciales au respect d'autres critères tels que ceux qui sont énumérés dans l'article 301 d) 3) B) (critères qui ne sont aucunement liés aux droits multilatéraux de tel ou tel pays), les États-Unis menacent de violer les droits des exportateurs dominicains.

5.155 De plus, en surveillant constamment le respect de ces critères sans soumettre les "requêtes de parties intéressées" aux procédures existantes de contrôle judiciaire, les États-Unis placent les exportateurs dominicains dans une situation de risque juridique permanent, ce qui est ce que les Membres de l'OMC voulaient éviter en adoptant une procédure unique, multilatérale, pour le règlement des différends commerciaux après le Cycle d'Uruguay.

5.156 En conséquence, la République dominicaine demande à nouveau respectueusement au Groupe spécial d'analyser aussi les questions correspondant à ces "deux problèmes additionnels".

F. HONG KONG, CHINE

1. Aperçu

5.157 **Hong Kong, Chine indique** qu'il a décidé de participer à la procédure en cours en qualité de tierce partie en raison de l'importance systémique du différend. Il est fermement convaincu que la pierre angulaire du régime juridique de l'OMC – le principe de la détermination multilatérale de la compatibilité de certaines mesures avec les règles de l'OMC – ne doit pas être ébranlée par des lois internes qui imposent une action unilatérale. Il considère qu'il est essentiel que ce principe soit respecté par les Membres, pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral et pour sauvegarder les droits et obligations des Membres au regard des accords de l'OMC.

5.158 Hong Kong, Chine ne conteste pas le droit des Membres de l'OMC d'adopter des lois internes qui protègent leurs intérêts commerciaux légitimes; toutefois, ces lois ne doivent pas les empêcher de s'acquitter de leurs obligations au regard de l'OMC. En leur qualité de Membres de l'OMC, ils ont accepté les accords de l'OMC, et notamment le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, et ils sont convenus de régler leurs différends commerciaux conformément aux règles et procédures prévues par ce mémorandum d'accord. En d'autres termes, ils ont accepté de s'abstenir d'adopter des mesures unilatérales en réaction à des infractions alléguées de leurs partenaires commerciaux. Compte tenu de ces considérations, Hong Kong, Chine soutient que les articles 304 a) 2) A), 305 a) et 306 b) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis, dans la mesure où ils obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à recourir à des mesures unilatérales sans respecter le cadre multilatéral de règlement des différends qui est prévu par le Mémorandum d'accord, violent les obligations des États-Unis au regard de l'OMC qui découlent du Mémorandum d'accord.

5.159 Hong Kong, Chine résume comme suit les arguments qu'il va développer: premièrement, Hong Kong, Chine situe le Mémorandum d'accord dans le contexte du droit public international. Hong Kong, Chine démontre que, en adoptant le Mémorandum d'accord, les Membres de l'OMC sont convenus de s'abstenir de prendre des mesures unilatérales et ils ont accepté de recourir uniquement à l'OMC pour déterminer la compatibilité ou l'incompatibilité de certaines mesures avec les accords de l'OMC. En d'autres termes, l'OMC a compétence exclusive pour décider de la compatibilité de mesures commerciales avec les règles de l'OMC. Deuxièmement, Hong Kong, Chine analyse la loi des États-Unis en question en ce qui concerne le règlement des différends commerciaux. Les rapports de groupes spéciaux du GATT qui ont été adoptés indiquent que seule une loi impérative peut être considérée comme violant le droit de l'OMC. Nous soutenons que la loi qui est contestée dans le présent différend est de caractère impératif. Troisièmement, Hong Kong, Chine avance plusieurs arguments inspirés par le droit public international sur la question de savoir si la distinction entre loi impérative et loi discrétionnaire qu'opère la jurisprudence est justifiée. Hong Kong, Chine soutient pour l'essentiel que même un écart potentiel par rapport à une obligation internationale (dans le cas où une autorité nationale compétente jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de se soustraire à ses obligations internationales) constitue une violation des règles de l'OMC et des obligations au regard de l'OMC.

2. Arguments juridiques

a) Nature du mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947 et de l'OMC

5.160 Hong Kong, Chine fait valoir que, en devenant partie à un accord international, un pays assume volontairement des obligations qui soumettent son comportement à des disciplines, sous réserve que les autres acceptent en contrepartie de se soumettre aux mêmes disciplines. En d'autres termes, les droits et les obligations sont indissociables, puisque les droits d'une partie découlent des obligations des autres parties. Le GATT de 1947, l'Accord sur l'OMC et leurs dispositions concernant le règlement des différends n'ont de sens que si on les replace dans ce contexte.

5.161 De l'avis de Hong Kong, Chine, pour garantir la sécurité des droits découlant d'un accord multilatéral, il est nécessaire de prévoir le règlement des différends par une tierce partie. Sinon, la partie lésée serait tentée de voir un comportement illicite là où il n'y en aurait peut-être pas et, en cas d'illicéité, elle pourrait être poussée à en exagérer la portée. Inversement, la partie en infraction pourrait considérer ses actes sous un jour tout différent. Elle tendra à estimer que ses actes étaient licites au regard de l'accord ou, si elle admet qu'il y a eu violation, elle sera incitée à minimiser le dommage qui en résulte pour d'autres. S'agissant d'un accord instaurant des droits et des concessions sur une base multilatérale, il est inconcevable de considérer que la partie en infraction, ou la partie lésée, a compétence pour juger elle-même de la licéité d'une mesure, pour déterminer elle-même l'étendue du dommage lorsque l'illicéité est constatée, ou pour autoriser elle-même des contre-mesures. Si cela était permis par l'Accord, il en résulterait vraisemblablement une escalade de contre-mesures puisque, chaque fois que des contre-mesures seraient prises, la partie contre laquelle elles seraient dirigées pourrait conclure qu'elles sont disproportionnées, et réagir en conséquence par d'autres mesures (qui pourraient à leur tour être considérées comme disproportionnées par la partie contre laquelle elles sont dirigées, et ainsi de suite).

5.162 Hong Kong, Chine soutient que les problèmes liés à la proportionnalité des mesures de rétorsion et des contre-mesures peuvent être évités si l'on ôte à la partie lésée le pouvoir de qualifier une mesure d'illicite au regard du droit public international. C'est précisément la raison pour laquelle les États ont, par des moyens conventionnels, toujours essayé de donner effet à la maxime *nemo in re sua (in sua propria causa) judex esse potest* (nul ne peut être à la fois juge et partie). Le statut de la Cour internationale de justice (CIJ) prévoit aussi le règlement obligatoire par une tierce partie: l'article 59 de ce statut prévoit la possibilité pour les États de consentir à l'avance à ce que tous les différends auxquels ils sont parties soient tranchés par la Cour.

5.163 Hong Kong, Chine fait encore valoir que, après la deuxième guerre mondiale, les États ont été prompts à accepter le principe du règlement par une tierce partie, pour des raisons pratiques, pour régler leurs différends en matière d'investissements ou de commerce. Le rapporteur spécial de la Commission du droit international (CDI) a conclu, dans son rapport sur la "Responsabilité des États", que, pour les actes illicites *de lege lata* (selon le droit en vigueur) et non *de lege ferenda* (selon le droit idéal), le principe du règlement par une tierce partie est universellement reconnu et que, par conséquent, le recours à des contre-mesures unilatérales ne doit être licite que dans les cas où l'État qui a autorisé l'acte illicite refuse l'invitation de négocier que lui adresse la partie lésée. Le rapport de la CDI, qui a été salué par la doctrine, indique de manière fiable que, dans le domaine général du droit public international, la communauté mondiale s'oriente vers le principe du règlement obligatoire par une tierce partie.

5.164 Hong Kong, Chine relève que le règlement par une tierce partie était également prévu dans le cadre du GATT. Après la conclusion du GATT de 1947, les parties contractantes du GATT ont eu recours aux procédures prévues par les articles XXII et XXIII de l'Accord général pour résoudre leurs différends commerciaux. Inspirés de l'article 92 de la Charte de La Havane, ces deux articles de l'Accord général fournissaient une base pour le règlement multilatéral des différends, les parties

contractantes s'engageant à porter leurs différends devant le GATT pour que celui-ci examine la question en litige et prenne les décisions ou fasse les recommandations appropriées. Le système avait pour fonction d'empêcher le recours à des mesures unilatérales en réaction à des mesures commerciales prétendument contraires à l'accord. Cependant, les procédures de règlement des différends dans le cadre du GATT étaient limitées par un certain nombre de facteurs: par exemple, les parties pouvaient s'opposer au consensus sur la constitution d'un groupe spécial et l'adoption du rapport du groupe spécial. Malgré les déficiences du système, cependant, les parties contractantes du GATT ont eu recours aux articles XXII et XXIII de l'Accord général pour résoudre leurs différends, au lieu de décider et d'agir unilatéralement.

5.165 Selon Hong Kong, Chine, les défauts du système de règlement des différends du GATT ont été, dans une large mesure, corrigés dans le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le Mémorandum d'accord prévoit la constitution automatique d'un groupe spécial sur requête et l'adoption automatique des rapports de groupes spéciaux, sauf si l'Organe de règlement des différends (ORD) se prononce par consensus contre cette constitution ou cette adoption. Avec cette nouvelle règle du "consensus négatif", il n'est plus possible à un membre de faire à lui seul obstacle à la constitution d'un groupe spécial ou à l'adoption d'un rapport de groupe spécial. Les améliorations apportées au mécanisme de règlement des différends signifient deux choses: les parties à l'Accord général ont réaffirmé que le recours au règlement d'une tierce partie était le moyen de régler les différends entre elles, et elles ont réaffirmé leur intention collective de rendre plus efficace le règlement des différends dans le cadre de l'OMC.

5.166 Hong Kong, Chine fait valoir que les améliorations obtenues dans le cadre du Cycle d'Uruguay ont effectivement fait du Mémorandum d'accord un mécanisme plus efficace que le système du GATT pour résoudre les différends concernant les accords de l'OMC. Lors du récent réexamen du Mémorandum d'accord, l'opinion générale a d'ailleurs été que le système de règlement des différends fonctionne de façon satisfaisante, et qu'il est seulement nécessaire de l'améliorer sur certains points de détail. Si les Membres poursuivent les efforts pour que le Mémorandum d'accord fonctionne mieux, c'est bien parce qu'ils reconnaissent que le règlement multilatéral est l'unique moyen de résoudre les différends qui s'élèvent entre eux.

5.167 Hong Kong, Chine déclare qu'il convient d'en conclure que le système établi par le Mémorandum d'accord est seul compétent pour trancher les litiges commerciaux entre les Membres de l'OMC. L'article 23 du Mémorandum d'accord renforce encore le système multilatéral de règlement en obligeant les Membres à recourir aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, et à les respecter, pour résoudre leurs différends commerciaux. Tous les Membres de l'OMC, y compris les États-Unis, ont accepté cette obligation.

5.168 Hong Kong, Chine soutient encore que la conséquence juridique et logique de l'analyse qui précède est que les Membres de l'OMC doivent toujours chercher à obtenir réparation dans le cadre du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.

5.169 Hong Kong, Chine poursuit en disant que le mécanisme de règlement multilatéral de l'OMC intervient pour remplir sa fonction lorsqu'un Membre de l'OMC décide de déposer une plainte en bonne et due forme concernant les politiques et pratiques commerciales d'un autre Membre. Dès lors, le Membre de l'OMC a l'obligation de recourir exclusivement aux procédures de règlement des différends de l'OMC (article 23:2 du Mémorandum d'accord). Il doit consulter l'autre Membre et si, dans les délais fixés dans le Mémorandum d'accord, aucune solution amiable n'a pu être trouvée, il peut demander la constitution d'un groupe spécial de règlement des différends. À l'issue de la procédure devant le groupe spécial (et éventuellement devant l'Organe d'appel), si la partie perdante n'a pas fait le nécessaire pour mettre en œuvre les décisions de l'ORD dans le délai raisonnable indiqué à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord, le Membre peut demander à l'ORD de l'autoriser à

adopter des contre-mesures, et l'ORD est tenu d'accorder cette autorisation, à moins que celle-ci ne soit refusée par consensus.

5.170 Hong Kong, Chine conclut que, en résumé, avec l'entrée en vigueur du Mémorandum d'accord, le recours par les Membres de l'OMC à des contre-mesures unilatérales est prohibé dans le cadre de l'OMC. C'est aux organes compétents de l'OMC qu'il appartient de statuer sur la licéité des mesures prises par un Membre de l'OMC et d'autoriser, sur requête, l'adoption de contre-mesures. Dès lors qu'un Membre de l'OMC a décidé de déposer une plainte concernant les politiques et pratiques commerciales d'un autre Membre, il doit satisfaire aux obligations de fond et de procédure énoncées dans le Mémorandum d'accord. S'il ne le fait pas, il viole ses obligations au regard de l'OMC.

5.171 En réponse à la question du Groupe spécial qui voulait savoir si l'article 23:2 du Mémorandum d'accord interdit toute détermination sur la compatibilité avec les règles de l'OMC, ou toute détermination concluant qu'il y a eu violation, Hong Kong, Chine déclare que la réponse se trouve dans l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord lui-même. Cette disposition interdit expressément aux Membres de déterminer "qu'il y a violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée".

5.172 De l'avis de Hong Kong, Chine, l'objet et le but du Mémorandum d'accord sont aussi pertinents. Le mécanisme de règlement des différends a compétence exclusive pour statuer sur les différends opposant les Membres de l'OMC. Même si des consultations bilatérales permettent de parvenir à un résultat, celui-ci doit être compatible avec les accords de l'OMC (article 3:5 du Mémorandum d'accord) et il doit être notifié à l'ORD, au sein duquel sa compatibilité avec les règles applicables de l'OMC sera vérifiée multilatéralement (article 3:6 du Mémorandum d'accord).

5.173 Hong Kong, Chine fait encore valoir que l'histoire des négociations du Mémorandum d'accord, en particulier de son article 23, confirme cette interprétation: l'intention des négociateurs était de faire en sorte que le recours aux mesures unilatérales devienne impossible pour les Membres de l'OMC.

b) Application

5.174 Hong Kong, Chine fait valoir que l'article 303 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de demander, à la date de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302, la tenue de consultations avec le partenaire commercial en cause, conformément à l'article 4:3 du Mémorandum d'accord. L'article 304 a) 2) A) fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au plus tard à l'expiration du plus rapproché des deux délais suivants: i) 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou ii) 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte. Conformément à l'article 306 b), si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que le partenaire commercial n'a pas mis en œuvre les décisions de l'ORD, il doit déterminer, au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord, les mesures (de rétorsion) supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a). Enfin, conformément à l'article 305 a), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit appliquer les mesures (de rétorsion) supplémentaires au plus tard dans les 30 jours suivant la date à laquelle il a établi la détermination correspondante. À cet égard, Hong Kong, Chine relève que l'article 305 a) 2) A) dispose que l'application des mesures (de rétorsion) peut être reportée de 180 jours au plus si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime, notamment, que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante. Il faut cependant noter que, dans l'exercice de son pouvoir

discrétionnaire de reporter l'application de la mesure, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de respecter les règles et procédures prescrites par le Mémorandum d'accord.

5.175 Hong Kong, Chine considère que, comme les Communautés européennes l'ont mentionné, les délais imposés par les alinéas susmentionnés de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur sont plus brefs que ceux dans lesquels on peut raisonnablement attendre les constatations de l'ORD sur la question. Dans un tel cas, cependant, l'article 304 a) 2) A) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination sur le point de savoir si les États-Unis ont été frustrés de leurs droits, sans égard au fait que la détermination multilatérale sur la même question n'a pas encore été établie.

5.176 Hong Kong, Chine souligne que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a certes un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne sa détermination, mais que cela n'enlève rien au caractère impératif de la loi des États-Unis en question. Ce qui compte, ce n'est pas le contenu éventuel de la détermination du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, mais le fait même que celui-ci est tenu d'établir une telle détermination, bien que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord dispose clairement et sans ambiguïté que les Membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation ou que des avantages ont été annulés ou compromis, si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

5.177 Hong Kong, Chine ajoute qu'il en va de même de la détermination établie au titre de l'article 306 b). Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits, il doit établir une détermination concernant les mesures (de rétorsion) qu'il doit prendre, dans les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable pour la mise en œuvre des décisions de l'ORD. Le fait même qu'une telle détermination doit être établie est incompatible avec le calendrier prévu par l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, et revient à substituer une autre procédure à celles qu'établit cet article.

5.178 Hong Kong, Chine affirme que l'article 21:5 du Mémorandum d'accord dispose que, en cas de désaccord entre les parties au sujet de la conformité des mesures prises pour la mise en œuvre, le différend devra être tranché par le recours aux procédures de règlement des différends, y compris, chaque fois que possible, le recours au groupe spécial initialement saisi. Le groupe spécial devra distribuer son rapport dans les 90 jours. Comme le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit établir une détermination sur la question de la conformité bien avant que le groupe spécial visé à l'article 21:5 ait publié son rapport, l'article 306 b) rend inefficace l'article 21:5 et viole l'article 23 du Mémorandum d'accord. Il est aussi incompatible avec le principe de l'effet utile des traités, énoncé dans l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui dispose que l'interprétation doit donner un sens à chacune des dispositions du traité dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but. Ici, les États-Unis, en interprétant leurs obligations découlant du Mémorandum d'accord, ont choisi une interprétation qui prive d'effets l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

5.179 Hong Kong, Chine explique encore que l'article 305 a) garantit la mise en œuvre dans les délais prescrits des mesures de rétorsion arrêtées par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 306 a) et b). Cela équivaut à prévoir des mesures de rétorsion unilatérales qui ne tiennent pas compte de l'obligation faite aux Membres par l'article 22 du Mémorandum d'accord de demander l'autorisation de l'ORD pour imposer des contre-mesures. En cela, l'article 305 a) viole également l'article 23:2 du Mémorandum d'accord.

5.180 Hong Kong, Chine conclut donc que, parce qu'elle oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer si les États-Unis ont été frustrés de leurs

droits et faire en sorte que des mesures de rétorsion soient prises conformément à sa propre détermination unilatérale, la loi des États-Unis en question viole l'article 23 du Mémorandum d'accord. En outre, les dispositions qui obligent à établir la détermination et à mettre en œuvre la mesure dans un délai donné sont incompatibles avec les délais fixés par les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord et privent donc ces articles d'effets.

5.181 Hong Kong, Chine indique que les États-Unis ont souligné que, pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes doivent prouver a) qu'une détermination a été établie concluant qu'il y a eu violation d'un accord de l'OMC et b) que cette détermination n'est pas conforme aux décisions du Groupe spécial ou de l'Organe d'appel, ou à une sentence arbitrale. Ce critère de preuve ne peut en aucun cas s'appliquer à l'article 23:2 a). Selon Hong Kong, Chine, le simple fait que l'existence d'une violation d'un accord de l'OMC puisse être déterminée unilatéralement est incompatible avec l'article 23:2 a), en vertu duquel aucun Membre ne peut déterminer qu'il y a eu violation d'obligations, si ce n'est en recourant aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. L'interprétation des États-Unis revient à soutenir qu'un Membre peut démontrer l'existence d'une violation de l'article 23:2 a) uniquement dans les cas où il a) établit une détermination (unilatérale) avant que l'organe de l'OMC chargé du règlement ait statué ou b) établit une telle détermination après que l'organe de règlement a statué, mais en parvenant à une conclusion contraire aux constatations de celui-ci. Les États-Unis cherchent par là à éviter d'interpréter de bonne foi l'article 23:2 a), qui est la disposition cruciale.

5.182 Hong Kong, Chine note encore que la question reste posée dans le cas où, bien qu'une détermination unilatérale ait été établie de la manière indiquée ci-dessus, aucune mesure n'est prise pour mettre en œuvre cette détermination. Hong Kong, Chine considère que, dans ce cas, il y aurait quand même violation de l'article 23:2, parce que l'alinéa a) de cet article interdit toute détermination unilatérale concluant qu'il y a eu violation, qu'elle soit ou non suivie de mesures de mise en œuvre.

5.183 Hong Kong, Chine a répondu par la négative à la question du Groupe spécial sur le point de savoir si une déclaration officielle des États-Unis, dotée d'effets contraignants en droit international et indiquant que le gouvernement des États-Unis n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC, supprime l'incompatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC, si l'on prend pour hypothèse que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président ont le pouvoir discrétionnaire d'éviter d'établir des déterminations et de prendre des mesures contraires aux règles de l'OMC en toutes circonstances et que, néanmoins, les articles 301 à 310 soient jugés incompatibles avec les règles de l'OMC. Cette réponse négative est dictée par l'ambiguïté qui, en droit public international, règne au sujet de la valeur juridique des déclarations unilatérales. Bien que la Cour internationale de justice se soit, à deux reprises, prononcée en faveur du caractère obligatoire de déclarations unilatérales (*Ihlen*, 1933; *Essais nucléaires*, 1974), elle l'a fait chaque fois de manière très étroite et dans un contexte particulier. De plus, la Cour, dans les deux cas, a attaché une importance particulière aux circonstances dans lesquelles les déclarations avaient été faites, et il n'est pas certain que, *mutatis mutandis*, ces circonstances se retrouvent dans la présente espèce.

5.184 Hong Kong, Chine fait aussi valoir que les tentatives faites par la doctrine pour extrapoler ces décisions à d'autres sphères de l'activité internationale (par exemple, aux résolutions des Nations Unies) ont souvent été reçues avec scepticisme. En conséquence, même si des arguments solides peuvent peut-être être avancés en faveur du caractère obligatoire, dans certaines circonstances particulières, des déclarations unilatérales, la situation en droit public international est floue à cet égard.

5.185 De l'avis de Hong Kong, Chine, dans un domaine comme celui du règlement des différends, il faut toujours rechercher le maximum de clarté et de précision. Aucune ambiguïté n'est permise. Une modification des aspects litigieux des dispositions pertinentes de la loi des États-Unis, dans le sens

que nous avons suggéré dans nos réponses aux questions du Groupe spécial et dans notre communication, supprimera les ambiguïtés. Une déclaration unilatérale ne les supprime pas.

c) Distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire

5.186 Hong Kong, Chine rappelle que, dans l'affaire *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement pour l'environnement*[573], le Groupe spécial a déclaré dans son rapport qu'une législation nationale impérative, par opposition à une législation discrétionnaire, peut faire l'objet d'une plainte portée devant le GATT, en dehors de toute application à un cas concret. En particulier, le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

> "Ces deux articles [les articles XI et III du GATT de 1947] ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs. Cet objectif ne saurait être atteint si les parties contractantes n'ont pas la possibilité de mettre en cause des législations existantes rendant obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général tant que les textes administratifs d'application ne sont pas effectivement appliqués à leur commerce."[574]

5.187 Hong Kong, Chine fait valoir que le libellé des dispositions précitées de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur montre clairement que ces dispositions sont impératives. En conséquence, compte tenu de la décision rendue dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*, ces dispositions peuvent être jugées illicites en elles-mêmes, indépendamment de toute application (pratique) de la loi.

5.188 Hong Kong, Chine souligne que les États-Unis ont fait valoir que rien dans leur législation n'impose des mesures incompatibles avec leurs obligations au regard de l'OMC. Hong Kong, Chine soutient que, même si une loi n'est pas impérative et qu'elle permet simplement l'adoption de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC, elle doit néanmoins être considérée comme incompatible avec les règles de l'OMC. Cet argument est, selon nous, une juste interprétation du principe de bonne foi consacré par la Convention de Vienne sur le droit des traités.

5.189 Hong Kong, Chine note que l'article 26 de la Convention de Vienne dispose que: "Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi." Cela signifie que, lorsque, en vertu du droit constitutionnel d'un pays, il faut qu'une loi interne soit adoptée pour donner effet à ses obligations internationales, cette loi interne doit constituer une mise en œuvre de bonne foi des obligations internationales assumées par le pays.

5.190 Hong Kong, Chine soutient que, dans le régime de l'OMC, l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC fait obligation à chaque Membre "[d'assurer] la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe". Les parties à un régime international doivent toujours s'acquitter de leurs obligations tant qu'elles restent parties à ce régime. Cette obligation découle sans équivoque de l'article 70 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La question est donc de savoir comment des obligations internationales peuvent être exécutées de bonne foi si la législation nationale permet de s'en écarter. De l'avis de Hong Kong, Chine, on ne peut pas s'attendre à ce que des obligations internationales soient exécutées dans leur plénitude si la législation nationale prévoit expressément la possibilité d'y déroger. La prévisibilité, qui est nécessaire pour planifier les échanges, comme l'a reconnu le groupe spécial dans l'affaire *Fonds spécial pour l'environnement*, est compromise quand les pays savent à

[573] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, page 181.

[574] *Ibid.*

l'avance que leurs partenaires commerciaux ont adopté des lois qui leur permettent de faire fi de leurs obligations internationales.

5.191 Hong Kong, Chine est d'avis que l'exécution de bonne foi d'obligations internationales ne doit pas être accidentelle, ni résulter seulement de l'exercice par un gouvernement membre de son pouvoir discrétionnaire. L'exécution de bonne foi des obligations internationales suppose que les parties à un traité international doivent toujours s'acquitter de leurs obligations tant qu'ils restent parties audit traité. Ainsi, un Membre qui a une législation discrétionnaire permettant de se soustraire à des obligations internationales (indépendamment de l'application éventuelle de cette législation) ne respecte pas le principe de la bonne foi.

5.192 Hong Kong, Chine note que les États-Unis prétendent que, dans la présente espèce, les Communautés européennes doivent démontrer que la loi des États-Unis en cause ne permet pas "d'agir d'une manière qui soit compatible avec les obligations au regard de l'OMC", et qu'aucune des interprétations de cette loi ne permet d'agir de manière compatible avec les règles de l'OMC. Hong Kong, Chine n'est pas d'accord avec ces arguments. La simple existence d'une législation qui prescrit ou permet à un Membre de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC constitue déjà une menace grave pour le principe de la bonne foi et pour la sécurité et la prévisibilité du régime de l'OMC.

5.193 Hong Kong, Chine relève aussi que les États-Unis ont souligné que, en fin de compte, toute mesure prise au titre de l'article 301 relève du pouvoir discrétionnaire du Président. Hong Kong, Chine note aussi que, si le pouvoir discrétionnaire du Président est en effet prévu dans les articles 301 a) et 305 a) de la loi des États-Unis, celle-ci dit clairement que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit ("*shall*") prendre certaines mesures s'il détermine que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits. En fait, selon l'article 301 a), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas à s'en remettre au pouvoir discrétionnaire du Président pour établir une telle détermination. Il doit l'établir dans les délais fixés par cette loi.

5.194 Hong Kong, Chine reconnaît qu'il est vrai que le Président a un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le point de savoir si une certaine mesure doit être prise. Il est vrai aussi que, dans le cas où est exercé ce pouvoir discrétionnaire et où un Membre de l'OMC estime que l'exercice de ce pouvoir entraîne une violation des règles de l'OMC, ce Membre peut attaquer la mesure en question, mais pas la loi qui est à l'origine de cette mesure. C'est parce que la jurisprudence du GATT a toujours considéré que les Membres ne peuvent contester une loi que si celle-ci est impérative. Mais cette jurisprudence est critiquable en droit. Cette distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire, qui permet aux Membres de l'OMC d'attaquer la première mais pas la seconde, est de toute évidence incompatible avec le droit public international, pour les raisons indiquées plus haut.

5.195 Hong Kong, Chine ajoute que son argument fondamental est qu'une loi nationale qui donne effet à une obligation internationale doit le faire de bonne foi (*bona fides*). Telle est l'essence de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (*pacta sunt servanda*).

5.196 Hong Kong, Chine soutient que l'obligation de bonne foi existe avant même l'entrée en vigueur d'un accord international: l'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités impose aux signataires l'obligation de respecter l'esprit du traité qu'ils ont signé jusqu'au moment où ils décident définitivement d'y devenir parties ou non. Dans le premier cas (et sous réserve que le traité entre en vigueur), ils sont liés par l'article 26 de la Convention de Vienne depuis le moment de l'entrée en vigueur du traité; dans le second cas, ils n'ont plus à respecter l'article 18 de la Convention de Vienne, et ils n'auront jamais à en respecter l'article 26.

5.197 Hong Kong, Chine poursuit en disant que, par ailleurs, l'obligation d'exécuter le traité de bonne foi subsiste pendant tout le temps qu'un État est partie à un traité international: c'est ce qu'indique clairement l'article 70 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Dès lors qu'il décide de ne plus être partie à un tel traité, un État n'est plus lié par l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (à moins, bien entendu, que le traité en question ne codifie des règles de *jus cogens*). Il continue cependant à devoir répondre de toute violation du traité qu'il peut avoir commise pendant qu'il y était partie.

5.198 Hong Kong, Chine considère que l'obligation de bonne foi est gravement compromise si une loi d'application laisse la porte ouverte aux violations. L'idée même qu'un État, dans ses textes d'application, permette un comportement contraire au droit international bafoue le principe de la bonne foi, qui exige que le traité soit exécuté à tout moment.

5.199 Hong Kong, Chine soutient en outre que la réparation (au sens large) de l'inexécution ne saurait être acceptée (et n'est d'ailleurs pas acceptée) comme équivalant à l'exécution. C'est ce qui ressort clairement d'un examen attentif des obligations primaires et secondaires qu'assument les États lorsqu'ils prennent des engagements internationaux:

a) l'obligation primaire d'exécuter le traité (article 26 de la Convention de Vienne);

b) les obligations secondaires, qui entrent en jeu lorsque est commis un acte internationalement illicite, comprennent l'obligation de mettre fin à l'acte illicite (cessation) et l'obligation de réparer tout dommage causé en conséquence de la commission de l'acte internationalement illicite.[575]

5.200 De l'avis de Hong Kong, Chine, les États auteurs d'un acte illicite ont l'obligation sans équivoque d'y mettre fin (même dans les cas où la partie lésée n'a pas fait de demande en ce sens, comme l'article 41 du projet d'articles sur la responsabilité des États ainsi que la jurisprudence constante de la Cour internationale de justice à cet égard - Usines de Chorzow - le montrent clairement). Par définition, ils doivent exécuter leurs obligations de bonne foi. Il en résulte qu'il ne faut pas considérer la réparation d'un acte illicite et l'exécution d'obligations internationales comme deux comportements équivalents, dans le sens où un État pourrait adopter alternativement l'un et l'autre et être néanmoins considéré comme respectant ses obligations internationales. Au contraire, l'analyse à laquelle nous nous sommes livrés ci-dessus confirme l'opinion que l'obligation d'exécuter de bonne foi le traité en tout temps s'impose aux États lorsqu'ils adhèrent à un régime international.

5.201 Hong Kong, Chine soutient qu'un instrument interne qui permet aux États de s'écarter de leurs obligations compromet gravement cette obligation internationale fondamentale, puisque l'État peut alors choisir soit de s'écarter de l'obligation de toujours exécuter les obligations internationales qu'il a assumées, soit d'exécuter le traité. Mais, comme nous l'avons vu, les deux branches de l'alternative ne sont pas équivalentes.

5.202 La conclusion générale de Hong Kong, Chine est donc que, si les parties à un accord international sont tenues par leur droit constitutionnel d'inscrire leurs obligations dans une loi nationale, elles doivent faire en sorte que cette loi d'application ne tolère aucun écart. Dans tous les autres cas, les États ne se seront pas acquittés de bonne foi de leurs obligations internationales.

[575] Hong Kong, Chine note qu'il y a toutefois un désaccord dans la doctrine sur la nature de la cessation. Certains auteurs en effet voient dans la cessation une obligation primaire, en ce sens qu'elle va de pair avec les obligations d'exécuter le traité.

5.203 Hong Kong, Chine est d'avis que la loi contestée des États-Unis ne garantit pas l'exécution de bonne foi des obligations internationales des États-Unis en tous temps.

3. Conclusion

5.204 Hong Kong, Chine déclare qu'il attache une grande importance à la procédure en cours. Les différends commerciaux surgiront inévitablement à l'avenir comme par le passé. Le Mémorandum d'accord a toujours été la pierre angulaire de l'OMC, et une conquête importante du Cycle d'Uruguay. Le système multilatéral de règlement des différends, par opposition à l'unilatéralisme, doit être préservé et renforcé.

5.205 De l'avis de Hong Kong, Chine, les alinéas précités des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis constituent une violation des obligations imposées par l'article 23 du Mémorandum d'accord, selon lequel tous les Membres de l'OMC doivent s'adresser aux organes de règlement des différends de l'OMC pour résoudre leurs différends résultant de l'application des accords de l'OMC. Hong Kong, Chine prie le Groupe spécial de recommander que les États-Unis mettent leur législation en conformité, sur ce point très important, avec leurs obligations au regard de l'OMC.

G. INDE

1. Introduction

5.206 **L'Inde rappelle** que, à sa réunion du 2 mars 1999, l'Organe de règlement des différends a établi le Groupe spécial chargé de l'affaire États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. L'Inde a fait part de son intérêt substantiel dans cette affaire et de son souhait d'intervenir en tant que tierce partie dans la procédure devant le Groupe spécial. Le texte qui suit est celui de la communication écrite présentée par l'Inde conformément au paragraphe 2 de l'article 10 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

5.207 Selon l'Inde, la question dont est saisi le Groupe spécial concerne essentiellement les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Les Communautés européennes soutiennent que les articles 301 à 310 prescrivent expressément à l'Administration des États-Unis d'agir de manière unilatérale, sur la base de déterminations établies indépendamment de l'ORD, et sans son autorisation, en particulier à l'expiration de certains délais. Les Communautés européennes considèrent donc que les articles 301 à 310 doivent être modifiés de manière à disposer clairement que l'Administration des États-Unis est tenue d'agir en conformité avec les obligations découlant pour les États-Unis des Accords de l'OMC, en toute circonstance et à tout moment.

2. Mesures en cause

5.208 L'Inde explique que l'article 301 a) s'applique aux cas dans lesquels les États-Unis sont frustrés de leurs droits découlant d'un accord commercial, ou dans lesquels une action, politique ou pratique d'un pays étranger frustre les États-Unis de leurs avantages, ou est injustifiable et entrave ou restreint le commerce des États-Unis. Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine (et cette détermination est unilatérale) que l'un de ces cas s'est produit, il doit prendre ("shall take") des mesures de rétorsion. L'article 301 a) 2) A) et B) prévoit bien des exceptions à cette obligation du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de prendre des mesures, et ces exceptions se rapportent aux cas dans lesquels l'ORD a adopté un rapport décidant que l'action ne constitue pas une violation des droits des États-Unis ou qu'elle n'est pas incompatible avec ces droits, ou qu'elle n'annule ni ne compromet les avantages des États-Unis, ou encore aux cas dans lesquels le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour

exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial, ou lorsque la sécurité nationale des États-Unis serait compromise.

5.209 L'Inde poursuit en disant que l'article 301 b) s'applique aux actions, politiques ou pratiques qui, sans frustrer les États-Unis de leurs droits ou avantages au titre d'un accord commercial, n'en sont pas moins "déraisonnable[s] ou discriminatoire[s] et entravent ou restreignent le commerce des États-Unis. La loi fournit des exemples d'actions déraisonnables, telles que le fait de ne pas protéger des droits de propriété intellectuelle, de tolérer les pratiques anticoncurrentielles d'entreprises privées, ou de dénier leurs droits aux travailleurs. Si le Représentant pour des questions commerciales internationales détermine qu'une action, politique ou pratique peut donner lieu à une action au titre de cet article, et s'il détermine qu'il est opportun que les États-Unis prennent des mesures, il prend des mesures de rétorsion, sous réserve éventuellement d'instructions précises du Président concernant ces mesures.

5.210 L'Inde ajoute que la portée des mesures de rétorsion est définie dans l'article 301 c), qui autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à suspendre, à retirer ou à empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial et à imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises et des services de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée.

5.211 L'Inde souligne que, aux États-Unis, aucun tribunal ne pourrait juger l'article 301 incompatible avec les règles de l'OMC, parce que, aux termes de l'article 102 a) 1), aucune disposition des accords du Cycle d'Uruguay, pas plus que l'application de l'une de ces dispositions à une personne ou à une circonstance quelconque, ne produira d'effet si elle est incompatible avec une loi des États-Unis. De même, cet article dispose que rien dans la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay ne doit être interprété comme limitant les pouvoirs conférés par une loi des États-Unis, en particulier par l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.

5.212 L'Inde explique encore que les articles 302 à 310 portent notamment sur le point de savoir qui peut entreprendre une enquête au titre de l'article 301, les différents délais pour prendre des mesures, le suivi des mesures prises par le pays étranger, etc.

5.213 De l'avis de l'Inde, il faut donc observer que la principale caractéristique de cette loi des États-Unis est que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut établir une détermination unilatérale sur les conséquences d'une action, politique ou pratique d'un pays étranger du point de vue des droits et avantages des États-Unis et sur ses effets sur le commerce des États-Unis, puis décider d'appliquer des mesures de rétorsion commerciale pendant la durée qu'il jugera utile.

5.214 L'Inde soutient que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont à la fois juridiquement indéfendables et moralement inacceptables. Du point de vue juridique, il est clair que, dans la mesure où ils consacrent l'unilatéralisme, les articles 301 à 310 violent toutes les règles du droit international. Du point de vue moral, ils sont inacceptables parce qu'ils assimilent pouvoir et droit, et impliquent que le fort peut l'emporter sur le faible.

5.215 L'Inde souligne qu'elle s'est très souvent vu appliquer les articles 301 à 310 de la Loi sur le commerce extérieur en raison de pratiques commerciales prétendument déloyales. Ces articles font pression sur des pays comme l'Inde pour qu'ils se conforment à ce que les États-Unis considèrent comme des "pratiques commerciales loyales". Comme on le verra plus loin, le soin de déterminer de ce qui constitue des "pratiques commerciales déloyales" ou des "actes déraisonnables" appartient exclusivement aux États-Unis, et la détermination est donc unilatérale; en outre, il n'existe pas de critères objectifs du caractère déloyal, ce qui rend l'ensemble du processus totalement arbitraire.

5.216 L'Inde note en résumé que les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est un instrument d'unilatéralisme utilisé par les États-Unis pour forcer leurs partenaires commerciaux à ouvrir leurs marchés aux marchandises et aux services américains au-delà de ce à quoi ils se sont engagés dans les négociations commerciales multilatérales. En conséquence, ces articles mettent en danger le système commercial multilatéral.

3. Arguments juridiques

a) Historique de la rédaction de l'Accord sur l'OMC

5.217 L'Inde considère que, si l'on se penchait sur l'historique de la rédaction des accords du Cycle d'Uruguay en général, et du Mémorandum d'accord en particulier, on s'apercevrait qu'un certain nombre de pays, surtout en développement, ont accepté le renforcement du mécanisme de règlement des différends, y compris la disposition controversée concernant les mesures de rétorsion, parce qu'on leur avait donné à entendre que, en contrepartie, ils n'auraient plus à craindre la menace de l'unilatéralisme. En fait, de nombreux pays en développement, dont l'Inde, ont accepté le système de règlement des différends, avec ses dispositions sur l'automaticité et les mesures de rétorsion, dans l'idée que le nouveau système ne laisserait plus place à des actions unilatérales de la part des partenaires commerciaux.

5.218 Selon l'Inde, le fait que cela n'a pas été le cas et que des dispositions légales telles que l'article 301 n'ont pas été éliminées de la législation des États-Unis est déploré par ceux qui croient en un système commercial multilatéral fondé sur le droit.

b) Article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC

5.219 L'Inde fait valoir que l'Accord sur l'OMC, au paragraphe 4 de son article XVI, dispose sans ambiguïté que chaque Membre devra assurer ("*shall ensure*") la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les accords figurant en annexe.

5.220 L'Inde explique que, au sein du groupe de rédaction juridique, pendant le Cycle d'Uruguay, les États-Unis avaient fait objection à cette disposition, pour une bonne raison. Les négociateurs des États-Unis considéraient, à juste titre, que l'acceptation de cette disposition soulèverait de sérieuses difficultés en ce qui concerne l'article 301. Aussi les négociateurs des États-Unis ont-ils cherché à diluer cette disposition, mais sans grand succès: elle a finalement été rédigée en termes fermes, de manière à présenter un caractère contraignant pour les Membres.

5.221 L'Inde note aussi que la jurisprudence du GATT comporte de nombreuses affaires dans lesquelles une loi ordonnant au pouvoir exécutif d'imposer une mesure contraire à une disposition de l'Accord général a pu être contestée dans le cadre de la procédure de règlement des différends, qu'elle ait ou non été appliquée au commerce de la partie plaignante. Ainsi, en 1987, le Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* a dit que l'existence même d'une législation impérative prévoyant l'imposition d'une taxe intérieure, sans qu'elle soit appliquée à un produit importé donné, doit être considérée comme relevant de l'article III. De même, en 1992, le célèbre groupe spécial *États-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* a examiné la législation de l'État de l'Illinois alors que les États-Unis faisaient valoir qu'ils ne lui donnaient pas effet. Il a jugé aussi que la législation du Mississipi était incompatible avec l'article III, qu'elle ait ou non pris effet. Plus récemment, dans la procédure devant le groupe spécial de l'OMC *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, les États-Unis ont fait valoir que le "système de boîte aux lettres" que l'Inde avait institué, pour les demandes de brevets en vertu d'une décision administrative, ne répondait pas aux prescriptions de l'article 70.8 de l'Accord sur les ADPIC, parce que les dispositions

impératives de la Loi indienne sur les brevets interdisaient la délivrance de brevets de produits pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture. L'Inde a alors cité des dispositions de sa constitution sur la répartition des pouvoirs entre le législatif et l'exécutif, ainsi que des décisions jurisprudentielles sur le caractère non contraignant des lois prescrivant que des mesures administratives doivent être prises dans un délai donné, pour faire valoir qu'un système de boîte aux lettres pouvait être établi par une décision administrative nonobstant les dispositions impératives de la Loi sur les brevets. En réponse, les États-Unis ont fait valoir qu'il ressortait clairement de la jurisprudence du GATT sur les lois impératives que l'Inde était obligée de supprimer l'"incertitude juridique" résultant du fait que ses pratiques administratives étaient incompatibles avec les dispositions impératives de la Loi sur les brevets. En fait, les États-Unis avaient fait valoir que la loi interne d'un Membre non seulement doit lui permettre d'agir de manière conforme à ses obligations au regard de l'OMC, mais doit aussi ne pas créer d'incertitude juridique en prescrivant des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. Le groupe spécial avait admis cet argument des États-Unis, et décidé que la pratique administrative en question créait une certaine insécurité juridique, dans la mesure où elle supposait que les fonctionnaires indiens ne tiennent pas compte de certaines dispositions impératives de la Loi sur les brevets.

5.222 De l'avis de l'Inde, le verdict est donc clair: une loi qui, dans son libellé, impose un comportement incompatible avec une disposition d'un accord de l'OMC viole cette disposition, peu important à cet égard que la loi soit ou non appliquée et comment elle est ou pourrait être appliquée. Ce principe traduit le fait qu'une loi ainsi libellée crée une incertitude qui porte atteinte aux possibilités d'autres Membres en matière de concurrence des marchandises ou services.

5.223 L'Inde déclare que l'article XVI:4 fait de ce principe une obligation expresse. Compte tenu de ce qui précède, il suffit que le Groupe spécial examine si les articles 301 à 310 obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir des déterminations et à prendre des mesures qui sont incompatibles avec les obligations assumées par les États-Unis en vertu de l'Accord sur l'OMC.

c) Article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

5.224 Selon l'Inde, l'article 23 dispose clairement que tous les Membres de l'OMC doivent avoir recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, et s'y conformer pour chercher à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés. Cet article indique expressément que les Membres ne doivent pas établir de détermination unilatérale concernant l'annulation ou la réduction d'avantages, si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément au Mémorandum d'accord. Or, c'est précisément ce à quoi tendent les articles 301 à 310. Ces articles ne suivent pas les procédures et règles du Mémorandum d'accord; ils visent exactement le contraire, en menaçant le pays étranger qui est accusé d'annuler et de réduire les avantages des États-Unis. Comme l'ont amplement démontré les Communautés européennes, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'agir unilatéralement dans les cas où les procédures de règlement des différends de l'OMC n'ont pas abouti à des conclusions dans les délais fixés dans les articles 301 à 310. Par exemple, il est tenu, en vertu de l'article 304 a) 2) A), d'établir une détermination dans un délai qui est plus bref que celui dans lequel on peut raisonnablement escompter que l'ORD adopte ses conclusions sur la question. En fait, l'article 304 ordonne au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination 18 mois après la demande de consultations sur l'inexécution des droits des États-Unis découlant d'un accord de l'OMC, même si l'ORD n'a pas adopté de rapport contenant des constatations sur la question dans ce délai.

5.225 L'Inde conclut que, pour cette raison, les articles 301 à 310 sont incompatibles avec les délais fixés par le Mémorandum d'accord, dont ils violent en particulier l'article 23.

d) Articles Ier, II, III, VIII et XI du GATT de 1994

5.226 L'Inde fait valoir que l'article 306 b) 2) fixe aussi au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un délai de 30 jours, à compter de l'expiration du délai raisonnable, pour déterminer que le Membre en question n'a pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD, sans attendre la clôture des procédures de l'OMC. Le fonctionnement de l'article 306 est parfaitement illustré par les déterminations et mesures prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans l'affaire des *Bananes*. Sur la base d'une détermination unilatérale concluant que les Communautés européennes n'avaient pas mis en œuvre les recommandations de l'ORD, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a annoncé le 3 mars 1999 que le Service des douanes des États-Unis commencerait, à cette date, à suspendre la liquidation des droits de douane et à réexaminer le montant des cautions sur les importations de certains produits européens, pour un total de 520 millions de dollars. La décision des arbitres n'a été rendue que le 9 avril 1999, et la demande d'autorisation de mesures de rétorsion déposée par les États-Unis n'a été accordée que le 19 avril 1999, pour un montant de 191,4 millions de dollars. Il est évident que les États-Unis, le 3 mars 1999, avaient suspendu l'exécution des obligations qui leur incombaient, notamment en vertu des articles Ier, II, III, VIII et XI du GATT de 1994, à l'égard des Communautés européennes, sans y avoir été autorisés par l'ORD. Rétrospectivement, il est évident que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales était tenu de prendre des mesures le 3 mars 1999 à cause de l'article 306, que l'ORD ait ou non donné son autorisation au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord.

4. Conclusion

5.227 L'Inde en tire la conclusion suivante: premièrement, il est évident que, en adoptant les articles 301 à 310, les États-Unis ont renié les engagements qu'ils avaient pris dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Deuxièmement, la jurisprudence du GATT/de l'OMC montre que, qu'elle soit ou non appliquée dans la pratique, une loi qui, dans son libellé, impose un comportement qui est incompatible avec une disposition d'un accord de l'OMC, viole cette disposition. Troisièmement, les articles 301 à 310 font fi de l'article 23 du Mémorandum d'accord, et ils enfreignent expressément les délais et autres procédures prévus par le Mémorandum d'accord. Quatrièmement, les articles 301 à 310 violent les articles Ier, II, III, VIII et XI du GATT de 1994, comme l'a montré l'affaire des *Bananes*.

5.228 Pour les raisons qui précèdent, l'Inde demande au Groupe spécial de constater que les articles 301 à 310 sont constitutifs d'une violation du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC, et de recommander que l'ORD invite les États-Unis à mettre leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec leurs obligations découlant des accords de l'OMC.

H. JAMAÏQUE

1. Introduction

5.229 **La Jamaïque affirme d'abord** que son gouvernement a pris la décision de demander le statut de tierce partie dans la présente affaire parce que la Jamaïque, petit pays en développement, attache beaucoup d'importance à la primauté du droit dans les relations internationales et au respect des obligations découlant de traités internationaux, conformément au principe "*pacta sunt servanda*".

2. Arguments juridiques

5.230 La Jamaïque soutient qu'en maintenant la possibilité de recourir à des mesures unilatérales, en vertu des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, les États-Unis agissent de manière contraire aux obligations découlant pour eux du Mémorandum d'accord sur le règlement des

différends de l'OMC, par lequel les Membres s'engagent catégoriquement à ne pas recourir à de telles mesures.

5.231 La Jamaïque fait valoir pour soutenir cette affirmation que le Mémorandum d'accord de l'OMC est pleinement compatible avec les règles convenues fondées sur le principe du règlement pacifique des différends entre États consacré par l'article 1 1) de la Charte des Nations Unies et par diverses résolutions et déclarations de l'Assemblée générale des Nations Unies.

5.232 La Jamaïque estime que le mécanisme de règlement des différends mis en place dans le cadre de l'OMC se rattache aux efforts d'une importance historique déployés pour empêcher le recours à des mesures unilatérales qui sapent la crédibilité du système commercial multilatéral. Comme l'a observé le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, l'adoption de mesures unilatérales par les Membres pourrait "menacer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral".

5.233 La Jamaïque fait observer qu'il est généralement admis que le système de règlement des différends mis en place dans le cadre de l'OMC est le pilier central du système commercial multilatéral et représente la contribution la plus originale de l'OMC à la stabilité de l'économie mondiale. Toutefois, la confiance qu'il inspire tient à la capacité qu'a l'Organisation de faire en sorte que les Membres en respectent les règles. L'intégrité de l'OMC serait mise à mal si les Membres pouvaient adopter des mesures unilatérales au mépris des obligations découlant pour eux de l'Accord sur l'OMC.

5.234 La Jamaïque note aussi qu'il est admis que le principe fondamental du droit des traités est "*pacta sunt servanda*", que l'on se réfère au droit coutumier ou à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

5.235 De l'avis de la Jamaïque, ce principe fondamental trouve son expression dans les articles 3:1, 21:5, 23:1 et 23:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, qui font obligation aux Membres de se soumettre aux règles convenues qui y sont énoncées.

5.236 La Jamaïque indique aussi que l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC exige manifestement que des mesures d'ordre interne soient prises pour incorporer la totalité des obligations au regard de l'OMC:

> "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe." (non souligné dans l'original).

5.237 La Jamaïque fait aussi valoir que le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends fait partie intégrante de l'Accord instituant l'OMC, dont l'article III:3 habilite l'OMC à administrer le Mémorandum d'accord.

5.238 La Jamaïque fait observer que les États-Unis ont activement participé à la négociation des accords de l'OMC et ont apporté une contribution substantielle à la rédaction des règles applicables au règlement des différends. Bien plus, les États-Unis étaient partie à la Déclaration de Marrakech du 15 avril 1994, dans laquelle les Ministres se sont félicités, entre autres choses:

> "du cadre juridique plus solide et plus clair qu'ils [avaient] adopté pour la conduite du commerce international et qui compren[ait] un mécanisme de règlement des différends plus efficace et plus sûr".

5.239 La Jamaïque conclut qu'en tant que signataires des accords issus du Cycle d'Uruguay, les États-Unis et les autres Membres de l'OMC se sont donc engagés à résoudre leurs différends conformément aux règles multilatérales arrêtées, énoncés dans le Mémorandum d'accord.

5.240 La Jamaïque estime aussi qu'en vertu des articles 102 a) 1) et 102 c) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay qu'ils ont adoptée en 1994, les États-Unis ont stipulé qu'aucune disposition de l'Accord sur l'OMC ne l'emporterait sur aucune loi des États-Unis au point d'être incompatible avec elle. Il n'y a rien dans la Loi des États-Unis sur les accords du Cycle d'Uruguay qui doive être interprété comme limitant "toute autorité conférée par quelque loi des États-Unis que ce soit, y compris l'article 301".

5.241 Selon la Jamaïque, ces articles font que des dispositions contenues dans l'Accord sur l'OMC qui sont contraires à la législation des États-Unis sont déclarées nulles et de nul effet, *ab initio*.

5.242 La Jamaïque indique qu'elle ne conteste pas le droit pour un Membre de chercher à obtenir réparation en cas de manquement à des obligations contractuelles découlant de l'Accord sur l'OMC. Toutefois, tandis que les mesures prises au titre de l'article 301 a) sont assujetties à l'autorité finale de l'ORD, cet article confère le droit discrétionnaire de prendre des mesures au titre de l'article 301 b), dont l'exercice échappe à l'examen d'une autorité judiciaire extérieure et impartiale. Grâce à l'article 301 b), par conséquent, les États-Unis peuvent recourir à une autre procédure pour obtenir un résultat allant dans le sens de leurs intérêts, lorsqu'ils estiment qu'ils ne pourraient probablement pas obtenir un tel résultat en s'adressant à l'ORD.

5.243 La Jamaïque fait valoir que même si le fait de conserver un système parallèle de règlement des différends peut n'être pas contraire, en soi, au droit international, le fait d'y recourir par la suite au lieu de s'adresser au mécanisme multilatéral de règlement des différends mis en place d'un commun accord pourrait constituer une violation d'obligations conventionnelles. De fait, comme l'a indiqué le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*[576], un Membre manquerait à ses obligations au regard de l'OMC s'il promulguait une loi lui faisant obligation de prendre à l'avenir certaines mesures injustifiables au regard de l'Accord sur l'OMC, quand bien même ces mesures ne seraient pas appliquées en pratique. La possibilité de recourir à un mécanisme différent pour obtenir réparation en vertu de l'article 301 a) et b) sape l'intégrité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

5.244 La Jamaïque ajoute que cela constitue aussi, de la part des États-Unis, un manquement à la bonne foi à l'égard des autres Membres qui ont mis leur législation interne en conformité avec les engagements pris dans le cadre de l'OMC.

5.245 La Jamaïque fait observer que les Membres ayant adopté le principe de l'engagement unique pendant le Cycle d'Uruguay, il ne leur est plus possible de n'adhérer qu'aux accords de leur choix. Comme le Mémorandum d'accord fait partie intégrante de l'Accord sur l'OMC, les États-Unis sont tenus d'en respecter toutes les dispositions, y compris l'article 23 qui leur fait obligation de ne pas établir de détermination unilatérale sur la question de savoir si un Membre a ou n'a pas violé ses obligations au titre de l'Accord sur l'OMC.

5.246 Selon la Jamaïque, l'intégrité de l'OMC est fonction de la vigueur de l'engagement de ses Membres à l'égard des principes qui la fondent. Les Membres ont mis en place leurs propres garde-fous pour se protéger des agissements d'autres Membres qui s'écartent des règles et obligations convenues.

[576] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*

5.247 De l'avis de la Jamaïque, étant donné l'importance du système de règlement des différends de l'OMC, qui garantit au premier chef la sécurité et la prévisibilité des conditions d'accès aux marchés dans le système commercial multilatéral, l'OMC ne peut pas, par le biais d'une recommandation ou d'une constatation du présent groupe spécial, donner sa caution à l'adoption par un État membre de mesures unilatérales fondées sur sa législation interne. Si cela se produisait, les Membres eux-mêmes contribueraient à miner l'autorité du mécanisme de règlement des différends. Dès lors que les Membres seraient ainsi encouragés à agir de façon unilatérale dans le règlement de différends commerciaux, il n'y aurait aucune incitation à continuer de respecter les procédures convenues du Mémorandum d'accord.

5.248 La Jamaïque fait valoir que les États-Unis ont réaffirmé, à de nombreuses occasions, leur ferme intention d'établir et de maintenir la confiance dans le cadre de l'OMC. Le Représentant des États-Unis auprès de l'OMC a réaffirmé dans une récente déclaration, en mars 1999, que le système commercial ouvert indispensable à la prospérité mondiale ne pouvait être maintenu que si les règles étaient respectées. Cet objectif sera difficile à atteindre si les Membres de l'OMC sont constamment en butte à la législation interne d'un Membre qui autorise ce dernier à imposer des sanctions unilatérales au mépris des règles multilatérales convenues.

5.249 La Jamaïque demande donc au Groupe spécial de constater que les mesures unilatérales prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en vertu des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur sont contraires aux obligations découlant pour les États-Unis de l'Accord sur l'OMC.

5.250 La Jamaïque demande aussi au Groupe spécial de recommander que les États-Unis mettent leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec les obligations découlant pour eux de l'Accord sur l'OMC.

5.251 En réponse à la question du Groupe spécial portant sur le point de savoir si l'article 23:2 du Mémorandum d'accord interdit toute détermination relative à la compatibilité avec les règles de l'OMC ou toute détermination concluant qu'il y a eu violation, la Jamaïque indique que pour répondre à cette question relative à l'interprétation de l'article 23:2 a), il convient d'examiner le contexte dans lequel s'applique cet article.

5.252 La Jamaïque fait observer que la première règle d'interprétation de dispositions de traités, énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, est la suivante:

> "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."

5.253 La Jamaïque fait valoir que l'article 23:2 a) devrait par conséquent être lu conjointement avec le paragraphe 1 du même article, qui situe l'ensemble de l'article dans son contexte. L'article 23 est intitulé "Renforcement du système multilatéral" et son paragraphe 1 en indique l'orientation générale lorsqu'il dispose que

> "lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord". (non souligné dans l'original)

5.254 La Jamaïque ajoute que l'obligation qui incombe aux Membres de recourir aux dispositions du Mémorandum d'accord est mise en lumière dans les alinéas a), b) et c) du paragraphe 2, où sont

énoncées les mesures que doivent prendre les Membres "dans de tels cas", c'est-à-dire dans les cas où ils cherchent à obtenir réparation en cas de manquement à des obligations.

5.255 La Jamaïque souligne que selon l'article 23:2 a), les Membres "ne détermineront pas … si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord …" et que les déterminations ont trait non seulement à l'existence de violations, mais aussi à celle de l'annulation ou de la réduction d'avantages, ou de l'entrave à la réalisation d'un objectif des accords visés.

5.256 Selon la Jamaïque, l'article 23 n'interdit pas l'établissement en tant que tel d'une détermination concluant qu'il y a eu violation, ou que des avantages ont été annulés, etc., puisque de toute évidence, un Membre qui a porté un différend devant l'ORD doit avoir "déterminé" dans une certaine mesure que les pratiques/politiques d'un autre Membre sont incompatibles avec les règles de l'OMC, ce qui l'amène à demander l'opinion de l'ORD quant à cette "détermination" préliminaire.

5.257 La Jamaïque soutient que l'interdiction qui constitue l'axe principal de l'article 23:2 a), et même de la totalité de l'article 23, vise les déterminations établies lorsque des Membres cherchent à obtenir réparation en cas de manquement à des obligations. Une telle "détermination" établie par un Membre serait analogue à une constatation ou recommandation de l'ORD portant sur la compatibilité d'une question avec les règles de l'OMC, puisque cette "détermination" donnerait nécessairement lieu à l'adoption de mesures de réparation par la partie lésée, donc à un empiètement sur le droit de l'ORD de prendre de telles décisions. Seul l'ORD a le droit d'établir des déterminations ayant une incidence sur les droits et obligations des Membres.

5.258 La Jamaïque a fait aussi valoir que l'interdiction d'établir une détermination en dehors de l'ORD est complétée, au paragraphe 2 a) de l'article 23, par la conclusion selon laquelle

> "toute détermination de ce genre [sera établie] au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD …".

5.259 Répondant à une question du Groupe spécial portant sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président auraient, en toutes circonstances, le pourvoir discrétionnaire d'éviter des déterminations et des mesures contraires aux règles de l'OMC et où, néanmoins, il serait constaté que les articles 301 à 310 étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, une déclaration officielle des États-Unis, contraignante en droit international, indiquant que le gouvernement des États-Unis n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC supprimerait l'incompatibilité des articles 301 a) à 310 avec lesdites règles, la Jamaïque indique que les États-Unis sont l'un des signataires de l'Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du Cycle d'Uruguay, qui inclut l'Accord de Marrakech et le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

5.260 La Jamaïque appelle l'attention du Groupe spécial sur le texte de l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech et de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.261 La Jamaïque soutient qu'ayant apposé leur signature à cet instrument multilatéral juridiquement contraignant, les États-Unis se sont par là même solennellement engagés à en respecter les règles, y compris les règles et procédures du Mémorandum d'accord. Or, cet engagement juridiquement contraignant n'a pas empêché les États-Unis d'agir de manière contraire à leurs obligations, ce qui a porté atteinte aux droits d'autres Membres.

5.262 La Jamaïque estime qu'une déclaration des pouvoirs publics contredisant une législation ne constitue pas une base solide sur laquelle on puisse gérer les relations découlant d'un traité

international. La déclaration des États-Unis n'apporte donc pas une limitation effective à des mesures discrétionnaires contraires à l'obligation qui aurait dû être énoncée dans la loi.

5.263 La Jamaïque estime que le fait que les articles 301 et 302 laissent une liberté d'appréciation discrétionnaire au Président des États-Unis et au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ouvre la voie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, que ce pouvoir soit exercé ou non.

5.264 La Jamaïque indique qu'elle ne voit rien qui puisse justifier que les États-Unis se considèrent comme dispensés de respecter les règles de l'OMC. De fait, si l'on autorisait les États-Unis à conserver une législation interne incompatible avec les règles de l'OMC, on contribuerait à ce que "l'exception devienne la règle", car d'autres Membres de l'OMC pourraient souhaiter conserver une législation non conforme aux règles de l'OMC tout en adoptant la solution commode qui consiste à prendre unilatéralement l'engagement de respecter ces règles.

5.265 La Jamaïque rappelle la décision du Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*[577], dans laquelle il a été estimé qu'un Membre qui aurait promulgué une loi l'obligeant à prendre à l'avenir certaines mesures non justifiées au regard de l'Accord sur l'OMC aurait manqué à ses obligations au regard de l'OMC, même si ces mesures n'étaient pas appliquées en pratique. Ainsi, dès lors que la législation des États-Unis prescrit au Président de prendre certaines mesures si certaines conditions sont remplies, on pourrait dire, par analogie, que cette loi viole la lettre et l'esprit de l'Accord sur l'OMC.

5.266 En conséquence, la Jamaïque demande instamment au Groupe spécial d'insister pour que les règles établies de l'OMC soient pleinement respectées, et pour cela de décider que les articles 301 à 310 doivent être modifiés en conséquence pour rendre la législation des États-Unis conforme à l'engagement qu'ils ont pris en 1994. La Jamaïque a bon espoir que l'ensemble des Membres n'accepteront rien de moins qu'une révision complète de la législation interne des États-Unis qui contrevient aux règles de l'OMC et fait l'objet du présent différend.

I. JAPON

1. Introduction

5.267 **Le Japon fait observer** que le présent différend portant sur une question extrêmement importante, celle de la détermination unilatérale dans le cadre du système de règlement des différends prévu par l'OMC, le Japon y attache un intérêt systémique substantiel. Les constatations du Groupe spécial seront de la plus haute importance, et le Japon espère sincèrement que le Groupe spécial examinera avec toute l'attention voulue la question dont il est saisi.

2. Arguments juridiques

5.268 Le Japon estime que la renonciation aux mesures commerciales unilatérales dans le système de règlement des différends prévu par l'OMC est l'une des règles les plus importantes de l'OMC. Au titre de l'Accord sur l'OMC, il est interdit aux Membres de suspendre unilatéralement des concessions ou d'autres obligations. De plus, l'article 23 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends prescrit manifestement aux Membres de l'OMC de suivre les règles et procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord et stipule qu'ils n'établiront pas une détermination concluant que les mesures prises par un autre Membre violent les dispositions de l'Accord sur l'OMC, si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

[577] Rapport du Groupe spécial *États-Unis - Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*

5.269 Le Japon note que lors de l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, les États-Unis ont annoncé qu'ils avaient modifié leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur afin de respecter les procédures prévues par le système renforcé de règlement des différends. Toutefois, cette modification s'est révélée insuffisante. Les États-Unis prétendent que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur peut être appliquée en conformité avec l'Accord sur l'OMC puisqu'elle reconnaît au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il détermine s'il y a eu ou non violation de l'Accord sur l'OMC par un autre Membre, et arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre et la date à laquelle les mesures arrêtées seront mises en œuvre, et puisque le Président peut aussi donner des instructions spécifiques. Il est néanmoins douteux que l'application de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur soit véritablement discrétionnaire. Par exemple, bien que les États-Unis indiquent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est libre d'établir une détermination négative puis d'ouvrir une seconde enquête pour établir une détermination définitive de l'existence d'une violation de l'Accord de l'OMC une fois que l'ORD a adopté les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, ce pouvoir discrétionnaire ne ressort pas explicitement des dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Au contraire, il apparaît que cette loi oblige les États-Unis à se prononcer sur la question de savoir s'ils ont été frustrés par un autre Membre des droits ou avantages résultant pour eux de l'Accord sur l'OMC sans recourir aux procédures nécessaires dans le cadre du mécanisme de règlement des différends et que, dans ce cas, la loi en question est incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.270 Le Japon soutient qu'à supposer même que les États-Unis puissent mettre en œuvre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur dans le respect de l'Accord sur l'OMC avec un important pouvoir discrétionnaire, il est très peu vraisemblable que ce pouvoir discrétionnaire serait exercé de façon compatible avec l'Accord sur l'OMC.

5.271 Selon le Japon, le fait est qu'en réalité les États-Unis ont à maintes reprises établi des déterminations concluant que les mesures, politiques ou pratiques d'un autre Membre étaient incompatibles avec l'Accord sur l'OMC, ou étaient déraisonnables, et ont arrêté les mesures à prendre, y compris la suspension de concessions ou d'autres obligations énoncées dans l'Accord sur l'OMC, sans respecter les procédures de règlement des différends.

5.272 De l'avis du Japon, les affaires décrites ci-après montrent que les États-Unis ont utilisé à leur avantage des mesures unilatérales prises conformément à la Loi de 1974 sur le commerce extérieur pour régler des différends commerciaux en un sens défavorable au Japon.

5.273 Le Japon indique qu'en octobre 1994, les États-Unis, en vertu de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, ont ouvert une enquête sur le marché japonais concernant les pièces détachées et accessoires d'automobiles. En mai 1995, ils ont déterminé que les actions, politiques et pratiques du gouvernement japonais étaient déraisonnables et qu'elles entravaient et restreignaient le commerce aux États-Unis. Par la suite, ils ont annoncé la mise en œuvre de sanctions en vertu desquelles les importations de voitures japonaises de luxe seraient assujetties à des droits de 100 pour cent *ad valorem*. Après cette annonce, le service des douanes des États-Unis a suspendu la liquidation des droits de douane à l'entrée des véhicules figurant sur la liste des produits frappés de sanctions, et les exportations de ces véhicules à partir du Japon ont été effectivement paralysées. Le Japon a demandé, en vertu de l'article XXII du GATT, l'ouverture de consultations portant sur ces mesures unilatérales prises par les États-Unis. La question a finalement été réglée par des négociations politiques, indépendamment du processus de règlement des différends. Toutefois, cet incident était manifestement un cas dans lequel les États-Unis ont agi de manière contraire aux obligations qui leur incombent en vertu du Mémorandum d'accord pour préférer les procédures prévues par la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.

5.274 Le Japon insiste sur le fait qu'il ne prétend pas que l'ouverture d'une enquête en vertu de l'article 302 constitue une violation de l'Accord sur l'OMC. Il considère, en revanche, que l'annonce d'une "détermination" positive et l'annonce d'une liste de produits qui pourraient être assujettis à des droits de douane majorés, faites le 16 mai 1995, étaient incompatibles avec les obligations du gouvernement des États-Unis au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.275 Le Japon fait valoir, en se fondant sur l'expérience du passé, que malgré l'allégation des États-Unis selon laquelle la Loi de 1974 sur le commerce extérieur peut être appliquée de façon compatible avec l'Accord sur l'OMC étant donné l'important pouvoir discrétionnaire laissé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et les instructions spécifiques que peut donner le Président, ladite loi présente les difficultés majeures suivantes au regard de l'Accord sur l'OMC.

5.276 Le Japon indique que le libellé de l'article 304 a) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer si les États-Unis sont frustrés de leurs droits reconnus dans le cadre de l'OMC ou si une action, politique ou pratique d'un autre Membre de l'OMC, viole les règles de l'OMC ou est incompatible avec ces règles, ou est injustifiable, dans un délai de 18 mois à compter de l'ouverture de l'enquête relative à une affaire. Conformément au Mémorandum d'accord, le processus de règlement des différends requiert normalement une période de 18,5 mois et, en fait, plusieurs différends ont duré plus longtemps. Cela montre que, du moins dans les cas où les procédures nécessaires ne sont pas achevées dans le délai de 18 mois prévu, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est obligé en vertu de l'article 304 a) 2) d'agir d'une manière contrevenant au Mémorandum d'accord. Il faut aussi noter que le pouvoir discrétionnaire mentionné dans cet article n'est pas suffisamment explicite en ce qui concerne les dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur dont il est question. On peut donc considérer que l'article 304 a) 2) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer, avant l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, sur le point de savoir si les États-Unis sont frustrés par un autre Membre des droits ou avantages découlant pour eux de l'Accord sur l'OMC et si, par là même, cet autre Membre contrevient à l'article 23 du Mémorandum d'accord. À supposer même que les États-Unis puissent mettre en œuvre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur de manière compatible avec l'Accord sur l'OMC avec un important pouvoir discrétionnaire, rien ne garantit que ce pouvoir discrétionnaire serait exercé de manière compatible avec l'Accord sur l'OMC.

5.277 Le Japon allègue aussi que l'article 306 b) 2) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'arrêter les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable, s'il détermine qu'une recommandation de l'Organe de règlement des différends n'a pas été mise en œuvre. Selon le Mémorandum d'accord, lorsqu'il y a désaccord quant à l'existence ou à la compatibilité des mesures prises pour donner suite aux recommandations et décisions, ce différend doit être réglé selon les procédures de règlement des différends énoncées à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. Le Japon estime que si l'on posait par hypothèse que les rédacteurs du Mémorandum d'accord ont assumé que les procédures de règlement énoncées à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord seraient menées à leur terme avant l'expiration du délai raisonnable, le rapport entre l'article 21 et l'article 22 du Mémorandum d'accord serait bien expliqué. Cette hypothèse assurerait aussi la compatibilité de l'article 306 b) avec les règles de l'OMC. Toutefois, il n'y a pas de consensus quant à cette interprétation de l'article 21:5 et il est généralement admis qu'un différend relatif à l'existence de mesures de mise en œuvre de la recommandation doit faire l'objet de la procédure énoncée à l'article 21:5 après l'expiration du délai raisonnable. L'article 21 dispose que le groupe spécial doit distribuer son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il est saisi de la question. Il est donc normalement difficile de mener à leur terme les procédures nécessaires prévues à l'article 21:5. En vertu de l'article 306 b) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions

commerciales internationales a toute chance de déterminer qu'une recommandation de l'ORD n'a pas été mise en œuvre, et d'arrêter les mesures supplémentaires qu'il doit prendre, y compris la suspension de concessions ou d'autres obligations, avant que les procédures nécessaires énoncées à l'article 21:5 ne soient menées à leur terme et cette détermination est incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord.

5.278 Le Japon ajoute que lorsque le différend portant sur l'existence ou la compatibilité de mesures avec un accord visé est soumis aux procédures énoncées à l'article 21:5 après l'expiration du délai raisonnable, le groupe spécial doit distribuer son rapport dans un délai de 90 jours à partir de la date à laquelle il a été saisi de l'affaire.

5.279 De l'avis du Japon, nonobstant cette période de 90 jours énoncée dans ledit article, l'article 306 b) 2) exige que la détermination soit établie dans un délai de 30 jours seulement à compter de la date d'expiration du délai raisonnable. Lorsque le groupe spécial établit sa détermination en vertu de l'article 21:5 à une date postérieure au délai prescrit par l'article 306 b) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a toute chance d'établir une détermination concluant qu'une recommandation de l'ORD n'a pas été mise en œuvre, et d'arrêter les mesures supplémentaires qu'il doit prendre y compris la suspension de concessions conformément à l'article 306 b) 2), avant que les procédures énoncées à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord ne soient menées à leur terme.

5.280 Le Japon note que dans la troisième affaire *CE – Bananes*, c'est seulement le 19 avril 1999, date à laquelle l'ORD a autorisé la suspension des concessions fondée sur une décision des arbitres, qu'une détermination à l'échelon multilatéral a été établie quant à la compatibilité ou à l'incompatibilité des mesures prises par les Communautés européennes pour donner suite aux recommandations et décisions du groupe spécial et de l'Organe d'appel. Au mépris des règles de l'OMC applicables à la détermination en matière de mise en œuvre, les États-Unis ont pris, le 3 mars 1999, une décision consistant en l'adoption de mesures douanières – suspension de la liquidation des droits de douane et imposition d'une responsabilité éventuelle correspondant à des droits de douane de 100 pour cent. Dans leur communiqué de presse, les États-Unis indiquaient ce qui suit: "nous devons conclure qu'il est temps que les Communautés européennes supportent quelques-unes des conséquences du total mépris dont elles font preuve pour leurs obligations au regard du GATT et de l'OMC". Ce communiqué de presse est joint.

5.281 Le Japon fait aussi valoir que les articles 306 b) et 305 a) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur prescrivent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de mettre en œuvre des mesures supplémentaires dans un délai de 30 jours à compter de la date de la détermination de ces mesures (c'est-à-dire dans un délai de 60 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable). Même si l'on assume qu'il a été supposé que les procédures énoncées à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord seraient achevées avant l'expiration du délai raisonnable, et si la suspension des concessions ou d'autres obligations est soumise à l'arbitrage conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord et que l'arbitrage se poursuive pendant la période maximale de 60 jours, il ne sera pas possible de respecter la date limite stipulée dans les articles pertinents de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, à moins qu'une réunion de l'ORD ne soit demandée dix jours avant que la décision arbitrale ne soit rendue. Ce serait contraire à la pratique actuelle, qui a aussi été acceptée par les États-Unis. Ainsi, il est normalement difficile d'achever les procédures nécessaires avant que l'autorisation de l'ORD ait été obtenue. Lorsque les articles 306 b) et 305 a) prescrivent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de mettre en œuvre une suspension des concessions et des autres obligations en tant que mesure supplémentaire avant l'octroi de l'autorisation de l'ORD, cette suspension est incompatible avec les dispositions fondamentales du GATT (articles I^{er}, II, III, VIII et XI) et de l'AGCS (articles II, XVI, XVII et XVIII), selon la mesure dont il s'agit.

5.282 Selon le Japon, les articles 304 a) et 305 a) prescrivent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer si une action, politique ou pratique d'un pays étranger est déraisonnable même si elle ne frustre pas les États-Unis de leurs droits au titre de l'Accord sur l'OMC ou n'est pas incompatible avec l'Accord sur l'OMC. Ils prescrivent aussi au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'arrêter les mesures supplémentaires qu'il doit prendre puis de les mettre en œuvre sans respecter la procédure de règlement des différends prévue par l'Accord sur l'OMC. Même dans les cas où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine que l'action, la politique ou la pratique d'un pays étranger ne frustre pas les États-Unis des droits découlant pour eux de l'Accord sur l'OMC mais qu'elle est déraisonnable, le simple fait de mettre en œuvre des mesures supplémentaires qui ne sont pas compatibles avec l'Accord sur l'OMC, y compris la suspension de concessions ou d'autres obligations, est incompatible avec les dispositions fondamentales du GATT (articles I^{er}, II, III, VIII et XI) et de l'AGCS (articles II, XVI, XVII et XVIII), selon la mesure dont il s'agit.

5.283 Le Japon conclut que compte tenu des considérations qui précèdent, il estime que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur oblige les États-Unis à agir de façon incompatible avec les obligations découlant pour eux de l'Accord sur l'OMC. À supposer même que les États-Unis puissent mettre en œuvre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur de façon compatible avec l'Accord sur l'OMC avec un important pouvoir discrétionnaire, il est très peu vraisemblable que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé de façon compatible avec l'Accord sur l'OMC. Ladite loi porte aussi gravement atteinte au mécanisme de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. En conséquence, les États-Unis devraient modifier leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur pour faire en sorte qu'elle soit pleinement compatible avec les obligations découlant pour eux du Mémorandum d'accord.

5.284 Le Japon indique aussi, en se fondant sur les considérations qui précèdent que, dans la mesure où les États-Unis appliquent unilatéralement leurs propres règles et recommandations par le biais de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, ce comportement peut porter gravement atteinte au mécanisme de règlement des différends prévu dans le cadre de l'OMC. Bien que les États-Unis allèguent que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur peut être mise en œuvre de façon compatible avec l'Accord sur l'OMC grâce à l'utilisation de pouvoirs discrétionnaires, l'étendue des pouvoirs discrétionnaires prévus dans les dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est loin d'être explicite. Toute ambiguïté de ce genre est également contraire à l'esprit de l'article X du GATT. En conclusion, le Japon exhorte le Groupe spécial à demander aux États-Unis de modifier leur Loi de 1974 sur le commerce extérieur afin d'en assurer la pleine compatibilité avec les obligations découlant pour eux du Mémorandum d'accord.

5.285 Enfin, le Japon s'inquiète de la remise en vigueur par les États-Unis, à compter du mois de mars de l'année en cours, de l'article "Super 301". En vertu de cet article, les États-Unis recensent régulièrement les mesures, politiques et pratiques de pays étrangers visés en priorité qui amèneraient les États-Unis à ouvrir une enquête au titre de l'article 301, ce qui peut mettre en marche le mécanisme prévu à l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, et mener ainsi à des mesures unilatérales. Cela indique que les États-Unis n'ont pas changé d'attitude à l'égard de leurs partenaires commerciaux, dont le Japon, et continuent à régler les différends commerciaux à leur avantage en menaçant de recourir à des mesures commerciales unilatérales. Le Japon craint fort que cette politique des États-Unis ne porte gravement atteinte au cadre de l'OMC.

5.286 En réponse à une question du Groupe spécial portant sur le point de savoir si l'article 23:2 du Mémorandum d'accord interdit toute détermination relative à la compatibilité de mesures avec les règles de l'OMC ou toute détermination concluant qu'il y a eu violation, le Japon indique que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord devrait être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, c'est-à-dire comme interdisant aux Membres d'établir une détermination concluant qu'il y a eu violation.

5.287 Répondant à une question du Groupe spécial portant sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président auraient, en toutes circonstances, le pouvoir discrétionnaire d'éviter des déterminations et des mesures contraires aux règles de l'OMC et où, néanmoins, il serait constaté que les articles 301 à 310 étaient incompatibles avec les règles de l'OMC, une déclaration officielle des États-Unis contraignante en droit international indiquant que le gouvernement des États-Unis n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC supprimerait l'incompatibilité des articles 301 à 310 avec lesdites règles, le Japon indique que l'hypothèse à partir de laquelle est posée cette question comporte une contradiction. En effet, de façon générale, les lois ne sont pas incompatibles avec les règles de l'OMC lorsque les pouvoirs discrétionnaires comme ceux qui sont indiqués ci-dessus sont donnés aux personnes chargées d'appliquer les lois. De plus, on ne voit pas bien comment une déclaration officielle pourrait être "contraignante en droit international". Une "déclaration officielle" ne peut, à elle seule, supprimer l'incompatibilité avec les règles de l'OMC d'une loi incompatible avec les règles de l'OMC. Pour supprimer cette incompatibilité, il faudrait que cette suppression soit inscrite dans un instrument juridique contraignant en droit. De plus, il est extrêmement peu probable qu'un gouvernement annonce qu'il s'abstiendra d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère une loi incompatible avec les règles de l'OMC, afin de respecter les règles de l'OMC car cela voudrait dire que ce gouvernement dérogerait toujours à la loi.

5.288 Répondant à une question des États-Unis portant sur la compatibilité du système juridique interne des tierces parties avec le système de règlement des différends prévu par l'Accord sur l'OMC, le Japon indique que, en vertu de l'article 98:2 de sa Constitution, les traités conclus par le Japon et le droit international public établi doivent être scrupuleusement respectés. Lorsqu'il demande l'ouverture de consultations ou l'établissement d'un groupe spécial, le gouvernement japonais présente son opinion selon laquelle la mesure visée prise par un autre Membre est incompatible avec ses obligations au regard de l'OMC. Une telle opinion, toutefois, ne constitue pas une détermination au sens spécifique de l'article 23 du Mémorandum d'accord, et le gouvernement japonais respecte strictement les procédures de règlement des différends énoncées dans le Mémorandum d'accord et s'interdit d'établir unilatéralement une détermination ou de prendre unilatéralement des mesures sans respecter les règles du Mémorandum d'accord.

J. CORÉE

1. Introduction

5.289 **La Corée rappelle** que le 2 mars 1999, conformément à la demande présentée par les Communautés européennes, l'Organe de règlement des différends a établi un groupe spécial chargé d'examiner si les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis respectaient les obligations des États-Unis au regard du GATT/de l'OMC. Conformément à l'article 10 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, la République de Corée a réservé ses droits en tant que tierce partie au différend par notification à l'ORD.[578]

5.290 La Corée indique ensuite qu'ayant fréquemment été la cible de menaces et mesures des États-Unis au titre des articles 301 à 310, la Corée a un intérêt substantiel dans la plainte déposée par les Communautés européennes pour contester cet aspect de la législation commerciale des États-Unis. Alors qu'au milieu de l'année 1998 la Corée n'était que le neuvième partenaire commercial des

[578] La Corée se réfère à *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, Note du Secrétariat, Constitution du Groupe spécial établi à la demande des Communautés européennes, 6 avril 1999, WT/DS152/12, paragraphe 5 (énumérant les pays qui avaient réservé leurs droits en tant que tierces parties).

États-Unis par ordre d'importance[579], elle occupait le troisième rang dans l'ordre des pays le plus fréquemment visés par des mesures au titre de l'article 301, après l'Union européenne et le Japon.[580] Au total, au 4 juin1998, dix affaires au moins avaient été engagées contre la Corée au titre de l'article 301.[581]

5.291 À la demande du Groupe spécial, la Corée a présenté le tableau suivant récapitulant les affaires dans lesquelles les États-Unis ont pris des mesures contre la Corée en vertu de l'article 301.

AFFAIRES DANS LESQUELLES LES ÉTATS-UNIS ONT PRIS
CONTRE LA CORÉE DES MESURES UNILATÉRALES
AU TITRE DE L'ARTICLE 301

A. Mesures unilatérales prises par les États-Unis au titre de l'article 301 dans le cadre du système du GATT (1980-)

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
1	**Assurance**	Suite à la requête déposée par la branche de production des États-Unis le 5 novembre 1979, l'USTR a ouvert une enquête le 19 décembre 1979. Le 26 novembre 1980, il a invité le public à formuler des observations concernant, entre autres choses, les mesures de rétorsion proposées. À partir de juin 1980, plusieurs séries de consultations ont été organisées.	La Corée s'est engagée à promouvoir une concurrence plus ouverte sur son marché de l'assurance. La branche de production a retiré sa requête le 19 décembre, et l'USTR a clos l'enquête le 29 décembre 1980.
2	**Assurance**	Le 16 septembre 1985, l'USTR a ouvert de sa propre initiative une enquête portant sur les services d'assurance de la Corée. C'était l'une des premières affaires dans lesquelles l'USTR ouvrait l'enquête de sa propre initiative. Cinq consultations ont été organisées – en novembre et décembre 1985, puis en février, mars et juillet 1986 – concernant l'ouverture du marché coréen de l'assurance.	Le 21 juillet 1986, la Corée a accepté d'élargir l'accès des entreprises des États-Unis au marché coréen de l'assurance en leur permettant d'offrir à la fois des produits d'assurance vie et d'autres produits d'assurance. (Échange de lettres concernant l'assurance) Les États-Unis ont donc clos l'enquête le 14 août.
	Modification		L'accord de 1986 a été modifié le 10 septembre 1987; des prescriptions plus détaillées ont alors été énoncées concernant les opérations d'assurance effectuées par le biais de coentreprises. (Échange de lettres concernant l'assurance)

[579] Central News Agency (Taiwan), *US Deficit with Tigers Grow in Leaps and Bounds*, 19 juin 1998.

[580] Thomas O. Bayard & Kimberly Ann Elliott, "Reciprocity and Retaliation in U.S. Trade Policy", pages 57 et 58 (1994), *cité dans* Raj Bhala, International Trade Law: Cases and Materials, page 1096 (1996).

[581] United States Trade Representative, "Section 301 Table of Cases" (au 4 juin 1998) http://www.ustr.gov/reports/301report/act301.htm.

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
			En janvier 1988, les États-Unis et la République de Corée ont précisé le texte modifié du 10 septembre pour spécifier les conditions dans lesquelles certaines entreprises coréennes pouvaient participer à des coentreprises. (Échange de lettres sur les coentreprises en matière d'assurance vie)
3	**Restrictions aux importations de chaussures autres qu'en caoutchouc**	Une requête a été déposée par Footwear Industries of America, Inc. *et al.* le 25 octobre 1982, alléguant que des restrictions étaient apportées à l'importation de chaussures autres qu'en caoutchouc par les CE et par d'autres pays, dont la Corée.	La Corée a tenu des consultations avec les États-Unis le 5 février 1983. En août, elle a abaissé les droits de douane applicables aux différentes positions concernant les chaussures et a supprimé les articles en cuir de la liste des produits dont l'importation faisait l'objet d'une surveillance.
4	**Droits de propriété intellectuelle**	Le 4 novembre 1985, l'USTR a ouvert de sa propre initiative une enquête sur le système coréen de protection des droits de propriété intellectuelle. La Corée a eu des consultations bilatérales avec les États-Unis en novembre et décembre 1985 et tout au long de la période février-juillet 1986. Les États-Unis n'ont pas seulement demandé à la Corée de protéger les brevets, les droits d'auteur et les marques de fabrique ou de commerce, mais ont exigé aussi qu'elle envisage la protection des bases de données compilées.	Le 21 juillet 1986, la Corée a accepté d'améliorer la protection des droits de propriété intellectuelle en Corée, et les accords ont été signés le 28 août 1986. (Mémorandum d'accord sur les droits de propriété intellectuelle, Échange de lettres sur les brevets de procédés, et Lettre explicative concernant les directives administratives) – La Corée a accepté de prolonger la durée de la protection conférée par un brevet et de protéger les produits pharmaceutiques américains en voie de commercialisation brevetés aux États-Unis après janvier 1980 pendant dix ans, de 1987 à 1997. – La Corée a accepté de porter la durée de la protection des droits d'auteur de 30 à 50 ans. – La Corée a promulgué une loi portant protection des logiciels d'ordinateur. Les États-Unis ont clos l'enquête le 14 août 1986. La Corée a donné son accord à la protection rétroactive des droits d'auteur, alors même qu'elle n'était pas partie contractante à la Convention de Berne.

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
5	**Cigarettes**	Suite à une requête déposée par la branche de production des États-Unis le 22 janvier 1988, l'USTR a ouvert une enquête et demandé le 16 février 1988 l'ouverture de consultations avec le gouvernement coréen, portant sur l'accès au marché coréen des cigarettes étrangères.	La Corée a accepté, le 27 mai 1988, d'accorder le "plein" traitement national et des droits de douane nuls. (Mémorandum d'accord relatif à l'accès au marché pour les cigarettes). L'enquête a été close le 31 mai 1988.
6	**Viande de bœuf**	Une requête de la branche de production intéressée a été déposée le 16 février 1988. Il y était allégué que la Corée appliquait, en violation de l'article XI du GATT, un régime de licences d'importation restrictif pour toutes les viandes bovines. La Corée et les États-Unis ont tenu des consultations dans le cadre du GATT les 19 et 20 février et le 21 mars. Tandis que le processus de règlement du différend dans le cadre du GATT était en cours, l'USTR a ouvert une enquête le 28 mars. Le 4 mai 1988, le Conseil a établi un groupe spécial au titre de l'article XXIII:2. La première réunion du Groupe spécial a eu lieu le 28 novembre 1988, et la deuxième, le 20 janvier 1989. Le rapport du Groupe spécial, qui donnait raison aux États-Unis, a été présenté le 27 mai. La Corée s'est refusée par deux fois à adopter le rapport du Groupe spécial, lors des réunions du Conseil du GATT de juin et de juillet 1989. L'USTR a annoncé le 27 septembre qu'il reporterait l'application de mesures de rétorsion d'une période maximale de 180 jours, mais publierait, avant la mi-novembre, une liste de mesures de rétorsion si "une avancée substantielle vers la résolution de cette question dans le cadre du GATT ne s'était pas produite avant cette date". Après des consultations bilatérales, tenues en août et en novembre, la Corée a adopté le rapport du Groupe spécial du GATT, le 7 novembre.	À la suite de plusieurs séries de négociations, la Corée a conclu un accord avec les États-Unis le 21 mars, et procédé à un échange de lettres les 26 et 27 avril 1990. Le 26 avril 1990, l'enquête au titre de l'article 302 a été close. Toutefois, la Corée reste assujettie à la surveillance de la mise en œuvre de ses engagements.
7	**Vin**	Le 27 avril 1988, la branche de production des États-Unis a déposé une requête incriminant les politiques et pratiques du gouvernement coréen sur le marché coréen du vin. Le 11 juin 1988, l'USTR a ouvert une enquête et demandé l'ouverture de négociations avec le gouvernement coréen..	De nouvelles consultations ont finalement abouti le 18 janvier 1989 à un accord dans lequel la Corée acceptait d'accorder aux fabricants étrangers de vin et de produits à base de vin un accès non discriminatoire et équitable au marché coréen .

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
		Des consultations se sont déroulées les 11 et 12 octobre à Washington et le 25 octobre à Séoul.	(Échange de lettres sur les importations de vin et de produits à base de vin). La Corée a aussi accepté d'abaisser le droit de douane applicable à 50 pour cent. L'enquête a été close le 18 janvier 1989.

B. Mesures unilatérales prises par les États-Unis au titre de l'article "Spécial 301"

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE "SPÉCIAL 301" ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
1	**Droits de propriété intellectuelle au titre de l'article "Spécial 301"**	Le 13 juin 1988, l'USTR a mis en place une équipe interministérielle chargée d'examiner le système coréen de brevets. En mai 1989, l'USTR a inscrit la Corée sur la liste des pays à surveiller en priorité. Les États-Unis continuent de surveiller la mise en œuvre de l'accord par le biais de consultations annuelles, et à ce jour, la Corée reste sous la menace de la "procédure prévue par l'article Spécial 301".	Le Mémorandum d'accord prévoyait un mécanisme consultatif, qui a été utilisé pour examiner la mise en œuvre de l'accord par la Corée. Sous la menace de l'article "Spécial 301", la Corée a procédé à un échange de lettres sur la protection des canalisations et produits connexes énumérant les produits assujettis à cette protection ainsi que les procédures à suivre. (Échange de lettres sur la protection des canalisations et produits connexes)
2	**Télécommunications dans le cadre de la Loi de 1988 sur le commerce dans le domaine des télécommunications**	En février 1989, l'USTR a désigné la Corée au nombre des pays étrangers à examiner en priorité au titre de l'article 1374 de la Loi de 1988 sur le commerce, en demandant la libéralisation du marché coréen des télécommunications. De septembre 1989 à janvier 1992, neuf consultations ont été tenues.	Le 24 février 1992, la Corée a accepté d'accorder le traitement national aux entreprises des États-Unis et aux coentreprises, ainsi que de procéder à la libéralisation de son marché des télécommunications. En mars, l'USTR a retiré la Corée de la liste des pays étrangers à examiner en priorité.
		Conformément au Mémorandum d'accord de 1992, les États-Unis ont demandé que des consultations annuelles soient organisées de 1993 à 1995, pour examiner la mise en œuvre de l'accord et obtenir de nouvelles concessions, en menaçant de porter à nouveau la Corée sur la liste des pays étrangers à examiner en priorité. Au début de 1996, l'USTR a demandé que le Mémorandum d'accord de 1992 soit modifié, et déclaré qu'il désignerait la Corée comme pays étranger à examiner en priorité le 1er juillet au plus tard si les négociations relatives à l'accès au marché des télécommunications aboutissaient à	Les 17 et 18 juin 1997, la Corée et les États-Unis ont finalement mis un terme au conflit commercial. La Corée a refusé de modifier l'accord ou d'en conclure un nouveau, mais a accepté de publier au Journal officiel une "déclaration de politique en matière d'information et de communications. Le 23 juillet 1997, l'USTR a retiré la Corée de la liste des pays étrangers à examiner en priorité.

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE "SPÉCIAL 301" ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
		un échec. L'USTR a menacé de prendre des mesures de rétorsion au titre de l'article "Super 301" dans un délai d'un mois si la Corée ne modifiait pas le Mémorandum d'accord de 1992 et ne procédait pas à une nouvelle ouverture de son marché des télécommunications. Les séries de consultations tenues entre mai et juillet ont abouti à un échec et le 26 juillet 1996, l'USTR a de nouveau désigné la Corée comme pays étranger à examiner en priorité. Des réunions ont été tenues en septembre, octobre et décembre 1996, ainsi qu'en février, mars et juin 1997.	

C. Mesures unilatérales prises par les États-Unis au titre de l'article 301 dans le cadre du régime de l'OMC

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
1	**Restrictions à l'accès au marché des produits agricoles**	Le 18 novembre 1994, la branche de production des États-Unis a déposé une requête relative aux pratiques coréennes concernant l'importation de certains produits agricoles des États-Unis. Le 22 novembre 1994, l'USTR a ouvert une enquête et invité le public à formuler ses observations. À la réunion d'avril du sous-groupe chargé du commerce, la Corée a proposé, à titre de concession, d'adopter à partir de 1998 un système facultatif concernant la durée de conservation. Les États-Unis ont toutefois demandé que la mise en œuvre de ce système commence à une date plus rapprochée. Le 3 mai 1995, les États-Unis ont demandé l'ouverture de consultations avec la Corée dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC. La première consultation s'est tenue les 5 et 6 juin 1995.	Le 20 juillet 1995, la Corée et les États-Unis sont parvenus à une solution qui a été notifiée à l'OMC le jour suivant. Une fois l'accord conclu, l'USTR a clos l'enquête. Il continue de surveiller la mise en œuvre de l'accord par la Corée conformément à l'article 306 de la Loi sur le commerce extérieur.
2	**Obstacles aux importations d'automobiles**	Le 1er octobre 1997, l'USTR a décidé d'inscrire les pratiques coréennes sur la liste des pratiques de pays étrangers à traiter en priorité, suivant la procédure prévue à l'article "Super 301" et a ouvert le 20 octobre 1997 une enquête portant sur le marché coréen des automobiles. Le 28 octobre1997, l'USTR a invité le public à formuler ses observations. Des séries de consultations ont été organisées. Le 7 septembre 1998, les États-Unis ont	Le 20 octobre 1998, la Corée a conclu un mémorandum d'accord améliorant l'accès des véhicules automobiles en provenance des États-Unis et d'autres pays étrangers au marché coréen, et l'USTR a en conséquence clos l'enquête. Le Mémorandum d'accord établissait les conditions relatives au fonctionnement du marché dans le secteur coréen des véhicules automobiles, en ce

N°	DÉSIGNATION DE L'AFFAIRE	MESURES PRISES AU TITRE DE L'ARTICLE 301 ET NÉGOCIATIONS BILATÉRALES	ACCORD
		écrit au Président de la Corée pour lui rappeler que la période de l'enquête au titre de l'article "Super 301" prenait fin le 19 octobre, en demandant que soient accordées de "réelles concessions en matière d'ouverture des marchés pour régler le différend".	qui concerne le régime fiscal coréen, les manières de voir du public, le régime hypothécaire, et les procédures d'homologation.

2. Aperçu

a) Importance du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

5.292 La Corée fait valoir que dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 ("GATT de 1947"), il était presque impossible de parvenir à un règlement des différends qui fût contraignant. Tout d'abord, la procédure de règlement des différends était longue et pouvait facilement être prolongée. Ce qui était à l'origine de difficultés plus graves encore, toutefois, c'était le fait que la procédure de règlement prévue par l'article XXIII du GATT de 1947 exigeait le consensus, si bien qu'une partie contractante "défenderesse" pouvait effectivement empêcher la suspension, par la partie contractante "plaignante", à titre de rétorsion, des obligations en regard du GATT.

5.293 La Corée note aussi que les lacunes du système de règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947 ont à l'occasion conduit à l'adoption unilatérale de mesures de rétorsion et de contre-mesures de rétorsion, car les États exerçaient ce qu'ils estimaient être leurs droits au regard du droit international coutumier de suspendre les concessions accordées dans le cadre du GATT pour donner suite à ce qu'ils percevaient comme des violations du GATT par d'autres États. Ces séries coûteuses de suspensions non réglementées de concessions commerciales avaient un effet déstabilisateur sur le système économique international, en particulier parce qu'elles enclenchaient souvent la spirale descendante des guerres commerciales. Par exemple, ce que l'on a appelé la "guerre des poulets" qui a opposé, au début des années 60, les États-Unis et la Communauté économique européenne ("CEE"), et qui était à l'origine un différend relatif à l'application aux poulets à rôtir de la Politique agricole commune de la CEE, est devenu une guerre commerciale, les États-Unis menaçant de prendre des mesures de rétorsion à l'encontre de produits allant depuis le vin et le fromage de Roquefort jusqu'aux ciseaux et aux rasoirs électriques.[582] Il s'est avéré que le système du GATT de 1947 pouvait difficilement permettre d'arrêter ou d'empêcher de telles guerres commerciales, et en fait certains États ont tiré argument de l'échec du système pour justifier l'adoption de mesures unilatérales. Les États-Unis, en particulier, ont fréquemment eu recours à des mesures commerciales unilatérales incompatibles avec le GATT de 1947 lorsque les procédures de règlement en vigueur étaient inopérantes, expliquant que: "Si une telle action était considérée comme unilatérale, il fallait néanmoins reconnaître qu'il s'agissait d'une réaction parfaitement justifiable qui s'avérait nécessaire parce que les efforts bilatéraux ou multilatéraux déployés pour régler un problème n'avaient pas abouti. Si l'on voulait minimiser ou éviter l'unilatéralisme, il fallait créer un système multilatéral crédible – en renforçant le système existant."[583]

[582] La Corée cite, pour un exposé plus complet de la "guerre des poulets", Abram Chayes *et al.*, International Legal Process: Materials for an Introductory Course, (1968), pages 249 à 306.

[583] Document du GATT C/163, 16 mars 1989, page 4.

5.294 De l'avis de la Corée, le Mémorandum d'accord a été conçu pour être précisément cela, "un système multilatéral crédible". Il remédiait aux principales faiblesses du système de règlement des différends prévu par le GATT de 1947 en établissant un calendrier prévisible pour le règlement des différends commerciaux et, le cas échéant, l'imposition de sanctions commerciales, et aussi en supprimant la prescription, d'effet paralysant, selon laquelle le pays visé par ces sanctions devait y donner son accord.

5.295 La Corée soutient aussi que l'interdiction énoncée sans ambiguïté dans le Mémorandum d'accord à l'égard des actes d'unilatéralisme était un élément essentiel du marché multilatéral que représentaient les accords négociés pendant le Cycle d'Uruguay. Ces accords renforçaient de façon spectaculaire l'obligation incombant aux Membres de l'OMC de réduire ou de supprimer les obstacles au commerce. Le Cycle d'Uruguay a débouché non seulement sur de nouvelles réductions des obstacles au commerce des marchandises, mais aussi sur de nouvelles disciplines dans des domaines comme le commerce des services ou la protection des droits de propriété intellectuelle. Cet élargissement conséquent de la portée du système du GATT/de l'OMC – l'un des principaux objectifs des États-Unis dans les négociations du Cycle d'Uruguay – a été obtenu en partie en échange de l'engagement, nouveau, inscrit dans le Mémorandum d'accord, de recourir au règlement effectivement multilatéral, et non unilatéral, des différends nés dans le cadre du GATT et des accords connexes. Les parties aux instruments du Cycle d'Uruguay n'auraient jamais accepté cette extension de leurs engagements en matière de commerce si elles avaient imaginé qu'elles resteraient assujetties à la suspension unilatérale des engagements contractés par d'autres parties.

5.296 Selon la Corée, réduire l'unilatéralisme était une préoccupation particulière des petits pays comme elle. Les petits pays sont beaucoup plus vulnérables que les grands pays à la privation unilatérale des avantages commerciaux parce qu'il n'y a aucune commune mesure entre l'incidence d'une mesure unilatérale sur un petit pays et l'incidence d'une éventuelle mesure de rétorsion prise contre un grand pays.[584] Par exemple, en 1997, le produit intérieur brut ("PIB") de la Corée était d'environ 631,2 milliards de dollars[585]; le PIB des États-Unis était de 8 111,9 milliards de dollars[586], soit près de 13 fois supérieur. Dans ces conditions, des sanctions commerciales équivalentes entraînent pour l'économie coréenne des répercussions 13 fois supérieures à celles qu'elles auraient sur l'économie des États-Unis.[587]

5.297 La Corée souligne que le Mémorandum d'accord ne supprime évidemment pas le droit pour un pays de suspendre des concessions au titre du GATT ou de prendre d'autres mesures commerciales de rétorsion. Toutefois, en réglementant le calendrier et les modalités du recours à de telles mesures, le Mémorandum d'accord est bénéfique aux petits pays comme la Corée, car il assure que des sanctions commerciales ne seront pas imposées de façon soudaine ou arbitraire, mais seulement lorsqu'il aura été constaté qu'elles sont justifiées au regard d'un processus multilatéral méthodique et

---

[584] La Corée cite O. Thomas Johnson, Jr., Alternative Dispute Resolution in the International Context: The North American Free Trade Agreement, 46 SMU L. Rev., pages 2175 et 2176 à 2178 (1993) (analysant le phénomène entre les parties à l'ALENA).

[585] Matt Rosenberg, "South Korea" (visité pour la dernière fois le 8 juin 1999) http://geography.about.com/library/cia/blcsouthkorea.htm?COB=home&terms=south+korea+gdp>.

[586] Economic Report of the President Transmitted to the Congress February 1999, Table B-1, Gross Domestic Product, page 326.

[587] De l'avis de la Corée, par exemple, une mesure au titre de l'article 301 concernant des échanges d'une valeur de 10 milliards de dollars représenterait une menace de sanctions commerciales touchant des produits coréens dont la valeur représenterait près de 2 pour cent du PIB de la Corée. Des mesures de rétorsion équivalentes prises par la Corée toucheraient des produits des États-Unis représentant à peine plus d'un dixième de 1 pour cent du PIB des États-Unis.

après que le pays visé aura eu des possibilités raisonnables de mettre ses pratiques en conformité avec ses engagements au titre du GATT.

5.298 Selon la Corée, il est néanmoins regrettable que les États-Unis maintiennent encore la loi qui autorise le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à exercer ce qu'il estime être son droit de prendre des mesures de rétorsion en réponse à ce qu'il perçoit comme des violations par d'autres États. L'historique et les effets des articles 301 à 310 sont exposés de façon claire et exhaustive dans la communication des Communautés européennes. La Corée ne les répétera donc pas. Elle souhaiterait seulement mentionner un aspect important des articles 301 à 310 dont les Communautés européennes n'ont pas traité: la publication d'une liste de mesures de rétorsion par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.

5.299 La Corée fait valoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de l'article 304 c), de publier au Federal Register "toute détermination établie au titre de la section a) 1)", ce qui inclut la détermination obligatoire de la mesure qu'il se propose de prendre à titre de rétorsion face à l'inexécution des droits résultant pour les États-Unis d'un accord commercial. La publication de cette "détermination" donne aux États-Unis un considérable pouvoir de négociation en raison des conséquences très concrètes que la publication d'une liste de mesures de rétorsion entraîne pour les échanges commerciaux. Dans la vaste majorité des affaires relevant de l'article 301, la menace de sanctions a conduit à elle seule à une solution négociée bilatérale. La menace que représentent des sanctions au titre de l'article 301 peut donc être décrite à juste titre comme étant un instrument efficace pour "extorquer des concessions unilatérales à des partenaires commerciaux plus faibles".

5.300 De l'avis de la Corée, ces répercussions sont amplifiées lorsque le gouvernement des États-Unis décide de "suspendre la liquidation" des droits de douane sur les marchandises figurant sur la liste des produits visés par des mesures de rétorsion. La "liquidation des droits" est le calcul final des droits exigibles au moment du dédouanement. Lorsque cette liquidation est "suspendue", la responsabilité légale de l'importateur en ce qui concerne l'acquittement des droits et autres redevances reste indéterminée. En d'autres termes, l'importateur peut être tenu de payer des droits de douane supplémentaires si la liste des mesures de rétorsion prend effet à une date postérieure. Le fait que le montant de ces droits n'est pas déterminé entraîne un degré d'incertitude qui peut bouleverser les courants commerciaux.

b) Mesures en cause

5.301 La Corée dit que l'historique et l'effet des articles 301 à 310 sont énoncés de façon claire et exhaustive par les Communautés européennes, et ne seront pas répétés ici, si ce n'est pour souligner que:

> a) En vertu de l'article 304 a) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "décide", dans le cas d'une détermination concluant qu'un accord commercial a été violé, "le cas échéant, de la mesure qu'il devrait prendre" à titre de rétorsion pour cette violation "au plus tard … i) dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends [de l'OMC] s'est achevée, ou ii) dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête [au titre de l'article 301] a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces échéances[588];

[588] 19 U.S.C. § 2414 a) 2).

b) En vertu de l'article 306 b) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit déterminer si un Membre de l'OMC n'a pas mis en œuvre une recommandation formulée par un groupe spécial de règlement des différends ou par l'Organe d'appel dans un délai de 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord. Il doit aussi arrêter dans le même délai de 30 jours les mesures supplémentaires qu'il doit prendre à l'encontre du Membre de l'OMC considéré comme ne mettant pas en œuvre une telle recommandation, là encore indépendamment de l'état d'avancement de toute procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC portant sur la même affaire.[589]

5.302 Selon la Corée, il y a un aspect des articles 301 à 310 qui est égligé par les Communautés européennes et qui mérite d'être mentionné: la publication par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'une liste de mesures de rétorsion. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de l'article 304 c), de publier au Federal Register "toute détermination établie au titre de la section a) 1)", ce qui inclut la détermination obligatoire des mesures qu'il se propose de prendre à titre de rétorsion face à l'inexécution de droits découlant pour les États-Unis d'un accord commercial. La publication de cette "détermination" donne aux États-Unis un considérable pouvoir de négociation, en raison des conséquences très concrètes que la publication d'une liste de mesures de rétorsion entraîne pour les échanges commerciaux. Entre 1974 et 1994, les États-Unis ont ouvert près de 100 enquêtes en vertu de l'article 301.[590] Des mesures de rétorsion unilatérales n'ont été effectivement imposées que dans huit de ces cas, alors qu'elles avaient été annoncées pour un nombre beaucoup plus grand. Dans la grande majorité des affaires relevant de l'article 301, la seule menace de sanctions a conduit à une solution négociée bilatérale. La menace que font peser des sanctions au titre de l'article 301 est donc décrite à juste titre comme étant un instrument efficace pour "extorquer des concessions unilatérales à des partenaires commerciaux plus faibles".[591]

5.303 De l'avis de la Corée, comme cela a déjà été indiqué, la simple publication d'une liste de mesures de rétorsion au Federal Register peut avoir d'importantes répercussions sur les échanges. Ces répercussions sont amplifiées lorsque le gouvernement des États-Unis décide de "suspendre la liquidation" des droits de douane sur les marchandises figurant sur la liste des produits visés par des mesures de rétorsion.[592] La "liquidation des droits" est le calcul définitif des droits exigibles au moment du dédouanement.[593] Lorsque cette liquidation est "suspendue", la responsabilité légale de l'importateur en ce qui concerne l'acquittement des droits et autres redevances reste indéterminée. En d'autres termes, l'importateur peut être tenu de payer des droits de douane supplémentaires si la liste des mesures de rétorsion prend effet à une date ultérieure. Le fait que le montant de ces droits n'est pas déterminé entraîne un degré d'incertitude qui peut bouleverser les courants commerciaux.

---

[589] Voir 19 U.S.C. § 2416 b) 2).

[590] "United States Trade Representative, 1995 Trade Policy Agenda et 1994 Annual Report 96 (1994)", *cité dans* Bhala, *op. cit.*, note 2, page 1096 et note de bas de page 1.

[591] Jagdish Bhagwati, The World Trading System at Risk, page 53 (1991).

[592] Voir, par exemple, Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Notice of United States Suspension of Tariff Concessions, 64 Fed. Reg. 19, 209 (1999) (liquidation des droits suspendue en ce qui concernait les admissions de certains produits européens à partir du 2 mars 1999, alors même que la décision définitive des arbitres relative au préjudice n'a été adoptée par l'ORD que le 19 avril 1999).

[593] Voir 19 Code of Federal Regulations § 159.1 (1999).

3. Arguments juridiques

5.304 La Corée indique qu'elle se rallie de façon générale aux arguments présentés par les Communautés européennes. Toutefois, et sans préjudice de tous autres arguments pouvant contribuer à établir que les articles 301 à 310 sont incompatibles avec le GATT de 1994, le Mémorandum d'accord et/ou d'autres instruments issus du Cycle d'Uruguay, la Corée n'insiste, dans la présente communication indépendante, que sur deux aspects particulièrement troublants des articles 301 à 310.

5.305 La Corée souligne d'abord que les menaces de rétorsion que comporte la publication d'une liste de mesures de rétorsion et la suspension de la liquidation des droits de douane en vertu des articles 301 à 310 violent elles-mêmes les articles I et XIII du GATT de 1994. La publication d'une liste de mesures de rétorsion par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales – que cette liste prévoie des droits de douane majorés ou des restrictions quantitatives – entraîne manifestement des conséquences pour le rapport concurrentiel entre les produits ciblés et les produits analogues provenant de tous les autres pays.

5.306 La Corée fait valoir qu'il est admis depuis longtemps que les disciplines du GATT/de l'OMC servent à protéger les attentes des parties quant au rapport concurrentiel entre leurs produits et ceux des autres parties; "[l]a protection des attentes légitimes des Membres concernant les conditions de concurrence est dans le cadre du GATT un principe bien établi".[594] En conséquence, plusieurs dispositions du GATT de 1994 visent à assurer une protection contre les mesures prises par un Membre de l'OMC qui ont un effet préjudiciable sur la compétitivité des produits importés.

5.307 La Corée fait observer que parmi les dispositions qui présentent de l'intérêt pour le présent différend, il y a l'article premier du GATT de 1994 qui dispose ce qui suit:

> "Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations …"

Cette obligation d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée a été interprétée comme invalidant les mesures qui bouleversent les attentes des Membres de l'OMC concernant la compétitivité de leurs produits vis-à-vis des produits des autres Membres. C'est sur cette base que le Groupe spécial qui examinait les mesures prises par l'Ontario (Canada) affectant la vente des pièces de monnaie en or a déterminé que ces mesures privaient les pièces de monnaie importées d'Afrique du Sud à la fois du traitement national (article III) et du traitement de la nation la plus favorisée.[595]

5.308 La Corée note aussi que dans le même esprit, l'article XIII du GATT de 1994 dispose, en ce qui concerne les restrictions quantitatives, ce qui suit: "Aucune prohibition ou restriction ne sera

---

[594] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 7.20. Voir aussi Ernst-Ulrich Petersmann, The Dispute Settlement System of the World Trade Organisation and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948, 31 Common Market L. Rev.____, pages 1178 et 1179 (1994). *Cf.* rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *États-Unis –– Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.2 (appliquant le principe en liaison avec l'obligation inscrite à l'article III en matière de traitement national).

[595] Rapport du Groupe spécial concernant l'affaire *Canada – Mesures affectant la vente des pièces de monnaie en or*, L/5863, 17 septembre 1985, paragraphe 70.

appliquée par une partie contractante à l'importation de produits originaires du territoire d'une autre partie contractante ..., à moins que des prohibitions ou des restrictions semblables ne soient appliquées à l'importation du produit similaire originaire de tout pays tiers". Comme la prescription relative au traitement de la nation la plus favorisée, cette disposition vise à empêcher que ne soient prises des mesures impliquant des restrictions quantitatives qui entraînent un désavantage compétitif pour les produits d'un Membre de l'OMC par rapport à ceux d'autres Membres.[596]

5.309 La Corée fait valoir que la publication d'une liste de mesures de rétorsion par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales – que cette liste prévoie des droits de douane majorés ou des restrictions quantitatives - entraîne manifestement des conséquences pour le rapport concurrentiel entre les produits ciblés et les produits analogues provenant de tous les autres pays. Le fait de cibler tels produits importés particuliers pour les soumettre à des mesures de rétorsion peut influer sur les échanges de ces produits de plusieurs façons. Face au risque d'augmentation des droits ou de diminution des approvisionnements, les importateurs choisiront souvent de reporter immédiatement leurs commandes sur les producteurs d'autres pays, pour exclure la possibilité d'avoir à payer des droits de douane exorbitants lorsque les marchandises commandées seront effectivement arrivées. À l'inverse, dans les cas où les marchandises commandées peuvent être importées rapidement, les importateurs pourraient en fait augmenter leurs achats des biens ciblés afin d'augmenter leurs stocks avant que les mesures de rétorsion dont la menace est brandie n'entrent en vigueur, ce qui serait préjudiciable aux importations en provenance de pays non ciblés. (Pour cette raison, les produits pour lesquels le délai entre la commande et l'importation est bref ne seront probablement pas choisis pour figurer sur les listes des marchandises faisant l'objet de mesures de rétorsion établies par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.) Une troisième possibilité est que les importateurs augmentent immédiatement leurs prix en prévision des futures augmentations de coûts ou des pénuries provoquées par l'application de la liste de mesures de rétorsion. Dans chacun de ces cas, la simple publication d'une liste de mesures de rétorsion change le rapport concurrentiel entre les produits ciblés en provenance du pays ciblé et tous les produits concurrents. En conséquence, la publication d'une liste de mesures de rétorsion viole l'article premier du GATT de 1994, et, lorsque les mesures de rétorsion proposées comprennent des restrictions quantitatives, l'article XIII du GATT de 1994. De plus, comme cela est expliqué ci-dessous, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de publier une liste de mesures de rétorsion dans un délai de 30 jours à compter de l'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, ou de 18 mois à compter de la date d'ouverture de l'enquête du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, selon la plus rapprochée de ces deux échéances. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est aussi tenu de publier des listes de mesures de rétorsion 30 jours au plus tard après l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre prévu par le Mémorandum d'accord.

5.310 Quel que soit le stade du processus auquel ces mesures interviennent, leur effet sur les petits pays comme la Corée est amplifié par les dimensions écrasantes de l'économie des États-Unis et le caractère relativement insignifiant pour les États-Unis de leurs échanges avec une économie de dimension modeste, quelle qu'elle soit. Cette inégalité omniprésente quant au pouvoir de négociation est bien l'une des choses que le système de règlement des différends prévu dans le cadre du GATT/de l'OMC devait améliorer. Toutefois, outre qu'elles bouleversent l'équilibre mondial des échanges pour tous les Membres de l'OMC, les menaces de mesures de rétorsion en dehors du cadre du GATT/de l'OMC amplifient encore cette disproportion et défavorisent tout particulièrement les petits pays.

[596] La Corée se réfère au rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 7.20; au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.2; au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 337, op. cit.*, paragraphe 5.13.

5.311 La Corée souligne ensuite que les articles 301 à 310 imposent des mesures qui violent les articles 21 et 23 du Mémorandum d'accord. Il convient de noter, comme les Communautés européennes l'établissent de façon convaincante dans leur première communication, qu'une législation exigeant des pouvoirs publics des mesures incompatibles avec les obligations découlant pour un Membre de l'OMC des instruments issus du Cycle d'Uruguay constitue une mesure qui peut être incriminée devant un organe de règlement des différends de l'OMC même si les pouvoirs octroyés en vertu de cette législation n'ont pas encore été exercés de manière incompatible avec le GATT de 1994 ou avec tout accord connexe.[597] Les articles 301 à 310 exigent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales prenne des mesures qui ne peuvent être conciliées avec les obligations découlant pour les États-Unis des articles 21 et 23 du Mémorandum d'accord, et violent donc eux-mêmes le Mémorandum d'accord. Rien ne sert, pour défendre la loi des États-Unis contre la présente incrimination, de prétendre que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait respecter les procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord en ignorant les prescriptions des articles 301 à 310.[598]

5.312 La Corée fait valoir que les articles 301 à 310 n'autorisent pas seulement la mesure incompatible avec le GATT qui consiste à publier une liste des mesures de rétorsion, mais font aussi obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de prendre cette mesure unilatéralement dans un délai de 30 jours à partir de l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Spécifiquement, l'article 304 a) 2) A) i) prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales non seulement de se prononcer unilatéralement sur la question de savoir si un autre pays viole les droits reconnus aux États-Unis dans le cadre de l'OMC[599], mais aussi, dans le cas où il constate une telle violation, de décider des mesures qu'il se propose de prendre "dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée". Selon l'article 304 c), cette détermination doit être publiée au Federal Register. Avant même d'établir cette détermination, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit généralement "ménage[r] aux personnes intéressées (après leur avoir donné un préavis d'au moins 30 jours) la possibilité de présenter leurs vues, y compris dans le cadre d'une audition publique, lorsque l'une d'entre elles en fait la demande".[600] Ainsi, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit formuler et publier une menace de rétorsion au plus tard 30 jours après la date de l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Lorsqu'il formule sa menace, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut choisir parmi les mesures de rétorsion, dont l'une est la décision de:

> "A) suspendre, … retirer ou … empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial …; [ou] B) imposer des

---

[597] La Corée se réfère au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement, op. cit.*, paragraphe 5.2.2; au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt, op. cit.*, pages 318, 327 et 328; et au rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 7.35.

[598] La Corée cite le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt, op.cit.*, où il est reconnu, page 328 que "[m]ême si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques". La Corée cite aussi le rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 7.35.

[599] La Corée cite l'argument des CE selon lequel les dispositions de l'article 23 du Mémorandum d'accord "obligent les États-Unis à s'abstenir de déterminer unilatéralement si un autre Membre a frustré les États-Unis de droits ou avantages résultant d'un accord de l'OMC".

[600] Article 304 b) 1) A), *reproduit dans* 19 U.S.C. § 2414 b) 1) A).

> droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises et, nonobstant toute autre disposition législative, des redevances ou des restrictions concernant les services de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée."[601]

5.313 La Corée soutient qu'étant donné le calendrier indiqué à l'article 304 a) 2), cette annonce obligatoire de mesures de rétorsion est faite, au plus tard, le dernier jour auquel un Membre dont un groupe spécial ou l'Organe d'appel a conclu qu'il ne respectait pas ses obligations au titre du GATT/de l'OMC peut "informer […] l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci".[602] Si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales juge satisfaisantes les "intentions au sujet de la mise en œuvre" déclarées par la partie adverse, il n'a évidemment aucun besoin d'annoncer des mesures de rétorsion; en revanche, s'il ne juge pas ces intentions satisfaisantes, il doit, en vertu de l'article 304 a) 2) A) i), annoncer des mesures de rétorsion. Cette prescription oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à agir de façon contraire à l'article 21:5, lequel prescrit le recours aux procédures de règlement des différends prévues dans le Mémorandum d'accord chaque fois qu'il y a désaccord au sujet de "la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Comme l'article 21:5 accorde 90 jours (délai qui peut être prolongé) pour une telle procédure, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales se trouve obligé par une disposition du droit des États-Unis à prendre *effectivement* des mesures de rétorsion contre un Membre qui ne se conforme pas aux recommandations et décisions trois mois (ou davantage) avant qu'un groupe spécial mis en place comme prévu dans le Mémorandum d'accord ait eu la moindre possibilité de se prononcer sur la question de savoir si les mesures correctrices proposées par le Membre en question sont ou ne sont pas satisfaisantes. Sans doute l'application des mesures dont la menace est brandie peut-elle alors être reportée pendant une période maximale de 180 jours[603], mais la menace aura déjà été formulée et, comme on l'a exposé plus haut en détail, beaucoup de mal aura déjà été fait.

5.314 La Corée fait valoir en outre que le recours aux procédures énoncées à l'article 21:5 peut aussi intervenir à l'expiration du délai raisonnable convenu ménagé à un Membre pour mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut avoir jugé satisfaisante la mise en œuvre proposée dans la période suivant immédiatement l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, mais il se peut qu'il devienne évident à la fin de la période de mise en œuvre que le Membre en question n'a pas tenu ses promesses. En pareil cas, en vertu du Mémorandum d'accord, l'arbitrage prévu à l'article 21:5 constitue l'étape suivante. Or les articles 301 à 310 ne permettent pas au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'attendre l'achèvement des procédures énoncées à l'article 21:5 avant de déterminer et d'annoncer des mesures de rétorsion. L'article 306 b) 2) prescrit ce qui suit:

> "Si la mesure ou l'accord visé par le paragraphe a) du présent article concerne la mise en œuvre d'une recommandation faite dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales estime que le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre, celui-ci établit la détermination prévue au paragraphe 1) [concernant les mesures supplémentaires de rétorsion] au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre,

---

[601] Article 301 c), *reproduit dans* 19 U.S.C.§ 2411 c).

[602] Mémorandum d'accord, article 21:3.

[603] Article 305 a) 2) A), *reproduit dans* 19 U.S.C. § 2415 a) 2) A).

> conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ...".[604]

Comme dans le cas de la détermination de l'existence d'une violation, régie par la disposition figurant à l'article 304 a) 2), la détermination concluant qu'il n'y a pas eu mise en œuvre satisfaisante envisagée par l'article 306 b) 2) doit être publiée au Federal Register[605], et le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit en donner avis au public et ménager la possibilité de présenter des observations à ce sujet.[606] Ces dispositions assurent que la portée et la teneur de toute liste de mesures de rétorsion seront connues bien avant que ces mesures ne soient officiellement appliquées.

5.315 La Corée soutient que les délais prescrits par les articles 304 et 306 contreviennent donc sans doute possible à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, qui énonce une procédure détaillée pour le règlement de différends relatifs à la mise en œuvre. Les articles 304 et 306 exigent que soient formulées des menaces unilatérales de rétorsion dans des circonstances où l'article 21:5 prévoit un processus d'arbitrage multilatéral:

> "Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question. Lorsque le groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport."

Ainsi, si les États-Unis ont des objections à formuler à l'encontre de la manière dont un autre Membre de l'OMC se propose de mettre en œuvre les recommandations contenues dans le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Mémorandum d'accord prescrit que les États-Unis aient recours à un arbitrage de 90 jours (ou davantage) avant de prendre aucune mesure supplémentaire, notamment de formuler des menaces spécifiques de rétorsion.

5.316 La Corée fait valoir que les États-Unis prennent inexplicablement le contre-pied de cette interprétation évidente de l'article 21:5, en niant que "les Membres de l'OMC [soient] tenus de demander l'établissement d'un groupe spécial en vertu de l'article 21:5 dès lors qu'il s'agit de mise en œuvre". Les États-Unis font même valoir que "l'ORD a implicitement rejeté cet argument" en autorisant les États-Unis, dans le différend concernant les *bananes*, à adopter des mesures de rétorsion sur la seule base de la décision des arbitres désignés en vertu de l'article 22:6.

5.317 De l'avis de la Corée, cet argument présente plusieurs faiblesses graves. Premièrement, il est incompatible avec l'interprétation précédemment donnée par les États-Unis eux-mêmes de

---

[604] 19 U.S.C. § 2416 b) 2). La Corée note que l'article 305 a) prescrit que les mesures décrites dans cette détermination soient mises en œuvre dans un délai de 30 jours à moins que "le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales [ne] détermine que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure". 19 U.S.C. § 2145 a).

[605] Article 304 c), *repris dans* 19 U.S.C. § 2414 c).

[606] Article 304 b), *repris dans* 19 U.S.C. § 2414 b).

l'article 21:5, selon laquelle cet article offre le moyen de résoudre les différends relatifs à la mise en œuvre. Dans l'Énoncé des mesures administratives accompagnant les accords issus du Cycle d'Uruguay qui étaient transmis au Congrès des États-Unis pour approbation, le Président Clinton indiquait que:

> "Les procédures actuelles du GATT n'indiquent pas la méthode à suivre pour résoudre les désaccords relatifs à la mise en œuvre des recommandations contenues dans un rapport. Le paragraphe 5 de l'article 21 résout ce problème en disposant que de tels différends seront réglés par le recours aux procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord. Dans tous les cas où cela sera possible, le groupe spécial chargé d'examiner ce désaccord sera celui qui avait connu de la plainte initiale. Dans les affaires de ce genre, les groupes spéciaux doivent normalement faire connaître leur décision dans les 90 jours suivant la date à laquelle ils ont été saisis de la question."[607]

5.318 La Corée indique aussi que le document cité par les États-Unis, une compilation des observations concernant le Mémorandum d'accord présentées par les Membres de l'OMC[608], ne fait apparaître aucune différence d'opinion par rapport à cette interprétation fondamentale de l'article 21:5; bien que plusieurs Membres aient présenté des suggestions propres à renforcer ou à améliorer l'article 21:5, il ne semble pas y avoir divergence quant au fait que l'article 21:5 prescrive la procédure à suivre pour le règlement des différends relatifs à la mise en œuvre.

5.319 La Corée fait aussi observer que l'argument des États-Unis va à l'encontre de la déclaration faite par le Président de l'ORD à la réunion du 29 janvier 1999, lorsqu'il a dit que "le règlement de l'affaire des *bananes* serait absolument sans préjudice des affaires à venir et de la façon dont serait résolue la question systémique du rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord".[609] De même, le Groupe spécial, dans l'affaire des *bananes*, n'a pas estimé que le recours aux procédures énoncées à l'article 21:5 était facultatif lorsqu'un Membre estimait que les mesures proposées par la partie contrevenante n'étaient pas compatibles avec un accord visé. La décision prise dans l'affaire des *bananes*, en ce qui concerne l'article 21:5, était explicitement limitée à la situation particulière présentée dans cette affaire.

> "*Dans les circonstances spéciales de l'espèce* ... il est nécessaire de trouver un moyen logique de procéder pour que soit prise une décision multilatérale, soumise à l'examen de l'ORD, sur le niveau de la suspension de concessions."[610]

Les circonstances spéciales de la troisième affaire *CE - Bananes* consistaient en ceci, que les États-Unis n'avaient pas élevé d'objection à l'encontre des mesures prises par les CE pour se conformer aux décisions et recommandations avant l'expiration du "délai raisonnable", si bien qu'il était impossible pour les États-Unis de respecter les dispositions de l'article 21:5 tout en menant à bien

---

[607] Message from The President of the United States transmitting The Uruguay Round Trade Agreements, Texts of Agreements Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Required Supporting Statements, 27 septembre 1994, page 1016.

[608] Réexamen du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, Note du Secrétariat, Compilation des observations présentées par les Membres - Rev.3 du 12 décembre 1998, cité par les États-Unis.

[609] Compte rendu de la réunion de l'ORD des 25, 28 et 29 janvier et 1er février 1999, WT/DSB/M/54.

[610] Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dans *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, en date du 19 avril 1999 (WT/DS27/ARB), paragraphe 4.15 (pas d'italique dans l'original).

les procédures engagées au titre de l'article 22 concernant la suspension de concessions dans le délai précisé à l'article 22:6. Ces circonstances ne seront pas réunies dans toutes les affaires et ne peuvent pas être réunies dans toutes les affaires, comme celles décrites ci-dessus, dans lesquelles il doit y avoir rétorsion effective longtemps avant l'expiration du "délai raisonnable".

5.320 La Corée souligne aussi qu'enfin et surtout l'interprétation maintenant préconisée par les États-Unis aurait un effet inacceptable: celui d'interpréter l'article 21:5 sans tenir aucunement compte du Mémorandum d'accord. Si cet article n'est pas applicable "[d]ans les cas où il y a[ura] désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions" contenues dans le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, quand peut-il bien servir? Si, comme les États-Unis le soutiennent, le Groupe spécial chargé du différend concernant les *bananes* a indiqué que l'article 21:5 n'a pas à jouer ce rôle, il a simplement commis une erreur et ne doit pas nécessairement être suivi par le présent groupe spécial.[611] Une telle interprétation du Mémorandum d'accord ne peut pas être conciliée avec les principes fondamentaux de l'interprétation des traités tels qu'ils sont énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Selon l'article 31 de cette convention, "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". Le sens ordinaire de l'article 21:5 est qu'il prescrit un délai de 90 jours d'arbitrage en cas de désaccord portant sur la mise en œuvre. Une interprétation qui nie ce sens ordinaire – et par là même rend toute la disposition superflue et dénuée de sens – comme le fait celle que les États-Unis préconisent ne peut être qualifiée d'interprétation "de bonne foi".

5.321 De l'avis de la Corée, bien au contraire, dans le Mémorandum d'accord, les Membres de l'OMC sont convenus d'un mécanisme pour le règlement des différends relatifs à la mise en œuvre des recommandations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel. L'article 21:5 représente ce mécanisme. Les articles 301 à 310, en particulier les articles 304 et 306, énoncent des calendriers qui, en cas de différend relatif à la mise en œuvre, obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à annoncer les mesures de rétorsion qui seront prises avant que les procédures envisagées par l'article 21:5 aient la moindre chance d'être achevées. Ainsi, les articles 301 à 310 frustrent les partenaires commerciaux des États-Unis, dont la Corée et les Communautés européennes, des avantages de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

5.322 La Corée ajoute que l'article 23:1 du Mémorandum d'accord fait obligation aux États-Unis d'"[avoir] recours et [de] se conformer […] aux règles et procédures du présent Mémorandum d'accord" lorsqu'ils "chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords". Comme on l'a exposé plus haut, les articles 301 à 310 prescrivent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'agir de façon incompatible avec les procédures énoncées dans le Mémorandum d'accord. En demandant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de se prononcer sur des mesures de rétorsion unilatérales et de les faire connaître publiquement avant que ne soit écoulé le temps nécessaire pour mener à bien l'arbitrage envisagé à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, le calendrier abusif énoncé dans les articles 301 à 310, en particulier dans les articles 304 et 306, empêchent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de respecter les engagements pris par les États-Unis. Cet aspect des articles 301 à 310 est manifestement incompatible avec l'article 23:1 du Mémorandum d'accord, et les États-Unis devraient être invités à modifier leur loi en conséquence.

[611] Rapport du Groupe spécial *Inde – Brevets (États-Unis), op. cit.*, paragraphe 7.30 ("les groupes spéciaux ne sont pas liés par les décisions antérieures de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel même si la question traitée est la même").

4. Conclusion

5.323 En conclusion, la Corée demande au Groupe spécial, pour les raisons qui précèdent, de déterminer que les menaces unilatérales de rétorsion au titre des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis frustrent la Corée et les autres Membres de l'OMC des avantages des articles I et XIII du GATT de 1994 et de l'article 21 du Mémorandum d'accord, et violent l'article 23 du Mémorandum d'accord.

K. THAÏLANDE

1. Introduction

5.324 **La Thaïlande déclare** qu'en sa qualité de Membre de l'Organisation mondiale du commerce et de partenaire commercial des États-Unis, elle a un intérêt systémique substantiel dans la présente affaire.

5.325 Pour la Thaïlande, au cœur du problème systémique qui se pose se situe le multilatéralisme en tant que fondement du commerce international, principe auquel tous les Membres de l'Organisation ont adhéré. Ce principe est consacré dans le préambule de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (Accord sur l'OMC) qui définit l'objet et le but de l'Organisation à savoir "mettre en place un système commercial multilatéral intégré, plus viable et durable".[612]

5.326 La Thaïlande ajoute qu'à côté de cette grave préoccupation systémique, elle-même a fait l'objet par le passé de décisions et de déterminations rendues au titre des articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Elle a été mise sur la "liste des pays à surveiller en priorité" par le gouvernement des États-Unis en 1989 et classée en 1991 "pays étranger visé en priorité" au titre de la procédure "spécial 301". En 1994, à la suite d'intenses négociations et de modifications de ses lois et réglementations, elle a été placée à nouveau sur la liste des "pays à surveiller en priorité". En 1990, elle a été impliquée dans un différend porté devant le GATT[613] après qu'une requête avait été déposée dans le cadre de la procédure visée à l'article 301. En décembre 1991 et en mars 1992, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé, en application des articles 301 à 310 que les actions, politiques et pratiques de la Thaïlande en matière de droits d'auteur et de brevets étaient "déraisonnables" et "entravaient le commerce des États-Unis". Les États-Unis n'ont renoncé à poursuivre qu'après que la Thaïlande est convenue d'apporter des modifications à la législation nationale pertinente.

5.327 En réponse à la question du Groupe spécial, la Thaïlande indique que son expérience illustre bien son intérêt dans l'affaire considérée. Le fait que les évènements susmentionnés se sont produits à l'époque du GATT n'enlève rien aux arguments juridiques de la Thaïlande dans la présente affaire et ses arguments restent valables dans le cadre de l'OMC comme dans le cadre du GATT.

5.328 La Thaïlande souligne les cas où les États-Unis ont établi des déterminations et/ou adopté des mesures en vertu de la Loi de 1994 sur le commerce extérieur en dehors de la procédure de règlement des différends du GATT. Ces mesures unilatérales de la part des États-Unis peuvent encore se produire dans le cadre de l'OMC, puisque les dispositions de la Loi de 1994 sur le commerce extérieur faisant obligation à l'Administration des États-Unis d'agir ainsi sont toujours en vigueur même après l'acceptation par les États-Unis de l'Accord sur l'OMC.

---

[612] Préambule de l'Accord sur l'OMC, 5ème alinéa.

[613] Rapport du Groupe spécial *Thaï-Cigarettes*, *op. cit.*

5.329 La Thaïlande fait valoir que le gouvernement des États-Unis a annoncé de surcroît, en devenant Membre de l'OMC, son intention d'user des pouvoirs que lui confère la Loi de 1974 sur le commerce extérieur pour faire exécuter les droits des États-Unis par les autres Membres de l'OMC en dehors du cadre de l'OMC, s'il considère unilatéralement que l'affaire "n'intéresse pas un accord du Cycle d'Uruguay".[614] C'est ce qu'a confirmé en 1999 le décret promulgué par le Président des États-Unis rétablissant les "pouvoirs conférés par le Super 301" et les "pouvoirs conférés par le Titre VII".[615]

5.330 La Thaïlande tient à réaffirmer que ces actes unilatéraux des États-Unis révèlent l'existence de violations systématiques des obligations des États-Unis au regard de l'Accord sur l'OMC et que le Groupe spécial devrait en tenir compte dans ses délibérations.

5.331 La Thaïlande est fermement convaincue que, dans un système commercial véritablement multilatéral aucun Membre de l'OMC ne peut être en même temps juge et partie dans un différend. L'Organe de règlement des différends (ORD) doit être la seule instance appelée à trancher dans des différends entre Membres de l'OMC concernant les droits et obligations des Membres au regard de l'OMC et le Mémorandum d'accord contient les seules règles et procédures applicables au règlement de ces différends.

2. Arguments juridiques

5.332 La Thaïlande soutient, comme elle le démontre ci-après, que les États-Unis ont agi de manière incompatible avec l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC en ne mettant pas la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec leurs obligations, comme le veulent les articles premier, 3, 22 et 23 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends et que le Groupe spécial devrait recommander en conséquence à l'ORD de demander aux États-Unis de mettre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur en conformité avec leurs obligations au regard de l'Accord sur l'OMC.

5.333 La Thaïlande réserve ses droits en ce qui concerne tout autre point controversé qui ne serait pas abordé ici.

5.334 La Thaïlande fait valoir qu'en vertu de l'article 304 a) 2) A), dans le cas d'une enquête intéressant un accord commercial, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de déterminer si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre de l'accord commercial considéré i) dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou ii) dans un délai de 18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte, *selon la plus rapprochée de ces deux échéances*. Or, selon l'article 303 a) 1), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de demander la tenue de consultations avec le pays étranger visé à la date de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302. Du fait de ces deux dispositions le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir la détermination au plus tard 18 mois après la demande de consultations présentée par les États-Unis.

[614] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, 2 b) Enforcement of US rights, pages 364-367. La Thaïlande prend note de ce que ce texte contient le point de vue de l'Administration des États-Unis sur l'interprétation et l'application de l'Accord sur l'OMC au sens du droit international et du droit interne des États-Unis.

[615] Communiqué de presse du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales du 26 janvier 1999 (pièce n° 2 de la Thaïlande).

5.335 Pour la Thaïlande, selon le Mémorandum d'accord, la procédure de règlement des différends peut, normalement, prendre 19 mois (9 mois et 300 jours) à partir de l'ouverture des consultations.

Consultations	60 jours	(Article 4:7 du Mémorandum d'accord)
Établissement du groupe spécial (de la date de la demande d'établissement à la date d'établissement)	30 jours	(Article 6:1 du Mémorandum d'accord)
Détermination de la composition du groupe spécial	30 jours	(Article 8:7 du Mémorandum d'accord)
Travaux du groupe spécial (de l'établissement du groupe spécial à la distribution du rapport)	9 mois	(Article 12:9 du Mémorandum d'accord)
Adoption du rapport du groupe spécial/Avis relatif à l'appel	60 jours	(Article 16 du Mémorandum d'accord)
Examen de l'Organe d'appel (de l'avis relatif à l'appel à la distribution du rapport de l'Organe d'appel)	90 jours	(Article 17:5 du Mémorandum d'accord)
Adoption de l'Organe d'appel par l'ORD	30 jours	(Article 17:14 du Mémorandum d'accord)

> Selon ce calcul la période qui s'écoule entre la date d'établissement du groupe spécial et la date de l'adoption du rapport de l'Organe d'appel est de neuf mois et 210 jours et ne dépasse pas le délai maximal prévu à l'article 20 du Mémorandum d'accord.

5.336 La Thaïlande fait valoir que le mot "shall" est employé et à l'article 304 a) 2), et à l'article 303 a) 1). Ces articles font obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au regard de l'OMC avant l'achèvement de la procédure normale de règlement des différends de l'OMC. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est donc tenu d'agir de manière incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

5.337 La Thaïlande conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut demander la tenue de consultations dans le cadre du règlement des différends de l'OMC avant d'ouvrir une enquête au titre de l'article 302, "ce qui permet à l'ORD d'adopter les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans le délai de 18 mois prévu à l'article 304 a) 2) A)". Cet argument est à rejeter. Le libellé de l'article 303 a) 1) exclut toute autre signification ou interprétation: Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit ("shall") demander la tenue de consultations à la date à laquelle l'enquête pertinente est ouverte au titre de l'article 302.[616] Le Représentant des

[616] La Thaïlande fait observer que les 60 jours prévus pour les consultations selon l'article 4.7 du Mémorandum d'accord courent à partir de la date de réception de la demande en question. Cela signifie, dans la pratique, qu'on peut ajouter un laps de temps supplémentaire aux 19 mois qui correspondent à la durée normale de la procédure.

États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut absolument pas enfreindre cette disposition de la législation nationale.[617]

5.338 La Thaïlande rejette également l'allégation des États-Unis selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a "toute liberté d'établir l'une quelconque parmi plusieurs déterminations qui ne seraient pas vaguement en contradiction avec l'article 23:2 a)". Elle estime, à l'inverse, que la teneur de la détermination est secondaire. Ce qui compte c'est la possibilité qu'a le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, en droit interne, d'établir l'incompatibilité à l'égard des règles de l'OMC d'une mesure prise par un autre Membre. Cette possibilité en elle-même est une violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Une telle détermination a, de surcroît, un caractère impératif pour le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales. Les articles 304 a) 2) A) et 303 a) 1) sont donc incompatibles avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

5.339 La Thaïlande fait valoir par ailleurs que, même lorsqu'il est établi à l'issue d'un arbitrage au sens de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord qu'il n'y a pas annulation ou réduction d'avantages résultant pour les États-Unis de l'Accord de l'OMC ou que la mesure de rétorsion envisagée par les États-Unis dépasse le niveau réel de l'annulation ou de la réduction des avantages, les articles 306 b) et 305 a) obligent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à prendre des mesures incompatibles avec les articles 22:7 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord.

5.340 La Thaïlande soutient que l'article 306 b) 2) fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer, dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable au sens du Mémorandum d'accord, les mesures de rétorsion "que les États-Unis doivent prendre au titre de l'article 301 a)" à l'égard d'un Membre qui met en œuvre une recommandation prononcée conformément au Mémorandum d'accord. L'article 305 a) 1) fait obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de mettre en œuvre cette mesure dans un délai de 30 jours suivant la date à laquelle la détermination a été établie.

5.341 La Thaïlande allègue en outre que l'article 306 b) 2) et l'article 305 a) 1) conservent leur caractère impératif[618] pour le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, même lorsqu'un arbitre est désigné en vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord pour examiner le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposées et qu'il détermine qu'il n'y a pas annulation ou réduction d'avantages résultant pour les États-Unis de l'Accord sur l'OMC, ou que la mesure de rétorsion envisagée par les États-Unis dépasse le niveau réel de l'annulation et de la réduction des avantages. En pareil cas, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu en vertu de l'article 305 a) 1) de mettre en œuvre la mesure déterminée préalablement au titre de l'article 306 b) 2), quelle que soit la décision de l'arbitre.[619]

5.342 La Thaïlande ajoute qu'elle a présenté au Groupe spécial le raisonnement sur lequel repose son avis juridique. En revanche elle n'est ni en mesure ni en droit d'indiquer au Groupe spécial la raison ou les motifs qui ont conduit le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales

---

[617] La Thaïlande relève que les États-Unis ont indiqué que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "l'a bel et bien fait" dans de nombreux cas.

[618] La Thaïlande relève que le terme "shall" est employé dans les deux cas.

[619] La Thaïlande fait observer que dans l'affaire *CE – Bananes III*, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a cependant abaissé le niveau de la mesure de rétorsion pour se conformer à la décision de l'arbitre. Voir WT/DS27/49, 9 avril 1999.

internationales à abaisser le niveau de la mesure de rétorsion pour la rendre conforme à la décision de l'arbitre dans l'affaire *Bananes III*.

5.343 La Thaïlande estime que la légalité de l'action considérée mise en œuvre par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales par rapport à la Loi de 1974 sur le commerce extérieur dépend de la signification des dispositions pertinentes de la législation qui, selon le régime constitutionnel en vigueur aux États-Unis ne peut être précisée que par une interprétation officielle, judiciaire, desdites dispositions.

5.344 Pour la Thaïlande, si l'interprétation officielle donnée dans le cadre du système juridique des États-Unis est que l'action du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales mentionnée ci-dessus est incompatible avec la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, c'est la loi qui est contraire aux règles de l'Accord sur l'OMC.

5.345 La Thaïlande considère que puisque ce sont les États-Unis qui invoquent les exceptions au titre de l'article 301 a) 2) pour justifier leur allégation, c'est à eux de s'acquitter de la charge de la preuve.

5.346 La Thaïlande fait valoir par ailleurs que l'article 306 b) 2) et l'article 305 a) 1) violent donc l'article 22:7 du Mémorandum d'accord qui prévoit que la suspension de concessions et d'autres obligations doit être "compatible avec la décision de l'arbitre". Ils violent également l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord qui prévoit que la partie qui adopte la mesure de rétorsion "suivr[a] les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations".

5.347 La Thaïlande rappelle l'allégation des États-Unis selon laquelle les exceptions énoncées à l'article 301 a) 2) permettent au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'agir de manière compatible avec la décision de l'arbitre désigné au titre de l'article 22:6. L'article 301 a) 2) A) stipule que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures lorsque "l'Organe de règlement des différends … a <u>adopté un rapport</u> …" (non souligné dans l'original) établissant que les droits des États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial ou que les avantages résultant pour les États-Unis d'un accord commercial ne sont pas annulés ou compromis.

5.348 En tout état de cause, pour la Thaïlande, l'article 301 a) 2) A) n'est pas d'application dans la présente affaire. La décision d'un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord n'est pas et ne peut pas être considérée comme un "rapport" au sens de l'article 301 a) 2) A), et le Mémorandum d'accord ne prescrit pas que la décision de l'arbitre doive être "adoptée" par l'Organe de règlement des différends. La pratique récente de l'OMC dans l'affaire *CE – Bananes III*, confirme cette position, puisque l'ORD a décidé à cette occasion d'accorder aux États-Unis, conformément à leur demande, l'autorisation de suspendre des concessions et d'autres obligations connexes au regard du GATT de 1994, conformément à la décision des arbitres, sans <u>adopter la décision en question</u>.[620]

5.349 La Thaïlande rappelle que les États-Unis invoquent également d'autres exceptions au titre de l'article 301 a) 2) pour étayer l'allégation que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut agir de manière compatible avec une décision de l'arbitre désigné au titre de l'article 22:6 prévoyant l'abaissement du niveau de la mesure de rétorsion proposée par les États-Unis ou refusant aux États-Unis le droit de prendre une mesure de rétorsion. Ces exceptions se rapportent aux cas où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales

[620] Organe de règlement des différends, Compte rendu de la réunion tenue le 19 avril 1999, WT/DSB/M/59, 3 juin 1999, page 11 de la version anglaise.

constate que la mesure aurait sur l'économie des États-Unis une incidence défavorable ou compromettrait gravement la sécurité nationale.[621] Mais les États-Unis ne démontrent pas que, selon l'interprétation officielle judiciaire de ces dispositions conforme au système juridique des États-Unis, ces exceptions s'appliquent au cas (d'une décision prise par un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 prévoyant l'abaissement du niveau de la mesure de rétorsion proposée par les États-Unis ou refusant aux États-Unis le droit de prendre une mesure de rétorsion). L'allégation des États-Unis est simplement fondée sur une interprétation de l'article 301 du gouvernement des États-Unis. Dans le système juridique des États-Unis, comme dans tout système juridique, l'organe judiciaire n'est nullement tenu par l'interprétation des dispositions de la loi données par l'organe exécutif. L'applicabilité de ces dispositions est d'autant plus contestable ici qu'elles sont libellées en termes vagues. L'article 301 a) 2) B) iv) en particulier est exclusivement limité aux "cas exceptionnels".

5.350 La Thaïlande ajoute que déterminer le sens des dispositions de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, selon l'interprétation officielle conforme au système juridique des États-Unis[622] non seulement relève du mandat du Groupe spécial mais revêt une importance fondamentale du point de vue de l'exécution de ce mandat qui consiste à déterminer si la loi est conforme ou non aux obligations des États-Unis au regard de l'Accord sur l'OMC.

5.351 La Thaïlande fait valoir en outre que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est une loi qui habilite et oblige le gouvernement des États-Unis à agir d'une certaine manière dans les limites de ses dispositions. Comme les dispositions concernant l'étendue des pouvoirs accordés à l'organe exécutif sont libellées en termes vagues, il convient d'être d'autant plus prudent dans leur interprétation. Le groupe spécial ne devrait pas, en particulier, suivre dans ses travaux l'interprétation de cette loi donnée par le pouvoir exécutif des États-Unis, tout au moins dans la mesure où il s'agit de se prononcer sur la légalité des actions du gouvernement des États-Unis par rapport à la législation. Dans un état de droit, les pouvoirs conférés à des hauts fonctionnaires ont leurs limites et leur objet. Il est impossible d'éviter l'abus de pouvoir ou l'excès de pouvoir lorsqu'on est juge de ses propres actes. *Nemo jus sibi dicere potest* – nul ne peut dire le droit pour lui-même.

5.352 Pour la Thaïlande, faute d'interprétation officielle, c'est-à-dire si les États-Unis ne parviennent pas à démontrer le bien-fondé de leur allégation, on ne peut pas dire, avec certitude, que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est compatible avec l'Accord sur l'OMC. La loi étant libellée en termes vagues, à défaut de certitude prive les autres Membres de la prévisibilité et de la sécurité qui sont l'objectif même du Mémorandum d'accord[623] n'est et ne peut pas être admis dans le cadre du système de l'OMC.

5.353 La Thaïlande déclare en outre que le même argument peut être invoqué pour rejeter l'allégation des États-Unis concernant les pouvoirs discrétionnaires dont dispose le Président des États-Unis en vertu de l'article 301 a) 1) de donner des "instructions" au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en ce qui concerne la mesure en question. Là encore les États-Unis n'ont pas démontré que, selon une interprétation officielle de cette disposition fondée sur le droit des États-Unis, en vertu des pouvoirs discrétionnaires conférés au Président des États-Unis, lui-même ou le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales sont autorisés à agir de manière incompatible avec l'article 306 b) 2) et 305 a) 1).

---

[621] La Thaïlande fait observer que ces exceptions sont prévues à l'article 301 a) 2) B) iv) et v).

[622] La Thaïlande dit aussi: "pour reprendre l'expression utilisée par les États-Unis, "selon l'interprétation conforme au droit interne du Membre"".

[623] Article 3:2 du Mémorandum d'accord.

5.354 La Thaïlande soutient en outre qu'il ne suffirait pas que les États-Unis invoquent à cet égard l'article 305 a) 2) qui donne au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales la possibilité de reporter dans certains cas la mise en œuvre d'une mesure d'au plus 180 jours. Ce qui est contraire ici aux obligations des États-Unis, ce n'est pas le délai de mise en œuvre c'est la mesure à mettre en œuvre.

5.355 La Thaïlande soutient encore que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur prévoit que les États-Unis peuvent rendre des déterminations et engager des actions à l'encontre d'un Membre de l'OMC sans avoir recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord. C'est le cas lorsque le gouvernement des États-Unis considère unilatéralement que la question en jeu n'entre pas dans le cadre des dispositions de l'Accord sur l'OMC ou de ses disciplines.[624]

5.356 Pour la Thaïlande, le système de règlement des différends de l'OMC est "un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système multilatéral" et "a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres" de l'Accord sur l'OMC.[625] Les règles et procédures du Mémorandum d'accord "s'appliqueront aux consultations et au règlement des différends entre les Membres concernant leurs droits et obligations" au titre de l'Accord sur l'OMC.[626] Les Membres qui chercheront à "obtenir réparation en cas de violation d'obligation ou d'annulation ou de réduction d'avantages" résultant de l'Accord sur l'OMC "auront recours et se conformeront aux règles et procédures" du Mémorandum d'accord.[627] Le sens ordinaire de ces dispositions dans leur contexte est clair: le Mémorandum d'accord contient les seules règles et procédures applicables au règlement des différends concernant les droits et obligations des Membres de l'OMC.

5.357 La Thaïlande note que, conformément aux dispositions susmentionnées, tout différend entre Membres de l'OMC visant à déterminer si une question concerne les droits et obligations d'un Membre de l'OMC relève du Mémorandum d'accord et doit être réglé conformément aux règles et procédures qu'il contient. Or, les articles 301, 304 et 305 font obligation[628] au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer unilatéralement qu'une question n'intéresse pas des droits et obligations au regard de l'OMC et de prendre des mesures sur cette base indépendamment des règles et procédures du Mémorandum d'accord.

5.358 La Thaïlande fait valoir que les articles 301, 304 et 305 empêchent donc les Membres de l'OMC de jouir de la sécurité ou de la prévisibilité qu'ils seraient en droit d'attendre d'un système commercial multilatéral fondé sur des règles. On en arrive à la situation paradoxale suivante: par suite d'une non-violation d'obligations au regard de l'OMC alléguée de manière unilatérale, un Membre risque de voir ses droits au regard de l'OMC violés par le Membre de l'OMC le plus puissant par application d'une loi interne dudit Membre, sans pouvoir bénéficier de la protection des règles et procédures du Mémorandum d'accord - protection dont il aurait joui si le Membre concerné avait violé ses obligations au regard de l'OMC. Le Membre lésé n'aura pas d'autre solution dans ce cas que de contester la sanction prise par les États-Unis et de porter l'affaire devant l'Organe de règlement des différends. Mais c'est un processus qui prend du temps et, de toute manière des dégâts importants auront déjà été faits.

---

[624] La Thaïlande cite la partie de l'Énoncé des mesures administratives qui s'intitule "Uruguay Round Agreements Act: Enforcement of US Rights.

[625] Article 3:2 du Mémorandum d'accord.

[626] Article 1:1 du Mémorandum d'accord.

[627] Article 23:1 du Mémorandum d'accord.

[628] La Thaïlande fait observer que le terme "shall" est employé dans les articles 304 a) 1), 305 a) 1) et 301 a) 1).

5.359 La Thaïlande conclut que la Loi de 1974 sur le commerce extérieur est donc non seulement incompatible avec les articles 1:1, 3:2 et 23:1 du Mémorandum d'accord, mais contraire à l'objet et au but de l'Accord sur l'OMC.

5.360 La Thaïlande souligne que les mesures du genre prescrit à l'article 301 c) sont des violations des droits du pays cible au regard de l'OMC. En cas de différends concernant le commerce des marchandises, en particulier, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu en vertu des articles 301, 304 et 305 d'imposer des droits, des redevances ou des restrictions qui sont en violation des dispositions du GATT de 1994, dont les articles I[er], II, III, VIII et IX. Comme on l'a déjà démontré, lorsque les États-Unis déterminent unilatéralement que la question déborde le cadre ou les disciplines de l'Accord sur l'OMC, les articles 301, 304 et 305 font obligation au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de mettre en œuvre ces mesures incompatibles avec les règles de l'OMC sans tenir compte de la procédure du Mémorandum d'accord, et sans l'autorisation de l'ORD. Les articles 301, 304 et 305 sont donc incompatibles avec les articles 22:6, 22:7 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord.

5.361 À la question du Groupe spécial qui voulait savoir si une déclaration officielle des États-Unis dotée d'effets contraignants en droit international, et indiquant que le gouvernement des États-Unis n'exercera pas son pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire aux règles de l'OMC supprime l'incompatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC – si l'on part de l'hypothèse que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales et le Président ont le pouvoir discrétionnaire d'éviter d'établir des déterminations et de prendre des mesures contraires aux règles de l'OMC en toutes circonstances, et que néanmoins les articles 301 à 310 seraient jugés incompatibles avec les règles de l'OMC, la Thaïlande précise que dans cette hypothèse les articles 301 à 310 sont jugés incompatibles avec les règles de l'OMC". Ces dispositions étant d'ordre législatif, une déclaration officielle émanant du gouvernement des États-Unis ne supprimera pas l'incompatibilité. En tant que Membre de l'OMC, les États-Unis doivent, en droit international, mettre les articles 301 à 310 en conformité avec l'Accord sur l'OMC, soit en les modifiant, soit en les abrogeant.

VI. RAPPORT INTÉRIMAIRE

6.1 Le rapport intérimaire a été envoyé aux parties le 12 octobre 1999. Le 26 octobre 1999, les Communautés européennes ("CE") et les États-Unis ("EU") ont demandé au Groupe spécial, conformément à l'article 15:2 du Mémorandum d'accord, de réexaminer des aspects précis de son rapport intérimaire. Ni l'une ni l'autre des parties n'a demandé la tenue d'une nouvelle réunion.

6.2 On trouvera ci-après un examen des arguments avancés durant la phase de réexamen intérimaire, conformément aux exigences de l'article 15:3 du Mémorandum d'accord.

6.3 Les CE ont formulé deux observations. Premièrement, elles ont avancé que les constatations figurant dans le rapport intérimaire ne comportaient pas un exposé clair des allégations et des arguments juridiques que celles-ci avaient présentés au Groupe spécial. Elles se sont référées à un résumé des principaux motifs d'ordre juridique avancés pour étayer leurs allégations, lequel faisait partie de la communication qu'elles avaient présentée à titre de réfutation. Par souci de clarté et pour que l'on comprenne mieux le rapport du Groupe spécial, elles ont estimé qu'il était nécessaire d'insérer ces principaux arguments juridiques à l'endroit voulu dans la partie du rapport où figurent les constatations. Nous avons acquiescé à leur demande en ajoutant le texte qui figure désormais aux paragraphes 7.4 à 7.6 de notre rapport.

6.4 Deuxièmement, en ce qui concerne la note de bas de page de notre rapport, qui porte désormais le numéro 707, les CE ont fait remarquer qu'il était juste de dire qu'elles n'avaient pas demandé au Groupe spécial de statuer sur le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémorandum

d'accord, mais qu'elles avaient néanmoins précisé au deuxième paragraphe de leur réponse à la question 23 du Groupe spécial que

> "la compatibilité des articles 301 à 310 avec l'Accord sur l'OMC doit être appréciée au regard de toutes les dispositions citées dans le mandat du Groupe spécial, y compris l'article 21:5 du Mémorandum d'accord pris séparément".

Les CE ont fait remarquer que le mandat du Groupe spécial comprenait, outre l'article 23, l'article 21 du Mémorandum d'accord, entre autres, et que l'allégation selon laquelle l'article 306 contrevenait à l'article 21:5 était inextricablement liée à la question du respect de l'article 23:2 c) qui, quant à lui, "est expressément lié à l'article 23:1, auquel il est subordonné et à la lumière duquel il doit être interprété", comme le Groupe spécial l'a lui-même admis dans ce qui est désormais le paragraphe 7.44 de son rapport. Par ailleurs, les CE ont également mentionné le fait qu'elles avaient aussi indiqué dans leur réponse à la question 23 du Groupe spécial que

> "l'interprétation de l'article 22 du Mémorandum d'accord est logiquement et juridiquement une question distincte qui doit être examinée séparément par le Groupe spécial, si nécessaire".

6.5 Pour ces raisons, les CE ont fait remarquer que la version précédente de ce qui est désormais la note de bas de page 707 dans notre rapport ne correspond pas exactement à la position que les CE ont défendue devant le Groupe spécial et qu'en fait elles avaient clairement demandé au Groupe spécial de statuer sur la compatibilité des délais prévus à l'article 306 avec les dispositions de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

6.6 Nous avons ajouté les éléments mentionnés par les CE dans la note de bas de page 707, à l'intérieur de laquelle ceux-ci ont également été examinés. Nous avons légèrement remanié le paragraphe 7.169 de notre rapport. En ce qui concerne les délais mentionnés à l'article 306 ainsi que dans les articles 21:5 et 22, nous rappelons que ceux-ci ont été examinés aux paragraphes 7.145 et 7.180 ainsi que dans la note de bas de page 720 de notre rapport. Ils entrent dans le cadre de notre mandat puisque ce sont des éléments pertinents en ce qui concerne l'appréciation des allégations formulées par les CE au titre de l'article 23.

6.7 Les États-Unis ont estimé que la constatation finale du Groupe spécial concernant la compatibilité des articles 301 à 310 avec les règles de l'OMC était correcte et ils ont également souscrit, de manière générale, aux constatations de fait et au raisonnement du Groupe spécial.

6.8 Ils ont cependant exprimé des réserves concernant certains aspects du raisonnement juridique du Groupe spécial, notamment en ce qui concerne la manière dont il avait traité la distinction établie dans la jurisprudence du GATT/de l'OMC entre législation impérative et législation discrétionnaire. Ils lui ont demandé de réexaminer et de modifier son raisonnement juridique concernant la question fondamentale de savoir si une mesure qui n'interdit pas une action incompatible avec les règles de l'OMC, sans effectivement prescrire une violation de ces règles, peut contrevenir à l'article 23. Ils ont répété que, selon eux, il n'existe pas de moyen crédible et cohérent d'établir des distinctions juridiques entre des mesures qui n'empêchent pas une violation des règles de l'OMC et que l'on pourrait créer une grande imprévisibilité en ce qui concerne l'interprétation des obligations d'un Membre au regard de l'OMC si l'on effaçait la ligne nette qui était tracée jusqu'ici dans la jurisprudence et qui faisait que seules les lois prescrivant un manquement à une obligation au regard de l'OMC constituaient effectivement un manquement à cette obligation. Pour cette raison, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de constater que le dispositif législatif des articles 304 et 306, pris séparément, ne contrevenait pas à première vue à l'article 23:2 a), parce qu'il n'interdisait pas une détermination d'incompatibilité.

6.9 Par suite de cette observation des États-Unis, nous avons ajouté les quatre dernières phrases qui figurent désormais au paragraphe 7.54 de notre rapport et modifié légèrement le paragraphe 7.93. Nous avons également ajouté deux nouvelles notes de bas de page: les notes 658 et 675. Nous soulignons une fois de plus que nous n'infirmons pas dans notre rapport le critère habituel issu de la jurisprudence et qui veut que seule une loi prescrivant une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou rendant impossible la compatibilité avec ces règles peut, en tant que telle, contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC. Au contraire, nous nous en sommes tenus à cette distinction habituelle et avons constaté que le dispositif législatif de l'article 304 empêche la compatibilité avec l'article 23:2 a), tel que nous l'interprétons. La violation que constitue à première vue une loi qui réserve "simplement" au Membre le droit de prendre des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC dans un différend donné intéresse premièrement les obligations du Membre au titre de l'article 23 – qui joue un rôle-clé dans le Mémorandum d'accord puisque c'est un élément qui vient renforcer le système commercial multilatéral au sens large – et, deuxièmement, les nombreux cas d'espèce évoqués dans notre rapport qui sont propres à l'article 304 et aux États-Unis, de manière plus générale.

6.10 Les États-Unis nous ont également demandé de réexaminer la constatation qui figure désormais au paragraphe 7.146, selon laquelle les "appréciations" relevant de l'article 306 sont des "déterminations" aux fins de l'article 23:2 a). Ils ont fait cette demande au motif que l'article 22 du Mémorandum d'accord oblige les Membres à demander la suspension de concessions dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit donc se prononcer – doit "estimer" – sur la question de savoir si la mise en œuvre a eu lieu avant d'exercer ses droits au titre de l'article 22. Les États-Unis soutiennent que l'"appréciation" prévue à l'article 306 correspond tout au plus au sentiment qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de règlement des différends. C'est pourquoi les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de constater que l'article 306 ne contrevient pas à l'article 23:2 a) parce qu'il ne prévoit pas l'établissement d'une "détermination" au sens de l'article 23:2 a).

6.11 En réponse à cette observation des États-Unis, nous avons révisé la partie de la note de bas de page 657 qui traite de l'exigence d'établir une "détermination" d'incompatibilité au regard de l'OMC. Nous avons également développé l'argumentation qui figure au paragraphe 7.146.

6.12 Enfin, en réponse à l'observation des États-Unis selon laquelle l'accord qu'ils avaient conclu avec l'Australie dans le cadre de l'affaire du cuir australien l'avait été au titre de la note de bas de page 6 relative à l'article 4 de l'Accord SMC, nous avons ajouté cette précision dans la note de bas de page 709.

VII. CONSTATATIONS

A. ALLÉGATIONS DES PARTIES

7.1 Les allégations des parties peuvent être résumées ainsi.

7.2 Les CE allèguent qu'en adoptant, qu'en maintenant dans leur recueil de lois et qu'en appliquant les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur après l'entrée en vigueur des accords du Cycle d'Uruguay, les États-Unis ont rompu le marché historique qu'ils avaient conclu à Marrakech avec les autres participants au Cycle d'Uruguay. Il s'agit, selon elles, de la concession qui a été faite, à savoir la certitude que, dans la pratique, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et les demandes d'autorisation en vue de suspendre des concessions seront adoptés par l'Organe de règlement des différends ("ORD") – demande qui, à leur avis, avait été formulée expressément par les États-Unis - en contrepartie de l'abandon définitif et complet par les États-Unis de leur politique de longue date consistant à prendre des mesures unilatérales. Les CE soutiennent que le deuxième volet de ce marché, qui est, selon elles, au cœur de la procédure actuelle, est

enchâssé dans les dispositions suivantes de l'Accord sur l'OMC: les articles 3, 21, 22 et, surtout, 23 du Mémorandum d'accord et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

7.3 Les CE allèguent, en particulier,

a) que, contrairement aux dispositions de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord,
- l'article 304 a) 2) A) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si un autre Membre frustre les États-Unis de leurs droits ou de leurs avantages au titre d'un accord de l'OMC, indépendamment de la question de savoir si l'ORD a adopté une constatation émanant d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel à ce sujet; et

- l'article 306 b) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si une recommandation de l'ORD a été mise en œuvre, indépendamment de la question de savoir si les procédures engagées à ce sujet au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sont achevées;

b) que, contrairement aux dispositions de l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord,

- l'article 306 b) oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à arrêter les mesures supplémentaires à prendre au titre de l'article 301 lorsque les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre; et

- l'article 305 a) l'oblige à les appliquer,

indépendamment de la question de savoir, dans un cas comme dans l'autre, si les procédures prévues aux articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord sont achevées; et

c) que l'article 306 b) est incompatible avec les articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994 parce qu'il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à imposer des droits, des redevances ou des restrictions qui contreviennent à l'une ou à plusieurs de ces dispositions lorsque le différend intéresse le commerce des marchandises.

7.4 Les CE soutiennent que les articles 301 à 310, à première vue, obligent les autorités des États-Unis à prendre des mesures unilatérales qui contreviennent à l'article 23 du Mémorandum d'accord et, par conséquent, aux articles I^er^, II, III, VIII et XI du GATT de 1994. Selon elles, cela est vrai aussi bien si l'on applique les critères énoncés dans l'ancien GATT de 1947 concernant la législation impérative par opposition à la législation discrétionnaire que si l'on retient les critères actuellement inscrits dans le GATT de 1994 et l'Accord sur l'OMC qui, selon les CE, sont les sources de droit pertinentes depuis l'entrée en vigueur des accords de l'OMC. Les arguments des CE concernant la question des critères qui sont applicables pour se prononcer sur la question de savoir si une loi est véritablement discrétionnaire se trouvent dans la partie descriptive du présent rapport.[629]

7.5 En outre, les CE font valoir que les articles 301 à 310 – même s'ils pouvaient être interprétés de manière à permettre au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales

[629] Voir les paragraphes 4.196 à 4.214, 4.233 à 4.244, 4.250 à 4.263 et 4.295 à 4.299 du présent rapport.

internationales d'éviter d'établir des déterminations et de prendre des mesures qui sont incompatibles avec l'Accord sur l'OMC – ne peuvent être considérés comme une base juridique solide pour la mise en œuvre des obligations des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Pour les CE, cette absence de "base juridique solide" fait planer une menace sur les autres Membres de l'OMC et leurs agents économiques et crée une situation d'incertitude juridique qui compromet radicalement "la sécurité et la prévisibilité" du système commercial multilatéral.

7.6 Les CE soutiennent, par ailleurs, que les articles 301 à 310 ne sont pas conformes aux obligations des États-Unis au regard de l'OMC puisqu'ils sont l'expression d'une politique délibérée qui débouche sur un ensemble de mesures exécutives qui sont le contre-pied de la conformité avec l'Accord sur l'OMC. Selon elles, même s'ils pouvaient être interprétés comme offrant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales une base juridique pour l'exécution des obligations des États-Unis au regard de l'OMC, les articles 301 à 310 ne pourraient pas être réputés conformes au droit de l'OMC au sens de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC.

7.7 Pour ces motifs, les CE nous demandent de statuer que les États-Unis, en refusant de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme aux exigences de l'article 23 du Mémorandum d'accord et des articles I^{er}, II, III, VIII et XI du GATT de 1994, ont manqué à leurs obligations au titre de ces dispositions et de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, annulant ou compromettant ainsi des avantages résultant pour les CE du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC.

7.8 Enfin, les CE nous demandent de recommander que l'ORD demande aux États-Unis de rendre la Loi de 1974 sur le commerce extérieur conforme à leurs obligations au titre du Mémorandum d'accord, du GATT de 1994 et de l'Accord sur l'OMC.

7.9 Les États-Unis répondent que les CE ont engagé une affaire politique qui se cherche un argument juridique. Ils soutiennent que les CE ne peuvent avoir gain de cause en l'occurrence puisqu'elles s'appuient sur une série d'hypothèses défavorables aux États-Unis, hypothèses qui concernent aussi bien les décisions que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut prendre au titre des articles 301 à 310 que le calendrier des réunions des groupes spéciaux, de l'Organe d'appel et de l'ORD. Selon les eux, les articles 301 à 310 leur permettent de se conformer aux règles et procédures du Mémorandum d'accord dans tous les cas: l'article 304 permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de fonder ses déterminations, dans chacun des cas, sur des constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel qui ont été adoptées; et les articles 305 et 306 lui permettent, dans chacun des cas, de demander et d'obtenir l'autorisation de l'ORD pour suspendre des concessions conformément à l'article 22 du Mémorandum d'accord. Les États-Unis concluent qu'ils exécutent pleinement leurs obligations au regard de l'OMC à ce sujet.

B. PRÉLIMINAIRES

1. Dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC et des articles 301 à 310 de la Loi sur le commerce extérieur des États-Unis

7.10 Pour faciliter le travail du lecteur, nous avons reproduit à l'annexe I du présent rapport les dispositions des articles 301 à 310 telles qu'elles nous ont été communiquées par les États-Unis (pièce n° 1) de même que les dispositions de l'Accord sur l'OMC auxquelles il est souvent fait référence dans le présent rapport.

2. Le mandat du Groupe spécial

7.11 Il est évident que la présente affaire est délicate sur le plan politique. Dans leurs communications, les États-Unis eux-mêmes ont admis que les articles 301 à 310 étaient impopulaires. Outre les CE, 12 des 16 tierces parties n'ont pas caché leur hostilité à l'égard de ce texte de loi.[630]

7.12 Notre fonction en l'espèce est de nature judiciaire. Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, nous avons pour mission de "procéder à une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et [de] formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés".[631]

7.13 Le mandat que nous avons reçu en l'occurrence se limite aux allégations spécifiques des CE, qui sont exposées dans la section VII.A. Il ne nous a pas été demandé d'apprécier de manière générale la compatibilité des articles 301 à 310 avec les accords de l'OMC. Il ne nous appartient pas d'examiner des aspects des articles 301 à 310 qui ne font pas partie des allégations des CE. Il ne nous est pas demandé, en particulier, d'examiner la compatibilité au regard de l'OMC de mesures qui ont été prises par les États-Unis dans des cas particuliers où les articles 301 à 310 ont été invoqués. De même, il ne nous a pas été demandé de nous pencher sur la compatibilité avec l'Accord sur l'OMC des dispositions des articles 301 à 310 qui concernent les déterminations qui sont établies et les mesures qui sont prises par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lorsque celles-ci n'intéressent pas l'exécution des droits des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC, notamment les dispositions qui autorisent le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se prononcer sur la question de savoir si une question ressortit ou non aux accords de l'OMC.[632]

3. Établissement des faits: règles concernant la charge de la preuve et l'interprétation de la législation nationale

a) Charge de la preuve – Généralités

7.14 Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, une partie de notre tâche consiste à établir des constatations de fait. Pour cette question comme pour d'autres, nous nous appuyons sur la jurisprudence de l'Organe d'appel. Conformément à cette jurisprudence, les deux parties sont convenues qu'il appartient aux CE, en tant que partie plaignante, de présenter suffisamment d'arguments et d'éléments de preuve pour établir un commencement de preuve en ce qui concerne les divers éléments de leurs allégations relatives à l'incompatibilité des articles 301 à 310 avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC. Une fois que cela a été fait, il incombe aux États-Unis de réfuter ce commencement de preuve. Comme en l'occurrence les deux parties ont présenté une abondance de faits et d'arguments concernant les allégations des CE, notre mission consistera essentiellement à soupeser tous les éléments de preuve versés au dossier et à décider de la question de savoir si les CE, en tant que partie à qui incombait la charge initiale de la preuve, nous ont convaincus de la validité de leurs allégations. En cas d'incertitude, c'est-à-dire lorsque tous les

[630] Voir la section V du présent rapport. Quatre tierces parties n'ont exprimé aucune opinion au sujet du présent différend.

[631] Ci-après, nous utilisons l'expression "accords visés" pour désigner les accords de l'OMC qui sont en cause dans le présent différend.

[632] Dans leur réponse à la question 43 du Groupe spécial, les CE ont confirmé explicitement que ces limitations s'appliquaient aux allégations dont nous sommes saisis. Voir le paragraphe 4.634 du présent rapport.

éléments de preuve et les arguments s'équilibrent, nous devons accorder le bénéfice du doute à la partie défenderesse, c'est-à-dire aux États-Unis.

7.15 Nous observons, en outre, qu'il incombe à la partie qui allègue un fait spécifique – qu'il s'agisse des CE ou des États-Unis – de le prouver. Autrement dit, elle doit établir un commencement de preuve concernant l'existence de ce fait. Conformément aux principes énoncés dans le paragraphe précédent, ce commencement de preuve restera valable à moins qu'il ne soit suffisamment réfuté par l'autre partie.

7.16 Nous sommes parvenus aux constatations de fait qui figurent dans le présent rapport en appliquant ces principes. Bien entendu, lorsque vient le temps de décider de l'interprétation exacte des accords visés, un groupe spécial s'appuiera sur les arguments des parties, sans pourtant être lié par ces arguments; ses décisions concernant ce genre de questions doivent être en accord avec les règles d'interprétation des traités qui sont d'application à l'OMC.

b) Examen de la législation nationale

7.17 En ce qui concerne l'examen de la législation nationale par les groupes spéciaux de l'OMC, les deux parties se sont référées à l'affaire Inde – Brevets (États-Unis). Dans cette affaire, l'Organe d'appel a dit: "Il est évident que, pour déterminer si l'Inde a rempli les obligations lui incombant au titre de l'article 70:8 a) [de l'Accord sur les ADPIC], il est essentiel d'examiner les aspects pertinents de sa législation nationale [...] Il était tout simplement impossible pour le Groupe spécial de procéder à cette détermination sans examiner la législation indienne."[633]

7.18 En l'occurrence, nous devons aussi examiner des aspects de la législation nationale, à savoir les articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Notre mandat consiste à examiner ces articles à la seule fin de déterminer si les États-Unis s'acquittent de leurs obligations au regard de l'OMC. Ce faisant, nous n'interprétons pas, comme l'a fait remarquer l'Organe d'appel dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*[634] la législation américaine "comme telle", de la façon dont nous pourrions interpréter, par exemple, les dispositions des accords visés. Au lieu de cela, il nous est demandé d'arrêter le sens des articles 301 à 310 en tant qu'éléments de fait et de vérifier si ces éléments de fait constituent, de la part des États-Unis, un comportement contraire à leurs obligations au regard de l'OMC. Les règles relatives à la charge de la preuve dont il a été question plus haut concernant l'établissement des faits sont également d'application à cet égard.[635]

7.19 Il s'ensuit que lorsque nous établissons des constatations de fait concernant le sens des articles 301 à 310, nous ne sommes pas tenus d'accepter l'interprétation proposée par les États-Unis.

---

[633] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* ("*Inde – Brevets (États-Unis)*"), WT/DS50/AB/R (plainte des États-Unis), adopté le 16 janvier 1998, paragraphe 66.

[634] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture* ("*Inde – Brevets (États-Unis)*"), WT/DS50/AB/R (plainte des États-Unis), adopté le 16 janvier 1998, paragraphe 66.

[635] À cet égard, la Cour internationale de justice ("CIJ"), se référant à un arrêt rendu précédemment par la Cour permanente de justice internationale ("CPJI"), a fait observer ce qui suit: "Chaque fois qu'il sera essentiel, pour que la Cour puisse statuer dans une affaire, de trancher une question de droit interne, la Cour devra apprécier la jurisprudence des tribunaux internes et, "si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qu'elle croit être la plus conforme à la loi" (*Emprunts brésiliens*, C.P.I.J., série A, n° 20/21, page 124)." (*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1989, page 47, paragraphe 62.)

Cela étant dit, n'importe quel Membre peut légitimement s'attendre à ce que ses vues sur le sens de sa propre loi soient traitées avec beaucoup d'égards.

7.20 Nous notons, enfin, que les termes employés à la fois dans les dispositions des articles 301 à 310 et dans celles de l'Accord sur l'OMC n'ont pas nécessairement le même sens. Ainsi, le mot "détermination" n'a pas nécessairement dans les articles 304 et 306 toujours le même sens que celui qu'il a dans l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Ainsi, le seul fait qu'un comportement ne réponde pas, par exemple, au critère posé par les articles 304 et 306 pour qu'il y ait "détermination" ne l'empêche pas de répondre au critère posé par l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord pour qu'il y ait "détermination". Par contre, le fait qu'un certain acte soit qualifié de "détermination" dans la législation nationale ne signifie pas nécessairement qu'il doive être interprété comme une détermination au sens des accords visés.[636]

4. Règles d'interprétation des traités

7.21 Pour évaluer la conformité des articles 301 à 310 avec les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC, il faut interpréter plusieurs dispositions des accords visés. L'article 3:2 du Mémorandum d'accord enjoint aux groupes spéciaux de clarifier les dispositions de l'Accord sur l'OMC "conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne") ont acquis le statut de règles coutumières en droit international. Ces dernières années, la jurisprudence de l'Organe d'appel et des groupes spéciaux de l'OMC est devenue l'une des sources les plus riches dont on puisse s'inspirer pour leur application. La principale disposition de la Convention de Vienne à cet égard se lit ainsi:

> "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."[637]

---

[636] Voir la note de bas de page 657 et le paragraphe 7.146.

[637] Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne se lisent ainsi:

"Article 31
Règle générale d'application

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexe inclus:

   a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

   b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

   a) de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;

7.22 L'examen du texte, du contexte ainsi que de l'objet et du but fait appel à des méthodes textuelles, systémiques et téléologiques bien établies qui sont utilisées pour interpréter les traités et qui entrent toutes en jeu habituellement lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions complexes dans des traités multilatéraux. Pour des raisons pratiques, l'usage normal – et celui que nous suivrons en l'occurrence – consiste à commencer par interpréter le sens ordinaire du texte "brut" des dispositions conventionnelles pertinentes et à chercher ensuite à l'interpréter dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité. Cependant, les éléments mentionnés à l'article 31 – texte, contexte ainsi que objet et but de même que bonne foi – doivent être considérés comme une seule règle holistique d'interprétation plutôt que comme une série de critères distincts qui devraient être appliqués selon un ordre hiérarchique. Souvent, le contexte ainsi que l'objet et le but peuvent sembler simplement confirmer une interprétation apparemment tirée du texte "brut". En réalité, il existe toujours un contexte, même s'il est sous-entendu, qui détermine le sens qu'il faut considérer comme "ordinaire" et souvent, il est impossible de trouver un sens, pas même un "sens ordinaire", sans examiner également l'objet et le but.[638] Comme l'Organe d'appel l'a fait observer: "L'article 31 de la *Convention de Vienne*

> b) de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
>
> c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
>
> 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.
>
> Article 32
> *Moyens complémentaires d'interprétation*
>
> Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:
>
> a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou
> b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

[638] Comme l'a fait remarquer la Commission du droit international (CDI) – qui a rédigé initialement l'article 31 de la Convention de Vienne – dans son commentaire concernant cette disposition:

"En mettant le titre de l'article (Règle générale d'interprétation) au singulier, et en soulignant la relation, d'une part, entre les paragraphes 1 et 2 et, d'autre part, entre le paragraphe 3 et les deux paragraphes qui le précèdent, la Commission a voulu indiquer que l'application des moyens d'interprétation prévus dans l'article constituait une seule opération complexe. Tous les différents éléments, tels qu'ils se trouvent présents dans une situation donnée, seraient jetés dans le creuset et la résultante de leur interaction constituerait l'interprétation juridiquement pertinente. Ainsi, [l'article 31] est intitulé "*Règle* générale d'interprétation", au singulier, et non "*Règles* générales", au pluriel, parce que la Commission a voulu souligner que le processus d'interprétation constitue un tout et que les dispositions de l'article forment une seule règle, étroitement intégrée." (Annuaire de la Commission du droit international, 1966, vol. II, page 239).

Voir aussi: Sinclair, I., The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2ème édition, Manchester University Press, 1984, page 116:

"Chaque texte, si clair soit-il à première vue, doit être examiné minutieusement dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but qu'il est censé servir. Le plus souvent, la conclusion à laquelle on peut parvenir après avoir procédé à cet examen minutieux est que le sens évident qui était apparu de prime abord est le bon, mais cela ne devrait pas nous faire oublier le fait qu'il s'agit d'un processus d'interprétation."

dispose que les termes du traité constituent le fondement du processus interprétatif: "l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même"." Il ajoute cependant que "[l]es dispositions du traité doivent être interprétées suivant leur sens ordinaire, dans leur contexte. Il doit également être tenu compte de l'objet et du but du traité pour déterminer le sens de ses dispositions".[639]

5. Description générale de l'application des articles 301 à 310

7.23 Il est difficile d'apprécier les allégations et les contre-allégations des parties sans comprendre, de manière générale, les modalités d'application des articles 301 à 310. On a donc voulu aider le lecteur du présent rapport en en donnant un bref aperçu à l'annexe II. Celui-ci est de nature non contraignante et ne constitue pas une constatation de fait du présent groupe spécial. Il a été préparé à la suite de consultations avec les parties dans le cadre de la rédaction de la partie descriptive du présent rapport.

6. La mesure en question et la méthodologie générale du Groupe spécial

7.24 Notre mission en l'occurrence est d'évaluer la conformité des articles 301 à 310 avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, selon les termes de notre mandat. Pour évaluer la conformité d'une loi nationale avec les obligations au regard de l'OMC, conformément à l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC[640], il faut tenir compte de la grande diversité des systèmes juridiques des Membres. La conformité peut être assurée de diverses façons dans différents systèmes juridiques. C'est le résultat final qui compte, pas la manière dont il est obtenu. Ce n'est qu'en comprenant et en respectant les spécificités du système juridique de chacun des Membres qu'il est possible d'en bien évaluer la conformité.

7.25 Les articles 301 à 310 comprennent des caractéristiques que plusieurs juridictions ont en commun et qui sont typiques d'une grande partie des textes législatifs et des textes réglementaires de nature complexe qui régissent de nos jours la sphère économique. Souvent, le législateur lui-même ne cherche pas à contrôler, au moyen d'une loi, tous les comportements visés. Il délègue plutôt à des organismes administratifs qui existent déjà ou qui sont créés spécialement à cette fin, ou encore à d'autres autorités publiques, des tâches réglementaires et des tâches de surveillance qui doivent être effectuées conformément à certains critères et dans les limites posées par le législateur. Ce pouvoir discrétionnaire peut être large ou restreint, selon la volonté du législateur. Les articles 301 à 310 font partie de ce genre de mécanisme législatif.

7.26 Pour évaluer la conformité des articles 301 à 310 avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, nous devons donc être conscients du caractère multicouche de la loi nationale à l'examen, qui comprend un dispositif législatif ainsi que d'autres éléments institutionnels et administratifs.[641]

---

[639] Rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* ("*Japon – Boissons alcooliques*"), WT/DS8/AB/R, adopté le 1er novembre 1996, page 14.

[640] L'article XVI:4 se lit ainsi: "Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe."

[641] Le sens du terme "lois", employé dans l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC, doit tenir compte de la très grande diversité des systèmes juridiques des Membres de l'OMC. Pour ce qui nous occupe ici, nous estimons que l'acception du terme "lois" est assez large pour encapsuler dans une seule mesure les couches multiples des articles 301 à 310. À titre subsidiaire – c'est-à-dire au cas où il s'avérerait que le terme "lois" ne s'applique qu'au dispositif législatif – nous estimerions que les éléments non législatifs des articles 301 à 310, de nature institutionnelle ou administrative, font partie des "réglementations et procédures administratives" également mentionnées à l'article XVI:4. Si cette alternative était retenue, nous estimerions nécessaire là encore

Par souci de commodité, nous désignerons ci-après les articles 301 à 310 – comprenant tous ces éléments – par l'expression "la mesure en question".

7.27 Les éléments de ce type de loi nationale sont souvent inséparables, comme c'est le cas en l'occurrence, et ne devraient pas être interprétés indépendamment l'un de l'autre lorsque l'on évalue la conformité générale de la loi avec les obligations au regard de l'OMC. Ainsi, même si le dispositif législatif en vertu duquel des pouvoirs particuliers sont accordés à un organisme public peut être compatible, à première vue, avec les règles de l'OMC, l'organisme compétent, compte tenu du pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé, peut adopter des critères ou des procédures administratives internes qui sont incompatibles avec les obligations au regard de l'OMC, ce qui aura pour résultat de rendre l'ensemble de la loi incompatible avec ces obligations.[642] L'inverse est également vrai: bien que le dispositif législatif en tant que tel puisse être incompatible, à première vue, avec les obligations au regard de l'OMC, cette incompatibilité peut être levée légitimement après examen des autres éléments administratifs ou institutionnels de la loi en question.

7.28 Par conséquent, pour examiner les dispositions pertinentes des articles 301 à 310, nous nous sommes d'abord penchés sur le dispositif législatif proprement dit, amputé de tous les autres éléments de la loi. Nous nous sommes ensuite penchés sur les autres éléments des articles 301 à 310 qui, à notre avis, font partie intégrante de la mesure en question et avons procédé à notre évaluation finale en tenant compte de tous les éléments pris ensemble.

C. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE L'ARTICLE 304 EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 23:2 A) DU MÉMORANDUM D'ACCORD

1. Allégations et arguments des parties

7.29 Les CE allèguent que l'article 304 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination "unilatérale" sur la question de savoir si un autre Membre de l'OMC a violé les droits des États-Unis au regard de l'OMC. Elles soutiennent qu'il doit établir cette détermination dans un délai de 18 mois après l'ouverture de l'enquête au titre de l'article 302, date qui coïncide normalement avec la présentation de la demande de consultations dans le cadre du Mémorandum d'accord. Selon elles, on peut toutefois admettre que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord s'échelonnent sur 19 mois et demi. Les CE soutiennent que, vu le délai de 18 mois, l'article 304 prescrit l'établissement d'une détermination même lorsque l'ORD n'a pas encore adopté de rapport renfermant des constatations sur la question, ce qui est contraire à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

7.30 Les États-Unis rétorquent que rien dans l'article 304 n'oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à déterminer de manière spécifique que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits en l'absence de constatations qui émanent d'un groupe spécial ou de

---

– étant donné la nature particulière de la loi nationale en question – de considérer tous les éléments des articles 301 à 310 comme une seule mesure afin d'en évaluer correctement la conformité générale avec les règles de l'OMC.

[642] C'est pourquoi, dans l'affaire *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ("*États-Unis – Crevettes*", WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, paragraphes 160 et 186), l'Organe d'appel a d'abord examiné la mesure prise par les États-Unis en tant que telle et constaté que celle-ci pouvait se justifier provisoirement au regard de l'article XX g) du GATTde 1994. Néanmoins, il a ensuite constaté que l'*application* de cette même mesure, conformément aux directives et à la pratique administratives, constituait un usage abusif ou impropre de la justification provisoire offerte par l'article XX g), compte tenu du texte introductif de cet article. Pour ces motifs, il a conclu que la mesure des États-Unis, interprétée en ce sens, contrevenait au GATT de 1994.

l'Organe d'appel et qui ont été adoptées par l'ORD. Dans leur deuxième communication, les États-Unis vont encore plus loin et soutiennent qu'il leur est *impossible* de déterminer qu'ils se sont vus frustrés de leurs droits avant l'adoption des constatations de l'ORD, puisque les déterminations relevant de l'article 304 doivent être établies en tenant compte des travaux de l'OMC en matière de règlement des différends, conformément à l'article 304 a) 1). Selon eux, l'article 304 oblige uniquement le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à se "prononce[r] *sur la question de savoir si*" – non pas à déterminer *que* – les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits. À leur avis, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a le pouvoir de déterminer qu'il n'y a pas eu de violation, qu'aucune violation n'a été confirmée par l'ORD, qu'une violation sera confirmée à la date à laquelle l'ORD adoptera les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel ou qu'il faut clore l'enquête en cours. Les États-Unis estiment en outre que le délai prévu pour l'achèvement des procédures établies dans le Mémorandum d'accord – depuis la demande de consultations jusqu'à l'adoption des rapports par l'ORD – n'est pas de 19 mois et demi, comme le prétendent les CE, mais de 16 mois et 20 jours.

2. Constatations préliminaires du Groupe spécial concernant le dispositif législatif de l'article 304

7.31 En ce qui concerne le dispositif législatif de l'article 304, nous estimons qu'il suffit d'établir les constatations suivantes après avoir examiné le texte proprement dit, les éléments de preuve et les arguments qui nous ont été présentés à ce sujet ainsi que les questions d'interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC, lorsqu'il y a lieu.

a) Premièrement, *de facto*, nous constatons que le dispositif législatif de l'article 304 a) 2) prescrit au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales – c'est-à-dire que la loi l'y oblige – d'établir une détermination sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits dans un délai de 18 mois après la demande de consultations.[643] C'est un élément impératif de l'article 304, pour lequel le corps législatif n'a laissé aucune marge de manœuvre à l'exécutif.[644]

b) Deuxièmement, *de jure*, comme la plupart des délais prévus dans le Mémorandum d'accord sont soit des délais minimaux sans limite maximale[645], soit des délais maximaux qui n'ont, néanmoins, qu'une valeur indicative[646], les procédures prévues

[643] Aux fins du présent différend, nous présumons que le délai de 18 mois est la plus rapprochée des deux échéances mentionnées à l'article 304, c'est-à-dire qu'il échoit avant l'expiration du délai de "30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée".

[644] Les États-Unis conviennent qu'ils ne peuvent différer l'établissement de cette détermination. Concernant l'affaire *Japon – Mesures visant les produits agricoles* ("*Japon – Produits agricoles*"), rapport adopté le 19 mars 1999, WT/DS76/AB/R et l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, par exemple, les États-Unis - en réponse à la question 24 a) qui leur avait été posée par le Groupe spécial (comme il est indiqué au paragraphe 4.586 du présent rapport) – ont déclaré qu'"ils n'[avaient] pas établi de détermination formelle au titre de l'article 304 à l'expiration du délai de 18 mois, *mais qu'ils auraient dû le faire*" (pas d'italique dans l'original).

[645] L'article 4:7 du Mémorandum d'accord, par exemple, prévoit un délai minimal de 60 jours pour les consultations, sauf accord à l'effet contraire ou en cas d'urgence, conformément à l'article 4:8.

[646] À l'article 12:8, il est question d'un délai de six mois, "en règle générale", entre la composition du groupe spécial et la remise du rapport final aux parties. L'article 12:9 dispose qu'"[e]n aucun cas, le délai compris entre l'établissement d'un groupe spécial et la distribution de son rapport aux Membres ne *devrait* dépasser neuf mois" (pas d'italique dans l'original). L'article 17:5 dispose qu'"[e]n règle générale, la durée de la procédure [de l'Organe d'appel] ne dépassera pas 60 jours". Il y est ajouté, cependant, qu'"[e]n aucun cas, la

dans le Mémorandum d'accord – depuis la demande de consultations jusqu'à l'adoption des constatations par l'ORD[647] - peuvent durer plus de 18 mois et, dans la pratique, elles ont souvent débordé ce délai.[648] Par conséquent, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait être obligé, dans le cadre de certaines procédures engagées par les États-Unis – et, de fait, il a déjà été obligé dans certaines affaires – d'établir une détermination unilatérale sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits avant l'achèvement des procédures multilatérales prévues dans le Mémorandum d'accord.

c) Troisièmement, *de facto*, même si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est obligé d'établir une détermination dans un délai de 18 mois, nous constatons qu'il n'existe aucune circonstance, compte tenu du large pouvoir discrétionnaire dont celui-ci dispose en vertu de l'article 304, qui l'obligerait à établir une détermination voulant que les États-Unis se soient vus frustrés de leurs droits au titre de l'Accord sur l'OMC – désignée ci-après par l'expression "détermination d'incompatibilité" – avant l'achèvement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord.

L'article 304 a) requiert du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qu'il se prononce, dans un délai de 18 mois, *sur la question de savoir si* les États-Unis sont frustrés de leurs droits. Il ne requiert pas de lui qu'il détermine *que* les États-Unis sont frustrés de leurs droits à l'expiration du

---

procédure ne dépassera 90 jours". Néanmoins, même ce délai apparemment obligatoire a été dépassé dans trois affaires jusqu'ici (*États-Unis – Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, WT/DS24/AB/R, 91 jours; *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* ("*CE – Hormones*"), WT/DS26/AB/R – WT/DS48/AB/R, 114 jours; et *États-Unis – Crevettes*, *op. cit.*, 91 jours). Enfin, il est question à l'article 20 d'un délai de neuf mois – ou de 12 mois, en cas d'appel – "en règle générale", entre l'établissement du groupe spécial et l'adoption du ou des rapports par l'ORD.

[647] Lorsque nous parlons ci-après de l'achèvement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, nous entendons la date à laquelle l'ORD adopte le rapport du groupe spécial et celui de l'Organe d'appel, le cas échéant, concernant l'affaire en question.

[648] Dans 17 des 26 affaires qui ont débouché jusqu'ici sur des recommandations de l'ORD, plus de 18 mois se sont écoulés entre la demande de consultations et l'adoption des rapports. Onze de ces 17 procédures ont été engagées par les États-Unis qui agissaient comme seule partie plaignante ou à titre de coplaignant: *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* ("*CE – Bananes III*", WT/DS27), *CE – Hormones* (*op. cit.*), *Japon - Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs* (WT/DS44), *Inde – Brevets (États-Unis)* (*op. cit.*), *Communautés européennes/Royaume-Uni/Irlande – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (WT/DS62, 67 et 68), *Indonésie - Certaines mesures affectant l'industrie automobile* (WT/DS54, 55, 59 et 64), *Japon - Produits agricoles* (*op. cit.*), *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques* (WT/DS75 et 84), *Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles* (WT/DS106), *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels* (WT/DS90) et *Canada - Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers* (WT/DS103, plainte des États-Unis et WT/DS113, plainte de la Nouvelle-Zélande). Les six autres procédures étaient les suivantes: *États-Unis – Crevettes* (*op. cit.*), *Australie – Mesures visant les importations de saumons* (WT/DS18), *Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique* (WT/DS60), *États-Unis – Droit antidumping sur les semi-conducteurs pour mémoires RAM dynamiques (DRAM) de un mégabit ou plus, originaires de Corée* (WT/DS99), *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs* (WT/DS46) et *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils* ("*Canada – Aéronefs*", WT/DS70).

délai de 18 mois. Les critères mentionnés à l'article 304 a) sur lesquels il doit fonder sa détermination – "l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que [l]es consultations (et [l]es travaux, le cas échéant) menées au titre de l'article 303" – lui donnent dans tous les cas une grande latitude en ce qui concerne la teneur réelle de la détermination qu'il doit établir.

Néanmoins, comme nous le verrons plus loin, le fait qu'il dispose de ce pouvoir discrétionnaire ne signifie pas nécessairement que l'article 304 ne contrevient pas au Mémorandum d'accord.

d) Quatrièmement, *de facto*, nous constatons que même si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas *obligé*, quelles que soient les circonstances, d'établir au titre de l'article 304 une détermination d'incompatibilité avant l'achèvement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, le dispositif législatif de l'article 304 proprement dit ne lui *interdit* pas d'établir pareille détermination.[649] Nous constatons que le large pouvoir discrétionnaire accordé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales lui permet de faire exactement ce que laisse entendre le dispositif législatif: se prononcer *sur la question de savoir si* les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits, c'est-à-dire déterminer que les États-Unis *ne se sont pas vus* frustrés de leurs droits, mais aussi déterminer qu'ils *se sont vus* frustrés de leurs droits.[650]

7.32 En conclusion, le dispositif législatif de l'article 304 *oblige* le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir dans certains cas une détermination unilatérale sur la question de savoir si les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits *avant* même que l'ORD n'ait adopté ses constatations sur la question. Cependant, ce dispositif ne l'*oblige* pas à établir une détermination d'incompatibilité pas plus qu'il ne lui *interdit* d'établir pareille détermination.

7.33 Facteur déterminant, le dispositif législatif de l'article 304 réserve au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, lorsqu'il accomplit son devoir impératif après 18 mois, le droit d'établir une détermination unilatérale d'incompatibilité avant même l'achèvement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord.

---

[649] Les États-Unis ont soutenu dans leur deuxième communication que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut établir pareille détermination d'incompatibilité. Dans la mesure où cet argument repose sur le dispositif législatif du seul article 304, nous le rejetons pour les raisons indiquées dans le présent rapport.

[650] Il est dit à l'article 304 a) que la détermination est établie en tenant compte "des travaux [effectués dans le cadre de l'OMC], le cas échéant". Ce dispositif législatif n'est pas suffisamment précis pour qu'on puisse l'interpréter comme limitant le pouvoir qu'a le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité avant l'adoption des constatations par l'ORD. La mention des "travaux" permet de tenir compte des procédures de l'OMC mais, à notre avis, elle n'interdit pas l'établissement d'une détermination d'incompatibilité avant l'issue finale de ces travaux, c'est-à-dire avant l'adoption des recommandations de l'ORD. Nous observons qu'il est expressément fait mention, au sujet du premier délai prévu à l'article 304 a) 2), de la conclusion des procédures de règlement des différends ("30 jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée"), mais qu'il n'est question d'aucuns travaux en ce qui concerne le deuxième délai, encore moins de l'achèvement des procédures dans le cadre de l'OMC ("18 mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte"). L'article 304 a) 2) prescrit l'établissement d'une détermination "selon la plus rapprochée" de ces deux échéances. Nous notons, enfin, que les États-Unis eux-mêmes ont d'abord soutenu que l'article 304 ne "prescrivait" pas l'établissement d'une détermination d'incompatibilité, ce qui semble indiquer que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut établir pareille détermination, bien qu'il ne soit pas tenu de le faire. Ce n'est que dans leur deuxième communication que les États-Unis ont soutenu qu'il était "interdit" en réalité au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir ce genre de détermination.

3. Le dispositif législatif de l'article 304 et les obligations des Membres au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord

7.34 Le dispositif législatif de l'article 304 réserve donc au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, lorsque celui-ci accomplit son devoir impératif après 18 mois, le droit d'établir une détermination unilatérale d'incompatibilité avant même que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord. Comme il a été indiqué, il ne lui impose pas le devoir d'établir une telle détermination. Ce qui est en cause, donc, c'est la question de savoir si – étant donné, d'une part, le devoir d'établir, dans certaines circonstances, une détermination unilatérale avant que ne soient épuisées les procédures multilatérales et, d'autre part, la latitude absolue quant à la teneur de cette détermination – l'article 304 constitue, en lui-même, plutôt qu'à l'égard d'une application particulière, un manquement aux obligations contractées par les Membres au titre de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Il nous faut donc passer maintenant à l'interprétation de l'article 23 du Mémorandum d'accord.

a) La double nature des obligations au titre de l'article 23 du Mémorandum d'accord

7.35 L'article 23 du Mémorandum d'accord traite, comme son intitulé l'indique, du "Renforcement du système multilatéral". Il vise de manière générale à empêcher les Membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends en ce qui concerne leurs droits et obligations au regard de l'OMC en les obligeant à suivre les règles et procédures multilatérales du Mémorandum d'accord.

7.36 L'article 23:1 se lit ainsi:

> *"Renforcement du système multilatéral*
>
> Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, *ils auront recours et se conformeront* aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord" (pas d'italique dans l'original).

7.37 L'article 23:2 pose trois conditions qui doivent être respectées dans le cadre du processus multilatéral de règlement des différends prévu dans le mémorandum d'accord. Il dispose ce qui suit:

> "Dans de tels cas [ceux visés par l'article 23:1, c'est-à-dire lorsque des Membres cherchent à obtenir réparation en cas d'incompatibilité avec les accords de l'OMC], les Membres:
>
> a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord;
>
> b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en œuvre les recommandations et décisions; et

c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable."

7.38 Compte tenu de ce qui précède, nous en arrivons à la conclusion suivante:

a) Il appartient à l'OMC, au moyen du processus prévu dans le Mémorandum d'accord - non pas à un Membre de l'OMC agissant à titre individuel - de déterminer qu'il y a incompatibilité au regard de l'OMC (article 23:2 a)).

b) Il appartient à l'OMC ou aux deux parties en litige, au moyen des procédures prévues à l'article 21 – non pas à un Membre de l'OMC agissant à titre individuel – de déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en œuvre les recommandations et décisions (article 23:2 b)).

c) Il appartient à l'OMC, au moyen des procédures prévues à l'article 22 – non pas à un Membre de l'OMC agissant à titre individuel – de déterminer, en cas de désaccord, le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations qui peut être imposé en raison d'une incompatibilité au regard de l'OMC et d'autoriser l'exécution effective de ces suspensions.

7.39 Ainsi, l'article 23:2 interdit clairement aux Membres de l'OMC d'agir unilatéralement lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation pour des incompatibilités au regard de l'OMC dans le cadre d'un différend donné. Il s'agit là, à notre avis, du premier type d'obligations visées par l'article 23.

7.40 Cependant, il ne nous incombe pas en l'espèce d'évaluer la conformité au regard de l'OMC de déterminations particulières établies au titre de l'article 304 dans le cadre d'un différend donné, mais plutôt de nous prononcer sur la question de savoir si l'article 304, en tant que tel, contrevient à l'article 23 du Mémorandum d'accord. Cela nous amène au deuxième type d'obligations visées par l'article 23.

7.41 De manière générale, il ressort on ne peut plus clairement de l'acquis du GATT, tel qu'il a été confirmé par l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC et des rapports récents de groupes spéciaux de l'OMC, qu'une loi en tant que telle, indépendamment de son application dans des cas particuliers, peut constituer un manquement aux obligations au regard du GATT/de l'OMC:

a) Dans la jurisprudence du GATT, pour donner un exemple, une loi exerçant une discrimination fiscale à l'encontre de produits importés a été jugée incompatible avec le GATT avant même qu'elle ait effectivement été appliquée à des produits particuliers et donc avant qu'un produit donné ait effectivement fait l'objet d'une discrimination.[651]

[651] Voir, par exemple, les rapports des groupes spéciaux *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation* ("*États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement*"), adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, paragraphe 5.2.2 (affaire dans laquelle la loi exerçant une discrimination fiscale ne devait être appliquée par les autorités fiscales qu'à la fin de l'année après celle au cours de laquelle le Groupe spécial a examiné la question) et *États-Unis – Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt* ("*États-Unis – Boissons à base de malt*"), adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, paragraphes 5.39, 5.57, 5.60 et 5.66 (affaire dans laquelle la loi exerçant la discrimination n'était pas appliquée par les autorités, par exemple). Voir aussi les rapports des groupes spéciaux *Communauté économique européenne – Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants* ("*CEE – Pièces détachées et composants*"), adopté le

b) L'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC confirme explicitement que des lois en tant que telles peuvent contrevenir audit accord. Il se lit ainsi:

> "Chaque Membre assurera la conformité de ses *lois, réglementations et procédures administratives* avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe" (pas d'italique dans l'original).

Les trois types de mesures qui ressortissent expressément aux obligations imposées par les accords de l'OMC – "lois, réglementations et procédures administratives" – sont des mesures d'application générale et non pas des mesures qui sont prises nécessairement dans le cadre d'une affaire ou d'un différend donné. L'article XVI:4, bien qu'il n'élargisse pas la portée des obligations de fond faites dans les accords de l'OMC, élargit le type de mesures visées par ces obligations.[652]

c) Des rapports récents de groupes spéciaux de l'OMC confirment également qu'une loi en tant que telle, indépendamment de son application dans un cas précis, peut être incompatible avec les règles de l'OMC.[653]

7.42 Une loi peut donc constituer un manquement aux obligations au regard de l'OMC. Cela doit être vrai également en ce qui concerne l'article 23 du Mémorandum d'accord. Il en est ainsi, à notre avis, non seulement à cause de la jurisprudence mentionnée plus haut et de l'article XVI:4, mais aussi en raison de la nature même des obligations énoncées à l'article 23.

7.43 L'article 23:1 ne traite pas seulement de cas particuliers de violation. Il prescrit un devoir général d'une double nature. Premièrement, il impose à tous les Membres le "recours" au processus multilatéral défini dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'une incompatibilité au regard de l'OMC. Dans ces circonstances, les Membres doivent avoir recours au système de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord à l'exclusion de tout autre système, en particulier un système d'exécution unilatérale des droits et obligations au regard de l'OMC. Cette disposition, que l'on pourrait qualifier de "clause d'exclusivité en matière de règlement des différends", est un nouvel élément important des droits et obligations des Membres au titre du Mémorandum d'accord. Deuxièmement, l'article 23:1 prescrit également aux Membres de "se conformer" aux règles et procédures définies dans le Mémorandum d'accord lorsqu'ils ont recours au

---

16 mai 1990, IBDD, S37/142, paragraphes 5.25 et 5.26, *Thaïlande – Restrictions à l'importation et taxes intérieures touchant les cigarettes* ("*Thaïlande – Cigarettes*"), adopté le 7 novembre 1990, IBDD, S37/214, paragraphe 84 et *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur* ("*États-Unis – Tabac*"), adopté le 4 octobre 1994, IBDD, S41/145, paragraphe 118.

[652] L'article XVI:4 va plus loin que l'article 27 de la Convention de Vienne. L'article 27 de cette Convention se lit ainsi: "Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité". L'article XVI:4, par contre, interdit non seulement d'invoquer un conflit avec le droit interne pour justifier des incompatibilités au regard de l'OMC, mais oblige effectivement les Membres de l'OMC à garantir la conformité de leur droit interne avec leurs obligations au regard de l'OMC.

[653] Rapports des groupes spéciaux *Argentine – Mesures affectant les importations de chaussures, textiles, vêtements et autres articles* ("*Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*"), WT/DS56/R (plainte des États-Unis), adopté le 22 avril 1998, paragraphes 6.45 à 6.47 (voir aussi le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS56/AB/R, paragraphes 48 à 55), *Canada – Aéronefs*, *op. cit.*, paragraphes 9.124 et 9.208, *Turquie - Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, WT/DS34/R, rapport distribué aux Membres le 31 mai 1999 (qui a fait l'objet d'un appel pour d'autres motifs), paragraphe 9.37.

système de règlement des différends prévu dans ledit mémorandum. Cette deuxième obligation énoncée à l'article 23:1 est de nature confirmative: lorsque les Membres ont recours au Mémorandum d'accord, ils doivent se conformer à toutes les règles et procédures qui y sont énoncées.

7.44 Examinons maintenant le paragraphe 2 de l'article 23 – qui, à première vue, traite du comportement dans des différends particuliers – et qui commence par les mots "[d]ans de tels cas". Il est donc explicitement lié au premier paragraphe de cet article et doit être lu dans le contexte du premier paragraphe, auquel il est subordonné.

7.45 D'ailleurs, deux des trois interdictions mentionnées au paragraphe 2 de l'article 23 - alinéas 23:2 b) et c) – ne sont que des exemples flagrants de comportement contraire aux règles et procédures du Mémorandum d'accord que les Membres sont tenus de respecter, en vertu de l'obligation qui leur est faite au paragraphe premier de l'article 23 de "se conformer aux règles et procédures" du Mémorandum d'accord.[654] Manifestement, ces règles et procédures ont un champ d'application beaucoup plus vaste que celui qui est mentionné expressément au paragraphe 2 de l'article 23.[655] Outre les cas spécialement visés par le paragraphe 2 de l'article 23, beaucoup d'autres comportements de l'État peuvent constituer un manquement à l'obligation générale qui est faite au paragraphe 1 de l'article 23 d'avoir recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et de s'y conformer.[656]

7.46 Donc, l'article 23 ne fait pas qu'interdire d'agir dans certains différends, il instaure aussi une discipline en ce qui concerne le processus général que les Membres de l'OMC doivent suivre lorsqu'ils cherchent à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC. La violation des dispositions explicites de l'article 23 peut donc revêtir deux formes. Elle peut être causée

a) par une action spécifique ponctuelle dans un différend donné, ou

b) par des mesures d'application générale, c'est-à-dire des lois ou des réglementations, qui prévoient qu'un certain processus doit être suivi, lequel ne comprend pas, par exemple, le recours au système de règlement des différends prévu dans le Mémorandum d'accord, ou qui n'est pas conforme aux règles et procédures dudit mémorandum.

b) Loi qui contrevient à l'article 23 du Mémorandum d'accord

7.47 Quelle est la sorte de loi qui constituerait une violation de l'article 23?

7.48 Certes, pour donner un exemple extrême, une loi qui prescrirait l'établissement d'une détermination d'incompatibilité dès qu'un groupe spécial de l'OMC a publié son rapport – sans attendre l'issue d'un éventuel appel et l'adoption des recommandations de l'ORD – contreviendrait à l'article 23:2 a).

---

[654] Par contre, il n'y a pas de recoupement entre l'article 23:2 a), qui interdit aux Membres d'établir certaines déterminations, et d'autres dispositions du Mémorandum d'accord.

[655] On pourrait mentionner, par exemple, l'obligation de demander des consultations conformément à l'article 4 du Mémorandum d'accord avant de demander l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 6.

[656] Ne pas notifier à l'ORD des solutions convenues d'un commun accord, comme l'exige l'article 3:6 du Mémorandum d'accord, ou ne pas se conformer aux prescriptions relatives à la demande de consultations ou à la demande d'établissement d'un groupe spécial, telles qu'elles sont énoncées aux articles 4 et 6, sont d'autres exemples de comportement qui serait contraire aux règles et procédures du Mémorandum d'accord mais qui ne sont pas mentionnés expressément à l'article 23:2.

7.49 Alors, comment devrions-nous apprécier le dispositif législatif de l'article 304 qui prescrit, dans certains cas, l'établissement d'une détermination avant que ne soient épuisées les procédures prévues au Mémorandum d'accord et qui réserve au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le droit d'établir une détermination unilatérale d'incompatibilité lorsqu'il accomplit ce devoir impératif?

7.50 Nous constatons premièrement que si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devait exercer, *dans le cadre d'un différend donné*, le droit qui lui est ainsi réservé dans le dispositif législatif de l'article 304 et qu'il établissait une détermination d'incompatibilité, le comportement des États-Unis réunirait les différents éléments requis pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a).[657] Cependant, l'article 304 ne prescrit pas au Représentant des

[657] Nous estimons que si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devait exercer, dans le cadre d'un différend donné, le droit qui lui est réservé dans le dispositif législatif de l'article 304 d'établir une détermination d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, le comportement des États-Unis réunirait les différentes conditions requises pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a) dans un cas précis. Cette conclusion est d'une importance cruciale puisqu'elle montre que le dispositif législatif de l'article 304 réserve au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le droit de manquer au moins au premier type d'obligations énoncées à l'article 23:2 a) dans un cas précis. Quatre conditions doivent être remplies pour qu'un acte donné posé dans le cadre d'un différend particulier contrevienne à l'article 23:2 a):

a) l'acte est posé "dans de tels cas" (texte introductif de l'article 23:2), c'est-à-dire dans une situation où un Membre "cherche à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords", comme il est dit à l'article 23:1;

b) l'acte constitue une "détermination";

c) la "détermination" est une détermination "qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée";

d) la "détermination" *n'*a *pas* été établie "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord", ou elle *n'*a *pas* été établie "au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord". Les deux éléments de cette condition sont de nature cumulative. Des déterminations ne peuvent être établies qu'en recourant au Mémorandum d'accord *et* au regard des constatations adoptées par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord.

Si l'on applique ces quatre conditions à la détermination particulière qui est autorisée au titre du dispositif législatif de l'article 304, à savoir une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, nous observons, dans un premier temps, que les parties s'entendent pour dire que toutes les déterminations relevant de l'article 304 sont établies lorsque les États-Unis cherchent à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC, au sens de la première condition énoncée plus haut. Nous en convenons. Manifestement, lorsqu'ils cherchent à défendre leurs droits au regard de l'OMC en ouvrant des enquêtes au titre de l'article 302, en demandant des consultations et en introduisant des procédures dans le cadre de l'OMC et en prenant, au titre de l'article 304, une décision sur la question de savoir s'ils sont frustrés de leurs droits au regard de l'OMC, les États-Unis cherchent à obtenir réparation de ce qu'ils estiment être des incompatibilités au regard de l'OMC.

Les deux parties conviennent également que les déterminations établies au titre de l'article 304 remplissent la deuxième et la quatrième condition, à savoir une détermination au sens de l'article 23:2 a). Nous en convenons. Voici quelques-uns des sens pertinents que le dictionnaire donne au mot "détermination" dans le contexte de l'article 23 a): "le règlement d'un procès ou d'une controverse par la décision faisant autorité d'un juge ou d'un arbitre; un règlement ainsi obtenu ou une décision ainsi rendue; une opinion faisant autorité ... la démarche consistant à parvenir à une décision; le résultat de cette démarche; une intention précise" (The New

États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité en violation de l'article 23 dans chaque cas; il ne fait que mettre en place le dispositif législatif qui lui donne le pouvoir et le droit de le faire. La question qui se pose ici est celle

---

Shorter Oxford English Dictionary, Ed. Brown, L., Clarendon Press, Oxford, Volume 1, page 651). Bien qu'il ne soit pas absolument nécessaire de définir ce qu'on entend par "détermination" au sens de l'article 23:2 a), nous estimons que – compte tenu du sens ordinaire donné à ce mot – une "détermination" suppose une fermeté ou une immutabilité très grandes, c'est-à-dire une décision plus ou moins finale par un Membre concernant la compatibilité au regard de l'OMC d'une mesure prise par un autre Membre.

Étant donné que l'article 23:2 a) ne porte que sur les "déterminations" qui sont établies par un Membre qui cherche à obtenir réparation en raison d'incompatibilités au regard de l'OMC, nous sommes d'avis qu'une "détermination" ne peut être établie qu'*après* qu'un Membre a décidé, à titre préliminaire, qu'il peut y avoir incompatibilité au regard de l'OMC, c'est-à-dire uniquement après qu'un Membre a décidé de chercher à obtenir réparation de cette incompatibilité. Les opinions ou avis exprimés avant d'arriver à cette étape ne sont pas censés être visés par l'article 23:2 a). Cependant, une fois qu'un Membre a engagé une procédure au titre du Mémorandum d'accord, en particulier après qu'il a demandé l'établissement d'un groupe spécial, on peut présumer que cette étape préliminaire a été franchie et que le critère inhérent à l'existence d'une "détermination" est rempli. Cette interprétation du terme "détermination" est confirmée par l'exception qui est prévue pour les "déterminations" établies "en recourant au règlement des différends conformément" au Mémorandum d'accord, exception qui permet explicitement la "détermination" implicite dans la saisine d'un groupe spécial. Quoi qu'il en soit, ce qui est décisif aux termes de l'article 23:2 a) n'est pas tellement la question de savoir si un acte constitue une "détermination" – celle-ci étant en quelque sorte, à notre avis, une prescription de forme qui doit être interprétée au sens large – mais plutôt la question de savoir s'il est conforme aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, à savoir la quatrième condition examinée ci-après.

Compte tenu de ce qui précède, nous constatons que les déterminations au titre de l'article 304 du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales – établies *après* les enquêtes internes et les consultations et procédures dans le cadre de l'OMC, le cas échéant, et, s'agissant des déterminations d'incompatibilité, qui aboutissent automatiquement à la décision de prendre des mesures au titre de l'article 301 dont elles constituent une condition *sine qua non* – satisfont au critère de fermeté et d'immutabilité qui est requis pour qu'il y ait "détermination" au titre de l'article 23:2 a).

La troisième condition prévue à l'article 23:2 a), tel qu'il s'applique à la détermination particulière à laquelle nous nous intéressons, est elle aussi remplie. Nous rappelons qu'il serait constaté aux termes de cette détermination que les États-Unis se sont vus frustrés de leurs droits dans le cadre de l'OMC, c'est-à-dire une détermination "qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée", ce qui satisferait à la troisième condition énoncée à l'article 23:2 a).

La quatrième condition posée par à l'article 23:2 a) est également remplie. Nous rappelons que la détermination particulière que nous examinons ici aurait été établie *avant* que l'ORD n'ait adopté ses constatations sur la question. Elle *n'*aurait donc *pas* été établie "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord" *ni* "au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD". De fait, semblable détermination établie *avant* l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord ne serait pas requise, ne serait pas évoquée et ne serait pas pertinente dans le cadre de l'une quelconque des étapes ou procédures prévues dans le Mémorandum d'accord. Au contraire, il s'agirait d'une détermination qui, à première vue, porterait atteinte aux résultats des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord et qui pourrait même aller à l'encontre de ces résultats. Qui plus est, pareille détermination ne pourrait pas être compatible avec les constatations de l'ORD, puisque celui-ci n'aurait pas encore adopté ses constatations.

En conclusion, si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devait exercer, dans le cadre d'un différend donné, le droit qui lui est réservé à l'article 304 d'établir une détermination d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, le comportement des États-Unis réunirait les quatre conditions requises pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a).

de savoir ce qui constitue un manquement au deuxième type d'obligations énoncées à l'article 23, à savoir une violation par des mesures d'applicabilité générale telles qu'une loi générale.

7.51 Les parties ont axé une bonne partie de leur argumentation sur le type de lois qui pourrait être jugé incompatible avec les obligations au regard de l'OMC. Les États-Unis ont soutenu avec force que seule une loi *prescrivant* une incompatibilité au regard de l'OMC ou *empêchant* la compatibilité au regard de l'OMC pouvait, en tant que telle, contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC. Cet argument est au cœur même des moyens de défense invoqués par les États-Unis. Selon leur interprétation, la loi en tant que telle ne peut pas contrevenir à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, puisque l'article 304 ne prescrit jamais une détermination spécifique d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord et qu'il n'empêche pas non plus les États-Unis d'agir dans toutes les circonstances conformément à leurs obligations au regard de l'OMC.

7.52 Les CE ont soutenu avec autant de force que certains types de lois qui ne *prescrivent* pas un comportement incompatible avec les règles de l'OMC mais qui le *permettent* pouvaient eux aussi constituer un manquement aux obligations au regard de l'OMC. Les CE ont estimé que c'était le cas de l'article 304.

7.53 Bien que cette question soit au centre des communications des deux parties, nous estimons que le fait de trancher la question de savoir quel type de lois, dans l'abstrait, peut constituer un manquement aux obligations au regard de l'OMC ne présente pas d'intérêt dans le cadre de l'examen du type d'allégations dont nous sommes saisis. À notre avis, la méthode indiquée dans des affaires comme celle-ci consiste à examiner avec soin la nature de l'obligation en cause et à évaluer la mesure en question à la lumière de cet examen. Après avoir interprété correctement l'obligation spécifique en cause, la question qui se pose est celle de savoir si la prohibition frappe uniquement les lois nationales impératives ou si elle frappe également les lois nationales discrétionnaires. Nous rejetons la thèse selon laquelle il n'y aurait qu'une seule règle inflexible applicable à l'ensemble de la législation nationale. Après tout, est-il si peu vraisemblable que les concepteurs de l'Accord sur l'OMC, dans leur sagesse, aient élaboré des obligations qui rendraient illégales jusqu'aux lois discrétionnaires et élaboré d'autres obligations prohibant uniquement les lois impératives?[658] La question de savoir si l'article 304 contrevient ou non à l'article 23 dépend donc, d'abord et avant tout, des obligations précises énoncées à l'article 23.

7.54 Nous pouvons exprimer cette opinion d'une manière différente:

a) Même si nous partions du postulat avancé par les États-Unis selon lequel seules les lois *prescrivant* une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou *empêchant* la compatibilité avec les règles de l'OMC peuvent contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC; et

b) que nous confirmions la constatation de fait que nous avons établie à l'alinéa 7.31 c) selon laquelle le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales

[658] Imaginons, par exemple, une loi qui disposerait que toutes les importations, y compris celles en provenance de Membres de l'OMC, doivent faire l'objet d'une inspection douanière, et qui donnerait à l'administration le droit de frapper à son gré toutes ces marchandises de droits de douane supérieurs à ceux autorisés aux termes de la liste de concessions tarifaires du Membre concerné. Le fait qu'aux termes de cette loi l'administration nationale ne serait pas obligée d'imposer des droits de douane qui vont au-delà de l'obligation au regard de l'OMC mettrait-il hors de cause à lui seul la loi en question? Pour en arriver à pareille conclusion, ne faudrait-il pas examiner minutieusement les obligations énoncées dans certaines dispositions de l'Accord sur l'OMC, par exemple à l'article II du GATT et dans la liste de concessions du Membre concerné?

> internationales jouit d'une latitude absolue lorsqu'il décide de la teneur de la détermination,

nous ne serions pas d'accord pour autant avec les États-Unis qui disent que la combinaison de a) et b) rend *nécessairement* l'article 304 compatible avec l'article 23, puisque l'article 23 peut prohiber des lois comportant certains éléments discrétionnaires et que, par conséquent, le fait même que la loi confère un tel pouvoir discrétionnaire pourrait en effet l'empêcher d'être compatible avec les règles de l'OMC. Autrement dit, rejeter, comme nous le faisons, le postulat implicite dans l'argumentation des États-Unis selon lequel aucune disposition de l'Accord sur l'OMC n'a jamais prohibé les lois discrétionnaires ne signifie pas que nous infirmons le critère habituel figurant dans la jurisprudence préexistante, selon lequel seules les lois prescrivant une incompatibilité avec les règles de l'OMC ou empêchant la compatibilité avec les règles de l'OMC peuvent, en tant que telles, contrevenir aux dispositions de l'Accord sur l'OMC.[659] En vérité, c'est précisément le critère que nous appliquerons aux fins de notre analyse. Néanmoins, ce critère n'a tout simplement pas comme corollaire, comme on le prétend parfois, que les lois conférant un pouvoir discrétionnaire ne peuvent jamais contrevenir à l'Accord sur l'OMC. Si, par exemple, il est constaté que les obligations spécifiques énoncées à l'article 23 prohibent un certain type de pouvoir discrétionnaire de nature législative, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans le dispositif législatif de l'article 304 exclurait présomptivement la compatibilité avec les règles de l'OMC.

7.55 À quoi aboutit donc cet examen de l'article 23?

7.56 Nous avons déjà constaté que, conformément aux dispositions légales de l'article 304, chaque fois que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales accomplit son devoir impératif d'établir une détermination, le dispositif législatif lui donne le pouvoir discrétionnaire et lui réserve le droit d'établir une détermination d'incompatibilité, même lorsque les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord n'ont pas été épuisées.

7.57 À notre avis, le sens ordinaire des dispositions de l'article 23, même lorsqu'elles sont interprétées dans l'abstrait, étaye la position selon laquelle cet aspect de l'article 304 constitue à première vue une violation des règles et procédures du Mémorandum d'accord. Cette interprétation de l'article 23 est amplement confirmée lorsque nous examinons, comme c'est notre devoir au titre de la Convention de Vienne, la disposition "de bonne foi" qui figure dans la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de cette convention et lorsque nous évaluons les termes de l'article 23 non pas dans l'abstrait, mais dans leur contexte et à la lumière du Mémorandum d'accord et de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC.

4. Interprétation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord conformément aux règles de la Convention de Vienne concernant l'interprétation des traités.

a) "Un traité doit être interprété ... suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ..."

7.58 Premièrement, donc, le texte brut de l'article 23.

7.59 Le texte de l'article 23:1 est assez simple: les Membres sont obligés de manière générale a) d'avoir recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et b) de se conformer à ces règles et procédures. Celles-ci comprennent plus précisément, à l'article 23:2 a), l'interdiction d'établir une détermination unilatérale d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord. Par conséquent, si l'on s'en tient strictement au texte, ne pourrait-on

[659] Voir les paragraphes 4.173 et suivants ainsi que le paragraphe 7.51 du présent rapport.

pas dire que le dispositif législatif d'un Membre qui a pour effet d'autoriser expressément une détermination d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord va à l'encontre du sens ordinaire des obligations des Membres au titre de l'article 23?

7.60 Autrement dit, le texte brut de l'alinéa 23:2 a) et du paragraphe 23:1 ne peut-il pas être interprété comme une promesse mutuelle des Membres de l'OMC, qui se seraient donné une garantie enchâssée dans une obligation juridique internationale, en s'interdisant d'adopter certains comportements? Le texte de l'article 23:1 en particulier n'indique-t-il pas que cette promesse a été violée et que la garantie a été compromise lorsqu'un Membre adopte une loi qui lui permet expressément de faire ce qu'il a promis de ne pas faire?

7.61 Suivant cette interprétation, c'est précisément le pouvoir discrétionnaire accordé en vertu de l'article 304 qui, selon l'argumentation des États-Unis, met la loi hors de cause, qui crée, à notre avis, la violation présomptive. À première vue, le dispositif législatif qui donne ce pouvoir discrétionnaire au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales empêche les États-Unis de s'acquitter de leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Chaque fois qu'une détermination est établie alors que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord n'ont pas encore été épuisées, les Membres qu'un différend oppose aux États-Unis seront exposés à une détermination impérative établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales en vertu d'une loi qui fait précisément planer sur eux le danger même que l'article 23 était censé écarter.[660]

7.62 On pourrait faire valoir qu'il s'agit d'un danger qui ne pourra jamais disparaître complètement. Après tout, même les Membres qui n'ont aucune "législation commerciale" interne peuvent décider à n'importe quel moment de manquer à leurs obligations au regard de l'OMC, y compris à celles énoncées à l'article 23.

7.63 À notre avis, lorsqu'un Membre de l'OMC *n'*a *pas* promulgué de loi établissant des procédures pour l'exécution des droits au regard de l'OMC, seul le premier type de violation de l'article 23 peut normalement se produire, c'est-à-dire une violation de la promesse de ne pas établir de détermination d'incompatibilité avant l'adoption des constatations de l'ORD afférentes à des différends *donnés*. Cependant, certains Membres de l'OMC, dont les États-Unis et les CE, *ont* promulgué des lois pour chercher à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC. Il peut exister de très bonnes raisons liées aux normes de transparence, à la démocratie et à la primauté du droit qui expliquent pourquoi les Membres peuvent souhaiter se doter de telles lois. Néanmoins, lorsqu'un Membre adopte une loi, il doit veiller à ce que celle-ci ne constitue pas un manquement à ses obligations au regard de l'OMC. Une loi à caractère commercial, si importante ou positive soit-elle, dont le dispositif législatif réserve au Membre concerné le droit de faire quelque chose qu'il a promis de *ne pas* faire aux termes de l'alinéa 23:2 a), va à l'encontre, à notre avis, du sens ordinaire de l'alinéa 23:2 a) lu dans le contexte du paragraphe 23:1.

b) "Un traité doit être interprété de bonne foi …"

7.64 Dans le règlement d'un différend entre tiers, il est notoirement difficile, ou du moins délicat, d'interpréter l'exigence de la Convention de Vienne qui veut qu'un traité soit interprété de bonne foi,

[660] Nous rejetons l'idée que ce danger est écarté du seul fait de l'existence d'une obligation internationale. Même dans les CE, où les normes communautaires peuvent produire des effets directs et donc offrir une assurance beaucoup plus grande, un État membre des CE ne peut de ce fait se soustraire au devoir qu'il a de rendre sa législation nationale conforme à ses obligations transnationales au regard, par exemple, d'une directive des CE (*Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, Affaire 102/79, [1980], Recueil de la Jurisprudence de la Cour, page 1473, paragraphe 12 de l'arrêt).

surtout parce que l'une des parties peut être de mauvaise foi. Nous préférons donc nous demander quelle est l'interprétation qui semble avoir été faite de "meilleure foi" et ne traiter que brièvement cet élément d'interprétation. L'application de la prescription "de bonne foi" à l'article 23 peut ne pas aboutir à un résultat concluant mais nous pousse dans la direction indiquée par notre examen du sens ordinaire du texte brut.

7.65 Imaginons deux agriculteurs qui possèdent des terres adjacentes et qui ont eu de nombreux différends au sujet d'intrusions illicites, réelles ou alléguées. Par le passé, ils ont réglé leurs comptes eux-mêmes en ayant recours à la force ou en menaçant d'y recourir. Naturellement, l'exploitation des terres à proximité de la limite de leurs propriétés en a souffert puisque cet endroit était considéré comme dangereux. Ils signent alors un accord en vertu duquel ils s'engagent désormais à renoncer à se faire justice eux-mêmes dans les cas d'intrusion illicite alléguée et à toujours recourir exclusivement à la police et aux tribunaux. Ils s'engagent expressément à ne jamais recourir à la force dans les cas d'intrusion illicite alléguée. Après l'entrée en vigueur de leur accord, l'un des agriculteurs érige un grand panneau sur la limite contestée: "Entrée interdite. Les contrevenants peuvent être abattus sans sommation."

7.66 Bien entendu, on pourrait faire valoir qu'il n'y a pas eu manquement aux obligations puisqu'il n'est pas dit sur le panneau que les contrevenants *seront* abattus. Mais cela serait-il l'interprétation "de meilleure foi" de ce qui a été promis? Après tout, n'ont-ils pas tous les deux promis de *toujours* recourir *exclusivement* à la police et aux tribunaux?

7.67 De même, peut-on considérer comme une interprétation de bonne foi une interprétation des obligations énoncées à l'article 23 qui permet à un Membre ayant promis à ses partenaires de l'OMC - aux termes du paragraphe 1 et de l'alinéa 2 a) du paragraphe 23 - qu'il recourra de manière générale, y compris dans ses lois, aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et qu'il se conformera à ces règles et procédures, lesquelles comprennent précisément l'engagement de ne pas établir de détermination d'incompatibilité avant que ne soient épuisées les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, d'adopter une loi dont le libellé réserve explicitement au pouvoir exécutif, *urbi et orbi*, le droit d'établir une détermination d'incompatibilité – alors qu'il avait promis qu'il ne le ferait pas? Le présent Groupe spécial n'est pas de cet avis.

7.68 L'exigence de bonne foi posée par la Convention de Vienne indique donc que la promesse d'avoir recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et de s'y conformer, y compris dans sa législation, comprend l'engagement de s'abstenir d'adopter des lois nationales qui recèlent la menace d'un comportement interdit.

7.69 Nous n'irons pas jusqu'à dire que cette interprétation de l'article 23, qui repose sur le texte brut et la prescription "de bonne foi" énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, mais non encore interprétée à la lumière du Mémorandum d'accord et de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC, emporte nécessairement la conviction. Nous sommes néanmoins d'avis que cette interprétation est parfaitement plausible. Bien que nous rejetions l'interprétation des États-Unis selon laquelle l'interdiction faite à l'article 23:2 a) concerne exclusivement les déterminations effectives d'incompatibilité ou les lois prescrivant de telles déterminations, nous n'estimons pas là non plus que cette interprétation, fondée sur le seul texte brut, est peu plausible.

7.70 Cependant, quelles que soient les hésitations que l'on puisse avoir entre ces deux interprétations possibles, ces doutes se dissipent lorsque nous examinons les autres éléments d'interprétation qui figurent à l'article 31 de la Convention de Vienne. Pour des raisons de présentation et de rédaction, nous examinerons d'abord l'objet et le but avant d'aborder le contexte.

c) "… le sens ordinaire … à la lumière de [l']objet et [du] but [du traité]"

7.71 Quels sont les objets et les buts du Mémorandum d'accord et de l'Accord sur l'OMC de manière plus générale qui sont pertinents en ce qui concerne l'interprétation de l'article 23? Les plus pertinents à notre avis sont ceux qui ont trait à la mise en place de conditions propices à l'activité économique individuelle sur les marchés nationaux et mondiaux et à la mise en place d'un système commercial multilatéral sûr et prévisible.

7.72 Selon la doctrine de l'effet direct, dont on a constaté l'existence principalement dans l'ordre juridique des CE mais aussi dans certains accords de libre-échange, les obligations faites aux États sont interprétées comme créant des droits et obligations exécutoires pour les particuliers. Ni le GATT ni l'Accord sur l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs.[661] Suivant cette façon de voir, le GATT/l'OMC *n'*ont *pas* créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants.

7.73 Toutefois, on aurait tout à fait tort de penser que la situation des particuliers ne présente aucun intérêt en ce qui concerne le cadre juridique du GATT/de l'OMC. Bon nombre des avantages qui sont censés résulter pour les Membres de l'acceptation des diverses disciplines du GATT/de l'OMC dépendent de l'activité des différents agents économiques sur les marchés nationaux et mondiaux. Le but de bon nombre de ces disciplines, d'ailleurs l'un des objets primordiaux du GATT/de l'OMC dans leur ensemble, est de créer des conditions de marché qui permettront à cette activité individuelle de prospérer.

7.74 Dans le tout premier paragraphe du préambule de l'Accord sur l'OMC, les Membres reconnaissent

> "que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services".[662]

---

[661] Il s'agit en l'occurrence d'une déclaration sur une question de fait, qui ne suppose de notre part aucun jugement sur le fond. Nous observons que la question de savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles les obligations faites aux Membres dans l'un ou l'autre des accords de l'OMC créent pour les particuliers des droits que les tribunaux nationaux doivent protéger reste ouverte, en particulier en ce qui concerne les obligations après l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord dans le cadre d'un différend donné (voir Eeckhout P., "The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems", Common Market Law Review, 1997, page 11; Berkey, J., "The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting", European Journal of International Law, 1998, page 626). Le fait que les organes de l'OMC n'aient jusqu'à présent interprété aucune obligation comme déployant des effets directs n'empêche pas nécessairement que des obligations, incorporées dans le système juridique d'un Membre donné, puissent conférer des droits aux particuliers du fait de l'application de principes constitutionnels internes. Notre déclaration sur cette question de fait ne préjuge pas des décisions qui pourraient être rendues par les tribunaux nationaux sur cette question.

[662] On trouve également un énoncé semblable dans le deuxième paragraphe du préambule du GATT de 1947 et dans le préambule de l'AGCS. L'Accord sur les ADPIC s'intéresse encore plus explicitement aux intérêts des différents intervenants, puisqu'il oblige les Membres de l'OMC à protéger les droits de propriété intellectuelle des ressortissants de tous les autres Membres de l'OMC. La création de conditions de marché permettant à l'activité des agents économiques de prospérer transparaît aussi de l'objet de nombreux accords de l'OMC, par exemple dans le principe de non-discrimination inscrit dans le GATT, l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC ainsi que dans les dispositions du GATT et de l'AGCS concernant l'accès aux marchés.

7.75 Garantir la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral est un autre objet et but essentiels du système, qui pourrait contribuer à la réalisation des grands objectifs inscrits dans le préambule. De toutes les disciplines de l'OMC, le Mémorandum d'accord est l'un des instruments les plus importants lorsqu'il s'agit de protéger la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral et, ce faisant, celles du marché et des différents intervenants. Les dispositions du Mémorandum d'accord doivent donc être interprétées à la lumière de cet objet et de ce but et de manière à les promouvoir le plus efficacement possible. À cet égard, nous évoquons non seulement le texte du préambule mais aussi les dispositions de droit positif inscrites dans le Mémorandum d'accord lui-même. L'article 3:2 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

> "Le système de règlement des différends de l'OMC est un élément essentiel pour assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral. Les Membres reconnaissent qu'il a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés [...]".[663]

7.76 La sécurité et la prévisibilité en question sont celles "du système commercial multilatéral". Par la force des choses, le système commercial multilatéral est composé non seulement d'États mais aussi, de fait surtout, d'agents économiques. Ce sont eux qui souffrent le plus du manque de sécurité et de prévisibilité.

7.77 Le plus souvent et de plus en plus, le commerce est le fait d'agents du secteur privé. C'est en améliorant les conditions dans lesquelles opèrent ces agents du secteur privé que les Membres profitent des disciplines de l'OMC. La négation des avantages d'un Membre qui résulte d'une violation est souvent indirecte et s'explique par l'incidence de cette violation sur le marché et sur les activités des particuliers qui œuvrent sur ce marché. L'existence de ce lien est admise dans les articles 301 à 310. L'un des principaux éléments déclencheurs de l'action des États-Unis lorsqu'ils défendent leurs droits au titre d'accords visés est l'incidence des violations alléguées sur les différents agents économiques et les plaintes émanant de ces agents.

7.78 Il peut donc être pratique, s'agissant de l'ordre juridique du GATT/de l'OMC, de parler non pas du principe de l'effet direct, mais du principe de l'effet indirect.

---

[663] L'importance de la sécurité et de la prévisibilité en tant qu'objet et but de l'OMC a été reconnue dans de nombreux rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Voir le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *op. cit.*, page 36 ("Les règles de l'OMC sont fiables, compréhensibles et applicables. Elles ne sont pas rigides ou inflexibles au point d'interdire tout jugement motivé face aux flux et reflux incessants et toujours changeants de faits réels concernant des affaires réelles dans le monde réel. Elles seront plus utiles au système commercial multilatéral si nous les interprétons en gardant cela présent à l'esprit. De cette manière, nous instaurerons la "sécurité et la prévisibilité" que les Membres de l'OMC souhaitaient donner au système commercial multilatéral en établissant le système de règlement des différends.") Il en a aussi été question relativement à l'Accord sur les ADPIC. Dans le rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, il a été constaté, au paragraphe 58, que "l'Inde est obligée, au titre de l'article 70:8 a), d'établir un mécanisme juridique pour le dépôt de demandes suivant le système de la boîte aux lettres qui offre *une base juridique solide* permettant de préserver à la fois la nouveauté des inventions et la priorité des demandes à compter des dates de dépôt et de priorité pertinentes". (pas d'italique dans l'original) Voir aussi le rapport du Groupe spécial de l'OMC *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphe 6.29 et les rapports de groupes spéciaux du GATT *Clause d'impression appliquée par les États-Unis*, adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/82, paragraphe 39; *Groupe spécial sur les mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs* ("*Japon – Cuirs*"), adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/102, paragraphe 55; *CEE – Groupe spécial du papier journal*, adopté le 20 novembre 1984, IBDD, S31/125, paragraphe 52; *Norvège – Restrictions à l'importation des pommes et poires*, adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/345, paragraphe 5.6.

7.79 Mis à part l'emploi de cette expression commode, il n'y a rien de nouveau ni de révolutionnaire dans notre analyse. Nous avons déjà veillé à ce qu'elle soit fondée sur le texte de l'Accord sur l'OMC proprement dit. Elle correspond aussi à l'orthodoxie du GATT/de l'OMC telle qu'elle a été confirmée de diverses façons au fil des ans, y compris dans des rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ainsi que par la pratique des Membres.

7.80 Examinons, premièrement, l'obligation générale faite aux Membres concernant leur législation interne. Conformément aux règles habituelles du droit international public, un État ne peut invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité.[664] De même, cependant, conformément aux règles habituelles du droit international public, une loi qui pourrait éventuellement entraîner ou même qui entraînerait ultérieurement une violation n'engage pas, du fait de sa seule existence, la responsabilité de l'État. Supposons, par exemple, qu'un État s'engage à ne pas exproprier les biens de ressortissants étrangers sans leur donner une indemnisation adéquate; normalement, la responsabilité de l'État ne serait engagée qu'au moment où des biens étrangers sont effectivement expropriés dans un cas donné. Et pourtant, même à l'époque du GATT, avant l'adoption de l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC dans lequel il est explicitement question des mesures de nature générale, une loi en tant que telle, indépendamment de son application dans des cas précis, était réputée constituer une violation. Cela est confirmé dans de nombreux rapports de groupes spéciaux du GATT qui ont été adoptés, et les deux parties au présent différend se sont également accordées à le reconnaître. Comment se fait-il alors qu'une loi en tant que telle ait été jugée incompatible avec les règles du GATT? En quoi consiste la violation lorsque aucune application particulière n'est en cause - lorsque, par exemple, aucune discrimination n'a encore été exercée dans un cas précis?

7.81 L'incidence indirecte sur les particuliers est sûrement l'une des raisons principales. Dans les traités qui portent uniquement sur les relations entre États, la responsabilité de l'État n'est engagée que lorsqu'il y a effectivement violation. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un traité dont les avantages dépendent en partie de l'activité de différents agents, la loi elle-même peut être considérée comme une violation, puisque sa seule existence peut avoir pour "effet de refroidir" de manière appréciable les activités économiques des particuliers.

7.82 Ainsi, l'article III:2 du GATT de 1947, par exemple, ne semble pas, à première vue, prohiber des lois, indépendamment de leur application à tel ou tel produit. Néanmoins, compte tenu de l'objet et du but du GATT, la jurisprudence du GATT a été interprétée comme la promesse qu'auraient faite les parties contractantes non seulement de s'abstenir d'imposer effectivement des taxes discriminatoires, mais aussi de s'abstenir d'adopter des lois ayant pour effet d'en imposer.

7.83 Il est généralement admis qu'une loi nationale en vigueur qui aurait pour effet d'appliquer une taxation discriminatoire à des produits importés contreviendrait en elle-même à l'article III, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il y a effectivement discrimination dans un cas précis.[665] Par ailleurs, des groupes spéciaux du GATT ont constaté qu'une loi nationale qui exposerait ultérieurement des produits importés à une discrimination contrevenait en elle-même à l'article III, cela avant même son entrée en vigueur.[666] Enfin, le plus éloquent, c'est que certains groupes spéciaux du GATT ont

[664] Voir l'article 27 de la Convention de Vienne.

[665] Le critère décisif est la modification des possibilités de concurrence relatives du fait de l'existence même d'une mesure d'application générale qui porte préjudice aux produits importés et privilégie les produits de fabrication nationale.

[666] Dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Fonds spécial pour l'environnement* (*op. cit.*, paragraphes 5.2.1 et 5.2.2), il a été constaté qu'une loi fiscale constituait du fait de son existence même un manquement aux obligations au regard du GATT, même si celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt* (*op. cit.*, paragraphes 5.39, 5.57, 5.60

constaté qu'une loi nationale constituait un manquement à l'obligation énoncée à l'article III alors même qu'il n'y avait aucune certitude, mais seulement un risque que la taxe imposée en vertu de cette loi serait discriminatoire.[667] Une démarche semblable a été suivie au sujet de l'article II du GATT de 1994 par le Groupe spécial de l'OMC *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, lorsqu'il a constaté que le seul fait de passer d'un régime *ad valorem* à un régime de droits spécifiques constituait une infraction à la consolidation tarifaire *ad valorem* de l'Argentine, quand bien même ce changement n'entraînait que la possibilité que le taux consolidé soit dépassé, compte tenu du prix du produit importé.[668]

7.84 La raison profonde derrière tous les types d'affaires a toujours été l'effet défavorable qu'avaient ces lois nationales sur les agents économiques. Un particulier modifierait tout simplement

---

et 5.69), au sujet d'une affaire dans laquelle la loi exerçant une discrimination fiscale n'était pas appliquée par les autorités, par exemple.

[667] Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tabac*, *op. cit.*, paragraphe 96:

"Le Groupe spécial a noté qu'une réglementation intérieure qui exposait simplement des produits importés à un risque de discrimination avait été précédemment reconnue par un groupe spécial du GATT comme constituant, en soi, une forme de discrimination et, par conséquent, un traitement moins favorable au sens de l'article III. Le Groupe spécial a fait sienne cette analyse du risque de discrimination telle que l'avait exposée ce précédent groupe spécial."

Une note de bas de page relative à ce paragraphe renvoie au rapport du Groupe spécial *CEE – Primes et subventions versées aux transformateurs et aux producteurs d'oléagineux et de protéines apparentées destinées à l'alimentation des animaux*, adopté le 25 janvier 1990, IBDD, S37/91, paragraphe 141, qui se lit ainsi:

"Étant arrivé à cette constatation, le Groupe spécial a examiné si un règlement en matière d'achat qui n'établit pas nécessairement une discrimination à l'égard de produits importés, mais est susceptible de le faire, est compatible avec les dispositions de l'article III:4. Le Groupe spécial a noté que le fait qu'un produit importé donné *risquait* de faire l'objet d'une discrimination constituait, en soi, une forme de discrimination. Il a donc conclu que les règlements en matière d'achat qui font naître un tel risque doivent être considérés comme accordant un traitement moins favorable, au sens de l'article III:4. En conséquence, il a constaté que les primes offertes aux transformateurs d'oléagineux d'origine communautaire sont incompatibles avec les dispositions de l'article III:4."

[668] *Op. cit.*, paragraphes 6.45 à 6.47, en particulier le paragraphe 6.46: "En l'espèce, nous estimons que le rapport compétitif entre les parties a été modifié unilatéralement par l'Argentine parce que sa mesure impérative *peut manifestement entraîner un dépassement des niveaux consolidés, ce qui compromet la sécurité et la prévisibilité du système de l'OMC*" (pas d'italique dans l'original). Cela a été confirmé par l'Organe d'appel (*op. cit.*, paragraphe 53):

"Compte tenu de cette analyse, nous pouvons conclure d'une manière générale que, dans le système argentin, le montant du DIEM [régime de droits d'importation spécifiques minimaux] soit déterminé par application au prix international représentatif, du taux de 35 pour cent, ou par application d'un taux inférieur à 35 pour cent, la possibilité demeure qu'un prix soit suffisamment bas pour donner un équivalent *ad valorem* du DIEM supérieur à 35 pour cent. En d'autres termes, la structure et la conception du système argentin sont telles que, pour tout DIEM, quel que soit le taux *ad valorem* utilisé comme multiplicateur du prix international représentatif, il est toujours possible qu'il existe un "prix seuil" au-dessous duquel l'équivalent *ad valorem* du droit de douane perçu est plus élevé que le taux *ad valorem* consolidé de 35 pour cent."

Compte tenu de ce qui précède, l'Organe d'appel a constaté que l'application d'un type de droits différent de celui qui est prévu dans la liste d'un Membre est incompatible avec la première phrase de l'article II:1 b) du GATT de 1994. À cet égard, voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/R, paragraphe 6.10.

ses habitudes commerciales – en achetant des produits nationaux, par exemple, plutôt que des importations – de manière à échapper aux éventuelles taxes annoncées dans la loi ou même au risque d'une taxation discriminatoire. Il a été constaté que ce risque ou cette menace, lorsqu'ils sont réels, modifient les possibilités de concurrence relative entre les produits importés et les produits nationaux parce qu'ils peuvent provoquer, du fait de leur seule existence, une modification des habitudes de consommation, les produits importés étant délaissés au profit des produits nationaux. Cette modification serait entraînée, par exemple, par l'augmentation du coût des produits importés et l'incidence défavorable sur la planification économique et l'investissement, cela au détriment de ces produits. Cette motivation a été exposée de la manière suivante dans le cadre de l'affaire du *Fonds spécial pour l'environnement*:

> "protéger le rapport compétitif que les parties contractantes s'attendent à voir maintenir entre leurs produits et ceux des autres parties contractantes. Ces deux articles [articles III et XI du GATT] ne visent pas seulement à protéger les échanges courants, mais aussi à créer les conditions de prévisibilité nécessaires pour planifier les échanges futurs."[669]

Ce faisant, le Groupe spécial qui était chargé de l'affaire du *Fonds spécial pour l'environnement* s'est référé au raisonnement suivi au sujet de l'affaire des *Mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*. Dans cette affaire, le Groupe spécial a constaté qu'un contingent d'importation constituait une violation de l'article XI du GATT quand bien même celui-ci n'avait pas été entièrement utilisé. Il a motivé sa constatation dans les termes suivants:

> "l'existence d'une restriction quantitative devait être présumée annuler ou compromettre des avantages, non seulement à cause de l'effet qu'elle a pu avoir sur le volume des échanges, mais aussi pour d'autres raisons, par exemple du fait qu'elle conduit à alourdir les frais commerciaux et qu'elle est génératrice d'incertitudes qui peuvent affecter les plans d'investissement."[670]

7.85 En ce sens, non seulement l'article III:2 est une promesse de ne pas exercer de discrimination dans un cas concret, mais il est aussi conçu pour donner au marché et aux agents qui opèrent sur ce marché certaines garanties que des taxes discriminatoires ne seront pas imposées. Pour les raisons indiquées plus haut, toute ambivalence dans la jurisprudence issue des groupes spéciaux du GATT quant à la question de savoir si un risque de discrimination peut constituer une violation devrait, à notre avis, être levée en optant pour notre interprétation.[671]

---

[669] *Op. cit.*, paragraphe 5.2.2.

[670] Rapport du Groupe spécial *Japon – Cuirs*, *op. cit.*, paragraphe 55. À cet égard, voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Boissons à base de malt* (*op. cit.*, paragraphe 5.60), dans lequel il a été constaté, pour la raison suivante, qu'une loi constituait une violation du GATT même si elle n'était pas appliquée:

"Même si le Massachusetts n'exerçait pas actuellement ses pouvoirs réglementaires pour appliquer cette législation à caractère impératif, *celle-ci continuait d'être impérative et pouvait influer sur les décisions des agents économiques*. Ainsi, la non-application d'une loi à caractère impératif à des produits importés ne garantissait pas que la bière et le vin importés n'étaient pas traités d'une manière moins favorable que les produits similaires d'origine nationale auxquels la législation ne s'appliquait pas." (pas d'italique dans l'original)

[671] Par conséquent, nous ne sommes pas d'avis que les déclarations de nature générale faites par certains groupes spéciaux du GATT sont valables dans toutes les circonstances et en ce qui concerne toutes les obligations au regard de l'OMC; par exemple, la déclaration figurant dans le rapport du Groupe spécial *CEE - Pièces détachées et composants* (*op. cit.*, paragraphe 5.25) selon laquelle, "[c]onformément aux dispositions [du GATT] qui, de l'avis du Japon, ont été violées par la CEE, les parties contractantes doivent éviter certaines

7.86 De même, l'article 23 doit être interprété lui aussi à la lumière de ces principes qui enchâssent un objet et un but aussi essentiels de l'OMC. Il pourrait être plausible, dans un cadre strictement bilatéral, de soutenir que les obligations énoncées à l'article 23 ne s'appliquent pas à une loi qui fait planer la menace de déterminations unilatérales sans imposer effectivement l'établissement de ces déterminations. Cependant, il n'est pas plausible d'interpréter l'article 23 de cette manière si on l'interprète à la lumière de l'effet indirect qu'une telle loi a sur les particuliers et le marché, dont la protection est l'un des principaux objets et buts de l'OMC.

7.87 Certes, dans les affaires mentionnées plus haut, la question de savoir si le risque se matérialiserait ou non dépendait de certains facteurs du marché, comme la fluctuation des prix de référence en fonction desquels le produit importé était taxé, conformément à la loi nationale. En l'espèce, la question de savoir si le risque se matérialisera dépend de la décision d'un organisme public. Cependant, pour l'agent économique, cela ne fait guère de différence. À vrai dire, il est peut-être plus difficile de prédire l'issue d'une action discrétionnaire des pouvoirs publics que de prévoir la situation du marché, ce qui accentue l'incidence économique défavorable du type de loi nationale que nous examinons ici.

7.88 Lorsqu'un Membre impose des mesures unilatérales en violation de l'article 23 dans le cadre d'un différend donné, il cause un tort grave aux autres Membres et au marché. Toutefois, à notre avis, le tort ne résulte pas uniquement d'un comportement effectif dans des cas concrets. Une loi qui confère le droit de prendre des mesures unilatérales, contrairement aux règles et procédures du Mémorandum d'accord, peut – comme c'est le cas en l'occurrence – représenter une menace permanente et avoir un "effet de refroidissement" qui cause un tort grave de diverses façons.

7.89 Premièrement, il y a le tort causé directement à un autre Membre. Les Membres sur qui plane la menace de mesures unilatérales, en particulier lorsque celle-ci émane d'un Membre puissant sur le plan économique, peuvent en effet être forcés de céder aux exigences imposées par le Membre qui emploie la menace, avant même que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord n'aient été engagées. En d'autres termes, pour obtenir ce que l'on veut, le seul fait de brandir un gros bâton est souvent un moyen aussi efficace que de s'en servir réellement. Le seul fait de menacer de se comporter d'une manière interdite par l'OMC permettrait au Membre concerné d'exercer des pressions indues sur d'autres Membres. Il compromettrait la stabilité et l'équilibre mêmes que le règlement multilatéral des différends était censé encourager puis établir, à savoir une même protection pour les Membres petits et grands, puissants et moins puissants, par l'application homogène d'un ensemble de règles et de procédures.[672]

7.90 Deuxièmement, il y a le tort causé au marché proprement dit. Le seul fait de disposer d'une loi dont le dispositif législatif autorise un comportement interdit par l'OMC – à savoir, l'imposition par un Membre de mesures unilatérales à l'encontre d'autres Membres auxquels il est opposé dans le cadre d'un différend commercial – peut en soi amener les agents économiques à modifier leur comportement commercial d'une manière qui fausse les échanges. Les agents économiques peuvent craindre, par exemple, de continuer à effectuer des opérations commerciales avec des entreprises menacées de mesures unilatérales ou portant sur des produits visés par ces mesures, ou à investir dans ces

---

mesures; mais ces dispositions ne leur font pas obligation d'éviter les législations au titre desquelles l'exécutif peut éventuellement appliquer de telles mesures" et celle du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes* (*op. cit.*, paragraphe 84), selon laquelle "une législation qui donnait seulement à l'exécutif la possibilité d'agir de façon incompatible avec l'article III:2 [du GATT] ne pouvait pas, en soi, constituer une violation de cette disposition". Concernant cette ambivalence dans la jurisprudence du GATT, voir Chua, A., "Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence", Berkeley Journal of International Law, 1998, page 171, en particulier la page 193.

[672] À cet égard, voir les déclarations qui ont été faites par les tierces parties au présent différend, dans la section V du présent rapport.

entreprises ou ces produits. Les échanges existants peuvent aussi être faussés parce que les agents économiques peuvent ressentir le besoin d'obtenir des assurances additionnelles pour tenir compte de l'éventualité illicite envisagée dans la loi, ce qui réduit la capacité concurrentielle relative de leurs produits sur le marché. D'autres agents renonceront peut-être complètement à commercer avec ce Membre, ce qui faussera les perspectives commerciales. Le tort ainsi causé au marché peut être aggravé en réalité lorsque la loi nationale donne aux différents agents économiques le pouvoir de déclencher l'action unilatérale de l'État, comme c'est le cas aux États-Unis, où les requérants peuvent demander à titre individuel au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'ouvrir une enquête au titre des articles 301 à 310. Cela n'est pas illicite en soi. Mais la possibilité qui est donnée aux agents économiques de menacer leurs concurrents étrangers en demandant à l'État d'engager une procédure qui peut déboucher sur des mesures unilatérales illicites est une autre question. Elle peut influer sur leur rapport de concurrence économique et priver les concurrents étrangers de certains avantages commerciaux dont ils bénéficieraient autrement. La menace de mesures unilatérales peut être aussi dommageable pour le marché que les mesures elles-mêmes.

7.91 En conclusion, il a été constaté dans la jurisprudence du GATT que le risque de discrimination constitue une violation de l'article III du GATT – parce qu'il a pour "effet de refroidir" les agents économiques. Le risque d'une détermination unilatérale d'incompatibilité, tel qu'il existe dans le dispositif législatif de l'article 304 en tant que tel, semble également avoir pour "effet de refroidir" à la fois les Membres et le marché, quand bien même il n'est pas tout à fait certain qu'une telle détermination serait établie. L'idée est que ni les autres Membres ni, spécialement, les particuliers ne peuvent être raisonnablement certains qu'elle ne sera pas établie. Les États qui font partie d'un système juridique international peuvent s'attendre à ce que leurs partenaires dans le cadre d'un traité exécutent de bonne foi leurs obligations conventionnelles, mais on ne peut pas avoir les mêmes attentes en ce qui concerne les particuliers.

7.92 C'est faire un usage circonspect de la méthode téléologique que de retenir l'interprétation de l'article 23 du Mémorandum d'accord qui offre cette certitude et supprime les "effets de refroidissement" non souhaités qui vont à l'encontre de l'objet et du but de l'Accord sur l'OMC.

d) "… dans leur contexte …"

7.93 Interpréter une obligation au regard de l'OMC comme prohibant une loi nationale qui expose "simplement" les Membres et les différents opérateurs au risque que soit prise une mesure incompatible avec les règles de l'OMC ne devrait pas être fait à la légère. Cela dépend de l'obligation spécifique en cause, de la mesure à l'examen et des circonstances propres à chaque cause. Néanmoins, nous sommes confortés dans l'idée que l'article 23 renferme une telle obligation, non seulement pour des considérations textuelles et téléologiques, mais aussi pour des raisons systémiques, à savoir le contexte dans lequel se situent l'article 23 et le Mémorandum d'accord par rapport à l'ensemble du système de l'OMC.[673]

7.94 Le système de règlement des différends plus efficace et quasi automatique de l'OMC a souvent été salué comme l'un des changements fondamentaux et des principales réalisations issus des accords du Cycle d'Uruguay. C'est pourquoi la pertinence des obligations énoncées à l'article 23 revêt

[673] Nous sommes conscients qu'il sera toujours possible pour un Membre de manquer à ses obligations au titre de l'article 23:2 a). En ce sens, des garanties ne peuvent jamais être absolues. Néanmoins, il convient de faire une distinction entre l'éventualité peu probable qu'il y ait manquement à des obligations, c'est-à-dire les risques normaux qui doivent être acceptés dans toutes les relations commerciales, et le risque ou la menace explicite posé par une loi, c'est-à-dire lorsqu'un Membre fait savoir à tous ses partenaires commerciaux qu'ils peuvent faire l'objet d'une procédure interne en vertu de laquelle il se réserve le droit de manquer à ses obligations au regard de l'OMC.

une importance particulière pour les particuliers et le marché, puisqu'elles rayonnent sur toutes les obligations de fond inscrites dans l'Accord sur l'OMC. Si les différents agents économiques ne peuvent avoir confiance dans l'intégrité du règlement des différends à l'OMC et peuvent craindre que des mesures unilatérales soient prises malgré les garanties et les disciplines inscrites dans le Mémorandum d'accord, leur confiance dans chacune des disciplines de fond du système s'en trouvera ébranlée. Le tort général causé au système et la négation des avantages en seraient donc aggravés. À notre avis, les assurances données dans le Mémorandum d'accord peuvent donc être même plus importantes que celles offertes par les dispositions de fond de l'Accord sur l'OMC. C'est pourquoi la préservation des garanties données expressément à l'article 23 revêt une importance accrue étant donné leur effet de ruissellement sur tous les droits et toutes les obligations substantiels au regard de l'OMC.

5. Conclusion préliminaire après l'examen par le Groupe spécial du dispositif législatif de l'article 304

7.95 Notre interprétation textuelle de l'article 23:2 a) est donc confirmée quand nous prenons aussi en compte les autres éléments mentionnés à l'article 31 de la Convention de Vienne.[674] Selon cette interprétation, l'obligation faite aux Membres, à l'article 23, de recourir et de se conformer aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et de ne pas établir de déterminations unilatérales d'incompatibilité vise à garantir aux Membres ainsi qu'au marché et à ceux qui opèrent sur le marché qu'aucune détermination de ce genre ne sera établie en ce qui concerne les droits et obligations au regard de l'OMC.

7.96 En conséquence, le dispositif législatif de l'article 304 – qui prescrit l'établissement d'une détermination *avant* l'adoption des constatations de l'ORD et qui réserve légalement le droit d'établir une détermination d'incompatibilité – doit être présumé incompatible avec les obligations énoncées à l'article 23:2 a). Le pouvoir qu'a le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité fait qu'il existe un risque ou une menace réels, pour les Membres comme pour les agents économiques, de voir imposer des déterminations prohibées au titre de l'article 23:2 a). Ce pouvoir discrétionnaire d'établir effectivement de telles déterminations annule la garantie que l'article 23 est censé donner non seulement aux Membres mais aussi indirectement aux particuliers et au marché. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire que l'article 304 confère au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne garantit pas – comme l'ont prétendu les États-Unis - la compatibilité de l'article 304. C'est au contraire l'élément essentiel de l'incompatibilité apparente du dispositif législatif de cet article.

7.97 Par conséquent, à la lumière de notre examen du texte, du contexte et de l'objet et du but de l'article 23:2 a), nous constatons, du moins à première vue, que le dispositif législatif de l'article 304 empêche de se conformer à l'article 23:2 a). Cela tient à la nature des obligations énoncées à l'article 23. Au titre de cet article, les États-Unis ont promis d'avoir recours et de se conformer aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et en particulier de ne pas recourir aux mesures unilatérales visées par l'article 23:2 a). Or, à l'article 304, les États-Unis se réservent légalement le droit de le faire. C'est pourquoi nous estimons que le dispositif législatif de l'article 304 constitue une violation apparente de l'article 23:2 a).[675]

---

[674] Comme l'examen des éléments mentionnés à l'article 31 ne laisse pas le sens de l'article 23:2 a) "ambigu ou obscur" ni ne conduit à un résultat qui est "manifestement absurde ou déraisonnable" au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, nous n'avons pas besoin d'examiner les moyens complémentaires d'interprétation évoqués à l'article 32.

[675] Nous tenons à souligner une fois encore que cette constatation ne requiert pas d'infirmer en bloc la jurisprudence du GATT et de l'OMC relative à la distinction entre législation impérative et législation discrétionnaire. Dans cette jurisprudence, le critère habituel était que seule une loi *prescrivant* une

6. Éléments non législatifs de l'article 304

a) Introduction et résumé de l'analyse du Groupe spécial

7.98 Dans l'analyse qui précède, nous nous sommes intentionnellement référés au dispositif législatif de l'article 304 et nous avons intentionnellement conclu que celui-ci constitue une violation apparente. Nous n'avons pas confirmé qu'il y avait violation. Cela tient à la nature particulière de la mesure en question, qui comprend, outre le dispositif législatif, des éléments d'ordre institutionnel et administratif.[676] Pour juger de sa conformité globale au regard de l'OMC, nous devons évaluer tous ces éléments conjointement.

7.99 Cela étant, bien que nous ayons constaté que le dispositif législatif de l'article 304 constitue une violation apparente de l'article 23:2 a), cela ne signifie pas, en soi, que les États-Unis ont commis une violation. L'article 304 ne se résume pas au dispositif législatif. Il s'ensuit que nous devons examiner l'incidence des autres éléments sur la conformité globale de la mesure en question avec les dispositions pertinentes de l'Accord sur l'OMC.

7.100 Pour ce faire, nous rappelons tout d'abord la nature de la violation que constitue à première vue le dispositif législatif. Celle-ci résulte du fait que la loi donne au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales la possibilité d'établir une détermination d'incompatibilité, ce qui annule les assurances que les partenaires des États-Unis dans le cadre de l'OMC et les particuliers opérant sur le marché sont en droit d'attendre au titre de l'article 23.

7.101 On peut concevoir différentes façons de mettre fin à la violation apparente. Par exemple, si le dispositif législatif lui-même était modifié de manière à ce que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne soit pas tenu d'établir une détermination dans un délai de 18 mois et puisse attendre pour cela que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord soient achevées, la garantie que l'article 23 est censée donner serait préservée et il n'y aurait pas d'incompatibilité à première vue.[677] De même, si, par une modification du dispositif législatif, on circonscrivait son pouvoir discrétionnaire d'établir une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, il n'y aurait plus d'incompatibilité apparente.

7.102 La modification de la loi n'est pas la seule façon de mettre fin à l'incompatibilité apparente. Si la possibilité donnée au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord était limitée d'une autre manière licite, cela aurait le même effet juridique. L'obligation pour les Membres de mettre leurs lois en conformité avec leurs

---

incompatibilité au regard de l'OMC ou *empêchant* la compatibilité au regard de l'OMC pouvait être contraire, en tant que telle, aux dispositions de l'Accord sur l'OMC (voir les paragraphes 4.173 et suivants et 7.51 du présent rapport). Notre méthode a consisté à examiner attentivement en premier lieu la disposition en question de l'Accord sur l'OMC et l'obligation qu'elle impose aux Membres. On ne pouvait pas présumer, à notre avis, que l'Accord sur l'OMC ne prohiberait jamais une loi qui confère à une administration nationale certains pouvoirs discrétionnaires. Si nous constations, à l'issue de cet examen, que certains pouvoirs discrétionnaires étaient incompatibles en fait avec une obligation au regard de l'OMC, la loi conférant ces pouvoirs ne répondrait pas à première vue au critère habituel: elle empêcherait la compatibilité au regard de l'OMC.

[676] Voir les paragraphes 7.25 à 7.28 du présent rapport.

[677] Toutefois, sur ce point, le dispositif législatif est probant puisque, comme nous l'avons constaté à l'alinéa 7.31 a), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir une détermination dans le délai de 18 mois prévu à l'article 304.

obligations au regard de l'OMC est un élément fondamental du système et, bien qu'elle influe sur le système juridique interne des États, elle doit être rigoureusement respectée. L'exécution de cette obligation doit cependant se faire avec le moins d'ingérence possible. Il faut laisser aux Membres le maximum d'autonomie pour assurer la conformité et, s'il y a plus d'un moyen licite d'y parvenir, ils devraient avoir la faculté de choisir celui qui leur convient le mieux.

7.103 Il est essentiel de limiter, par des moyens *licites*, l'élément discrétionnaire constitutif d'une violation car, comme l'indique la jurisprudence de l'OMC, la conformité avec les obligations au regard de l'OMC ne peut être obtenue par une promesse de l'administration de passer outre à une loi nationale ayant force exécutoire, c'est-à-dire par un engagement de l'administration d'agir de manière illégale.[678]

7.104 Pour les raisons suivantes, nous constatons qu'en l'espèce la violation apparente a en fait été éliminée de façon licite et n'existe plus.

7.105 La Loi sur le commerce extérieur en général et ses articles 301 à 310 en particulier font partie de la législation qui régit l'ensemble des relations commerciales des États-Unis, y compris leurs relations avec des États qui ne sont pas Membres de l'OMC et leurs relations avec des Membres qui ne sont pas visées par des obligations au regard de l'OMC.

7.106 Le dispositif législatif de l'article 304 confère au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le large pouvoir discrétionnaire que nous avons décrit plus haut en ce qui concerne tous les aspects des relations commerciales des États-Unis, dont une partie seulement tombe sous le coup de leurs obligations au regard de l'OMC. Dans le cadre de ce pouvoir discrétionnaire, il est chargé d'appliquer les dispositions de la Loi sur le commerce extérieur qui régisse l'ensemble des relations commerciales des États-Unis de manière compatible avec leurs intérêts et leurs obligations. Les intérêts et les obligations peuvent varier en fonction des différents groupes d'États.

7.107 Nous constatons, *de facto*, qu'il entre dans le cadre du large pouvoir discrétionnaire conféré à l'Administration des États-Unis, notamment en ce qui concerne la teneur des déterminations relevant de l'article 304, d'établir de façon licite différentes modalités d'application de cet article selon que les situations sont visées ou non par l'Accord sur l'OMC.

7.108 Le libellé de l'article 304 permet de tenir compte de l'existence de procédures multilatérales de règlement des différends.[679] Il permet également de différer une détermination d'incompatibilité jusqu'à ce que les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord soient épuisées.[680] Il permet sans nul doute à l'Administration de limiter le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de manière à ce qu'aucune détermination d'incompatibilité ne soit établie avant l'épuisement desdites procédures. Le large pouvoir

[678] Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, *op. cit.*, paragraphes 69 à 71.

[679] L'article 304 dispose que la détermination doit tenir compte "de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (*et des travaux, le cas échéant*) menés au titre de l'article 303" (pas d'italique dans l'original). À cet égard, voir plus haut la note de bas de page n° 649.

[680] Comme l'ont dit les États-Unis dans leur réponse à la question 32 b) du Groupe spécial, "rien dans le texte des articles 301 à 310 n'empêche [le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir deux déterminations dans une seule et même affaire] … Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu d'établir une détermination dans les délais prévus dans cet article, mais rien ne l'empêche d'établir ultérieurement des déterminations supplémentaires". Voir le paragraphe 4.599.

discrétionnaire qui est accordé en ce qui concerne la teneur de la détermination à établir devrait être interprété comme englobant la faculté qu'a l'Administration de prendre une décision administrative limitant le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de manière compatible avec les obligations internationales des États-Unis.[681]

7.109 Pour les raisons exposées ci-après, nous constatons que c'est précisément le cas en l'espèce. En somme, l'Administration des États-Unis a soustrait les situations relevant de l'OMC à l'application générale de la Loi sur le commerce extérieur. Elle l'a fait de façon très officielle, notamment au moyen de l'Énoncé des mesures administratives ("SAA") que le Président a soumis au Congrès et qui a été approuvé par ce dernier. Il est dit dans le SAA que "… le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et mettront en œuvre les [engagements énoncés dans le SAA]". Il s'agissait notamment de l'engagement de "fonder toute détermination au titre de l'article 301 concluant à la violation ou à l'inexécution des droits des États-Unis … sur les constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD".[682] Cette limitation du pouvoir discrétionnaire empêcherait effectivement d'établir une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord.[683] L'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le dispositif législatif dépend de l'Administration et c'est l'Administration qui a pris cet engagement. Nous savons évidemment qu'un engagement pris par une Administration peut être renié par cette même Administration ou par une autre. Mais, de la même façon, le dispositif législatif examiné par un groupe spécial peut être modifié par la suite par le même législateur ou par un autre.[684] La question essentielle est de savoir si la limitation du pouvoir discrétionnaire est licite et effective. Le présent groupe spécial constate qu'elle l'est.

---

[681] Nous arrivons à cette conclusion notamment en raison du principe constitutionnel selon lequel le droit interne des États-Unis doit être interprété, si possible, d'une façon qui est compatible avec les obligations des États-Unis au regard du droit international. Nous nous rallions aux arguments des États-Unis selon lesquels "dans leur droit interne, un principe élémentaire d'interprétation des lois veut qu"'une loi du Congrès ne soit jamais interprétée de façon contraire au droit international public s'il existe une autre interprétation possible". *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Bien que les obligations internationales ne puissent pas l'emporter sur les prescriptions du droit interne qui sont incompatibles avec elles, "les dispositions législatives ambiguës … [devraient] être interprétées, si possible, de façon à être compatibles avec les obligations internationales des États-Unis". *Footwear Distributors and Retailers of America v. United States*, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT), appel rejeté, 43 F.3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994), citant *Debartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988)".

[682] Comme c'est souvent le cas dans le jargon de la politique commerciale et du droit commercial, le terme "article 301" est employé dans le SAA comme un terme générique désignant plus généralement les procédures d'exécution prévues aux articles 301 à 310. Ainsi, par "déterminations au titre de l'article 301", nous entendons toute détermination établie au titre des articles 301 à 310.

[683] Dans leur réponse à la question 25 du Groupe spécial (reprise aux paragraphes 4.121 et 4.534 du présent rapport), les États-Unis ont confirmé cette interprétation de manière non équivoque. Ils ont dit en particulier que le SAA "doit, en droit, être considéré comme exprimant l'interprétation officielle de la loi dans toute action en justice" et que, en ce qui concerne tous les éléments mentionnés à l'article 304, "en droit des États-Unis, une détermination positive concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord de l'OMC doit obligatoirement être fondée sur les constatations adoptées d'un groupe spécial et de l'Organe d'appel. Autrement dit, le droit des États-Unis empêche d'établir une détermination positive de ce genre qui ne serait pas fondée sur les constatations adoptées d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel".

[684] Il est évidemment plus facile de modifier une décision administrative que de modifier une loi. Toutefois, comme cela est dit au paragraphe 7.133, si l'Administration des États-Unis reniait son engagement concernant le droit interne, non seulement cela serait contraire aux attentes expresses du Congrès dont il est fait état dans le SAA, mais les États-Unis s'exposeraient aussi à une constatation d'incompatibilité avec leurs obligations au regard de l'OMC.

b) Dimension interne: Énoncé des mesures administratives

7.110 La limitation du pouvoir discrétionnaire que l'article 304 confère au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, évoquée ci-dessus, était prévue dans l'Énoncé des mesures administratives ("SAA"), qui accompagnait la loi mettant en œuvre les résultats du Cycle d'Uruguay soumise au Congrès par le Président. Le SAA dispose, dans ses termes mêmes, ce qui suit:

> "Le présent énoncé décrit les mesures administratives importantes qui sont proposées pour mettre en œuvre les accords du Cycle d'Uruguay …
>
> … c'est l'expression officielle de l'opinion de l'Administration sur l'interprétation et l'application des accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. L'Administration sait que le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici. De plus, comme cet énoncé aura été approuvé par le Congrès au moment où seront mis en œuvre les accords du Cycle d'Uruguay, cela donne un poids particulier aux interprétations de ces accords."[685]

7.111 Le SAA exprime donc l'opinion de l'Administration, soumise par le Président au Congrès qui l'a approuvée, à la fois sur l'interprétation et sur l'application des accords, et il énonce des engagements qui doivent être respectés par les Administrations suivantes, et auxquels les acteurs nationaux et internationaux peuvent se fier.

7.112 Dans le SAA, l'Administration des États-Unis a donné son interprétation des articles 301 à 310 et a indiqué comment elle entend exercer le pouvoir discrétionnaire que ces articles lui confèrent, comme suit (pas d'italique dans l'original):

> "Bien qu'il renforce l'effet de l'article 301, le Mémorandum d'accord n'exige aucune modification importante de cet article *pour les enquêtes concernant une violation alléguée d'un accord du Cycle d'Uruguay ou la réduction des avantages résultant d'un tel accord pour les États-Unis.* Dans ces cas, *le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales*:
>
> - invoquera les procédures de règlement des différends du Mémorandum d'accord, comme le prévoit la loi actuelle;
>
> - fondera toute détermination, au titre de l'article 301, concluant à la violation ou à l'inexécution des droits des États-Unis au titre de l'accord pertinent sur les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD;
>
> - après l'adoption d'un rapport favorable d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, ménagera à la partie défenderesse un délai raisonnable pour mettre en œuvre les recommandations formulées dans le rapport; et

[685] SAA, page 1.

- si l'affaire ne peut être réglée dans ce délai, demandera à l'ORD l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion."[686]

Cette déclaration officielle dans le SAA – en particulier l'engagement énoncé au deuxième alinéa ci-dessus – que le Congrès a approuvée en escomptant qu'elle serait respectée par les Administrations suivantes, est un élément important qui nous permet de conclure que le pouvoir discrétionnaire conféré par le dispositif législatif autorisant l'établissement d'une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord a effectivement été limité. Comme nous l'avons déjà dit, nous constatons que cette décision de l'Administration indiquant comment elle envisage d'exercer son pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire la décision de limiter ce pouvoir de façon à ne jamais adopter une détermination d'incompatibilité avant l'adoption des constatations de l'ORD, a été prise de façon licite conformément au dispositif législatif de l'article 304.[687]

7.113 Les CE se réfèrent à des paragraphes qui figurent plus loin dans le SAA et qui contredisent, d'après elles, le passage précité de ce document.[688] Cependant, nous sommes convaincus, et donc

---

[686] SAA, pages 365 et 366.

[687] À cet égard, les CE se réfèrent à l'article 102 a) de la Loi de 1994 sur les accords du Cycle d'Uruguay, par laquelle le Congrès des États-Unis a approuvé l'Accord sur l'OMC. Cet article dispose ce qui suit:

"1) PRIMAUTÉ DU DROIT DES ÉTATS-UNIS EN CAS DE CONFLIT - Si une disposition d'un accord du Cycle d'Uruguay est incompatible avec une loi des États-Unis ou est appliquée à une personne ou à une situation de manière incompatible avec une loi des États-Unis, elle est sans effet.

2) INTERPRÉTATION – Aucune disposition de la présente loi ne sera interprétée comme …

B) limitant le pouvoir conféré par une loi des États-Unis, y compris l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, sauf disposition expresse à l'effet contraire dans la présente loi."

Nous notons cependant que, même si l'on considérait que, conformément à l'article 102 a), ni les accords de l'OMC ni même la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay ne pouvaient limiter et ne limitaient pas le pouvoir discrétionnaire que l'article 304 confère au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, à notre avis, l'Administration elle-même pouvait le faire et l'a fait, notamment, dans le SAA, et ce de façon valable, en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère le dispositif législatif de l'article 304.

[688] SAA, pages 366 et 367:

"Il n'y a pas lieu de craindre que les accords du Cycle d'Uruguay de manière générale, ou le Mémorandum d'accord en particulier, fassent hésiter davantage les Administrations qui suivront lorsqu'il s'agira d'imposer, au titre de l'article 301, des sanctions qui pourraient être incompatibles avec les obligations à caractère commercial des États-Unis, sous prétexte que ces sanctions pourraient entraîner des mesures de rétorsion qui seraient autorisées en vertu du Mémorandum d'accord. Bien que les États-Unis aient déjà indiqué, dans des cas précis, qu'ils avaient l'intention de lutter contre les pratiques déloyales de pays étrangers en prenant, au titre de l'article 301, des mesures qui n'avaient pas été autorisées par le GATT, les États-Unis ne l'ont pas fait souvent. Parfois, ils ont pris ce genre de mesures parce que le gouvernement étranger avait bloqué l'adoption du rapport d'un groupe spécial formé dans le cadre du GATT parce que celui-ci lui était défavorable.

Tout comme les États-Unis peuvent désormais décider de prendre au titre de l'article 301 des mesures qui ne sont pas autorisées par le GATT, les gouvernements visés par ces mesures peuvent également leur rendre la monnaie de leur pièce. Cette situation ne changera pas avec les accords du Cycle d'Uruguay. Malgré le

nous constatons que ces paragraphes, interprétés dans leur contexte, ne contredisent pas la décision d'appliquer les articles 301 à 310 de manière compatible avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. À l'évidence, une partie du texte contesté ne s'applique pas aux questions examinées ici, c'est-à-dire celles qui concernent les Membres de l'OMC et l'inexécution alléguée des droits des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Ces paragraphes traitent plutôt de cas concernant les Membres de l'OMC, mais pas les droits des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC, c'est-à-dire des questions qui ne sont pas visées par l'Accord sur l'OMC. Il est vrai qu'une partie du libellé du SAA semble ambiguë. Nous notons cependant que, conformément au droit constitutionnel des États-Unis, les ambiguïtés dans l'interprétation d'instruments juridiques devraient, si possible, être toujours résolues de manière compatible avec les obligations internationales des États-Unis. Nous constatons qu'il est possible de le faire en l'espèce.

c) Déclarations des États-Unis devant le Groupe spécial

7.114 Le SAA comporte certes des éléments de caractère international[689], mais ceux-ci n'occupent pas une place centrale. Le SAA a été préparé dans une optique nationale, et a été soumis au Congrès à l'occasion de la mise en œuvre par les États-Unis des résultats des négociations du Cycle d'Uruguay. Comme c'est une loi nationale qui constitue la violation alléguée en l'espèce, les éléments internes juridiquement pertinents pour l'interprétation de cette loi devraient en principe être déterminants.

7.115 La pertinence juridique sur le plan international des engagements des États-Unis énoncés dans le SAA a été confirmée et renforcée dans le cadre même de la procédure engagée devant le présent groupe spécial. En réponse aux questions que nous leur avons posées avec insistance, les États-Unis ont confirmé à plusieurs reprises, de manière explicite, officielle et inconditionnelle, l'engagement exprimé dans le SAA, à savoir que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "fondera toute détermination, au titre de l'article 301, concluant à la violation ou à l'inexécution des droits des États-Unis au titre de l'accord pertinent sur les constatations d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel adoptées par l'ORD".[690]

---

risque de mesures de rétorsion dans le cadre du GATT, les États-Unis ont pris des mesures concernant les semi-conducteurs, les produits pharmaceutiques, la bière et le bœuf aux hormones, par exemple."

Ces deux paragraphes du SAA peuvent être interprétés comme indiquant en fait que les conditions qui expliquent le recours abusif à l'article 301 par le passé – en particulier, le blocage de l'adoption d'un rapport de groupe spécial – n'existent plus dans le cadre de l'OMC (voir la réponse des États-Unis à la question 38 du Groupe spécial, dont il est fait état aux paragraphes 4.134 à 4.140 du présent rapport). Nous avons décidé d'interpréter ces paragraphes de la façon la plus défavorable en concluant qu'il existe un tiraillement entre ces paragraphes et les engagements énoncés dans les quatre alinéas précédents. Comme cela est dit dans le corps du rapport, cette difficulté devrait être surmontée en appliquant les principes du droit constitutionnel des États-Unis de manière à privilégier une interprétation qui garantit la conformité avec les obligations juridiques internationales. Nous sommes arrivés à cette solution aussi au vu des engagements solennels donnés par les États-Unis au Groupe spécial, qui confirment l'opinion de l'Administration exposée dans les quatre alinéas, selon laquelle, à la lumière du SAA, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a pas la faculté d'appliquer les articles 301 à 310 de manière incompatible avec les obligations au regard de l'OMC.

[689] Comme cela a été dit précédemment, le SAA est explicitement présenté comme faisant autorité "aux fins des obligations internationales des États-Unis [ainsi] qu'aux fins de leur droit interne", voir le paragraphe 7.110 du présent rapport.

[690] SAA, page 366.

7.116 Les États-Unis l'ont confirmé, pour que cela soit consigné au dossier, au cours de la première réunion du Groupe spécial avec les parties. Par la suite, en réponse à la question 14 du Groupe spécial, ils ont déclaré ce qui suit:

> "En ce qui concerne les déterminations établies au titre de l'article 304, comme cela est dit aux paragraphes 12 et 41 de la première communication des États-Unis et comme cela est stipulé à la page 365 de l'Énoncé des mesures administratives (pièce n° 11 des États-Unis), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, en vertu de l'article 304 a) 1), de déterminer si les États-Unis ont été frustrés des droits que leur confère un accord en se fondant sur les résultats de la procédure de règlement des différends de l'OMC. Par conséquent, au cas où un groupe spécial n'achèverait pas ses travaux dans les délais prévus dans le Mémorandum d'accord et à l'article 304 a) 2) A), il ne serait pas en mesure de déterminer que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord."[691]

7.117 Bien que nous ayons rejeté l'idée que le dispositif législatif de l'article 304 lui-même empêche d'établir une détermination d'incompatibilité, nous admettons tout à fait que l'Administration des États-Unis a la faculté de déterminer qu'il est de son devoir d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère ce dispositif législatif de manière compatible avec les obligations au regard de l'OMC et de faire de ce devoir, au moyen du SAA, la politique officielle des États-Unis pour les Administrations suivantes, et que, par ailleurs, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, en tant que membre de l'Administration, peut considérer qu'il a l'obligation juridique de s'en tenir à cette politique.

7.118 L'attribution d'une portée juridique internationale à des déclarations unilatérales d'un État ne devrait pas se faire à la légère et devrait être soumise à des conditions strictes. Bien que les effets juridiques que nous attribuons aux déclarations que les États-Unis ont faites à l'ORD par l'intermédiaire du présent groupe spécial soient de nature et de portée plus étroites et restreintes que dans les autres cas pertinents au plan international où un effet juridique a été attribué à des déclarations unilatérales, nous avons subordonné ces effets même restreints aux critères les plus rigoureux. Normalement, un État souverain ne devrait pas subir les effets juridiques sur le plan international des déclarations informelles des nombreux représentants parlant en son nom, dans ce monde des plus interactifs et interdépendants[692], ou des déclarations faites dans le feu d'une argumentation juridique, au nom d'un État, ce qui est loin d'être le cas en l'espèce.

---

[691] Voir aussi la note de bas de page 683.

[692] Dans l'affaire des *Essais nucléaires* (Australie c. France), la C.I.J. a statué que la France était juridiquement liée par l'engagement pris publiquement, au nom du gouvernement français, de cesser de procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère. Les critères déterminant l'obligation étaient les suivants: l'intention de l'État qui fait la déclaration d'être lié par elle conformément à ses termes et le fait que l'engagement a été exprimé publiquement:

"Il est reconnu que des déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques. Des déclarations de cette nature peuvent avoir et ont souvent un objet très précis. Quand l'État auteur de la déclaration entend être lié conformément à ses termes, cette intention confère à sa prise de position le caractère d'un engagement juridique, l'État intéressé étant désormais tenu en droit de suivre une ligne de conduite conforme à sa déclaration. Un engagement de cette nature, exprimé publiquement et dans l'intention de se lier, même hors du cadre de négociations internationales, a un effet obligatoire."

(C.I.J., Recueil 1974, page 253, pages 267 à 271, paragraphe 43; voir aussi l'affaire des *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), C.I.J., Recueil 1974, page 457, pages 472 à 475; l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*, C.P.J.I., Recueil, série A/B, n° 53, où il a été constaté qu'une déclaration avait

7.119 Il convient aussi de rappeler à ce stade que, conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, nous devons "procéder à une évaluation objective des faits de la cause … *et formuler d'autres constatations* propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés" (pas d'italique dans l'original).

7.120 En ce qui concerne ces déclarations, nous constatons donc ce qui suit:

7.121 Les déclarations faites par les États-Unis devant le présent groupe spécial reflétaient leur politique officielle et étaient destinées à exprimer leur interprétation de leurs obligations internationales telles qu'elles ont été incorporées dans leur droit interne.[693] Ces déclarations représentaient non pas une nouvelle politique ou un nouvel engagement des États-Unis, mais l'expression dans un cadre international d'une politique et d'un engagement préexistants établis dans un cadre national.

7.122 Les arguments et les déclarations des représentants des États-Unis qui ont comparu devant nous ont été présentés solennellement, après mûre réflexion, pour être consignés au dossier, et ont été repris par écrit et confirmés à la seconde audition du Groupe spécial. Ils n'avaient rien d'informels et ils n'ont pas été présentés dans le feu de l'argumentation. Les États-Unis ont eu amplement la possibilité de se rétracter. Mais ils ont cherché au contraire à rendre leur engagement juridique plus contraignant à cet égard.[694]

7.123 Nous sommes convaincus que les représentants qui ont comparu devant nous étaient pleinement habilités à présenter ces arguments juridiques et qu'ils agissaient dans le cadre de leur mandat. Les travaux des groupes spéciaux font partie du processus de règlement des différends de l'ORD. Il est inconcevable, sauf dans des circonstances exceptionnelles, qu'un groupe spécial conteste le fait que les représentants légaux d'un Membre sont habilités à exposer à un groupe spécial, et par son intermédiaire, à l'ORD, la position juridique de ce Membre en ce qui concerne son droit interne interprété à la lumière de ses obligations au regard de l'OMC. Le système des groupes spéciaux ne fonctionnerait pas si l'on ne pouvait pas présumer cela.

---

un effet juridique même si elle n'avait pas été faite publiquement, mais au cours de conversations avec le Ministre norvégien des Affaires étrangères; l'affaire du *Nicaragua* (Fond), C.I.J., Recueil 1986, page 14, page 132; *l'affaire du différend frontalier*, C.I.J., Recueil 1986, page 554, pages 573 et 574.)

Dans la présente affaire, l'effet juridique des déclarations des États-Unis ne va pas jusqu'à créer une nouvelle obligation juridique. Nous leur avons cependant appliqué des conditions aussi strictes, voire plus strictes. À la suite de l'affaire des *Essais nucléaires*, certains auteurs ont critiqué l'attribution d'un effet juridique à des déclarations qui ne s'adressaient pas à un État ou à des États en particulier, mais qui étaient faites à l'intention de tous (voir Rubin, A., "The International Legal Effects of Unilateral Declarations", American Journal of International Law, 1977, page 1, et Franck, T., "Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases", American Journal of International Law, 1975, page 612). Dans la présente affaire, les déclarations des États-Unis s'adressaient à des destinataires précis et elles ont été faites dans le contexte d'une procédure particulière de règlement des différends.

[693] Voir les paragraphes 7.110 et 7.114 du présent rapport.

[694] Dans leur première communication, les États-Unis ont fait valoir avec force que l'article 304 n'avait jamais exigé que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales établisse une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord (voir les paragraphes 4.527 à 4.530 du présent rapport). Dans leur deuxième communication, ils sont allés plus loin en soutenant que l'interprétation correcte de l'article 304 était que la loi lui interdisait d'établir une telle détermination (voir les paragraphes 4.536 et 4.537 du présent rapport).

7.124 Nous sommes également convaincus, *de facto*, que les déclarations faites devant nous étaient destinées à être versées au dossier, que les États-Unis savaient et comprenaient parfaitement qu'elles pouvaient, comme toute autre communication officielle, être consignées dans notre rapport, et qu'elles ont été faites non seulement pour que nous puissions nous y fier, mais aussi pour que les CE, les tierces parties au différend et tous les membres de l'ORD - en fait tous les Membres de l'OMC - puissent s'y fier.

7.125 En conséquence, nous constatons que ces déclarations des États-Unis expriment sans ambiguïté la position officielle des États-Unis, de manière à ce que tous les Membres puissent s'y fier, l'engagement que le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a été limité de façon à empêcher l'établissement d'une détermination d'incompatibilité avant l'épuisement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord. Bien qu'elles ne créent pas une nouvelle obligation juridique internationale pour les États-Unis – qui sont déjà liés somme toute par l'article 23 en tant que Membre de l'OMC – elles apportent des éclaircissements et constituent un engagement, au niveau international, concernant certains aspects du droit interne des États-Unis, en particulier la façon dont ils ont mis en œuvre leurs obligations au titre de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

7.126 Le SAA et les déclarations que nous ont faites les États-Unis ont pour effet conjugué de donner directement aux autres Membres, et indirectement au marché, les garanties que l'article 23 est censé fournir. À travers le SAA et les déclarations des États-Unis, tels que nous les avons interprétés, il est clair désormais que, compte tenu des différents éléments constituant l'article 304, celui-ci empêche le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'établir une détermination d'incompatibilité contraire à l'article 23:2 a). En droit international, les engagements pris par les États-Unis permettent à l'État d'anticiper, ou de s'acquitter de la responsabilité qu'il aurait pu avoir si la loi nationale examinée en l'espèce comprenait seulement le dispositif législatif.[695] Il s'ensuit évidemment que si les États-Unis reniaient ou rompaient leurs engagements d'une manière ou d'une autre, ils devraient assumer cette responsabilité car leur loi deviendrait incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 23.

d) Pratique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 304

7.127 Il ne nous appartient pas d'examiner le comportement des États-Unis dans des cas particuliers. Nous avons cependant examiné la pratique du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans certains cas afin de faire la **lumière** sur le sens des articles 301 à 310. Nous avons aussi considéré que son action passée pouvait avoir une valeur probante limitée lorsqu'il s'agissait d'évaluer la véracité et la portée du SAA et de la politique qui y était énoncée.

7.128 Pour étayer leur position, les États-Unis ont fait la déclaration suivante au Groupe spécial:

> "Les faits montrent que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'a jamais établi de détermination au titre de l'article 304 a) 1) concluant que les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre d'un accord du GATT ou de l'OMC sans se fonder sur les résultats des procédures de règlement des différends du GATT et de l'OMC. Cela n'a jamais été le cas."[696]

[695] Nous examinons plus loin une autre hypothèse (voir le paragraphe 7.133 du présent rapport) selon laquelle l'engagement permet en fait à l'État de s'acquitter de la responsabilité qu'il aurait pu avoir en raison du dispositif législatif.

[696] Déclaration orale des États-Unis, deuxième réunion, paragraphe 16 (voir le paragraphe 4.990).

7.129 Étant donné les nombreuses critiques formulées à l'encontre des articles 301 à 310 dans les communications des tierces parties devant le présent groupe spécial, nous avons expressément demandé aux CE et à toutes les tierces parties de nous présenter des éléments de preuve établissant que les États-Unis avaient eu, depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC, un comportement incompatible avec leurs obligations au regard de l'OMC, et concordant avec les plaintes des CE – et, partant, entrant dans le cadre de notre mandat. L'une des tierces parties a cité un cas où ils auraient eu un tel comportement (*Japon – Pièces d'automobiles*[697]), et les CE en ont cité deux autres (*CE - Bananes III* et *Argentine - Textiles et vêtements (États-Unis)*).

7.130 Il ne nous appartient pas de formuler une constatation définitive au sujet de ces affaires, et surtout pas au sujet de l'affaire *Bananes III*, qui fait l'objet d'une procédure devant un autre groupe spécial.[698] Toutefois, au vu des faits portés à notre connaissance, nous estimons que les éléments de preuve qui nous ont été présentés à cet égard ne suffisent pas pour rejeter l'allégation des États-Unis selon laquelle l'article 304 a toujours été conforme à l'article 23:2 a) invoqué par les CE. Nous considérons, en tout état de cause, que les éléments de preuve dont nous disposons ne sont pas suffisants pour infirmer nos conclusions concernant l'article 304 proprement dit.[699]

---

[697] Ce différend est expliqué aux paragraphes 5.273 et 5.274 du présent rapport. Par suite de l'action des États-Unis à cet égard, voir aussi *États-Unis - Imposition de droits d'importation sur les automobiles en provenance du Japon au titre des articles 301 et 304 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur* ("*Japon - Pièces d'automobiles*"), WT/DS6 (plainte du Japon), règlement notifié à l'ORD.

[698] Voir les documents portant la cote WT/DS165.

[699] Dans l'affaire *Japon – Pièces d'automobiles*, les États-Unis ne cherchaient pas à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC, mais ils se demandaient, entre autres, si les actions ou les politiques du Japon à cet égard étaient "déraisonnables" au sens de l'article 301 b). Nous estimons que, même s'il y a eu comportement incompatible avec l'article 23:2 a) – question sur laquelle nous ne nous prononçons pas – le genre d'incompatibilité en cause n'entrerait pas dans le cadre de notre mandat puisqu'il se rapporte à des questions qui n'ont pas été soulevées dans les allégations des CE que nous examinons.

La question de savoir si les États-Unis ont violé l'article 23 dans l'affaire *Bananes III* est examinée dans le cadre d'une autre procédure de groupe spécial. Même si le comportement des États-Unis en réaction à la prétendue mise en œuvre des constatations de l'ORD était incompatible avec l'article 23:2 a), nous relevons que les déterminations établies par les États-Unis à cet égard l'ont été au titre de l'article 306 – c'est-à-dire sur le point de savoir si les constatations de l'ORD avaient été mises en œuvre – et non au titre de l'article 304 examiné ici – c'est-à-dire sur le point de savoir si les États-Unis avaient été frustrés de leurs droits avant que la question de la mise en œuvre ne se pose. Le fait que les déterminations au titre de l'article 306 doivent être considérées, aux fins de la publication et d'action ultérieure au titre de l'article 301, par exemple, comme des déterminations au titre de l'article 304, conformément à l'article 306 b) 1), ne modifie en rien notre conclusion. Nous examinons plus loin dans la section VII.D l'allégation des CE selon laquelle l'article 306 est incompatible.

Enfin, dans l'affaire *Argentine – Textiles et vêtements (États-Unis)*, la détermination établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a été publiée à la fois après l'expiration du délai de 18 mois prévu à l'article 304 et après l'adoption des constatations de l'ORD dans cette affaire. Il est dit expressément dans cette détermination que celle-ci se fonde sur les constatations de l'ORD en la matière. Nous ne jugeons pas pertinent au plan international le fait que la détermination a été datée rétroactivement du 3 avril 1998, c'est-à-dire du jour précédant l'expiration du délai de 18 mois, date qui est donc aussi antérieure à l'adoption des constatations de l'ORD en la matière (22 avril 1998). À notre avis, ce qui est important, lorsque l'on examine l'article 23:2 a), c'est la date effective de la détermination et, en particulier, les éléments sur lesquels elle se fonde. En ce qui concerne les obligations des États-Unis envers les autres Membres de l'OMC, cette affaire montre que les États-Unis ont attendu la fin des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord pour annoncer publiquement leur détermination et que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a effectivement fondé ses constatations sur le résultat du processus de règlement des différends, qui a conditionné la teneur de sa détermination.

7. Résumé de l'analyse et des constatations du Groupe spécial concernant l'allégation des CE relative à l'article 304

7.131 Le résultat global de notre analyse peut être résumé de la façon suivante. Nous avons constaté que le dispositif législatif de l'article 304 représente une menace sérieuse que des déterminations contraires à l'article 23:2 a) seront peut-être établies et, compte tenu des circonstances de l'espèce, qu'il est incompatible à première vue avec l'alinéa 23:2 a) lu dans le contexte du paragraphe 23:1. Nous avons cependant constaté ensuite que cette menace avait disparu en raison de l'effet conjugué du SAA et des déclarations faites par les États-Unis devant le présent groupe spécial, d'une manière qui fait également disparaître l'incompatibilité constatée à première vue et qui donne les garanties que les États-Unis doivent offrir conformément à l'article 23. Dans la comparaison que nous faisons au paragraphe 7.65, nous avons interprété l'avertissement "Entrée interdite. Les contrevenants peuvent être abattus sans sommation" comme allant à l'encontre de la promesse que se sont faite les voisins de toujours recourir exclusivement à la police et à la justice en cas d'intrusion illicite alléguée. En poursuivant cette comparaison, nous constaterions en l'espèce que l'agriculteur a ajouté à cet avertissement adressé à tout le monde une phrase disant: "Toutefois, si le contrevenant est un voisin, il sera fait immédiatement appel à la police et à la justice." Nous dirions, comme nous le faisons en l'espèce, que, avec cette précision, l'accord a été respecté.

7.132 Cette conclusion est fondée sur notre interprétation de l'article 304 qui fait partie d'une loi à plusieurs volets, renfermant à la fois des éléments d'ordre législatif, institutionnel et administratif. Toutefois, par prudence, nous avons aussi examiné l'article 304 en supposant que notre tâche se limitait à l'examen des seuls éléments d'ordre législatif. Même dans cette hypothèse, nous conclurions globalement à la conformité, quoique en vertu de méthodes légèrement différentes.

7.133 Premièrement, le SAA pourrait être considéré, non pas comme une mesure autonome de l'Administration déterminant sa manière d'appliquer l'article 304, mais comme un élément important pour l'interprétation du dispositif législatif de l'article 304 proprement dit. Si le dispositif législatif interprété séparément n'empêche pas d'établir une détermination d'incompatibilité, comme nous l'avons constaté plus haut au paragraphe 7.31 d), selon cette autre méthode, le dispositif législatif, lu dans le contexte du SAA, aurait cet effet.

7.134 Deuxièmement, à supposer que l'examen du dispositif législatif de l'article 304 nous amène à conclure que, étant donné le large pouvoir discrétionnaire qu'il confère au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, la loi constitue une violation de l'article 23, nous devrions alors examiner une mesure corrective appropriée, c'est-à-dire de quelle façon les États-Unis pourraient redonner à leurs partenaires de l'OMC les garanties inscrites à l'article 23. À notre avis, tout moyen licite permettant à l'Administration de réduire l'élément discrétionnaire suffirait pour atteindre ce but. En l'espèce, nous constaterions alors que le SAA et les déclarations du genre de celles que les États-Unis ont faites à l'ORD par l'intermédiaire du présent groupe spécial constituent effectivement une telle mesure corrective, pour les raisons que nous avons exposées précédemment. Ainsi, dans cette seconde hypothèse, il aurait été remédié à la violation que nous aurions constatée sur la base du dispositif législatif de l'article 304.

7.135 Pour les raisons susmentionnées, nous constatons que l'article 304 n'est pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.

7.136 Si les engagements qui sont énoncés dans le SAA, et qui ont été confirmés et complétés par les États-Unis devant le présent groupe spécial étaient reniés ou rompus d'une manière ou d'une autre

par l'Administration ou une autre branche du gouvernement des États-Unis[700], cette constatation de conformité ne serait plus justifiée.

D. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE L'ARTICLE 306 EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 23:2 A) DU MÉMORANDUM D'ACCORD

1. Allégations et arguments des Parties

7.137 L'article 306 concerne le suivi par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'une détermination établie au titre de l'article 304 selon laquelle les États-Unis ont été frustrés de leurs droits au titre de l'Accord sur l'OMC. Appliqué à des situations relevant de l'OMC dont les CE font état dans leurs allégations, il présuppose l'achèvement de la procédure de groupe spécial et, le cas échéant, de celle de l'Organe d'appel ainsi qu'une décision de l'ORD en faveur des États-Unis. Il définit les procédures à suivre aux termes de la Loi sur le commerce extérieur pour obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions quand les États-Unis estiment qu'un autre Membre n'a pas mis en œuvre de manière satisfaisante la décision initiale de l'ORD.

7.138 Les CE allèguent que l'article 306 b) exige du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales qu'il donne son "appréciation" sur le point de savoir si un Membre de l'OMC a mis en œuvre les recommandations de l'ORD et, dans l'éventualité où celui-ci ne l'aurait pas fait, qu'il détermine les mesures supplémentaires à prendre. Elles prétendent que cette "appréciation" constitue une "détermination" au sens de l'article 23, établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, sur le point de savoir si le Membre concerné a violé les droits des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Conformément à l'article 23, une détermination d'incompatibilité ne peut être établie avant l'épuisement des procédures de l'ORD. Les CE font cependant valoir que, conformément à l'article 306, cette détermination particulière doit être établie au plus tard *30 jours* après l'expiration du délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre des recommandations de l'ORD par le Membre perdant. D'après elles, tout différend relatif à la mise en œuvre doit être réglé en conformité avec l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, qui prévoit que le groupe spécial initial sera saisi de l'affaire et rendra sa décision dans un délai de *90 jours*. Les CE font valoir que, comme celui-ci peut être saisi à l'expiration du délai raisonnable, voire après, l'article 306 b) oblige à établir une détermination unilatérale sur la conformité sans attendre les résultats de la procédure de l'OMC au titre de l'article 21:5, en violation de l'article 23:2 a).

7.139 Les États-Unis répondent que l'article 306 *n*'oblige *pas* le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une "détermination" en violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. D'après eux, pour faire valoir les droits des États-Unis au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord, il a non seulement la possibilité, mais aussi l'obligation formelle de se prononcer - d'"estimer", pour reprendre le terme employé à l'article 306 b) - sur le point de savoir si les recommandations de l'ORD ont été mises en œuvre. D'après les États-Unis, un Membre qui souhaite suspendre des concessions conformément à l'article 22 doit demander l'autorisation de l'ORD dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable. S'il ne le fait pas, il perd le droit d'obtenir cette autorisation par consensus négatif. Par conséquent, comme le Membre qui a gain de cause doit présenter sa demande dans un délai de 30 jours – même si, par la suite, l'affaire est soumise à arbitrage et que l'autorisation n'est accordée qu'après – les États-Unis affirment que l'article 22 lui-même présuppose que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales indique comment il entend suspendre des concessions dans ce délai de 30 jours. Ce délai a été transposé dans l'article 306 b) et, partant, de l'avis des États-Unis, il est conforme à l'article 23:2 a).

[700] Par "gouvernement des États-Unis", nous entendons ici les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

7.140 En ce qui concerne le conflit possible entre le délai de 30 jours prévu à l'article 306 b) et le délai de 90 jours dans lequel une décision sur la mise en œuvre doit être rendue conformément à l'article 21:5, les États-Unis font valoir que le recours à la procédure prévue à l'article 21:5 et l'achèvement de cette procédure *ne* sont *pas* une condition préalable pour *demander* l'autorisation de suspendre des concessions dès lors qu'il y a désaccord au sujet de la mise en œuvre.

7.141 L'article 21:5 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

> "Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question. Lorsque le groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport."

L'article 22:6 dispose que:

> "Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 ["si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21"] se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. Cet arbitrage … sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Les concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage."

2. Constatations préliminaires du Groupe spécial concernant le dispositif législatif de l'article 306

7.142 Nous proposons d'adopter ici une méthode analogue à celle que nous avons employée pour l'examen de l'article 304 en examinant tout d'abord le dispositif législatif de l'article 306 compte tenu des obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a), lu dans le contexte de l'article 23:1.[701]

7.143 Pour mieux comprendre nos constatations ultérieures, il peut être utile de distinguer deux étapes dans l'article 306. La première est celle où le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "estime" qu'"un pays étranger ne met pas en œuvre de manière satisfaisante une mesure ou un accord" (article 306 b) 1)) ou, comme cela est redit à l'article 306 b) 2), "estime" que "le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre". La seconde est celle où il "arrête" "les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301" (article 306 b) 1)).

[701] Voir la section VII.B.6.

7.144 Cette seconde étape a un caractère impératif: conformément à l'article 306, la mesure envisagée doit être arrêtée au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable accordé à l'autre Membre de l'OMC pour mettre en œuvre les constatations de l'ORD. Elle ne peut avoir lieu qu'après que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "a estimé", à la première étape, que la mise en œuvre n'était pas satisfaisante. La première étape doit donc elle aussi avoir lieu, *ipso facto*, dans le délai de 30 jours prescrit pour la seconde. Nous constatons donc, *de facto*, que l'article 306 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à donner son "appréciation" sur le point de savoir si le Membre concerné a mis en œuvre ou non les recommandations de l'ORD dans les 30 jours suivant l'expiration du délai raisonnable.

7.145 Nous constatons aussi que les CE ont raison de dire que, dans certaines circonstances, cette "appréciation" est nécessairement établie *avant* l'achèvement des procédures prévues à l'article 21:5 concernant la mise en œuvre. Le délai normal pour mener à bien ces procédures est de 90 jours après que le groupe spécial initial a été saisi de l'affaire. L'article 21:5 ne précise pas quand et comment celui-ci doit être saisi ni dans quel délai les parties doivent invoquer cet article. C'est pourquoi il est raisonnable de penser qu'il peut arriver que l'article 21:5 soit invoqué moins de 60 jours avant l'expiration du délai raisonnable. Il se peut donc que le groupe spécial achève ses travaux au titre de l'article 21:5 après le 30ème jour suivant l'expiration du délai raisonnable, c'est-à-dire après la limite prévue à l'article 306 b). Dans ce cas, l'"appréciation" prévue à l'article 306 devrait être établie *avant* l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5.

7.146 Nous constatons, en outre, que l'"appréciation" du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales requise dans un premier temps aux termes de l'article 306 - appréciation qui doit être établie *à la suite* et compte tenu du contrôle interne auquel il procède conformément au paragraphe a) de cet article et qui, s'il estime que la mise en œuvre laisse à désirer, aboutit automatiquement à la décision de prendre des mesures au titre de l'article 301, dont elle constitue une condition *sine qua non* - satisfait au critère de fermeté et d'immutabilité qui est requis pour qu'il y ait "détermination" au titre de l'article 23:2 a).[702] C'est pourquoi nous considérons ci-après cette "appréciation" comme une détermination.[703] À notre avis, l'argument des États-Unis selon lequel la première étape prévue à l'article 306 est positivement exigée par l'article 22 et correspond tout au plus au sentiment qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure de règlement des différends a trait moins à la question de savoir s'il y a une "détermination" qu'à celle de savoir si cette "détermination" est autorisée par l'article 23:2 a), c'est-à-dire à la question de savoir si elle a été établie "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures" du Mémorandum d'accord, autre condition posée par l'article 23:2 a) examinée ci-après. Nous rappelons,

[702] À cet égard, voir plus haut le paragraphe 7.20 et la note de bas de page n° 657.

[703] Rappelant les quatre conditions qui doivent être remplies pour qu'un acte donné posé dans le cadre d'un différend particulier contrevienne à l'article 23:2 a), conditions exposées plus haut dans la note de bas de page n° 657, nous constatons donc que les "appréciations" établies au titre de l'article 306 sont des "déterminations" au sens de la deuxième condition posée par l'article 23:2 a). Nous constatons aussi que les déterminations au titre de l'article 306 remplissent la première condition posée par l'article 23:2 a). Les États-Unis cherchent manifestement à obtenir réparation d'incompatibilités au regard de l'OMC lorsqu'ils contrôlent la mise en œuvre des constatations de l'ORD conformément à l'article 306. La troisième condition a trait à la question de savoir si la détermination établie au titre de l'article 306 est une détermination concluant "qu'il y a eu violation …". En examinant plus particulièrement la détermination en cause ici, celle dont l'établissement est réservé à l'article 306 de la loi, c'est-à-dire la détermination selon laquelle la mise en œuvre *n*'a *pas* eu lieu, autrement dit, la détermination selon laquelle les mesures de mise en œuvre ne sont pas compatibles avec les règles de l'OMC, alors même que la procédure prévue à l'article 21:5 n'est pas encore achevée, nous sommes d'avis qu'il s'agit d'une détermination d'incompatibilité qui remplit la troisième condition posée par l'article 23:2 a).

en outre, que l'opinion que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales se forme au titre de l'article 306, selon laquelle la mise en œuvre laisse à désirer, n'est pas de nature préliminaire, en ce sens qu'elle ne doit pas être confirmée par un groupe spécial, étant donné qu'elle est transmise à l'ORD pour obtenir l'autorisation immédiate de suspendre des concessions (sauf en cas de contestation du niveau de la suspension ou des principes et procédures appliqués lors de l'examen des concessions à suspendre).[704]

7.147 Nous constatons en outre, *de facto*, que, bien que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales soit tenu d'établir cette détermination dans un délai de 30 jours, il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de la teneur de cette détermination. Nous constatons en particulier qu'aucune circonstance ne l'oblige, aux termes du dispositif législatif de l'article 306, à déterminer que la mise en œuvre *laisse à désirer*, c'est-à-dire à établir une détermination d'incompatibilité, tant que la procédure prévue à l'article 21:5 est en cours. Autrement dit, il a toujours la possibilité, aux termes de la Loi sur le commerce extérieur, de déterminer que la mise en œuvre est satisfaisante tant que les procédures de l'ORD ne sont pas épuisées. Toutefois, comme dans le cas de l'article 304, compte tenu du pouvoir discrétionnaire que lui confère le dispositif législatif, la loi ne l'empêche pas d'établir une telle détermination.

7.148 Il importe cependant de noter que, dans les situations relevant de l'OMC, la détermination en cause ici n'est qu'une étape préliminaire, dans le cadre de l'article 306, pour demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations. Elle aboutit non pas à la suspension de concessions sans l'autorisation de l'ORD, mais à la présentation d'une demande – jugée prématurée, par les CE – pour obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions.

3. Obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord tel qu'il s'applique à l'article 306

7.149 Nous rappelons que nous avons pour mandat d'examiner la conformité de l'article 306 en tant que tel avec l'article 23:2 a), et non une application particulière de l'article 306 dans un différend donné.

7.150 Dans le cas de l'article 304, il était clair que l'établissement d'une détermination d'incompatibilité dans un cas particulier, avant l'achèvement de la procédure de groupe spécial ou de celle de l'Organe d'appel et avant l'adoption d'une décision par l'ORD, constituait une violation de l'article 23:2 a).[705] C'est sur cette base que nous avons conclu que le dispositif législatif réservant simplement le droit d'établir une telle détermination constituait lui aussi une violation apparente.

7.151 Dans le cas de l'article 306, nous avons déjà constaté que, là aussi, le dispositif législatif réserve au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales le droit d'estimer que la mise en œuvre laisse à désirer, c'est-à-dire d'établir une détermination d'incompatibilité avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5. Toutefois, avant de conclure que le dispositif législatif qui lui réserve ce droit constitue une violation apparente, nous devons nous prononcer sur le point de savoir si une telle détermination, dans un cas particulier, constitue une violation. À la différence de ce que nous avons observé au sujet de l'article 304, dans le cas de l'article 306, ce point est très controversé et loin d'être clair. C'est seulement si nous constatons, *de jure*, qu'il y a violation de l'article 23:2 a) quand le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales détermine, dans un cas particulier, que la mise en œuvre laisse à désirer au sens de l'article 306 *avant* l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5

[704] Voir la note de bas de page n° 657.

[705] Voir le paragraphe 7.50 et la note de bas de page n° 657.

- comme prélude pour demander à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions - que nous pourrons constater que le dispositif législatif lui réservant le droit d'établir une telle détermination est en soi incompatible avec l'Accord sur l'OMC.

7.152 Si l'on interprète l'article 306 à la lumière des obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a), la question qui se pose plus particulièrement est celle de savoir si les déterminations relevant de l'article 306 sont établies "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord" et "au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord".[706] Ces deux conditions posées par l'article 23:2 a) sont de nature cumulative. Des déterminations ne sont autorisées que si elles sont établies en recourant au Mémorandum d'accord *et* au regard des constatations adoptées par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord.

7.153 À notre avis, cette question est un élément essentiel de l'allégation des CE concernant l'article 306. Ainsi qu'il a été dit précédemment, les États-Unis soutiennent que l'article 22 oblige à déterminer que la mise en œuvre laisse à désirer comme prélude pour demander l'autorisation de suspendre des concessions, avant même l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5. Les CE contestent ce point.

7.154 Conformément à notre mandat, nous devons examiner si l'article 306 est conforme à l'article 23:2 a). Si nous pouvons nous acquitter de cette tâche sans chercher à trancher le différend entièrement distinct sur l'interprétation correcte des articles 21:5 et 22 et le rapport existant entre eux, questions qui font l'objet de négociations dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord, nous le ferons.[707] Le Groupe spécial ne devrait donc se prononcer sur l'interprétation correcte des articles 21:5 et 22 et sur le rapport existant entre eux que si cela est indispensable du point de vue juridique.

7.155 Nous examinerons donc la conformité de l'article 306 avec l'article 23:2 a) en supposant, premièrement, que la thèse des États-Unis concernant les articles 21:5 et 22 est juste et, deuxièmement, que c'est la thèse des CE qui est juste.

---

[706] Comme cela est indiqué dans la note de bas de page n° 698, la détermination dont l'établissement est réservé à l'article 306 de la loi remplit les trois premières conditions requises pour qu'il y ait violation de l'article 23:2 a) dans un différend donné. Toutefois, la question cruciale qui subsiste à ce stade est celle de savoir si cette détermination satisfait également à la quatrième condition posée par l'article 23:2 a). Voir à cet égard la note de bas de page n° 657.

[707] Comme l'ont dit les CE dans leur réponse à la question 23 du Groupe spécial, "les CE n'ont pas demandé au présent groupe spécial de "se prononcer sur le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22" du Mémorandum d'accord. En revanche, elles ont demandé à l'ORD et obtenu l'établissement du présent groupe spécial pour "faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question", ainsi qu'il est prévu dans les dispositions des accords cités dans le document de l'OMC WT/DS152/11, daté du 2 février 1999" (voir le paragraphe 4.901 du présent rapport). Nous notons que les CE ont ajouté dans leur réponse que "la compatibilité des articles 301 à 310 avec l'Accord sur l'OMC doit être appréciée au regard de toutes les dispositions citées dans le mandat du Groupe spécial, y compris l'article 21:5 du Mémorandum d'accord pris séparément" et que "l'interprétation de l'article 22 du Mémorandum d'accord est logiquement et juridiquement une question distincte qui doit être examinée séparément par le Groupe spécial, si nécessaire". Toutefois, les CE n'ont fourni aucun élément étayant une allégation de violation de l'article 21:5 ou de l'article 22. Ces dispositions ne sont pertinentes en l'espèce que comme des éléments pour évaluer les allégations des CE au titre de l'article 23. Si cette évaluation n'exige pas que l'on se prononce sur la question du rapport entre les articles 21:5 et 22, nous ne jugeons pas nécessaire - pour reprendre le mot employé par les CE - de trancher cette controverse et nous estimons que cela n'entre pas dans le cadre de notre mandat, décrit dans la section VII.A du présent rapport.

a) En admettant que la thèse des États-Unis soit juste

7.156 Les États-Unis soutiennent qu'une demande de suspension de concessions doit être présentée à l'ORD dans un délai de 30 jours, et que, par conséquent, ils sont obligés de déterminer dans ce délai que la mise en œuvre laisse à désirer. Cette thèse est fondée sur l'interprétation suivante de l'article 22.

7.157 L'article 22:6 dispose que l'ORD "*accordera … l'autorisation* de suspendre des concessions ou d'autres obligations *dans un délai de 30 jours* à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande" (pas d'italique dans l'original) ou que l'on fasse opposition à cette demande et que la question soit soumise à arbitrage. L'article 22 prévoit donc un délai précis pour demander l'autorisation de l'ORD et pour que celui-ci l'accorde, ne serait-ce que par consensus négatif. Les articles 22 et 23 ne renvoient pas explicitement à l'article 21:5. *A fortiori*, l'invocation de l'article 22 n'est nulle part expressément limitée aux cas où l'article 21:5 *n'*a *pas* été invoqué.

7.158 Selon cette interprétation, les États-Unis seraient effectivement obligés, en vertu de l'article 22, d'établir dans le délai prescrit à l'article 306 une détermination sur le point de savoir si la mise en œuvre a eu lieu pour se prévaloir de la règle du consensus négatif. Sans cela, il faudrait revenir à la règle du consensus positif, et l'autorisation de l'ORD ne serait accordée que si tous les Membres, y compris le Membre défendeur, sont d'accord.

7.159 Suivant la thèse des raisonnement des États-Unis, une détermination établie au titre de l'article 306 dans les circonstances évoquées dans l'allégation des CE serait compatible avec l'article 23:2 a) puisqu'elle aurait été établie "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord", en particulier à l'article 22 dudit mémorandum. Il ne s'agirait donc pas d'un acte unilatéral visant à obtenir réparation, mais d'un acte nécessaire pour demander l'autorisation multilatérale de suspendre des concessions, comme il est prévu dans le Mémorandum d'accord proprement dit.

7.160 Cette interprétation pose la question de savoir si la détermination de non-mise en œuvre établie en recourant au Mémorandum d'accord est aussi une détermination établie "au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du Mémorandum d'accord", au sens de la deuxième phrase de l'article 23:2 a). Si nous considérons qu'elle renvoie aux constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel dans le différend initial, elle satisfait également à cette exigence. En effet, la détermination de non-mise en œuvre établie par le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ferait suite aux constatations initiales d'incompatibilité avec les règles de l'OMC adoptées par l'ORD dans le cadre de la plainte initiale et serait fondée sur ces constatations.

7.161 Pourrait-on considérer, dans les circonstances particulières évoquées dans l'allégation des CE, que les constatations mentionnées à l'article 23:2 a) sont les constatations du groupe spécial chargé d'examiner la mise en œuvre dans le cadre de la procédure en cours au titre de l'article 21:5, plutôt que les constatations du groupe spécial initial? Si tel était le cas, il faudrait conclure – comme la procédure prévue à l'article 21:5 serait en instance – qu'aucune constatation de ce genre n'a été adoptée. La détermination serait alors contraire à l'article 23:2 a). À notre avis, cela ne constitue pas une interprétation plausible de l'article 23:2 a) si nous admettons que l'interprétation de l'article 22 donnée par les États-Unis est correcte.

7.162 Ainsi qu'il a été dit plus haut, la détermination serait une détermination *exigée* par l'article 22 afin de maintenir la règle du consensus inverse. C'est pourquoi ce serait aussi un comportement exigé, ou du moins autorisé, par l'article 23:2 c), qui fait obligation aux Membres de "suivr[e] les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou

d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD". Il y aurait alors un conflit entre l'article 23:2 a) et l'article 23:2 c). On pourrait l'éviter en adoptant l'interprétation selon laquelle les constatations mentionnées à l'article 23:2 a) sont celles du groupe spécial initial et non celles du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5. Pour ces raisons, et à supposer que la thèse des États-Unis soit exacte, nous ne constatons pas que, en l'espèce, les constatations mentionnées à l'article 23:2 a) sont celles du groupe spécial établi au titre de l'article 21:5.

7.163 Pour ces motifs, nous constatons, si l'interprétation de l'article 22 donnée par les États-Unis est correcte, qu'une détermination établie dans un cas particulier en application de l'article 306, selon laquelle la mise en œuvre laisse à désirer, et qui tient lieu de prélude à la présentation d'une demande de suspension de concessions dans les circonstances évoquées dans l'allégation des CE, ne pourrait pas être jugée incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. En conséquence, la loi autorisant pareille détermination ne constituerait pas non plus une violation.[708]

b) En admettant que la thèse des CE soit juste

7.164 La thèse des CE selon laquelle l'article 22 ne peut être invoqué qu'une fois achevée la procédure prévue à l'article 21:5 est fondée sur l'interprétation suivante des dispositions pertinentes. L'article 21:5 dispose que, "[d]ans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer" – et, dans les circonstances évoquées dans l'allégation des CE, un tel désaccord existe – "ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends". On peut donc soutenir que, en cas de désaccord au sujet de la mise en œuvre, il faut invoquer l'article 21:5, et non l'article 22. De plus, l'article 22:6 ne s'applique que "[l]orsque la situation décrite au paragraphe 2 se produi[t]", c'est-à-dire si "le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord". Étant donné que, dans les circonstances de l'espèce, une procédure au titre de l'article 21:5 est en cours pour trancher précisément cette question, on pourrait faire valoir que, tant que cette procédure n'est pas achevée, les conditions requises pour demander la suspension de concessions au titre de l'article 22:6 ne sont pas réunies. Suivant ce raisonnement, l'article 22 ne peut être invoqué tant qu'une procédure au titre de l'article 21:5 est en instance.[709]

7.165 Ainsi, selon la thèse des CE, une détermination de non-mise en œuvre établie au titre de l'article 306, dans un cas particulier, avant l'achèvement des procédures prévues à l'article 21:5 serait contraire à l'article 23:2 a) parce que, de l'avis des CE, elle n'aurait pas été établie "en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord", et plus précisément, elle aurait été établie de manière incompatible avec les articles 21:5 et 22. Toutefois, comme nous l'avons déjà constaté, le dispositif législatif de l'article 306 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à établir une détermination dans un délai de 30 jours, même si la procédure prévue à l'article 21:5 n'est pas achevée, et il lui attribue le pouvoir discrétionnaire d'établir des déterminations de non-mise en œuvre qui sont contraires à

[708] Voir le paragraphe 7.151 du présent rapport.

[709] Nous notons à cet égard que, dans un autre différend, *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles* (*"Australie – Cuir"*, WT/DS126/R, rapport adopté le 16 juin 1999, n'ayant pas fait l'objet d'un appel), les États-Unis ont invoqué l'article 21:5 mais sont convenus avec la partie défenderesse, l'Australie, d'attendre la fin de la procédure au titre de l'article 21:5 pour demander l'autorisation de suspendre des concessions. Se référant à la note de bas de page n° 6 relative à l'article 4 de l'Accord SMC, les deux parties sont convenues que "le délai pour que l'ORD prenne une décision au titre de la première phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sera de 60 jours à compter de la distribution du rapport du groupe spécial d'examen conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, et que le délai spécifié à la troisième phrase de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord pour mener à bien l'arbitrage sera de 45 jours à compter de la date à laquelle la question aura été soumise à arbitrage" (WT/DS126/8, page 2).

l'article 23:2 a), d'après l'interprétation des CE. En conséquence, nous estimons que - à supposer que les CE aient raison et pour les motifs expliqués dans notre examen de leur allégation relative à l'article 304[710] - le dispositif législatif de l'article 306, indépendamment de son application dans des différends particuliers, serait contraire à première vue aux obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 a).

7.166 Comme nous l'avons expliqué plus haut, cela tiendrait à la nature des obligations des États-Unis au titre de l'article 23. Conformément à cet article, les États-Unis ont promis de ne pas recourir aux mesures unilatérales visées par l'article 23:2 a). Or, à l'article 306 – en supposant que l'interprétation des articles 21:5 et 22 donnée par les CE est correcte – les États-Unis se sont réservés légalement le droit de faire précisément cela.

7.167 Néanmoins, même si nous constations une violation apparente, celle-ci serait levée après l'examen des autres éléments de l'article 306. Pour les raisons exposées plus haut[711], nous constaterions alors que les engagements énoncés par les États-Unis dans le SAA et les déclarations qu'ils ont faites à l'ORD par l'intermédiaire du présent groupe spécial[712] ont pour effet conjugué de limiter effectivement et de façon licite le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 306, qui serait à l'origine de la violation apparente de l'article 23:2 a).[713] Ces engagements fourniraient en effet aux autres Membres de l'OMC et, à travers eux, aux agents économiques qui opèrent sur le marché, les garanties dont ils bénéficient au titre de l'article 23.

7.168 Quelle que soit l'issue des autres procédures de groupes spéciaux en cours, sur lesquelles nous ne nous prononçons pas, le fait que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a effectivement établi une détermination de non-mise en œuvre avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5, dans l'affaire *Bananes III*, n'est pas à notre avis un acte de mauvaise foi, même s'il s'avère finalement que c'était illégal. Cette détermination était fondée sur l'interprétation des articles 21:5 et 22 donnée par les États-Unis, interprétation qui est partagée par d'autres Membres et qui fait maintenant l'objet de négociations. Le présent groupe spécial a le sentiment que l'attitude des États-Unis à cet égard était due, dans une large mesure, au libellé contradictoire des articles 21:5 et 22 et qu'il peut, en conséquence, être défendable en tant qu'acte visant à préserver leur droit d'obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions par consensus négatif.[714] Le présent groupe spécial n'a aucune raison de douter que si, à l'issue de ces

[710] Voir la section VII.C.3 et 4.

[711] Voir la section VII.C.6.

[712] Voir le paragraphe 7.112, deuxième point en retrait, paragraphe 7.114 et notes de bas de page n° 680 et 681.

[713] Nous rappelons à cet égard que nous avons constaté précédemment que le dispositif législatif de l'article 306 permet au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales d'attendre l'achèvement des procédures prévues dans le Mémorandum d'accord, y compris celle prévue à l'article 21:5, avant d'établir une détermination d'incompatibilité au titre de l'article 306 (voir le paragraphe 7.146). Sur le point de savoir s'il est licite de tenir compte des résultats d'une procédure au titre de l'article 21:5, l'article 306 dispose que les déterminations doivent être établies "compte tenu du contrôle effectué "au titre du paragraphe a)" de l'article 306. Ce contrôle peut porter également sur une procédure au titre de l'article 21:5.

[714] Nous notons qu'au moins un autre Membre de l'OMC a agi récemment de façon analogue. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, le Canada a lui aussi demandé à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions dans le délai de 30 jours bien qu'il y ait désaccord sur la question de savoir si l'Australie a mis en œuvre les recommandations de l'ORD et qu'un groupe spécial formé au titre de l'article 21:5 examine actuellement ce différend. Dans l'affaire *Australie – Saumons*, le Canada a adopté une démarche analogue à celle des États-Unis afin de protéger ses droits au titre de l'article 22. À la réunion de l'ORD du 28 juillet 1999, il a déclaré ce qui suit:

négociations ou des procédures de règlement des différends relatives à l'affaire *Bananes III*, il s'avère que la thèse des CE concernant les articles 21:5 et 22 est juste, les États-Unis honoreraient leur engagement de respecter les procédures prévues dans le Mémorandum d'accord à l'égard de l'article 306 également. En effet, dans la mesure où les obligations des États-Unis à cet égard seraient ainsi clarifiées et où la thèse des CE sur ce point serait confirmée, l'engagement prépondérant pris par l'Administration des États-Unis d'observer les procédures du Mémorandum d'accord et d'attendre qu'elles soient achevées avant d'établir une détermination au titre de l'article 306 entrerait en jeu.

4. Constatation du Groupe spécial concernant l'allégation des CE au titre de l'article 306

7.169 Compte tenu de ce qui précède, indépendamment de la question de savoir si nous retenons la thèse des États-Unis ou celle des CE concernant les articles 21:5 et 22, notre conclusion sur la compatibilité de l'article 306 avec l'article 23:2 a) est la même. Dans ces circonstances, comme nous pouvons nous acquitter de notre mandat sans chercher à trancher le différend totalement distinct relatif à l'interprétation correcte des articles 21:5 et 22 et au rapport entre ces deux articles, nous nous abstiendrons d'examiner plus avant la controverse sur le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22. Si nous agissions autrement, nous sortirions du cadre de notre mandat, tel qu'il est exposé dans la section VII.A de notre rapport.[715]

7.170 Pour ces motifs, nous constatons que, dans les circonstances évoquées par les CE dans leur allégation, l'article 306 n'est pas incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Les réserves que nous avons émises dans nos constatations au sujet de l'article 304 valent également ici.[716]

"dans le cadre du réexamen du Mémorandum d'accord, l'Australie et le Canada avaient adopté la même position en ce qui concerne l'interprétation des articles 21:5 et 22: en cas de désaccord au sujet de la mise en œuvre, une détermination multilatérale d'incompatibilité devrait précéder l'autorisation de suspendre des concessions. Le Canada avait présenté une proposition détaillée visant à amender les dispositions du Mémorandum d'accord en vue d'établir cette chronologie. Comme aucun accord n'avait encore été conclu sur ce point, le Canada avait dû faire valoir ses droits au moyen des dispositions actuelles du Mémorandum d'accord. À ce stade, il ne pouvait pas engager uniquement la procédure de groupe spécial prévue à l'article 21:5 parce que celle-ci serait achevée après l'expiration du délai de 30 jours prévu à l'article 22, dans lequel le Canada avait le droit de demander la suspension de concessions par consensus négatif" (WT/DSB/M/66).

Voir, par ailleurs, la chronologie et les procédures convenues dans l'affaire *Australie – Cuir*, qui sont indiquées dans la note de bas de page n° 709.

[715] Nous sommes conscients du fait que, en conséquence, on ne sait pas encore très bien si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales 1) est *tenu* d'établir une détermination d'incompatibilité au titre de l'article 306 même si une procédure au titre de l'article 21:5 est en cours, afin de protéger les droits des États-Unis au titre de l'article 22, comme le prétendent les États-Unis, ou 2) s'il lui est *interdit*, eu égard à l'article 23:2 a), d'établir une telle détermination avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5, comme le font valoir les CE. Nous soulignons cependant que nous étions chargés d'examiner la compatibilité de la loi des États-Unis en tant que telle et non son application dans un différend particulier, autrement dit, nous n'avions pas à examiner si, dans un différend donné, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est autorisé à établir telle ou telle détermination. Dans les deux hypothèses - thèse des États-Unis ou thèse des CE - nous avons constaté que l'article 306 n'est pas incompatible avec l'article 23:2 a). Cela est maintenant clairement établi. La façon dont l'article 306 devrait être appliqué dans un différend particulier est la seule question qui reste ouverte, mais elle n'entre pas dans le cadre de notre mandat.

[716] Voir les paragraphes 7.131 à 7.136.

E. ALLÉGATION DES CE SELON LAQUELLE LES ARTICLES 305 ET 306 SONT INCOMPATIBLES AVEC L'ARTICLE 23:2 C) DU MÉMORANDUM D'ACCORD

1. Introduction

7.171 Les CE allèguent que l'article 306 b) est incompatible avec l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord car il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à arrêter dans les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable les mesures supplémentaires à prendre au titre de l'article 301 au cas où les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre. Les CE allèguent également que l'article 305 a) 2) est incompatible avec l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord car il oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à mettre en œuvre les mesures arrêtées auparavant au titre de l'article 306 dans les 60 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable.

7.172 Comme nous l'avons fait observer plus haut, l'article 23:2 c) dispose que lorsque des Membres de l'OMC chercheront à obtenir réparation en cas d'incompatibilités au regard de l'OMC, ceux-ci:

> "suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable".

L'article 23:2 c) comprend donc deux obligations cumulatives:

a) les États-Unis doivent "suivr[e] les procédures énoncées à l'article 22 pour *déterminer* le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations" (pas d'italique dans l'original); et

b) ils doivent "obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de *suspendre* des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en œuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable" (par d'italique dans l'original).

7.173 Après avoir examiné les communications des parties relatives à cette allégation, exposées en détail dans la partie descriptive du présent rapport, nous parvenons aux conclusions ci-après.

2. Allégation des CE concernant les déterminations relatives aux mesures à prendre au titre de l'article 306 b)

7.174 Alors que l'allégation précédente des CE portait sur l'"estimation", en vertu de l'article 306, selon laquelle la mise en œuvre laissait à désirer, la présente allégation concerne la détermination établie ultérieurement concernant les mesures à prendre à la suite d'une détermination de non-mise en œuvre. La question porte ici sur la deuxième étape prévue à l'article 306, telle qu'elle a été exposée plus haut.[717] Nous rappelons que cette détermination doit être établie dans les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable et que, dans les circonstances évoquées par les CE, elle peut être effectivement impérative avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5 concernant la mise en œuvre.

[717] Voir les paragraphes 7.142 et 7.143.

7.175 Nous constatons, *de facto*, que cette détermination des mesures à prendre dans le cadre de la deuxième étape prévue à l'article 306 n'est impérative que si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a déterminé, dans le cadre de la première étape, que la mise en œuvre laisse à désirer.

7.176 Comme nous l'avons fait pour l'allégation précédente, nous examinerons la conformité de l'article 306 avec l'article 23:2 c), en supposant, premièrement, que la thèse des États-Unis concernant les articles 21:5 et 22 est correcte, puis, deuxièmement, que c'est la thèse des CE à cet égard qui est correcte.

7.177 Nous rappelons que si l'on devait retenir la thèse des États-Unis concernant le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22, ces derniers seraient alors effectivement obligés, ou du moins habilités, en vertu de l'article 22 – s'ils avaient déterminé que la mise en œuvre laisse à désirer – d'arrêter les mesures à prendre dans les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable. S'ils ne procédaient pas ainsi, ils perdraient le droit d'obtenir l'autorisation de l'ORD par consensus négatif. Dans cette éventualité, toute détermination concernant les mesures à prendre établie au titre de l'article 306 dans les circonstances évoquées dans l'allégation des CE "suivr[ai]t les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations" et serait donc compatible avec l'article 23:2 c).

7.178 S'agissant à présent de la thèse des CE concernant les articles 21:5 et 22, nous constatons en examinant la première étape prévue à l'article 306 que – si l'on devait retenir la thèse des CE – le pouvoir discrétionnaire d'établir une détermination de non-mise en œuvre avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5 serait incompatible à première vue avec l'article 23:2 a). Si ce pouvoir discrétionnaire était maintenu, il aurait également des répercussions sur la deuxième étape prévue à l'article 306. Cependant, nous avons déjà constaté que – à supposer que la thèse des CE soit correcte – le pouvoir discrétionnaire accordé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de déterminer que la mise en œuvre laisse à désirer avant l'achèvement de la procédure du Mémorandum d'accord prévue à l'article 21:5 serait effectivement limité par les engagements pris par l'Administration des États-Unis sur le plan interne et au niveau international. Tant que les États-Unis maintiennent leurs engagements, l'élément faisant entrer en jeu la détermination des mesures à prendre dans le cadre de la deuxième étape prévue à l'article 306 est ainsi désactivé et toute violation potentielle de l'article 23:2 c) éliminée elle aussi.[718] En effet, dans ces

[718] Nous relevons que – outre le pouvoir discrétionnaire accordé au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales dans le cadre de la première étape prévue à l'article 306, lequel l'autorise à différer l'établissement d'une détermination de non-mise en œuvre – il a également été accordé à ce dernier un certain pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la deuxième étape prévue à l'article 306, ainsi qu'au titre de l'article 301, lequel l'autorise à ne pas arrêter les mesures à prendre avant l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5. La détermination des mesures à prendre prescrite à l'article 306 renvoie aux "mesures impératives" prévues à l'article 301 a). L'article 301 a) prévoit lui-même plusieurs exceptions dans le cadre desquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre des mesures. Au titre de cette disposition, il n'est pas tenu de prendre des mesures, entre autres lorsque l'ORD a adopté un rapport ou lorsqu'il est constaté que les États-Unis n'ont pas été frustrés de leurs droits; lorsque le Membre concerné prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis en question au titre de l'Accord sur l'OMC, y compris s'il exprime son intention de se conformer aux recommandations de l'ORD; ou que, dans des cas exceptionnels, les mesures auraient une incidence défavorable disproportionnée sur l'économie des États-Unis ou compromettaient gravement la sécurité nationale des États-Unis. Il existe un élément discrétionnaire additionnel – permettant au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de décider qu'aucune mesure ne sera prise – à savoir que les mesures autorisées au titre de l'article 301 a) sont subordonnées aux "instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures". Même si l'existence du pouvoir discrétionnaire conféré dans le cadre des deux étapes prévues à l'article 306 et au titre de l'article 301 devait constituer une violation apparente, celle-ci serait levée du fait des engagements pris par les États-Unis.

circonstances, toute détermination des mesures à prendre dans le cadre de la deuxième étape prévue à l'article 306 serait établie – comme la détermination de compatibilité établie dans le cadre de la première étape – après l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5, conformément à la thèse des CE concernant l'article 22. Ainsi, toute détermination de ce type concernant les mesures à prendre "suivr[ai]t les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations" et serait compatible avec l'article 23:2 c).

7.179 Pour les raisons exposées plus haut, nous constatons que l'article 306 – indépendamment de la question de savoir si nous retenons la thèse des États-Unis ou celle des CE concernant les articles 21:5 et 22 – n'est pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 c). Les réserves que nous avons émises dans nos constatations au sujet de l'article 304 valent également ici.[719]

3. Allégation des CE concernant la mise en œuvre des mesures au titre de l'article 305

7.180 Le même raisonnement s'applique à l'allégation des CE concernant l'article 305. Toute mesure que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a arrêtée conformément à l'article 306, assimilable à la suspension de concessions ou d'autres obligations dans le cadre de l'OMC, doit être mise en œuvre dans un délai de "30 jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie", conformément à l'article 305 a) 1). Autrement dit, si le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales décide de prendre des mesures dans les 30 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable, comme cela est mentionné à l'article 306, il sera tenu de les mettre en œuvre dans les 60 jours qui suivent l'expiration de ce délai. Nous convenons avec les CE que la procédure prévue à l'article 21:5 et même la procédure d'arbitrage prévue à l'article 22:6 concernant le niveau de la suspension peuvent ne pas être achevées dans ce délai de 60 jours.[720] En conséquence, l'article 305 a) 1), interprété isolément, peut, dans certaines circonstances, prescrire la mise en œuvre de mesures avant que l'ORD n'ait donné son feu vert.

7.181 Toutefois, en vertu de l'article 305 a) 2), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a le pouvoir de suspendre la mise en œuvre d'une mesure jusqu'à concurrence de 180 jours au-delà des 60 jours qui suivent l'expiration du délai raisonnable. Il peut agir ainsi s'il détermine, par exemple, qu'un report est "nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés", par exemple pour obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre

[719] Voir les paragraphes 7.131 à 7.136.

[720] S'agissant de la procédure prévue à l'article 21:5, voir le paragraphe 7.145. Puisque cette procédure peut apparemment commencer le jour de l'expiration du délai raisonnable, ou à peu près à cette date, et qu'en règle générale, elle dure 90 jours, il est probable qu'elle ne serait pas achevée dans la limite du délai de 60 jours prévu à l'article 305. Pour ce qui est de la procédure d'arbitrage prévue à l'article 22:6, nous relevons que ledit article dispose que l'arbitrage doit être mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, soit le délai prévu à l'article 305. Toutefois, même si l'arbitrage est mené à bien dans ce délai, il est possible qu'il faille un peu plus de temps à l'ORD pour autoriser effectivement la suspension de concessions conformément au rapport d'arbitrage. Compte tenu de la note de bas de page 7 du rapport d'arbitrage *Bananes III* (WT/DS27/ARB), il n'est même pas sûr que la procédure d'arbitrage sera achevée dans un délai de 60 jours: "À première vue, le délai de 60 jours spécifié à l'article 22:6 ne limite pas ni ne définit le domaine de compétence des arbitres *ratione temporis*. Il impose aux arbitres une obligation *procédurale* en ce qui concerne le déroulement de leurs travaux, pas une obligation *fondamentale* en ce qui concerne la validité de ces travaux. À notre sens, si les délais prévus à l'article 17:5 et à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord devaient rendre caduc le pouvoir de l'Organe d'appel ou des arbitres, le Mémorandum d'accord l'aurait expressément prévu. Une telle caducité de la compétence est expressément prévue, par exemple, à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord qui dispose que "si les travaux du groupe spécial ont été suspendus pendant plus de 12 mois, le pouvoir conféré pour l'établissement du groupe spécial deviendra caduc"".

des concessions.[721] De surcroît, la mise en œuvre d'une mesure au titre de l'article 305 est également subordonnée aux "instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures".[722]

7.182 La nécessité de mettre en œuvre des mesures dans un délai de 60 jours – à moins que des exceptions ne soient établies – même lorsque l'autorisation de l'ORD n'a pas encore été obtenue, peut constituer une violation apparente de l'obligation faite aux États-Unis à l'article 23:2 c) d'"obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément [aux] procédures [de l'article 22], avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations". Le fait que la mise en œuvre peut être reportée ne remplit pas forcément, à nos yeux, la garantie donnée par les États-Unis aux termes de l'article 23:2 c) à tous les Membres de l'OMC et, à travers eux, aux agents économiques qui opèrent sur le marché, que des déterminations contraires à l'article 23:2 c) ne seront pas établies.

7.183 Toutefois, même si l'existence d'un tel pouvoir discrétionnaire devait constituer une violation apparente, les engagements pris par les États-Unis l'annuleraient et aucune violation de l'article 23:2 c) ne pourrait être constatée. Nous observons, en particulier, qu'en vertu du SAA, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu de procéder de la manière suivante:

> "si l'affaire ne peut être réglée dans ce délai [le délai raisonnable], [il] demandera à l'ORD l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion".[723]

7.184 En conséquence, après avoir évalué tous les éléments pertinents en ce qui concerne l'article 305, nous en arrivons à la conclusion que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne peut, en vertu de la loi des États-Unis, exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré au titre de l'article 305 d'une façon telle que la mise en œuvre des mesures intervienne avant que l'autorisation de l'ORD n'ait été obtenue.[724] Nous observons que le pouvoir discrétionnaire du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à cet égard a été limité licitement. L'article 305 a) 2) ii), en particulier, l'autorise à reporter une mesure lorsque cela est "nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des

---

[721] Ainsi, même si la thèse des États-Unis concernant le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 était correcte, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales pourrait toujours – après avoir établi des déterminations concernant la compatibilité au regard de l'OMC et les mesures à prendre au titre de l'article 301 *avant* l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5, comme il est tenu de le faire, ou du moins habilité à le faire selon son interprétation de l'article 22 – reporter encore la mise en œuvre d'une mesure qu'il peut avoir arrêtée jusqu'à ce qu'il ait obtenu l'autorisation de l'ORD de la mettre en œuvre, conformément à l'article 23:2 c).

[722] Nous relevons également que l'application de l'article 305 est subordonnée à une détermination des mesures à prendre au titre de l'article 306 (deuxième étape) et que cette détermination est elle-même subordonnée à une "estimation", en vertu de l'article 306 (première étape), selon laquelle la mise en œuvre n'a pas eu lieu. Puisque l'élément déclenchant au départ l'établissement d'une détermination selon laquelle la mise en œuvre n'a pas eu lieu serait supprimé – suivant la thèse des CE concernant le rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 – la mise en œuvre ultérieure des mesures serait également reportée au moins jusqu'à l'achèvement de la procédure prévue à l'article 21:5.

[723] SAA, page 366, quatrième alinéa.

[724] Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel, si le délai maximum était imposé (240 jours au total après l'expiration du délai raisonnable – soit le délai initial de 60 jours auquel s'ajoute le délai de 180 jours –), le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales devrait pouvoir attendre dans tous les cas l'achèvement des procédures prévues tant à l'article 21:5 qu'à l'article 22:6, ainsi que l'autorisation de l'ORD de suspendre des concessions.

États-Unis soient exécutés", en l'espèce, le droit d'obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations.[725]

7.185 Pour les motifs exposés plus haut, nous constatons que l'article 305, dans les circonstances évoquées dans l'allégation des CE, n'est pas incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 23:2 c). Les réserves que nous avons émises dans nos constatations au sujet de l'article 304 valent également ici.[726]

F. ALLÉGATIONS DES CE AU TITRE DU GATT DE 1994

7.186 Les CE prétendent, en dernier lieu, que dans le cadre des différends concernant des marchandises, l'article 306 oblige le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à imposer "unilatéralement" des mesures après avoir déterminé "unilatéralement" que les recommandations de l'ORD n'ont pas été mises en œuvre, ce qui n'est pas autorisé par le Mémorandum d'accord et ce qui contrevient nécessairement aux articles I[er], II, III, VIII ou XI du GATT de 1994. Les CE en concluent par conséquent que l'article 306 lui-même contrevient également auxdites dispositions du GATT.

7.187 Nous relevons, tout d'abord, que ces allégations au titre du GATT sont subordonnées à l'acceptation des allégations des CE concernant le Mémorandum d'accord.[727] Si des mesures sont expressément autorisées par le Mémorandum d'accord, on peut soutenir qu'elles ne peuvent pas être interdites par le GATT de 1994, qui a un caractère plus général. Puisque nous avons constaté que l'article 306 n'est pas incompatible avec l'article 23 du Mémorandum d'accord, nous pouvons présumer également que l'allégation connexe au titre du GATT devrait être rejetée.[728]

7.188 Par ailleurs, quant à la teneur de leur argument, les CE n'ont pas développé davantage cette allégation.[729] Elles ne se sont même pas référées au texte des dispositions du GATT qu'elles ont invoquées.

---

[725] En établissant une constatation en ce sens, nous laissons volontairement ouverte la question de savoir comment l'autorisation de l'ORD de suspendre des concessions doit être appliquée *ratione temporis*, question qui fait l'objet d'une autre procédure de groupe spécial.

[726] Voir les paragraphes 7.131 à 7.136.

[727] Les CE semblent en convenir lorsqu'elles indiquent, au paragraphe 11 de leur communication à titre de réfutation, que "les articles 301 à 310, à première vue, prescrivent aux autorités des États-Unis de prendre des mesures unilatérales qui contreviennent à l'article 23 du Mémorandum d'accord (*et, par conséquent,* aux articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994)" (pas d'italique dans l'original).

[728] À cet égard, nous relevons, par ailleurs, qu'une mesure relevant de l'article 301 peut aussi être compatible avec les dispositions du GATT même lorsqu'elle n'est pas expressément autorisée par le Mémorandum d'accord. Ce pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'elle consiste à relever sur une base NPF les droits effectivement appliqués pour les porter à un niveau qui n'excède pas le taux consolidé.

[729] À la page 22 de la communication qu'elles ont présentée à titre de réfutation, les CE se sont bornées à dire ce qui suit au sujet de cette allégation: "Étant donné que les articles 304 a) 2) A) et 306 b), tels qu'ils ont été modifiés, obligent les États-Unis à prendre des mesures de rétorsion commerciale dans certains délais, quel que soit le résultat des procédures de règlement des différends de l'OMC, les mesures prises dans le domaine du commerce des marchandises et qui ne sont pas autorisées au titre des articles 3:7 et 22 du Mémorandum d'accord constitueront nécessairement un manquement à l'une ou à plusieurs des obligations des États-Unis au titre du GATT énumérées ci-après: la clause de la nation la plus favorisée (article premier du GATT de 1994),. les consolidations tarifaires effectuées par les États-Unis (article II du GATT de 1994), la clause du traitement national (article III du GATT de 1994), l'obligation de ne pas percevoir d'impositions excessives (article VIII du

7.189 Pour ces motifs, nous constatons que les CE ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombait de prouver que l'article 306 en tant que tel constituait une violation du GATT de 1994.

VIII. CONCLUSIONS

8.1 Compte tenu des éléments législatifs et non législatifs des articles 301 à 310, en particulier des engagements qui ont été formulés par les États-Unis dans l'Énoncé des mesures administratives approuvé par le Congrès des États-Unis lorsqu'il a mis en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay et qui ont été confirmés et renforcés dans les déclarations faites par les États-Unis au présent groupe spécial, nous concluons que les aspects des articles 301 à 310 de la Loi des États-Unis sur le commerce extérieur dont nous avons été saisis dans le cadre du présent différend ne sont pas incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC. Plus particulièrement, nous concluons

a) que l'article 304 a) 2) A) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur n'est pas incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord;

b) que l'article 306 b) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, indépendamment de la question de savoir si nous retenons la thèse des États-Unis ou celle des CE concernant les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord, n'est incompatible ni

- avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord; ni

- avec l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord;

c) que l'article 305 a) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur n'est pas incompatible avec l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord;

d) que l'article 306 b) de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur n'est pas incompatible avec les articles I[er], II, III, VIII et XI du GATT de 1994, tels qu'ils ont été invoqués par les CE.

Il convient de souligner que toutes ces conclusions reposent en totalité ou en partie sur les engagements de l'Administration des États-Unis mentionnés plus haut. Il s'ensuit donc que les constatations de conformité figurant dans les présentes conclusions ne seraient plus justifiées si ces engagements étaient reniés ou rompus d'une manière ou d'une autre par l'Administration des États-Unis ou une autre branche du gouvernement des États-Unis.

Texte original signé à Genève le 8 novembre 1999 par:

David Hawes
Président

Terje Johannessen
Membre

Joseph Weiler
Membre

GATT de 1994) et la prohibition visant les restrictions quantitatives (article XI du GATT de 1994)." Voir le paragraphe 4.1013 du présent rapport.

ANNEXE I

A. ARTICLES 301 À 310 DE LA LOI DE 1974 SUR LE COMMERCE EXTÉRIEUR

ARTICLE 301 - MESURES PRISES PAR LE REPRÉSENTANT DES ÉTATS-UNIS POUR LES QUESTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

a) MESURES IMPÉRATIVES

1) S'il détermine, au titre de l'article 304 a) 1) –

A) que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial; ou

B) qu'une action, politique ou pratique d'un pays étranger –

i) viole les dispositions d'un accord commercial, est incompatible avec les dispositions d'un accord commercial ou frustre les États-Unis d'avantages conférés par un accord commercial, ou

ii) est injustifiable et entrave ou restreint le commerce des États-Unis;

le Représentant pour les questions commerciales internationales prend les mesures autorisées au titre de la section c) du présent article, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, et adopte toutes les autres mesures appropriées et réalisables que le Président, dans la limite de ses attributions, peut lui ordonner de prendre au titre de la présente section afin de faire exécuter ces droits ou d'obtenir que cesse l'action, la politique ou la pratique en question.

Des mesures qui sont du ressort du Président peuvent être prises concernant le commerce de marchandises ou de services, ou concernant tout autre domaine de relations appropriées avec le pays étranger.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu de prendre de mesures au titre du paragraphe 1)

A) lorsque l'Organe de règlement des différends (tel qu'il est défini à l'article 121(5) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay) a adopté un rapport ou lorsqu'il est constaté, dans une décision rendue dans le cadre d'une procédure formelle de règlement des différends prévue par tout autre accord commercial,

i) que les États-Unis ne sont pas frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial,

ou

ii) que l'action, la politique ou la pratique –

I) ne constitue pas une violation des droits des États-Unis ou qu'elle n'est pas incompatible avec ces droits,

ou

II) n'annule ni ne compromet les avantages résultant pour les États-Unis d'un accord commercial; ou

B) qu'il constate –

i) que le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial,

ii) que le pays étranger

I) convient de mettre un terme à l'action, à la politique ou à la pratique en question, ou

II) convient de lever rapidement l'entrave au commerce ou la restriction du commerce des États-Unis, à la satisfaction du Représentant pour les questions commerciales internationales,

iii) qu'il est impossible pour le pays étranger de parvenir aux résultats mentionnés aux sous-alinéas i) ou ii), selon le cas, mais que celui-ci accepte d'accorder aux États-Unis des avantages commerciaux compensatoires jugés satisfaisants par le Représentant pour les questions commerciales internationales,

iv) dans des cas exceptionnels, que l'adoption d'une mesure au titre de la présente section aurait sur l'économie des États-Unis une incidence défavorable hors de proportion avec les avantages de la mesure, compte tenu des conséquences de la non-adoption d'une telle mesure pour la crédibilité des dispositions du présent sous-chapitre, ou

v) que l'adoption d'une mesure au titre de la présente section compromettrait gravement la sécurité nationale des États-Unis.

3) Toute mesure prise au titre du paragraphe 1) pour que cesse une action, une politique ou une pratique est conçue de façon à viser les marchandises ou les services du pays étranger pour un montant équivalent à la valeur de l'entrave ou de la restriction imposée par ce pays au commerce des États-Unis.

b) MESURES DISCRÉTIONNAIRES. – S'il détermine, au titre de l'article 304 a) 1) –

1) qu'une action, politique ou pratique d'un pays étranger est déraisonnable ou discriminatoire et entrave ou restreint le commerce des États-Unis, et

2) qu'il convient que les États-Unis prennent des mesures, le Représentant pour les questions commerciales internationales prend toutes les mesures appropriées et réalisables qui sont autorisées au titre de la section c) du présent article, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures et toutes les autres mesures appropriées et réalisables que le Président, dans la limite de ses attributions, peut lui ordonner de prendre au titre de la présente section afin d'obtenir que cesse l'action, la politique ou la pratique en question.

Des mesures qui sont du ressort du Président peuvent être prises concernant le commerce de marchandises ou de services ou concernant tout autre domaine de relations appropriées avec le pays étranger.

c) ATTRIBUTIONS

1) Aux fins de l'application des dispositions des sections a) ou b) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales est habilité

A) à suspendre, à retirer ou à empêcher l'octroi d'avantages au titre de concessions accordées dans le cadre d'un accord commercial pour que soit exécuté un accord commercial conclu avec le pays étranger visé par la section en question;

B) à imposer des droits ou d'autres restrictions à l'importation des marchandises et, nonobstant toute autre disposition législative, des redevances ou des restrictions concernant les services de ce pays étranger pendant la durée qu'il juge appropriée;

C) lorsque l'action, la politique ou la pratique ne satisfait pas non plus aux critères d'admissibilité concernant le régime d'admission en franchise au titre des sections b) et c) de l'article 2462 de la présente loi, des sections b) et c) de l'article 212 de la Loi relative au redressement économique du bassin des Caraïbes (19 U.S.C. 2702 b) et c)) ou des sections c) et d) de l'article 203 de la Loi sur les préférences commerciales en faveur des pays andins (19 U.S.C. 3202 c) et d)), à retirer, à limiter ou à suspendre le traitement accordé au titre de ces dispositions, nonobstant les dispositions de la section a) 3) du présent article; ou

D) à conclure des accords contraignants avec ce pays étranger aux termes desquels celui-ci s'engage

i) à mettre un terme à l'action, à la politique ou à la pratique faisant l'objet de la mesure prise au titre des sections a) ou b) du présent article,

ii) à lever l'entrave au commerce ou la restriction du commerce des États-Unis résultant d'une telle action, politique ou pratique, ou

iii) à accorder aux États-Unis des avantages commerciaux compensatoires

I) qui sont jugés satisfaisants par le Représentant pour les questions commerciales internationales, et

II) qui satisfont aux exigences du paragraphe 4).

2) A) Nonobstant toute autre disposition législative régissant l'autorisation d'accès à un secteur de services, et outre les attributions qui lui sont conférées au paragraphe 1), le Représentant pour les questions commerciales internationales peut, aux fins de l'application des dispositions des sections a) ou b) du présent article

i) resserrer, de la façon et dans la mesure qu'il juge appropriées, les conditions régissant cette autorisation, ou

ii) refuser de délivrer cette autorisation.

B) Les mesures visées par l'alinéa A) ne peuvent être prises au titre du présent article qu'en ce qui concerne les autorisations d'accès à un secteur de services qui sont accordées ou les demandes d'autorisation en instance

i) à la date à laquelle une requête est déposée au titre de l'article 302 a) ou à une date ultérieure, ou

ii) à la date à laquelle le Représentant pour les questions commerciales internationales décide d'ouvrir une enquête au titre de l'article 302 b).

C) Avant de prendre au titre du présent article une mesure entraînant l'imposition de redevances ou d'autres restrictions concernant les services d'un pays étranger, le Représentant pour les questions commerciales internationales doit, lorsque les services en question sont réglementés par un organisme du gouvernement fédéral ou d'un État, consulter s'il y a lieu le chef de l'organisme concerné.

3) Les mesures que le Représentant pour les questions commerciales internationales est habilité à prendre au titre des sections a) ou b) du présent article peuvent viser n'importe quel marchandise ou secteur économique –

A) sur une base non discriminatoire ou être ciblées uniquement sur le pays étranger visé par la section en question,

B) sans égard à la question de savoir si les marchandises ou le secteur économique étaient concernés par l'action, la politique ou la pratique faisant l'objet de la mesure.

4) Tout accord commercial visé par le sous-alinéa 1) D) iii) accorde des avantages commerciaux compensatoires au secteur économique comprenant la branche de production nationale qui profiterait de la cessation de l'action, de la politique ou de la pratique qui fait l'objet de la mesure à prendre au titre des sections a) ou b) du présent article, ou au secteur économique le plus proche possible de celui-ci, à moins

A) qu'il ne soit pas possible d'accorder de tels avantages commerciaux, ou

B) qu'il soit préférable d'accorder des avantages commerciaux à un autre secteur économique.

5) S'il détermine que les mesures devant être prises au titre des sections a) ou b) du présent article prendront la forme de restrictions à l'importation, le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) donne la préférence à l'imposition de droits plutôt qu'à l'imposition d'autres restrictions à l'importation, et

B) si une restriction à l'importation autre qu'un droit est imposée, envisage de remplacer progressivement cette autre restriction à l'importation par un droit équivalent.

6) Toute mesure prise par le Représentant pour les questions commerciales internationales au titre du présent article concernant le ciblage des exportations correspond pleinement, dans la mesure du possible, à l'importance des avantages découlant du ciblage des exportations pour celui qui en bénéficie durant la période au cours de laquelle la mesure prise déploie ses effets.

d) DÉFINITIONS ET RÈGLES PARTICULIÈRES. - Aux fins du présent sous-chapitre

1) Le terme "commerce" s'entend entre autres

A) des services (y compris des transferts de données) associés au commerce international, que ces services soient ou non liés à des marchandises en particulier, et

B) de l'investissement étranger direct réalisé par des personnes des États-Unis et ayant des effets sur le commerce des marchandises ou des services.

2) Une action, politique ou pratique d'un pays étranger qui entrave ou restreint le commerce des États-Unis peut englober les subventions que ce pays accorde, directement ou indirectement, pour la construction de navires utilisés pour le transport commercial de marchandises entre des pays étrangers et les États-Unis.

3) A) Une action, politique ou pratique est déraisonnable même lorsqu'elle ne constitue pas nécessairement une atteinte aux droits internationalement reconnus des États-Unis ou qu'elle n'est pas nécessairement incompatible avec ces droits, pour autant qu'elle est déloyale et inéquitable.

B) Les actions, politiques et pratiques déraisonnables comprennent entre autres celles qui, prises individuellement ou dans une combinaison quelconque,

i) n'accordent pas de manière loyale et équitable

I) des possibilités d'établissement à une entreprise,

II) une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle, nonobstant le fait que le pays étranger puisse respecter les obligations inscrites expressément dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce dont il est fait mention à l'article 101 d) 15) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay,

III) des possibilités non discriminatoires d'accès aux marchés pour les personnes des États-Unis qui tablent sur la protection des droits de propriété intellectuelle, ou

IV) des possibilités commerciales, y compris le fait qu'un gouvernement étranger tolère que des entreprises se livrent systématiquement sur son territoire à des activités anticoncurrentielles qui ont pour effet de restreindre, pour des raisons qui sont incompatibles avec des considérations commerciales, l'accès de marchandises ou de services des États-Unis à un marché étranger,

ii) constituent un ciblage des exportations, ou

iii) créent des habitudes de comportement ayant pour effet

I) de refuser aux travailleurs le droit d'association,

II) de refuser aux travailleurs la liberté syndicale et le droit de négocier une convention collective,

III) de permettre le travail forcé ou obligatoire sous quelque forme que ce soit,

IV) de ne pas fixer un âge minimum pour le travail des enfants, ou

V) de ne pas établir de normes concernant les salaires minima, la durée du travail, la sécurité et la santé des travailleurs.

C) i) Les actions, politiques et pratiques d'un pays étranger mentionnées au sous-alinéa B) iii) ne sont pas considérées comme déraisonnables si le Représentant pour les questions commerciales internationales détermine

I) que le pays étranger a pris ou est en train de prendre des mesures qui témoignent de manière générale d'un progrès important et tangible en vue de garantir, dans l'ensemble du pays (y compris dans toute zone désignée à l'intérieur du pays), les droits et autres normes dont il est fait mention dans les dispositions du sous-alinéa B) iii), ou

II) que ces actions, politiques et pratiques ne sont pas incompatibles avec le niveau de développement économique du pays étranger.

ii) Le Représentant pour les questions commerciales internationales publie au Federal Register toute détermination établie au titre du sous-alinéa i), avec un exposé des faits qui étayent cette détermination.

D) Lorsqu'il s'agit de déterminer si une action, politique ou pratique est déraisonnable, les possibilités réciproques offertes aux États-Unis aux entreprises et aux ressortissants étrangers sont prises en compte, dans la mesure voulue.

E) L'expression "ciblage des exportations" s'entend d'un projet ou programme des pouvoirs publics comprenant un ensemble de mesures concertées (qu'elles soient appliquées séparément ou conjointement) ciblé sur une entreprise, une industrie ou un groupe d'industries et qui a pour effet de les aider à devenir plus compétitifs en ce qui concerne l'exportation d'une catégorie ou d'un type de marchandise.

F) i) Aux fins de la disposition B) i) II), la protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle comprend des moyens adéquats et efficaces, dans la législation du pays étranger, qui permettent aux personnes qui ne sont pas des citoyens ou des ressortissants de ce pays de garantir, d'exercer et de faire respecter des droits et de bénéficier d'avantages commerciaux liés aux brevets, aux marques de commerce ou de fabrique, au droit d'auteur et aux droits connexes, aux moyens de masquage, aux secrets commerciaux et aux obtentions végétales.

ii) Aux fins de la disposition B) i) IV), le refus d'accorder de manière loyale et équitable des possibilités non discriminatoires d'accès aux marchés comprend les restrictions à l'accès aux marchés liées à l'utilisation, à l'exploitation ou à la jouissance d'avantages commerciaux découlant de l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur des œuvres ou des fixations protégées ou des produits incorporant des œuvres protégées.

4) A) Une action, politique ou pratique est injustifiable lorsqu'elle porte atteinte aux droits juridiques internationaux des États-Unis ou qu'elle est incompatible avec ces droits.

B) Les actions, politiques et pratiques qui sont injustifiables comprennent entre autres celles qui sont visées par l'alinéa A) et qui ont pour effet de ne pas accorder le traitement national, le traitement de la nation la plus favorisée ou le droit d'établissement ou de ne pas protéger les droits de propriété intellectuelle.

5) Les actions, politiques et pratiques discriminatoires comprennent, lorsqu'il y a lieu, celles qui ont pour effet de ne pas accorder le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée aux marchandises, aux services ou aux investissements des États-Unis.

6) L'expression "autorisation d'accès à un secteur de services" s'entend d'une licence, d'un permis, d'une ordonnance ou d'une autre autorisation délivré en application de la législation fédérale, qui permet à un fournisseur étranger de services d'avoir accès au marché des États-Unis dans un secteur de services particulier.

7) L'expression "pays étranger" comprend toute entité étrangère. La possession ou le territoire d'un pays étranger qui est administré comme une entité douanière distincte est considéré comme un pays étranger distinct.

8) L'expression "Représentant pour les questions commerciales internationales" s'entend du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales.

9) L'expression "personnes intéressées", aux seules fins des articles 302 a) 4) B), 304 b) 1) A), 306 c) 2) et 307 a) 2) désigne entre autres les entreprises et travailleurs nationaux, les représentants des associations de consommateurs, les exportateurs de produits des États-Unis et les utilisateurs industriels de marchandises et de services qui peuvent être touchés par des mesures prises au titre des sections a) ou b) du présent article.

ARTICLE 302 - OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE

a) REQUÊTE

1) Toute personne intéressée peut déposer une requête auprès du Représentant pour les questions commerciales internationales afin que des mesures soient prises au titre de l'article 301 et pour formuler les allégations sur lesquelles s'appuie sa requête.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales examine les allégations contenues dans la requête déposée au titre du paragraphe 1) et, au plus tard quarante-cinq jours après la date à laquelle il a reçu la requête, se prononce sur l'opportunité d'ouvrir une enquête.

3) S'il décide de ne pas ouvrir une enquête, le Représentant pour les questions commerciales internationales informe le requérant des motifs de sa décision et publie au Federal Register un avis relatif à cette détermination, ainsi qu'un résumé de ses motifs.

4) S'il établit une détermination positive au titre du paragraphe 2), le Représentant pour les questions commerciales internationales ouvre une enquête portant sur les questions soulevées dans la requête. Il publie au Federal Register un résumé de la requête et, dès que possible, ménage la possibilité de présenter des vues au sujet de ces questions, y compris dans le cadre d'une audition publique

A) dans un délai de trente jours à compter de la date de la détermination positive (ou à une date ultérieure si le requérant y consent) lorsqu'il est demandé dans la requête qu'une audition publique soit tenue dans ce délai, ou

B) à tout autre moment, lorsque le requérant ou une personne intéressée en fait la demande en temps opportun.

b) OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE PAR D'AUTRES MOYENS QU'UNE REQUÊTE

1) A) S'il décide qu'une enquête devrait être ouverte au titre du présent sous-chapitre concernant une question afin de déterminer si celle-ci peut donner lieu à une mesure au titre de l'article 301, le Représentant pour les questions commerciales internationales publie cette détermination au Federal Register et ouvre une enquête.

B) Avant d'établir une détermination au titre du paragraphe A), le Représentant pour les questions commerciales internationales consulte les commissions compétentes établies conformément à l'article 135.

2) A) Au plus tard trente jours après la date à laquelle un pays est désigné au titre de l'article 182 a) 2), le Représentant pour les questions commerciales internationales ouvre une enquête au titre du présent sous-chapitre concernant l'action, la politique ou la pratique de ce pays -

i) qui motive cette désignation, et

ii) qui ne fait pas à ce moment-là l'objet d'une autre enquête ou mesure au titre du présent sous-chapitre.

B) Au titre du paragraphe A), le Représentant pour les questions commerciales internationales n'est pas tenu d'ouvrir une enquête au titre du présent sous-chapitre concernant une action, politique ou pratique d'un pays étranger s'il détermine que l'ouverture d'une enquête serait préjudiciable aux intérêts économiques des États-Unis.

C) S'il décide au titre du paragraphe B) de ne pas ouvrir une enquête, le Représentant pour les questions commerciales internationales présente au Congrès un rapport écrit dans lequel il énumère en détail

i) les motifs de sa décision, et

ii) les intérêts économiques des États-Unis qui seraient compromis par une enquête.

D) Le Représentant pour les questions commerciales internationales procède, de temps à autre, à des consultations avec le Directeur de l'enregistrement des droits d'auteur, le Commissaire des brevets et des marques et d'autres fonctionnaires compétents du gouvernement fédéral au cours d'une enquête ouverte au titre du présent sous-chapitre conformément au paragraphe A).

c) POUVOIR D'APPRÉCIATION. - Lorsqu'il se prononce sur l'opportunité d'ouvrir une enquête au titre des sections a) ou b) du présent article concernant une loi, une politique ou une pratique visée par une disposition de l'article 301 d), le Représentant pour les questions commerciales internationales peut déterminer s'il serait efficace de prendre une mesure au titre de l'article 301 pour lutter contre cette action, cette politique ou cette pratique.

ARTICLE 303 – CONSULTATION AU MOMENT DE L'OUVERTURE D'UNE ENQUÊTE

a) RÈGLE GÉNÉRALE

1) À la date de l'ouverture d'une enquête au titre de l'article 302, le Représentant pour les questions commerciales internationales demande, au nom des États-Unis, la tenue de consultations avec le pays étranger visé concernant les questions en jeu dans l'enquête.

2) Si l'enquête ouverte au titre de l'article 302 intéresse un accord commercial et qu'une solution mutuellement acceptable n'est pas trouvée avant

A) la fin de la période de consultation prévue, le cas échéant, dans l'accord commercial, ou

B) l'expiration d'un délai de cent cinquante jours après le jour où les consultations ont débuté, selon la plus rapprochée de ces deux échéances, le Représentant pour les questions commerciales internationales demande rapidement que des travaux de fond soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue dans cet accord.

3) Le Représentant pour les questions commerciales internationales demande des renseignements et des conseils au requérant (le cas échéant) et aux commissions compétentes établies conformément à l'article 135 pour préparer les communications qui seront présentées par les États-Unis dans le cadre des consultations et de la procédure de règlement des différends.

b) REPORT DE LA DEMANDE DE CONSULTATION

1) Nonobstant les dispositions de la section a) du présent article,

A) Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut, après avoir consulté le requérant (le cas échéant), reporter jusqu'à concurrence de quatre-vingt-dix jours la présentation d'une demande de consultations au titre de la section a) du présent article afin de vérifier et d'améliorer la requête pour asseoir les consultations sur une base solide, et

B) si les consultations sont reportées en raison de l'alinéa A), chacun des délais prévus à l'article 304 sera prorogé en conséquence.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) publie au Federal Register un avis pour signaler tout report au titre du paragraphe 1), et

B) explique au Congrès les raisons d'un tel report dans le rapport requis au titre de l'article 309 a) 3).

ARTICLE 304 - DÉTERMINATIONS ÉTABLIES PAR LE REPRÉSENTANT POUR LES QUESTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

a) RÈGLE GÉNÉRALE

1) Compte tenu de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux, le cas échéant) menés au titre de l'article 303, le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) se prononce

i) sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial, ou

ii) sur l'existence d'une action, d'une politique ou d'une pratique visée par les sections a) 1) B) ou b) 1) de l'article 301, et

B) si la détermination établie au titre de l'alinéa A) est positive, décide, le cas échéant, de la mesure qu'il devrait prendre au titre des sections a) ou b) de l'article 301.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales établit les déterminations requises au titre du paragraphe 1) au plus tard:

A) dans le cas d'une enquête intéressant un accord commercial,

i) dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée, ou

ii) dans un délai de dix-huit mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces deux échéances, ou

B) dans tous les cas non visés par l'alinéa A) ou le paragraphe 3), dans un délai de douze mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte.

3) A) Si une enquête est ouverte au titre du présent sous-chapitre en raison de l'article 302 b) 2) et que le Représentant pour les questions commerciales internationales estime que celle-ci n'intéresse pas un accord commercial, notamment l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (mentionné à l'article 101 d) 15) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay) ou qu'il n'établit pas une détermination au titre de l'alinéa B) concernant cette enquête, celui-ci établit les déterminations requises au titre du paragraphe 1) concernant l'enquête six mois au plus tard après la date à laquelle l'enquête a été ouverte.

B) S'il détermine, en ce qui concerne une enquête ouverte en raison de l'article 302 b) 2) (autre qu'une enquête intéressant un accord commercial)

i) que l'enquête porte sur des questions complexes ou compliquées qui nécessitent un délai supplémentaire,

ii) que le pays étranger visé par l'enquête réalise des progrès substantiels en ce qui concerne l'élaboration ou la mise en œuvre de mesures législatives ou administratives qui protégeront de manière adéquate et efficace les droits de propriété intellectuelle, ou

iii) que ce pays étranger prend des mesures adéquates et efficaces visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle,

le Représentant pour les questions commerciales internationales publie au Federal Register un avis relatif à cette détermination et établit les déterminations requises au titre du paragraphe 1) concernant l'enquête neuf mois au plus tard après la date à laquelle l'enquête a été ouverte.

4) Lorsqu'un différend n'est pas réglé avant l'expiration du délai minimal prévu dans un accord commercial pour le règlement des différends, le Représentant pour les questions commerciales internationales présente, dans un délai de quinze jours après l'expiration de ce délai, un rapport au Congrès dans lequel il expose les raisons pour lesquelles le différend n'a pas été réglé avant l'expiration du délai minimal prévu pour le règlement des différends, l'état de l'affaire à l'expiration du délai et les perspectives de règlement. Aux fins du présent paragraphe, le délai minimal prévu dans un accord commercial correspond au délai cumulatif lorsque toutes les étapes de la procédure formelle de règlement des différends sont accomplies en respectant les délais prévus dans l'accord, calculé en faisant abstraction des prorogations autorisées dans l'accord à quelque étape que ce soit.

b) CONSULTATION AVANT L'ÉTABLISSEMENT DES DÉTERMINATIONS

1) Avant d'établir les déterminations requises au titre de la section a) 1) du présent article, et sauf s'il est nécessaire de faire diligence, le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) ménage aux personnes intéressées (après leur avoir donné un préavis d'au moins trente jours) la possibilité de présenter leurs vues, y compris dans le cadre d'une audition publique, lorsqu'une d'entre elles en fait la demande,

B) demande conseil aux commissions compétentes établies conformément à l'article 135, et

C) peut solliciter les vues de la Commission du commerce international des États-Unis concernant l'incidence que pourrait avoir sur l'économie des États-Unis une mesure visant des marchandises ou des services.

2) S'il ne se conforme pas aux exigences des alinéas A) et B) du paragraphe 1) parce qu'il est nécessaire de faire diligence, le Représentant pour les questions commerciales internationales se conformera aux dispositions de ces alinéas après avoir établi les déterminations au titre de la section a) 1) du présent article.

c) PUBLICATION. – Le Représentant pour les questions commerciales internationales publie au Federal Register toute détermination établie au titre de la section a) 1) du présent article, avec un exposé des faits qui étayent cette détermination.

ARTICLE 305 – MISE EN ŒUVRE DES MESURES

a) MESURES RELEVANT DE L'ARTICLE 301

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2), le Représentant pour les questions commerciales internationales applique la mesure qu'il a décidé, en vertu de l'article 304 a) 1) B), de prendre au titre de l'article 301, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, au plus tard dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie.

2) A) Sauf disposition contraire dans le présent paragraphe, le Représentant pour les questions commerciales internationales peut reporter, d'au plus cent quatre-vingt jours, l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 -

i) si,

I) dans le cas d'une enquête ouverte au titre de l'article 302 a), le requérant en fait la demande, ou

II) dans le cas d'une enquête ouverte au titre de l'article 302 b) 1) ou qui tombe sous le coup de l'article 304 a) 3) B), la majorité des représentants de la branche de production nationale qui bénéficierait de cette mesure en fait la demande, ou

ii) que le Représentant pour les questions commerciales internationales détermine que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure.

B) Le Représentant pour les questions commerciales internationales ne peut pas reporter au titre de l'alinéa A) l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 concernant une enquête qui tombe sous le coup de l'article 304 a) 3) A).

C) Le Représentant pour les questions commerciales internationales ne peut pas reporter au-delà de quatre-vingt-dix jours, au titre de l'alinéa A), l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 concernant une enquête qui tombe sous le coup de l'article 304 a) 3) B).

b) AUTRES MESURES APPLICABLES DANS CERTAINS CAS DE CIBLAGE DES EXPORTATIONS

1) S'il établit une détermination positive au titre de l'article 304 a) 1) A) concernant le ciblage des exportations par un pays étranger et qu'il décide de ne prendre aucune mesure au titre de l'article 301 à la suite de cette détermination positive, le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) crée un groupe consultatif chargé de recommander des mesures qui favoriseront la compétitivité de la branche de production nationale touchée par le ciblage des exportations,

B) peut, compte tenu du rapport présenté par ce groupe au titre du paragraphe 2) B) et sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président, prendre une mesure administrative autorisée en vertu de n'importe quelle autre disposition législative et, si cela est nécessaire, proposer un texte de loi visant à mettre en œuvre ces autres mesures qui rétabliraient ou amélioreraient la compétitivité internationale de la branche de production nationale touchée par le ciblage des exportations, et

C) présente, au plus tard dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle le groupe a présenté son rapport au titre du paragraphe 2) B), un rapport au Congrès sur les mesures administratives qui ont été prises et les projets de lois qui ont été présentés au titre de l'alinéa B) concernant la branche de production nationale touchée par le ciblage des exportations.

2) A) Les groupes consultatifs établis conformément à l'alinéa 1) A) sont constitués de personnes physiques désignées par le Représentant pour les questions commerciales internationales -

i) qui travaillent dans le secteur privé de l'économie, y compris des personnes représentant les gestionnaires et les travailleurs de la branche de production nationale touchée par le ciblage des exportations qui fait l'objet d'une détermination positive au titre de l'article 304 a) 1) A), et

ii) qui, par leur formation ou leur expérience, sont qualifiées pour faire partie du groupe consultatif.

B) Au plus tard dans un délai de six mois suivant la date à laquelle le groupe consultatif a été créé au titre de l'alinéa 1) A), celui-ci présente au Représentant pour les questions commerciales internationales ainsi qu'au Congrès un rapport sur les mesures qu'il recommande que les États-Unis prennent en vue de favoriser la compétitivité de la branche de

production nationale touchée par le ciblage des exportations qui fait l'objet d'une détermination positive au titre de l'article 304 a) 1) A).

ARTICLE 306 – CONTRÔLE DE LA MISE EN ŒUVRE D'UNE MESURE OU D'UN ACCORD PAR UN PAYS ÉTRANGER

a) RÈGLE GÉNÉRALE. – Le Représentant pour les questions commerciales internationales contrôle la mise en œuvre de chacune des mesures qui a été adoptée ou de chacun des accords qui a été conclu par un pays étranger afin de régler de manière satisfaisante une question faisant l'objet d'une enquête au titre du présent sous-chapitre ou d'une procédure de règlement des différends visant à faire exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial prévoyant ce genre de procédure.

b) MESURES SUPPLÉMENTAIRES

1) Règle générale. – Si, compte tenu du contrôle effectué au titre du paragraphe a) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales estime qu'un pays étranger ne met pas en œuvre de manière satisfaisante une mesure ou un accord visé par le paragraphe a) du présent article, il arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 a). Aux fins de l'article 301, cette décision est réputée constituer une détermination établie au titre de l'article 304 a) 1).

2) Recommandations faites dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC. – Si la mesure ou l'accord visé par le paragraphe a) du présent article concerne la mise en œuvre d'une recommandation faite dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et que le Représentant pour les questions commerciales internationales estime que le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre, celui-ci établit la détermination prévue au paragraphe 1) au plus tard trente jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre, conformément à l'article 21 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dont il est fait mention à l'article 101 d) 16) de la Loi sur les accords du Cycle d'Uruguay.

c) CONSULTATIONS. – Avant d'établir une détermination au titre de la section b) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales

1) consulte le requérant, le cas échéant, à l'origine de l'enquête initiale au titre du présent sous-chapitre ainsi que les représentants de la branche de production nationale concernée; et

2) ménage aux personne intéressées la possibilité de présenter leurs vues.

ARTICLE 307 – MODIFICATION ET RÉVOCATION D'UNE MESURE

a) RÈGLE GÉNÉRALE

1) Le Représentant pour les questions commerciales internationales peut modifier ou révoquer une mesure prise au titre de l'article 301, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant cette mesure, le cas échéant, si

A) l'une des conditions énoncées à l'article 301 a) 2) est remplie,

B) que l'entrave au commerce ou la restriction du commerce des États-Unis résultant de l'inexécution des droits ou des actions, politiques et pratiques visées par la mesure s'est alourdie ou s'est allégée, ou

C) que la mesure a été prise au titre de l'article 301 b) et qu'elle n'est plus de circonstance.

2) Avant de modifier ou de révoquer au titre du paragraphe 1) une mesure prise au titre de l'article 301, le Représentant pour les questions commerciales internationales consulte le requérant, le cas échéant, ainsi que les représentants de la branche de production nationale concernée et ménage aux autres personnes intéressées par le projet de modification ou de

révocation la possibilité de présenter leurs vues concernant l'incidence de la modification ou de la révocation et la question de savoir s'il y a lieu de modifier ou d'abroger la mesure.

b) AVIS; RAPPORT AU CONGRÈS. – Le Représentant pour les questions commerciales internationales annonce sans tarder au Federal Register la modification ou la révocation d'une mesure prise au titre de l'article 301 en motivant cette décision et présente un rapport écrit au Congrès à ce sujet.

c) RÉEXAMEN DE LA NÉCESSITÉ DE LA MESURE

1) Si

A) une mesure donnée a été prise au titre de l'article 301 au cours d'une période de quatre ans, et

B) que ni le requérant ni aucun représentant de la branche de production nationale qui bénéficie de la mesure n'a demandé par écrit au Représentant pour les questions commerciales internationales, dans les soixante jours précédant l'expiration de cette période de quatre ans, le maintien de la mesure en question, celle-ci est révoquée à l'expiration de cette période de quatre ans.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales notifie par courrier au requérant ainsi qu'aux représentants de la branche de production nationale visée par l'alinéa 1) B) la révocation d'une mesure en raison du paragraphe 1) au moins soixante jours avant la date de cette révocation.

3) S'il lui est demandé, au titre de l'alinéa 1) B), de maintenir une mesure donnée qui a été prise conformément à l'article 301, le Représentant pour les questions commerciales internationales procède au réexamen

A) de l'efficacité, lorsqu'il s'agit d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 301,

i) de cette mesure, et

ii) des autres mesures qui pourraient être prises (y compris les mesures visant d'autres produits ou services), et

B) de l'incidence de ces mesures sur l'économie des États-Unis, y compris sur les consommateurs.

ARTICLE 308 – DEMANDE DE RENSEIGNEMENTS

a) RÈGLE GÉNÉRALE. – Lorsque quelqu'un lui demande par écrit des renseignements, le Représentant pour les questions commerciales internationales lui communique des renseignements (qui ne sont pas confidentiels) concernant

1) la nature et le champ d'application d'une politique ou d'une pratique commerciale d'un pays étranger concernant des marchandises, des services, des investissements ou des droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où le Représentant pour les questions commerciales internationales ou d'autres organismes du gouvernement fédéral ont accès à ces renseignements;

2) les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial ainsi que les recours qui peuvent être formés en vertu de cet accord ou de la législation des États-Unis; et

3) les procédures qui ont été engagées ou qui sont en cours et les mesures qui ont été prises ou qui sont en vigueur, à l'échelle nationale ou internationale, concernant la politique ou la pratique en question.

b) INACCESSIBILITÉ DES RENSEIGNEMENTS. – Si le Représentant pour les questions commerciales internationales ou les autres organismes du gouvernement fédéral n'ont pas accès aux renseignements demandés par une personne au titre de la section a) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales, dans un délai de trente jours après réception de la demande

1) demande les renseignements au gouvernement étranger; ou

2) décide de ne pas les demander et informe l'intéressé par écrit des raisons de sa décision.

c) NON-DIVULGATION DE CERTAINS RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2) et nonobstant toute autre disposition législative (y compris l'article 552 du titre 5 du Code des États-Unis), aucun renseignement demandé et obtenu par le Représentant pour les questions commerciales internationales dans le cadre d'une enquête au titre du présent sous-chapitre n'est divulgué -

A) si la personne qui communique ces renseignements certifie

i) que les renseignements ont un caractère commercial confidentiel,

ii) que la divulgation de ces renseignements exposerait des secrets commerciaux ou nuirait à la rentabilité, et

iii) que ces renseignements ne sont pas accessibles de manière générale;

B) si le Représentant pour les questions commerciales internationales détermine que cette certification est justifiée; et

C) que, dans la mesure prescrite par les règlements qui ont été pris par le Représentant pour les questions commerciales internationales, la personne qui communique ces renseignements fournit un résumé non confidentiel satisfaisant de ces renseignements.

2) Le Représentant pour les questions commerciales internationales peut

A) utiliser ces renseignements ou les mettre à la disposition (selon son appréciation) de n'importe quel fonctionnaire du gouvernement fédéral aux fins d'une enquête menée au titre du présent sous-chapitre, ou

B) mettre ces renseignements à la disposition de n'importe quelle autre personne sous une forme ne permettant d'identifier la personne qui les a communiqués.

ARTICLE 309 – MODALITÉS D'APPLICATION

Le Représentant pour les questions commerciales internationales

1) prend des règlements concernant le dépôt des requêtes ainsi que la conduite des enquêtes et des auditions au titre du présent sous-chapitre,

2) tient le requérant régulièrement informé de toutes les déterminations et de l'évolution de l'enquête menée au titre du présent sous-chapitre à la suite d'une requête déposée conformément à la présente section, en expliquant les retards indus, et

3) présente un rapport semestriel à la Chambre des Représentants et au Sénat décrivant

A) les requêtes qui ont été déposées et les déterminations qui ont été établies (avec un exposé des motifs) au titre de l'article 302,

B) l'évolution et l'état de chacune des enquêtes ou procédures menées au titre du présent sous-chapitre,

C) les mesures qui ont été prises ou les raisons pour lesquelles aucune mesure n'a été prise par le Représentant pour les questions commerciales internationales au titre de l'article 301 à la suite des enquêtes menées au titre du présent sous-chapitre, et

D) l'incidence sur le commerce des mesures prises au titre de l'article 301.

ARTICLE 310 – IDENTIFICATION DES PRIORITÉS EN MATIÈRE D'EXPANSION DU COMMERCE

a) IDENTIFICATION

1) Dans un délai de cent quatre-vingt jours après la présentation du rapport requis au titre de l'article 181 b) au cours de l'année civile 1995, le Représentant pour les questions commerciales internationales

A) examine les priorités des États-Unis en matière d'expansion du commerce,

B) identifie les pratiques de pays étrangers à traiter en priorité et dont

l'élimination serait le plus susceptible d'entraîner un accroissement des exportations des États-Unis, soit directement, soit en créant un précédent avantageux, et

C) présente à la Commission des finances du Sénat ainsi qu'à la Commission des voies et moyens de la Chambre des Représentants et publie au Federal Register un rapport sur les pratiques de pays étrangers à traiter en priorité.

2) Lorsqu'il identifie les pratiques de pays étrangers à traiter en priorité au titre du paragraphe 1 du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales tient compte de tous les facteurs pertinents, y compris

A) les principaux obstacles et pratiques qui faussent les échanges décrits dans le Rapport d'appréciation sur le commerce extérieur des États-Unis (*National Trade Estimate Report*) qui est requis au titre de l'article 181 b);

B) les accords commerciaux auxquels un pays étranger est partie et la façon dont il exécute ces accords;

C) les incidences à moyen et long terme des projets de commandes de pays étrangers; et

D) la compétitivité sur le plan international et le potentiel d'exportation des produits et des services des États-Unis.

3) Le Représentant pour les questions commerciales internationales peut inclure dans le rapport, s'il y a lieu,

A) une description des pratiques de pays étrangers qui pourraient être identifiées ultérieurement comme pratiques à traiter en priorité; et

B) un exposé sur d'autres pratiques qui n'ont pas été identifiées du fait qu'elles étaient déjà visées par des dispositions de la législation commerciale des États-Unis ou par des accords commerciaux bilatéraux en vigueur ou qu'elles faisaient déjà l'objet de négociations commerciales avec d'autres pays et que des progrès étaient réalisés en vue de leur élimination.

b) OUVERTURE D'ENQUÊTES. – Au plus tard vingt et un jours suivant la date à laquelle un rapport a été présenté aux commissions compétentes du Congrès au titre de la section a) 1) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales ouvre, conformément à l'article 302 b) 1), des enquêtes au titre du présent sous-chapitre concernant toutes les pratiques de pays étrangers à traiter en priorité.

c) ACCORDS EN VUE DE L'ÉLIMINATION DES OBSTACLES. – Au cours des consultations avec un pays étranger dont il est tenu de demander l'ouverture au titre de l'article 303 a) à la suite d'une enquête ouverte conformément à la section b) du présent article, le Représentant pour les questions commerciales internationales cherche à négocier un accord visant à éliminer le plus rapidement possible les pratiques qui font l'objet de l'enquête ou, si l'élimination de ces pratiques n'est pas possible, un accord prévoyant des avantages commerciaux compensatoires.

d) RAPPORTS. – Dans le rapport semestriel requis au titre de l'article 309, le Représentant pour les questions commerciales internationales fait le point sur les enquêtes ouvertes conformément à la section b) du présent article et, s'il y a lieu, indique dans quelle mesure ces enquêtes ont permis d'améliorer les possibilités d'exportation des produits et des services des États-Unis.

B. DISPOSITIONS PERTINENTES DE L'ACCORD SUR L'OMC

MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LES RÈGLES ET PROCÉDURES RÉGISSANT LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

...

Article 21

Surveillance de la mise en oeuvre des recommandations et décisions

1. Pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD.

…

3. À une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours[11] suivant la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, le Membre concerné informera l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci. S'il est irréalisable pour un Membre de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions, ce Membre aura un délai raisonnable pour le faire. Le délai raisonnable sera …

4. Sauf dans les cas où le groupe spécial ou l'Organe d'appel aura prolongé, conformément au paragraphe 9 de l'article 12 ou au paragraphe 5 de l'article 17, le délai pour la présentation de son rapport, le délai entre la date à laquelle le groupe spécial a été établi par l'ORD et la date de détermination du délai raisonnable ne dépassera pas 15 mois, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement. Dans les cas où soit le groupe spécial, soit l'Organe d'appel, aura pris des dispositions pour prolonger le délai pour la présentation de son rapport, le délai supplémentaire qu'il se sera accordé sera ajouté au délai de 15 mois; il est entendu que, à moins que les parties au différend ne conviennent qu'il existe des circonstances exceptionnelles, le délai total ne dépassera pas 18 mois.

5. Dans les cas où il y aura désaccord au sujet de l'existence ou de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions, ce différend sera réglé suivant les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Le groupe spécial distribuera son rapport dans les 90 jours suivant la date à laquelle il aura été saisi de la question. Lorsque le groupe spécial estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans ce délai, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport.

...

Article 22

Compensation et suspension de concessions

1. La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en oeuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une

[11] S'il n'est pas prévu de réunion de l'ORD pendant cette période, celui-ci tiendra une réunion à cette fin.

recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés. La compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés.

2. Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés.

…

6. Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. Cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre[15] désigné par le Directeur général, et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Les concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage.

7. L'arbitre[16], agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation. Dans le cas où l'arbitre déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. Les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage. L'ORD sera informé dans les moindres délais de cette décision et accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande.

Article 23

Renforcement du système multilatéral

1. Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord.

---

[15] Le terme "arbitre" s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe.

[16] Le terme "arbitre" s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe, soit des membres du groupe spécial initial siégeant en qualité d'arbitre.

2. Dans de tels cas, les Membres:

a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord;

b) suivront les procédures énoncées à l'article 21 pour déterminer le délai raisonnable à ménager au Membre concerné pour lui permettre de mettre en oeuvre les recommandations et décisions; et

c) suivront les procédures énoncées à l'article 22 pour déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations et obtenir l'autorisation de l'ORD, conformément à ces procédures, avant de suspendre des concessions ou d'autres obligations résultant des accords visés au motif que le Membre en cause n'a pas mis en oeuvre les recommandations et décisions dans ce délai raisonnable.

…

ANNEXE II

DESCRIPTION GÉNÉRALE DE L'APPLICATION DES ARTICLES 301 À 310[730]

A. ENQUÊTE DU REPRÉSENTANT DES ÉTATS-UNIS POUR LES QUESTIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES AU TITRE DES ARTICLES 302 ET 303

1. Les articles 301 à 310 constituent un moyen important de faire exécuter les droits des États-Unis au titre de l'Accord sur l'OMC. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut également engager des procédures à l'OMC sans invoquer les articles 301 à 310, comme ce fut le cas notamment pour les affaires *CE - Hormones* et *CE - Matériels informatiques*. Les articles 301 à 310 sont également invoqués dans le contexte d'autres accords commerciaux.

2. En cas de recours aux articles 301 à 310, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit mener une enquête au titre des articles 302 et 303. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut ouvrir cette enquête soit à la suite du dépôt d'une requête par une personne intéressée, soit de sa propre initiative.

3. Si une personne intéressée dépose une requête afin que des mesures soient prises au titre de l'article 301, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit d'abord examiner les allégations contenues dans cette requête. Au plus tard quarante-cinq jours après avoir reçu ladite requête, il doit se prononcer sur l'opportunité d'ouvrir une enquête. S'il établit une détermination positive, il doit ouvrir une enquête.

4. À la date de l'ouverture d'une enquête – ou dans un délai maximal de quatre-vingt-dix jours après cette date – le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit également demander la tenue de consultations avec l'autre Membre de l'OMC visé, conformément aux procédures du Mémorandum d'accord (article 303 a) 1)). Si une solution mutuellement acceptable n'est pas trouvée avant la fin de la période de consultation de soixante jours prévue dans le Mémorandum d'accord, il doit "demande[r] rapidement que des travaux de fond soient engagés dans le cadre de la procédure formelle de règlement des différends prévue" dans le Mémorandum d'accord (article 303 a) 2)). Les États-Unis sont donc tenus d'engager des consultations et, le cas échéant, une procédure de groupe spécial, avant de mener leur enquête à terme. Parallèlement, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales peut clore une enquête à n'importe quel moment, y compris avant que la procédure de groupe spécial ne soit engagée.

B. "DÉTERMINATION" AU TITRE DE L'ARTICLE 304 CONCERNANT LA QUESTION DE SAVOIR SI LES ÉTATS-UNIS SE VOIENT FRUSTRÉS DE LEURS DROITS

5. L'article 304 oblige alors le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales à "se prononce[r] sur la question de savoir si les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre [de l'Accord sur l'OMC]". Pour cela, il doit [tenir] ... compte de l'enquête ouverte au titre de l'article 302 ainsi que des consultations (et des travaux le cas échéant) menés au titre de l'article 303".

[730] Le présent aperçu est de nature non contraignante et ne constitue pas une constatation de fait du Groupe spécial. Il a été préparé à la suite de consultations menées avec les parties dans le cadre de la rédaction de la partie descriptive du présent rapport.

6. Cette détermination au titre de l'article 304 doit être établie dans le délai suivant: "i) dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle la procédure de règlement des différends s'est achevée; ou ii) dans un délai de dix-huit mois suivant la date à laquelle l'enquête a été ouverte, selon la plus rapprochée de ces deux échéances".

7. L'article 304 dispose en outre que, "si la détermination établie ... est positive, [le Représentant pour les questions commerciales internationales] décide, le cas échéant, de la mesure qu'il devrait prendre au titre des sections a) ou b) de l'article 301".

8. L'article 301 a) – qui est intitulé "Mesures impératives" et qui est la disposition pertinente en ce qui concerne les déterminations établies au titre de l'Accord sur l'OMC – dispose que "[s]'il détermine, au titre de l'article 304 a) 1) ... que les États-Unis sont frustrés de leurs droits au titre d'un accord commercial ... le Représentant pour les questions commerciales internationales prend les mesures autorisées au titre de [l'article 301 c)], sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, et adopte toutes les autres mesures appropriées et réalisables que le Président, dans la limite de ses attributions, peut lui ordonner de prendre au titre de la présente section afin de faire exécuter ces droits".

9. L'article 304 c) enjoint au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de "publie[r] au Federal Register toute détermination établie au titre de l'article 304 a) 1), avec un exposé des faits qui étayent cette détermination".

C. "APPRÉCIATION" DE LA MISE EN ŒUVRE AU TITRE DE L'ARTICLE 306

10. Comme il est indiqué plus haut, à la suite de l'enquête ouverte au titre de l'article 302, de la demande y afférente concernant l'ouverture de consultations dans le cadre de l'OMC et, suivant le cas, de l'achèvement des travaux d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel et de l'établissement d'une détermination positive au titre de l'article 304, l'article 304 a) 1) enjointe au Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales de décide[r], le cas échéant, de la mesure qui devrait être prise au titre de l'article 301.

11. L'article 301 c) définit les attributions du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, c'est-à-dire les mesures qu'il est habilité à prendre au titre de l'article 301. L'article 301 a) 2) prévoit certaines exceptions, en vertu desquelles le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales "n'est pas tenu de prendre de mesures au titre de l'article 301 a) 1)". Il en est ainsi par exemple lorsque le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales constate "que le pays étranger prend des mesures satisfaisantes pour exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial". Dans la pratique, il a interprété cette exception comme englobant les situations où le Membre de l'OMC visé exprime l'intention - dans un délai de trente jours après l'adoption du rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord - de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD.

12. Néanmoins, lorsque aucune mesure n'est prise - parce qu'une mesure a été mise en œuvre ou qu'un accord a été conclu afin de trouver une solution satisfaisante -, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales est tenu, au titre de l'article 306 a), de

> "contrôle[r] la mise en œuvre de chacune des mesures qui a été adoptée ou de chacun des accords qui a été conclu par un pays étranger afin de régler de manière satisfaisante une question faisant l'objet d'une enquête au titre du présent sous-chapitre ou d'une procédure de règlement des différends visant à faire exécuter les droits des États-Unis au titre d'un accord commercial prévoyant ce genre de procédure".

13. Si la mesure - y compris une déclaration dans laquelle le Membre de l'OMC visé indique qu'il se conformera aux recommandations - ou l'accord concerne la mise en œuvre de recommandations de l'ORD *et* qu'il "estime que le pays étranger ne l'a pas mis en œuvre", le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales arrête les mesures supplémentaires qu'il doit prendre au titre de l'article 301 "au plus tard trente jours après l'expiration du délai raisonnable prévu pour cette mise en œuvre" à l'article 21 du Mémorandum d'accord (article 306 b)). En d'autres termes, l'obligation qui lui est faite de contrôler l'intention d'un Membre de se conformer aux recommandations de l'ORD lui donne la possibilité d'attendre l'expiration du délai raisonnable accordé au Membre visé pour donner suite au rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

14. Étant donné que l'article 306 b) 1) dispose qu'une détermination établie au titre de l'article 306 b) est réputée constituer une détermination établie au titre de l'article 304 a) 1), l'effet d'une détermination établie au titre de l'article 306 est identique à celui d'une détermination établie au titre de l'article 304 en ce qui concerne les mesures que le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales doit prendre - ou est habilité à ne pas prendre - au titre de l'article 301. Par conséquent, il est également tenu de publier au Federal Register toute détermination établie au titre de l'article 306, avec un exposé des faits qui étayent cette détermination, conformément à l'article 304 c).

D. "DÉTERMINATION" CONCERNANT LES MESURES À PRENDRE AU TITRE DE L'ARTICLE 306 ET MISE EN ŒUVRE DES MESURES AU TITRE DE L'ARTICLE 305

15. Comme il est indiqué plus haut, s'il estime, conformément à l'article 306 b), que la mise en œuvre n'a pas été satisfaisante, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales arrête les mesures supplémentaires qui doivent être prises au titre de l'article 301 a). Il doit le faire au plus tard *trente jours* après l'expiration du délai raisonnable. L'article 301 a) 2) prévoit des exceptions en vertu desquelles il n'est pas tenu de prendre de mesures.

16. S'il décide de prendre des mesures au titre de l'article 301, l'article 305 a) 1) dispose ce qui suit:

> "Sous réserve des dispositions du paragraphe 2), le Représentant pour les questions commerciales internationales applique la mesure qu'il a décidé, en vertu de l'article 304 a) 1) B), de prendre au titre de l'article 301, sous réserve d'instructions précises données éventuellement par le Président concernant ce type de mesures, au plus tard dans un délai de trente jours suivant la date à laquelle cette détermination a été établie."

Sauf lorsqu'une exception est invoquée, la détermination des mesures à prendre établie dans un délai de trente jours après l'expiration du délai raisonnable serait donc mise en œuvre au plus tard *soixante jours* après l'expiration du délai raisonnable.

17. L'article 305 a) 2) A) prévoit quant à lui certaines exceptions à cette règle des soixante jours. L'exception qui importe le plus en l'occurrence est celle qui est énoncée à l'article 305 a) 2) A) ii):

> "[L]e Représentant pour les questions commerciales internationales peut reporter, d'au plus cent quatre-vingt jours, l'application d'une mesure qui doit être prise au titre de l'article 301 ... [s'il] détermine que des progrès substantiels sont réalisés, ou qu'un report est nécessaire ou souhaitable pour obtenir que les droits des États-Unis soient exécutés ou pour trouver une solution satisfaisante concernant les actions, politiques ou pratiques visées par la mesure."