

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS165/AB/R
11 décembre 2000

(00-5330)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – MESURES À L'IMPORTATION DE CERTAINS PRODUITS EN PROVENANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

AB-2000-9

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction.....	1
II.	Arguments des participants.....	4
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes – Appelant</i>	4
1.	Mesure en cause.....	4
2.	Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord	5
3.	Effet de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations	6
B.	<i>Arguments des États-Unis – Intimé</i>	6
1.	Mesure en cause.....	6
2.	Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord	7
3.	Effet de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations	9
C.	<i>Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant</i>	9
1.	Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.....	9
2.	Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémoire d'accord.....	10
a)	Article 23:2 a) du Mémoire d'accord.....	10
b)	Article 3:7 du Mémoire d'accord	11
c)	Article 21:5 du Mémoire d'accord	11
D.	<i>Arguments des Communautés européennes – Intimé</i>	12
1.	Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.....	12
2.	Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémoire d'accord.....	12
a)	Article 23:2 a) du Mémoire d'accord.....	12
b)	Article 3:7 du Mémoire d'accord	13
c)	Article 21:5 du Mémoire d'accord	13
III.	Arguments des participants tiers.....	14
A.	<i>Dominique et Sainte-Lucie</i>	14
1.	Mesure en cause.....	14
2.	Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord	14
B.	<i>Équateur</i>	15
C.	<i>Inde</i>	15
D.	<i>Jamaïque</i>	16

E.	<i>Japon</i>	16
1.	Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord	16
2.	Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.....	16
3.	Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémorandum d'accord.....	17
IV.	Questions soulevées dans le présent appel.....	17
V.	Mesure en cause	19
VI.	Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.....	27
VII.	Effets de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations	30
VIII.	Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.....	31
IX.	Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémorandum d'accord.....	34
	a) Article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.....	34
	b) Article 3:7 du Mémorandum d'accord	38
	c) Article 21:5 du Mémorandum d'accord	39
X.	Constatations et conclusions	42

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**États-Unis – Mesures à l'importation de
certains produits en provenance des
Communautés européennes**

Communautés européennes, *appelant/intimé*
États-Unis, *appelant/intimé*

Dominique, *participant tiers*
Équateur, *participant tiers*
Inde, *participant tiers*
Jamaïque, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Sainte-Lucie, *participant tiers*

AB-2000-9

Présents:

Bacchus, Président de la section
Lacarte-Muró, membre
Taniguchi, membre

I. Introduction

1. Les Communautés européennes et les États-Unis font appel de certaines questions de droit et d'interprétation du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes* (le "rapport du Groupe spécial").¹ Le Groupe spécial a été établi, conformément au *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"), pour examiner une plainte au sujet de mesures prises par les États-Unis à l'égard de certaines importations en provenance des Communautés européennes.

2. Le contexte de l'affaire est exposé de manière détaillée dans le rapport du Groupe spécial.² Le 25 septembre 1997, l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") a adopté les rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution de bananes* ("*Communautés européennes – Bananes*").³ L'ORD a recommandé que les Communautés européennes mettent leur régime applicable à l'importation de bananes en conformité avec leurs obligations au titre de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (l'"Accord sur l'OMC"). Le 1^{er} janvier 1999, le délai de mise en œuvre, fixé conformément à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord, est venu à

¹ WT/DS165/R, 17 juillet 2000.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.1 à 2.37.

³ Rapports du Groupe spécial WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA et rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R. Les parties plaignantes dans cette affaire étaient l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique.

expiration. À la réunion de l'ORD du 2 février 1999, les États-Unis ont allégué que les Communautés européennes n'avaient pas mis le régime qu'elles appliquaient à l'importation de bananes en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce et ont demandé l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations, conformément à l'article 22:2 du Mémoire d'accord. À la même réunion, les Communautés européennes ont demandé que le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée par les États-Unis soit soumis à l'arbitrage des membres du groupe spécial initial, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord.

3. Eu égard au délai de 60 jours prévu à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, la décision des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 devait être distribuée le 2 mars 1999. À cette date, les arbitres ont informé les États-Unis et les Communautés européennes qu'ils n'étaient pas en mesure de distribuer leur décision et ont demandé des renseignements additionnels aux parties.⁴ Le 4 mars 1999, le Directeur du Service de surveillance du commerce de l'Administration des douanes des États-Unis a publié une note intitulée "Sanctions européennes", dans laquelle il donnait pour instruction aux directeurs de territoires douaniers et de ports de prendre certaines mesures à l'égard de produits désignés importés des Communautés européennes, avec effet à compter du 3 mars 1999.

4. Les arbitres désignés au titre de l'article 22:6 ont distribué leur décision le 9 avril 1999.⁵ Le 19 avril 1999, les États-Unis ont demandé, et obtenu, l'autorisation de l'ORD de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations pour le montant fixé par les arbitres. Suite à cette autorisation, les États-Unis ont imposé des droits de douane de 100 pour cent sur des produits désignés importés des Communautés européennes, action dénommée en l'espèce "action du 19 avril".

5. Le Groupe spécial a défini la mesure en cause dans le présent différend comme étant "l'obligation de déposer une caution majorée" imposée par les États-Unis pour une liste de produits importés des Communautés européennes à compter du 3 mars 1999 et l'a appelée "mesure du 3 mars". Dans son rapport, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 17 juillet 2000, le Groupe spécial a formulé les conclusions suivantes:

Bien que la mesure du 3 mars ait cessé d'exister, nous concluons ce qui suit:

- a) la mesure du 3 mars était destinée à obtenir réparation pour violation des règles de l'OMC et était donc couverte par l'article 23:1 du Mémoire d'accord; lorsqu'ils ont mis en

⁴ WT/DS27/48, 2 mars 1999.

⁵ WT/DS27/ARB, 9 avril 1999.

place la mesure du 3 mars, les États-Unis ne se sont pas conformés aux règles du Mémorandum d'accord, en violation de l'article 23:1;

- b) en mettant en place la mesure du 3 mars, les États-Unis ont déterminé unilatéralement que la mesure de mise en œuvre des CE constituait une violation des règles de l'OMC, en contravention des articles 23:2 a) et 21:5, première phrase. En agissant ainsi, les États-Unis ne se sont pas conformés au Mémorandum d'accord et ont donc violé l'article 23:1 ainsi que les articles 23:2 a) et 21:5 du Mémorandum d'accord;
- c) l'obligation de déposer une caution majorée imposée par la mesure du 3 mars a entraîné des violations de l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase; les intérêts, coûts et redevances majorés résultant de la mesure du 3 mars constituaient une violation de l'article II:1 b), dernière phrase. La mesure du 3 mars constituait également une violation de l'article premier du GATT;
- d) compte tenu de nos conclusions figurant au paragraphe c) ci-dessus, la mesure du 3 mars constituait une suspension de concessions ou d'autres obligations au sens des articles 3:7, 22:6 et 23:2 c), imposée sans aucune autorisation de l'ORD et alors qu'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 était en cours. En agissant ainsi, les États-Unis ne se sont pas conformés au Mémorandum d'accord et ont donc violé l'article 23:1 ainsi que les articles 3:7, 22:6 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord.⁶

Le Groupe spécial a recommandé que l'ORD demande aux États-Unis de mettre leur mesure en conformité avec leurs obligations au titre de l'*Accord sur l'OMC*.⁷

6. Le 12 septembre 2000, les Communautés européennes ont notifié à l'ORD leur décision de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément à l'article 16:4 du Mémorandum d'accord⁸, et ont déposé une déclaration d'appel auprès de l'Organe d'appel, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"). Le 22 septembre 2000, les Communautés européennes ont déposé une communication en tant qu'appelant.⁹ Les États-Unis ont déposé leur propre communication en tant qu'appelé le

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1.

⁷ *Ibid.*, paragraphe 7.3.

⁸ WT/DS165/10, 12 septembre 2000.

⁹ Conformément à la règle 21 1) des *Procédures de travail*.

27 septembre 2000.¹⁰ Les Communautés européennes et les États-Unis ont tous deux déposé des communications en tant qu'intimés le 9 octobre 2000.¹¹ Le même jour, l'Équateur, l'Inde, la Jamaïque et le Japon ont chacun déposé séparément des communications en tant que participants tiers, la Dominique et Sainte-Lucie déposant une communication conjointe en tant que participants tiers.¹²

7. L'audience dans le cadre de l'appel a eu lieu le 18 octobre 2000.¹³ Les participants et les participants tiers ont présenté des arguments oralement et répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section de l'Organe d'appel chargée de l'appel.

II. Arguments des participants

A. Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes – Appelant

1. Mesure en cause

8. Les Communautés européennes estiment que la mesure en cause dans le présent différend, désignée par le Groupe spécial comme la mesure du 3 mars, comprenait non seulement une majoration de la caution imposée sur une liste de produits importés des Communautés européennes, mais aussi une majoration des droits exigibles à l'importation des produits énumérés. Les Communautés européennes considèrent qu'une majoration de la caution imposée est, nécessairement, fondée sur une majoration des droits de douane sous-jacents, étant donné qu'une obligation de déposer une caution est accessoire par rapport à l'obligation première sous-jacente et ne saurait en être juridiquement séparée.

9. Selon les Communautés européennes, il n'existe aucune différence, en droit ou en fait, entre l'exigibilité "éventuelle" de droits majorés qui s'inscrit dans la perspective incertaine d'un retour ultérieur aux taux consolidés, et une majoration pure et simple des droits exigibles. Les Communautés européennes font valoir que rien n'a changé en termes réels pour les produits qui restaient sur la liste réduite publiée le 19 avril 1999: leur situation d'un point de vue juridique demeurerait la même qu'auparavant, dans la mesure où ils étaient soumis à des droits exigibles majorés, la seule différence étant que l'exigibilité n'était plus qualifiée d'"éventuelle".

¹⁰ Conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail*.

¹¹ Conformément aux règles 22 1) et 23 3) des *Procédures de travail*.

¹² Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

¹³ Conformément à la règle 27 des *Procédures de travail*.

10. Les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'action du 19 avril, c'est-à-dire l'imposition de droits de 100 pour cent, ne figurait pas dans son mandat. Elles soutiennent que l'action du 19 avril et la mesure du 3 mars ne constituent pas des mesures juridiquement distinctes et qu'en fait l'action du 19 avril est le prolongement de la mesure du 3 mars et relève donc du mandat du Groupe spécial. Elles font observer que leur demande d'établissement d'un groupe spécial faisait spécifiquement mention de l'action du 19 avril.

11. Enfin, les Communautés européennes soutiennent qu'en sus de la distinction incorrecte et artificielle qu'il a opérée entre la mesure du 3 mars et sa confirmation le 19 avril 1999, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que "la mesure du 3 mars [avait] cessé d'exister".

2. Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

12. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a considéré à tort que la compatibilité d'une mesure de mise en œuvre avec les règles de l'OMC pouvait être déterminée dans le cadre d'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. À leur avis, le raisonnement du Groupe spécial pose des problèmes systémiques fondamentaux portant gravement atteinte aux résultats soigneusement équilibrés du Cycle d'Uruguay.

13. Les Communautés européennes estiment que le texte de l'article 22:7 assigne à l'arbitre une tâche principale, et deux tâches supplémentaires éventuelles. Sa tâche principale consiste à déterminer si le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre peut aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu des accords visés et si les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord ont été suivis.

14. Les Communautés européennes affirment que la lecture faite par le Groupe spécial des dispositions procédurales pertinentes du Mémoire d'accord ne tient absolument pas compte de la différence fondamentale entre le rôle des parties à un différend dans une procédure de groupe spécial visant à déterminer la compatibilité d'une mesure contestée avec les règles de l'OMC et le rôle des parties à une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Les Communautés européennes font également valoir que le Membre demandant un arbitrage au titre de l'article 22:6 verrait ses droits en tant que défendeur gravement compromis s'il devait élaborer une défense complète visant à prouver la compatibilité de sa mesure avec les règles de l'OMC. En outre, elles notent qu'il ne peut être fait appel de la décision d'un arbitre désigné au titre de l'article 22:6. Elles font aussi observer que les procédures de groupe spécial et de l'Organe d'appel prévoient la

participation active de tierces parties, ce qui n'est pas le cas des procédures d'arbitrage. Elles notent par ailleurs que les décisions arbitrales ne font pas l'objet d'une adoption par l'ORD. Par conséquent, les Communautés européennes estiment que les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 ne confèrent aucun de ces droits et garanties procéduraux et que l'interprétation du Groupe spécial devrait être infirmée.

15. Les Communautés européennes considèrent en outre que l'interprétation donnée par le Groupe spécial du membre de phrase "les présentes procédures de règlement des différends, y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial", figurant à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, est incorrecte. Selon les Communautés européennes, une procédure de groupe spécial est la "procédure de règlement des différends" ordinaire au sens de l'article 21:5. À leur avis, il est manifeste que le membre de phrase "y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial" ne constitue rien d'autre qu'un ajustement de la procédure de groupe spécial ordinaire.

3. Effet de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations

16. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a considéré à tort que, en règle générale, si un Membre impose une suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, la mesure qu'il a adoptée est *ipso facto* compatible avec les règles de l'OMC puisqu'elle a été autorisée par l'ORD. Selon les Communautés européennes, l'autorisation de l'ORD est une condition nécessaire, mais non suffisante, pour mettre en œuvre licitement la suspension de concessions ou d'autres obligations.

B. *Arguments des États-Unis – Intimé*

1. Mesure en cause

17. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a eu raison de constater, d'un point de vue factuel, que la mesure du 3 mars consistait uniquement en l'obligation de déposer une caution majorée et était juridiquement distincte de l'action du 19 avril, qui imposait des droits de douane majorés. Ils soutiennent que cette constatation factuelle n'entre pas dans le champ de l'examen en appel, mais qu'elle est amplement étayée par les éléments de preuve concernant le statut juridique réel de la mesure du 3 mars dans leur législation.

18. Les États-Unis affirment que, le 4 mars 1999, les Communautés européennes ont demandé l'ouverture de consultations au sujet de la mesure du 3 mars. À cette date, les États-Unis n'avaient pas

encore mené l'action du 19 avril. Selon les États-Unis, l'action du 19 avril ne pouvait donc être la mesure indiquée ni dans la demande de consultations, ni dans la demande ultérieure d'établissement d'un groupe spécial. Par conséquent, l'action du 19 avril ne pouvait pas relever du mandat du Groupe spécial.

19. Les États-Unis estiment que, lorsqu'elles font valoir que le droit de l'OMC n'établit aucune distinction entre une majoration des droits "éventuels" exigibles et l'augmentation des droits effectifs exigibles, les Communautés européennes supposent à tort, sans pouvoir se fonder sur la législation ou la réglementation des États-Unis, que la mesure du 3 mars consistait à majorer les droits effectifs et que la seule modification apportée le 19 avril 1999 a été la suppression des droits exigibles déjà imposés. En outre, elles supposent, sans pouvoir se fonder sur la législation ou la réglementation des États-Unis, que l'"exigibilité éventuelle" existe dans la législation des États-Unis.

20. Enfin, les États-Unis font observer qu'ils ont expliqué, devant le Groupe spécial, que l'obligation de déposer une caution majorée imposée le 3 mars 1999 avait été supprimée pour les entrées de marchandises ne devait pas figurer sur la liste du 19 avril 1999 quelques jours après la décision des arbitres du 9 avril 1999, et avait été supprimée le 19 avril 1999 pour tous les produits restants. Ils estiment donc que la déclaration du Groupe spécial selon laquelle la mesure du 3 mars "[a] cessé d'exister" est correcte.

2. Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

21. Les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'était pas tenu d'aborder la question du rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémoire d'accord, et qu'il n'aurait pas dû le faire. Premièrement, ils font observer que les Membres de l'OMC reconnaissent dans l'ensemble la nécessité de clarifier ce rapport. Les États-Unis considèrent que c'est aux Membres de l'OMC qu'il incombe d'apporter cette clarification. Deuxièmement, ils font valoir que le Groupe spécial n'était pas tenu d'aborder la question du rapport entre ces deux articles, car cette question n'est pas soulevée par la mesure en cause, ni par l'analyse faite par le Groupe spécial de la façon dont une violation de l'article 21:5 est établie.

22. Les États-Unis estiment toutefois que, bien qu'il n'ait pas été tenu d'aborder la question du rapport entre l'article 21:5 et l'article 22, et qu'il n'aurait pas dû le faire, le Groupe spécial est finalement parvenu à la conclusion de fond correcte, à savoir qu'un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 peut déterminer la compatibilité d'une mesure de mise en œuvre avec les règles de

l'OMC lorsqu'il détermine le niveau équivalent de la suspension de concessions ou d'autres obligations.

23. Les États-Unis affirment qu'une analyse du texte de l'article 22 étaye la constatation de Groupe spécial. Le texte de l'article 22:2 ne fait référence ni à l'article 21 ni à l'article 23 du Mémoire d'accord. Si les rédacteurs avaient voulu que la suspension de concessions ou d'autres obligations soit subordonnée à l'achèvement d'une autre procédure, ils "n'auraient pas libellé le texte de l'article 22 de façon à ce que tous les délais au titre de l'article 22 courent à compter de l'expiration du "délai raisonnable" pour la mise en œuvre prévu à l'article 21:3 du Mémoire d'accord.¹⁴

24. Les États-Unis estiment que l'article 21:5 n'apporte aucune restriction à l'expression "les présentes procédures de règlement des différends", si ce n'est qu'il prévoit le recours au groupe spécial initial, dans tous les cas où cela sera possible, et fixe une limite maximale de 90 jours pour la procédure. Par conséquent, rien ne justifie l'exclusion d'une quelconque procédure de règlement des différends qui pourrait être utilisée pour déterminer la compatibilité d'une mesure de mise en œuvre avec les règles de l'OMC.

25. Les États-Unis font valoir que si l'article 21:5 exige, comme les Communautés européennes le laissent entendre, que les procédures "ordinaires" de règlement des différends soient appliquées, exception faite de ce qui est expressément prévu à l'article 21:5, cela aboutirait à un résultat absurde, à savoir que le "recours au groupe spécial" au titre de l'article 21:5 devrait être précédé de consultations, ce qui rallongerait le processus de 60 jours. Même sans tenir compte de cette période additionnelle, le délai de 90 jours prévu à l'article 21:5 rendrait inopérante la règle du consensus négatif énoncée à l'article 22:6 et 22:7 du Mémoire d'accord, si l'article 21:5 était interprété comme imposant une procédure distincte au titre de l'article 21:5 avant qu'un Membre de l'OMC puisse invoquer l'article 22.

26. Les États-Unis font valoir que les arguments des Communautés européennes concernant les "droits et garanties procéduraux", c'est-à-dire leurs arguments relatifs à la charge de la preuve, aux prescriptions en matière d'avis et aux droits des tierces parties, sont des arguments d'ordre politique et non juridique. En avançant ces arguments, les Communautés européennes contestent le texte tel qu'il est énoncé et n'expliquent par en quoi le Groupe spécial en donne une interprétation erronée.

¹⁴ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 48.

3. Effet de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations

27. Les États-Unis estiment que la déclaration du Groupe spécial sur ce point, comme d'autres déclarations et conclusions qu'il a formulées au sujet du mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6, était sans rapport avec le différend à l'étude. En conséquence, ils estiment qu'il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial aborde la question de la compatibilité avec les règles de l'OMC des mesures autorisées par l'ORD en vue de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations. Ils font cependant valoir que la décision d'autoriser la suspension de concessions ou d'autres obligations est du seul ressort de l'ORD et que, par conséquent, on ne peut qu'en conclure qu'une suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD est compatible avec les règles de l'OMC.

C. *Allégations d'erreur formulées par les États-Unis – Appelant*

1. Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994

28. Les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la caution majorée imposée est incompatible avec l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a formulé cette constatation en se fondant, non pas sur la conclusion selon laquelle l'obligation de déposer une caution proprement dite était contraire aux obligations en question, mais sur le fait que les droits dont elle pourrait assurer l'application, s'ils étaient imposés, seraient contraires à ces obligations.

29. Les États-Unis font valoir que cette approche est incompatible avec le devoir qu'a le Groupe spécial de fonder son analyse de la compatibilité d'une mesure avec les règles de l'OMC sur la mesure proprement dite et de ne pas attribuer à celle-ci les effets ou violations qu'entraîne une autre mesure. Aux termes de l'article II:1 a), chaque Membre est tenu d'accorder un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qui est prévu dans sa Liste tarifaire. L'article II:1 b), première phrase, prévoit que les produits énumérés dans la Liste d'un Membre ne sont pas soumis "à des droits de douane proprement dits plus élevés que ceux de cette liste", alors que la deuxième phrase prévoit que ces produits ne seront pas soumis "à d'autres droits ou impositions". Dans le différend à l'étude, l'obligation de déposer une caution additionnelle n'imposait pas en soi des droits additionnels même si, comme l'a conclu le Groupe spécial, elle imposait des coûts additionnels.

30. Les États-Unis estiment que les rapports de groupes spéciaux du GATT cités par le Groupe spécial soit n'étaient pas la position du Groupe spécial, soit ne contiennent aucun raisonnement à

l'appui de cette position.¹⁵ Ils font observer que le Groupe spécial a cité une déclaration du Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Article 337*, mais sans tenir compte du contexte de cette déclaration ni de la nature de l'analyse subséquente. De l'avis des États-Unis, l'analyse figurant dans le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *CEE – Prix minimaux à l'importation* ne peut pas être considérée comme étayant la conclusion selon laquelle une violation résultant d'une mesure peut être attribuée aux mesures prises pour mettre celle-ci en œuvre. S'agissant du rapport du Groupe spécial sur l'affaire *CEE – Protéines destinées à l'alimentation des animaux*, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial chargé d'examiner cette affaire n'avance aucun argument convaincant à l'appui de sa conclusion et que le Groupe spécial chargé d'examiner le présent différend n'aurait pas dû s'en inspirer.

2. Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémoire d'accord

a) Article 23:2 a) du Mémoire d'accord

31. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord, à la fois parce que les Communautés européennes n'ont pas demandé une telle constatation ni présenté d'arguments dans ce sens et ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombait d'établir l'existence d'une violation de cette disposition, et parce que le Groupe spécial a fondé sa constatation sur la conclusion erronée selon laquelle une "détermination", au sens de l'article 23:2 a), pouvait être déduite d'autres actions.

32. Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes n'ont pas mentionné l'article 23:2 a) "autrement qu'en passant".¹⁶ À aucun moment, dans leurs déclarations ou leurs communications, les Communautés européennes n'ont demandé au Groupe spécial de formuler une constatation au sujet de l'article 23:2 a). Tout au long de leurs communications, elles ont fait valoir des arguments et exposé des vues uniquement au titre de l'article 23:1 et 23:2 c).

¹⁵ 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, S36/386; rapport du Groupe spécial, *CEE – Mesures appliquées aux protéines destinées à l'alimentation des animaux* ("CEE – Protéines destinées à l'alimentation des animaux"), adopté le 14 mars 1978, IBDD, S25/53; rapport du Groupe spécial, *CEE – Régime concernant les prix minimaux à l'importation, le certificat et le cautionnement pour certains produits transformés à base de fruits et légumes* ("CEE – Prix minimaux à l'importation"), adopté le 18 octobre 1978, IBDD, S25/75.

¹⁶ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 38.

33. De l'avis des États-Unis, le simple fait que les Communautés européennes n'ont pas formulé d'allégation au titre de l'article 23:2 a) est suffisant pour que l'Organe d'appel infirme la constatation du Groupe spécial parce que celui-ci a libéré les Communautés européennes de la charge qui leur incombait dans le présent différend, mais l'Organe d'appel devrait également conclure que la constatation faite par le Groupe spécial au titre de l'article 23:2 a) devrait être rejetée en raison du caractère inadéquat de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes et du préjudice en résultant pour les États-Unis.

34. Les États-Unis estiment que l'Organe d'appel devrait également infirmer la constatation du Groupe spécial parce que celui-ci s'est fondé sur la conclusion erronée selon laquelle une "détermination" au sens de l'article 23:2 a) pouvait être déduite d'autres actions. Ils considèrent que le Groupe spécial a mal interprété le terme "détermination". À leur avis, une "détermination" est une décision formelle prise de façon explicite, à l'issue d'un processus juridique interne, et qui a un certain statut juridique.

b) Article 3:7 du Mémoire d'accord

35. Les États-Unis estiment que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article 3:7 du Mémoire d'accord. Le Groupe spécial a indûment libéré les Communautés européennes de la charge qui leur incombait d'établir l'existence d'une violation de l'article 3:7, parce que les Communautés européennes n'ont pas demandé une telle constatation ni présenté d'arguments dans ce sens. En outre, les États-Unis soutiennent que, même si les Communautés européennes *avaient* fait valoir que la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article 3:7, on ne voit pas bien comment elles auraient pu démontrer l'existence d'une violation, puisque la dernière phrase de l'article 3:7 n'énonce aucune obligation susceptible de ne pas être respectée. Les États-Unis considèrent que la dernière phrase de l'article 3:7 est purement descriptive et n'énonce pas une obligation au titre de laquelle un Membre "engagera" ou "n'engagera pas" une action.

c) Article 21:5 du Mémoire d'accord

36. Les États-Unis estiment que l'Organe d'appel devrait infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure du 3 mars est incompatible avec l'article 21:5 parce que cette constatation est fondée sur une argumentation qui n'a pas été présentée par les Communautés européennes et sur la conclusion erronée du Groupe spécial selon laquelle la mesure du 3 mars est incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord.

D. *Arguments des Communautés européennes – Intimé*

1. Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994

37. Les Communautés européennes pensent comme les États-Unis que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'obligation de déposer une caution majorée était incompatible avec l'article II:1 a) et b), première phrase, simplement parce qu'elle assurait l'application d'une mesure incompatible avec ces dispositions. Les Communautés européennes font observer qu'elles n'ont pas allégué que l'obligation de déposer une caution "en tant que telle" était incompatible avec ces dispositions pour ce motif.

38. Les Communautés européennes estiment que l'erreur dont les États-Unis font appel découle du fait que le Groupe spécial a défini à tort la mesure du 3 mars comme étant une simple majoration de la caution devant être déposée en règle générale. Le Groupe spécial n'a pas reconnu que cette majoration n'était qu'une mesure subsidiaire visant à mettre en œuvre la décision principale prise par les États-Unis le 3 mars 1999, à savoir la majoration "éventuelle" jusqu'à 100 pour cent *ad valorem* des droits de douane applicables aux produits énumérés.

39. Les Communautés européennes affirment que si le Groupe spécial avait défini à bon escient la mesure du 3 mars comme comprenant également cette majoration des droits, il aurait nécessairement abouti à la conclusion que, comme elles l'allèguent, la majoration des droits constitue une violation de l'article II:1 a) et b), première phrase, alors que l'obligation de déposer une caution majorée "en tant que telle" est incompatible avec l'article II:1 b), deuxième phrase, du GATT de 1994.

2. Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémorandum d'accord

a) Article 23:2 a) du Mémorandum d'accord

40. Les Communautés européennes font observer que, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, elles ont cité les articles 3, 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord comme étant les dispositions pour lesquelles elles formulaient des allégations de violation.

41. Les Communautés européennes font observer que les États-Unis ne contestent pas, et ne pourraient pas contester, qu'en l'espèce, elles ont formulé leur allégation de violation de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord de façon suffisamment claire. Selon les Communautés européennes, il y a un lien très étroit qui découle de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord entre l'obligation d'avoir recours aux procédures au titre de l'article 21:5 dans les circonstances propres à la présente affaire, et l'interdiction d'établir des déterminations unilatérales concernant la compatibilité avec les règles de

l'OMC d'une mesure commerciale adoptée en vue de mettre en œuvre une recommandation antérieure de l'ORD.

42. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que l'on pouvait "déduire" une détermination des actions menées par les États-Unis. Elles font observer que, comme l'a déterminé le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, une "détermination" ne constitue une violation au titre de l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord que si elle est établie lorsqu'un Membre cherche à obtenir réparation de ce qu'il perçoit comme une incompatibilité avec les règles de l'OMC qui est le fait d'un autre Membre de l'OMC.¹⁷ Une action visant à imposer une rétorsion commerciale doit donc être considérée comme pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu manquement aux obligations au titre de l'article 23:2 a). Les Communautés européennes estiment que, lorsqu'un Membre de l'OMC conclut qu'un autre Membre de l'OMC a agi de façon incompatible avec ses obligations dans le cadre de l'OMC, et qu'il se fonde sur cette conclusion pour adopter une mesure visant à obtenir réparation de ce qu'il perçoit comme une incompatibilité avec les règles de l'OMC sans suivre les procédures de règlement des différends, cette conclusion constitue une "détermination" prohibée, au sens de l'article 23:2 a), pris conjointement avec l'article 23:1 du Mémoire d'accord.

b) Article 3:7 du Mémoire d'accord

43. Les Communautés européennes font observer que l'article 3:7, dernière phrase, du Mémoire d'accord énonce une obligation de ne pas avoir recours à la suspension de concessions ou d'autres obligations sans l'autorisation de l'ORD. Cette disposition va dans le même sens que l'article 23:2 c) du Mémoire d'accord et les États-Unis ne sauraient faire valoir que les Communautés européennes n'ont pas formulé d'allégation de violation de cette dernière disposition. Une infraction à la prohibition énoncée à l'article 23:2 c) du Mémoire d'accord entraîne nécessairement une infraction à la disposition énoncée à l'article 3:7, dernière phrase, du Mémoire d'accord.

c) Article 21:5 du Mémoire d'accord

44. Les Communautés européennes font observer que, dans les communications écrites et déclarations orales qu'elles ont faites au Groupe spécial, elles ont présenté une allégation et des arguments selon lesquels les États-Unis avaient violé l'article 21:5 du Mémoire d'accord

¹⁷ WT/DS152/R, rapport adopté le 27 janvier 2000.

lorsqu'ils avaient appliqué la mesure en cause et demandé l'autorisation de suspendre des concessions en l'absence d'une constatation selon laquelle les mesures de mise en œuvre prises par les Communautés européennes étaient incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC.

III. Arguments des participants tiers

A. *Dominique et Sainte-Lucie*

1. Mesure en cause

45. La Dominique et Sainte-Lucie estiment que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes semble couvrir suffisamment toutes les mesures qui ont donné effet à la décision des États-Unis d'imposer, à compter du 3 mars 1999, un droit de 100 pour cent exigible de manière rétroactive sur certains produits importés des Communautés européennes.

46. La Dominique et Sainte-Lucie font valoir que des actions ultérieures modifiant la forme juridique, mais confirmant le fond d'une mesure antérieure indiquée dans une demande d'établissement d'un groupe spécial, peuvent relever du mandat d'un groupe spécial. À leur avis, le critère fondamental est celui de la régularité de la procédure, c'est-à-dire qu'il s'agit de savoir si toutes les parties ont été suffisamment informées des allégations formulées. En tant que telles, des actions ultérieures modifiant simplement la forme juridique d'une mesure initiale qui reste en vigueur *sur le fond*, et qui fait l'objet d'une plainte, peuvent relever du mandat d'un groupe spécial.

2. Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

47. La Dominique et Sainte-Lucie estiment que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord constituait une procédure de règlement des différends de l'OMC appropriée pour déterminer la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC, comme le prescrit la première phrase de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

48. Selon la Dominique et Sainte-Lucie, un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 est habilité à déterminer le "niveau de la suspension équivalent au niveau de l'annulation", alors qu'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 est habilité à déterminer la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure de mise en œuvre. Leurs mandats sont distincts, indépendamment du fait que les membres du groupe spécial initial peuvent à la fois siéger au groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 et être désignés comme arbitres au titre de l'article 22:6. La Dominique et Sainte-Lucie

font en outre observer que les conclusions du Groupe spécial soulèvent de graves problèmes systémiques.

B. *Équateur*

49. L'Équateur partage sans réserve l'opinion du Groupe spécial selon laquelle les Membres de l'OMC ne devraient pas mener d'action unilatérale en ce qui concerne le règlement des différends dans le cadre de l'OMC. S'il advient que des Membres de l'OMC ne soient pas d'accord sur la question de savoir s'il y a eu violation des règles de l'OMC, la seule voie de recours consiste à entamer une procédure de règlement des différends au titre du Mémoire d'accord.

50. De l'avis de l'Équateur, le conflit éventuel entre les délais prescrits à l'article 21:5 et ceux qui sont prescrits à l'article 22 ne saurait servir de prétexte pour mener une action unilatérale, de la même façon que ce conflit ne saurait être utilisé pour justifier qu'un Membre "perde ses droits fondamentaux", comme le droit de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations.¹⁸

C. *Inde*

51. L'Inde conteste vivement la constatation du Groupe spécial selon laquelle la compatibilité avec les règles de l'OMC des mesures de mise en œuvre prises par le Membre concerné peut être déterminée par le biais d'une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6. Elle fait observer que les procédures de groupe spécial qui ont été conçues pour examiner et trancher sur le fond les différends concernant les obligations fondamentales des Membres de l'OMC, sont foncièrement différentes des procédures d'arbitrage prévues aux articles 21:3 et 22:6 du Mémoire d'accord. Ces procédures d'arbitrage ont un objectif limité consistant à déterminer, dans le cas de l'article 21:3, le "délai raisonnable" pour la mise en œuvre et, dans le cas de l'article 22:6, le niveau de la suspension de concessions et la question de savoir si les procédures et principes énoncés à l'article 22:3 ont été suivis.

52. L'Inde estime que si une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 pouvait être utilisée pour déterminer la compatibilité de mesures de mise en œuvre, l'article 21:5 du Mémoire d'accord n'aurait plus d'intérêt ni d'effet. Elle fait valoir que si l'interprétation que le Groupe spécial donne des articles 21:5 et 22:6 du Mémoire d'accord était maintenue, l'utilisation et l'intérêt de l'article 21:5 seraient minimes et les Membres de l'OMC pourraient facilement se dispenser des procédures au titre de l'article 21:5 et passer directement à l'article 22:6.

¹⁸ Communication de l'Équateur en tant que participant tiers, paragraphe 3.

D. *Jamaïque*

53. La Jamaïque n'est pas d'accord avec l'interprétation que le Groupe spécial donne du rapport entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémoire d'accord et souscrit aux motifs d'appel des Communautés européennes sur ce point. Elle fait observer que la fonction d'un arbitre désigné au titre de l'article 22:6 se limite à jouer un rôle spécifique dans une circonstance particulière, à savoir déterminer le caractère approprié du niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations.

54. La Jamaïque estime qu'un nouveau différend au sujet de la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC doit être réglé suivant "les présentes procédures de règlement des différends", comme prévu à l'article 21:5 du Mémoire d'accord. À son avis, "les présentes procédures de règlement des différends" sont les procédures de bons offices, de conciliation et de médiation prévues à l'article 5 du Mémoire d'accord. La Jamaïque soutient que les "présentes procédures de règlement des différends" sont également les procédures ordinaires de groupe spécial, avec possibilité d'appel devant l'Organe d'appel. Elle demande que l'Organe d'appel constate que la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord joue un rôle spécifique et limité qui ne confère aucun pouvoir de déterminer la compatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises pour donner suite aux recommandations et décisions de l'ORD.

E. *Japon*

1. Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

55. Le Japon appuie les Communautés européennes lorsqu'elles font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC peut être déterminée dans le cadre de procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Il estime que les procédures au titre de l'article 21:5 et de l'article 22:6 ont des rôles entièrement différents et sont régies par des prescriptions procédurales distinctes. De l'avis du Japon, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de la distinction entre les procédures au titre de l'article 21:5 et celles au titre de l'article 22:6, faisant ainsi abstraction de la structure prévue du processus de règlement des différends.

2. Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994

56. Le Japon n'appuie pas les États-Unis lorsqu'ils font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'obligation de déposer une caution imposée par les États-Unis le 3 mars 1999 constituait une violation de l'article II:1 a) et II:1 b) du GATT de 1994. Il considère qu'une obligation

de déposer une caution fait partie intégrante du processus de perception des droits et ne devrait donc pas être considérée de façon séparée et distincte de l'imposition du droit lui-même. Par conséquent, il approuve la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'imposition par les États-Unis de l'obligation de déposer une caution majorée constituait une violation de l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.

3. Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémorandum d'accord

57. Le Japon n'appuie pas l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article 3:7 du Mémorandum d'accord parce que cette disposition n'énonçait pas une obligation susceptible de ne pas être respectée. Il considère que, comme l'article 23:2 c), l'article 3:7 indique que les Membres de l'OMC n'ont le droit de suspendre des concessions sur une base discriminatoire que si l'ORD les y autorise. Il estime qu'étant donné que la mesure du 3 mars constituait une suspension de concessions ou d'autres obligations effectuée sans l'autorisation de l'ORD, les États-Unis ont agi de façon incompatible avec l'article 3:7.

IV. Questions soulevées dans le présent appel

58. Le Groupe spécial a constaté que, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles I^{er} et II:1 a) et b) du GATT de 1994 ainsi que des articles 3:7, 21:5, 22:6, 23:1, 23:2 a) et 23:2 c) du Mémorandum d'accord.¹⁹ Les États-Unis font appel des constatations du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec les articles II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994, et les articles 3:7, 21:5 et 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Ils ne font pas appel des constatations du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec les articles I^{er} et II:1 b), deuxième phrase, du GATT de 1994, et les articles 22:6, 23:1 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord. À notre avis, en conséquence, les États-Unis ont accepté les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles, en adoptant la mesure du 3 mars, ils avaient agi de manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles I^{er} et II:1 b), deuxième phrase, du GATT de 1994, et avec l'obligation énoncée à l'article 23 du Mémorandum d'accord de ne pas mener une action unilatérale pour obtenir réparation de ce qui est perçu comme des manquements aux obligations dans le cadre de l'OMC de la part d'autres Membres de l'OMC. À notre avis, il se pourrait bien que l'aspect le plus important de la présente affaire soit les conclusions du Groupe spécial, dont il

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1.

n'a pas été fait appel, concernant le fait que les États-Unis n'ont pas respecté la prescription juridique énoncée à l'article 23:1 du Mémorandum d'accord²⁰, qui dispose ce qui suit:

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.

59. Les questions suivantes sont soulevées dans le présent appel, à savoir:

- a) Si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure en cause dans le présent différend était la mesure du 3 mars, à savoir la "caution majorée imposée à compter du 3 mars sur les produits énumérés des CE", que cette mesure avait cessé d'exister, que l'action du 19 avril était juridiquement distincte de la mesure du 3 mars et que l'action du 19 avril ne relevait pas du mandat du Groupe spécial;
- b) Si le Groupe spécial a fait erreur en déclarant que la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure prise par un Membre pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD pouvait être déterminée par des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord;
- c) Si le Groupe spécial a fait erreur en déclarant ce qui suit: "[l]orsqu'un Membre donne effet à la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, la mesure de ce Membre est compatible avec les règles de l'OMC (elle a été expressément autorisée par l'ORD)"²¹;
- d) Si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'obligation de déposer une caution majorée imposée par la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994; et
- e) Si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémorandum d'accord.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.34, 6.87 et 7.1 a) et d).

²¹ *Ibid.*, paragraphe 6.112.

V. Mesure en cause

60. Le Groupe spécial a constaté que la mesure en cause dans le présent différend était la "caution majorée à déposer à compter du 3 mars pour les importations énumérées en provenance des CE"²² et l'a appelée la mesure du 3 mars. Il a constaté que cette mesure "[avait] cessé d'exister".²³ Il a également constaté que l'action du 19 avril, c'est-à-dire l'imposition de droits de 100 pour cent sur certains produits désignés importés des Communautés européennes, était une mesure juridiquement distincte de la mesure du 3 mars, et que l'action du 19 avril ne relevait donc pas de son mandat.²⁴ Les Communautés européennes font appel de ces constatations du Groupe spécial.

61. Le Groupe spécial a été établi par l'ORD le 16 juin 1999.²⁵ Conformément à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, il était doté du mandat type suivant:

Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS165/8, 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.²⁶

62. S'agissant de la mesure en cause dans le présent différend, nous notons que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes mentionne:

... la décision prise par les États-Unis de suspendre, à compter du 3 mars 1999, la liquidation des déclarations en douane pour les importations, en provenance des CE, d'une liste de produits d'une valeur globale de 520 millions de dollars sur une base annuelle, et d'imposer l'exigibilité éventuelle de droits de 100 pour cent sur chaque importation de produits affectés à compter de cette date (annexe 1). Cette mesure inclut des dispositions administratives qui prévoient, entre autres choses, le dépôt d'une caution correspondant au montant total éventuellement exigible.

Cette mesure a privé les importations américaines des produits en question en provenance des CE du droit de se voir appliquer un taux de droit qui n'était pas plus élevé que le taux consolidé figurant dans la Liste des États-Unis. En outre, en exigeant le dépôt d'une caution, l'Administration des douanes des États-Unis a déjà en réalité imposé

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.21.

²³ *Ibid*, paragraphe 7.1.

²⁴ *Ibid*, paragraphes 6.89 et 6.128.

²⁵ WT/DS165/9, 18 octobre 1999 et WT/DS165/9/Corr.1, 5 novembre 1999.

²⁶ *Ibid*.

sur chaque importation, à compter du 3 mars 1999, des droits de 100 pour cent, dont la restitution était incertaine et dépendait de décisions futures des États-Unis. ...²⁷ (pas d'italique dans l'original)

63. S'agissant de ces "décisions futures des États-Unis", les Communautés européennes, indiquaient ce qui suit, dans la demande d'établissement d'un groupe spécial:

Lorsque, le 19 avril 1999, les États-Unis ont reçu l'autorisation de l'OMC de suspendre, à compter de cette date, des concessions pour des importations de produits en provenance des CE d'une valeur annuelle de 191,4 millions de dollars seulement, une liste de produits plus limitée a été établie à partir de la précédente (annexe 2). Dans le même temps et malgré le caractère prospectif de l'autorisation de l'OMC, les États-Unis ont confirmé l'exigibilité de droits de 100 pour cent sur les produits de la liste figurant à l'annexe 2 qui avaient été admis sur le territoire des États-Unis à des fins de consommation, avec effet au 3 mars 1999.²⁸

64. La "décision prise par les États-Unis [avec effet] à compter du 3 mars 1999", dont il est fait mention dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, figure dans une note, datée du 4 mars 1999 et adressée par M. Philip Metzger, Directeur du Service de surveillance du commerce de l'Administration des douanes des États-Unis aux directeurs de territoires douaniers et de ports et aux directeurs CMC, concernant les "sanctions européennes" (la "note Metzger")²⁹, telle qu'elle a été précisée par une note datée du 16 mars 1999.³⁰ La note Metzger disposait ce qui suit:

Pour toutes les marchandises pouvant être classées dans les sous-positions du tarif douanier harmonisé (TDH) énumérées ci-après, entrées, ou retirées d'entrepôt, pour mise à la consommation, le 3 mars 1999 ou après cette date, et produites dans les pays désignés, les directeurs de territoires douaniers et de ports doivent exiger une caution pour transaction unique correspondant à la valeur déclarée de la marchandise. La seule exception à cette exigence, laissée à l'appréciation du directeur de port, est que l'importateur officiel peut utiliser une caution permanente égale à 10 pour cent de la valeur déclarée totale de la marchandise visée importée par l'importateur pendant l'année précédente. Les ports devraient traiter immédiatement les cautions permanentes majorées.

²⁷ WT/DS165/8, 11 mai 1999.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.29.

³⁰ *Ibid.*, paragraphe 6.30. Cette note, intitulée "Précisions concernant la caution imposée dans le cadre des sanctions européennes", a également été envoyée par M. Philip Metzger aux directeurs de territoires douaniers et de ports et aux directeurs CMC.

Aucune déclaration ne pourra être liquidée avant le 314^{ème} jour, ce qui assure la suspension de la liquidation des déclarations demandée par l'USTR. ...³¹

65. Il ressort de la note Metzger que la "décision prise par les États-Unis [avec effet] à compter du 3 mars 1999", dont il est fait mention dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, concernait une modification de la caution à déposer et la suspension de la liquidation pour les importations de certains produits en provenance des Communautés européennes.

66. S'agissant de la suspension de la liquidation, la note Metzger donnait pour instruction aux autorités douanières des États-Unis de suspendre la liquidation jusqu'au 314^{ème} jour au moins après l'entrée des produits désignés. Les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial que c'était déjà, en fait, la pratique habituelle de l'Administration des douanes et que cela ne constituait donc pas un changement de traitement.³² Le Groupe spécial n'a pas considéré que la suspension de la liquidation faisait partie de la mesure en cause dans le présent différend.³³

67. S'agissant de la modification de la caution à déposer, la note Metzger, telle qu'elle a été précisée par la note datée du 16 mars 1999, donnait pour instruction aux autorités douanières des États-Unis de modifier la caution à déposer pour certains produits désignés importés des Communautés européennes. Les autorités douanières avaient pour instruction d'exiger une *caution pour transaction unique* correspondant à la valeur déclarée des produits d'importation désignés ou d'ajouter à la *caution permanente* un montant correspondant à 10 pour cent de la valeur déclarée des produits désignés importés par un importateur pendant l'année précédente.³⁴ Le Groupe spécial a constaté que la modification concernant les cautions permanentes entraînait une *majoration* de la caution à déposer.³⁵ C'est cet aspect de la "décision prise par les États-Unis [avec effet] à compter du 3 mars 1999" qui est contesté en l'espèce. Le Groupe spécial a donc constaté que "[l]a mesure en

³¹ La note datée du 16 mars 1999, qui précisait la note Metzger, disposait ce qui suit:

Si l'importateur déclaré présente, au moment de l'entrée (dédouanement), un document attestant qu'il a revu sa caution permanente et y a ajouté un montant correspondant à 10 pour cent de la valeur déclarée totale de la marchandise faisant actuellement l'objet des sanctions importée par lui l'année précédente, le directeur de port acceptera la caution permanente.

³² Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 34, et réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial et des parties (13 janvier 2000), paragraphe 11. Les Communautés européennes n'ont pas contesté cette assertion.

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.21.

³⁴ *Ibid.*, paragraphes 2.24-2.25 et 6.29-6.30.

³⁵ *Ibid.*, paragraphe 6.51. Le Groupe spécial a noté que la modification concernant les cautions pour transaction unique n'entraînait pas une majoration de la caution à déposer.

cause dans le présent différend [était] la caution majorée à déposer à compter du 3 mars pour les importations énumérées en provenance des CE".³⁶

68. Étant donné que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes mentionne la "décision prise par les États-Unis [avec effet] à compter du 3 mars 1999" comme étant la mesure en cause et que l'aspect contesté de cette décision est la majoration de la caution à déposer, nous souscrivons à la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause dans le présent différend est la mesure du 3 mars qui est la "caution majorée à déposer" qui a été imposée à la suite de la note Metzger pour des produits désignés importés des Communautés européennes.

69. Nous notons que, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les Communautés européennes, après avoir décrit la "décision prise par les États-Unis [avec effet] à compter du 3 mars 1999" au sujet de laquelle l'établissement d'un groupe spécial était demandé, mentionnent le fait que, après cette "décision prise par les États-Unis", les États-Unis ont reçu le 19 avril 1999 l'autorisation de l'OMC de suspendre des concessions et, dans le même temps, "ont confirmé l'exigibilité de droits de 100 pour cent sur les produits de la liste figurant à l'annexe 2 qui avaient été admis sur le territoire des États-Unis à des fins de consommation, avec effet au 3 mars 1999".³⁷ Il est indéniable que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes mentionne l'action du 19 avril. Il ne nous est pourtant pas possible de conclure sur la base de cette seule *mention* que la mesure en cause dans le présent différend est non seulement la mesure du 3 mars, mais aussi l'action du 19 avril. En conséquence, il ne nous est pas possible de conclure, sur cette *seule* base, que l'action du 19 avril relève du mandat du Groupe spécial.

70. En outre, nous notons que dans notre rapport sur l'affaire *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, nous avons dit ce qui suit:

[l]es articles 4 et 6 du Mémoire d'accord ... définissent un processus selon lequel une partie plaignante doit demander des consultations, et des consultations doivent avoir lieu, avant qu'une question puisse être portée devant l'ORD en vue de l'établissement d'un groupe spécial.³⁸

La demande de consultations du 4 mars 1999 présentée par les Communautés européennes ne mentionnait naturellement pas l'action menée par les États-Unis le 19 avril 1999, parce que cette

³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.21.

³⁷ WT/DS165/8, 11 mai 1999.

³⁸ WT/DS46/AB/R, rapport adopté le 20 août 1999, paragraphe 131.

action n'avait alors pas encore été menée. À l'audience tenue dans le cadre du présent appel, répondant à des questions de la Section, les Communautés européennes ont reconnu que l'action du 19 avril, *en tant que telle*, n'était pas *formellement* l'objet des consultations tenues le 21 avril 1999. Nous considérons en conséquence que, pour cette raison, l'action du 19 avril n'est pas non plus une mesure en cause dans le présent différend et ne relève pas du mandat du Groupe spécial.

71. Nous notons que les Communautés européennes ont soutenu, devant le Groupe spécial aussi bien que devant nous, que la mesure du 3 mars, en fait, comprenait non seulement une majoration de la caution à déposer, mais aussi l'imposition d'une exigibilité "éventuelle" de droits de 100 pour cent sur une liste spécifique de produits importés des Communautés européennes.³⁹ Les Communautés européennes font valoir que l'action du 19 avril, qui prévoit l'imposition de droits de 100 pour cent sur une liste réduite de produits importés des Communautés européennes, n'est pas juridiquement distincte de la mesure du 3 mars, mais est plutôt une "confirmation" de la mesure du 3 mars.⁴⁰ Elles estiment que la majoration de la caution à déposer opérée le 3 mars 1999 est inextricablement liée à l'imposition de droits de 100 pour cent le 19 avril 1999. Selon les Communautés européennes, la mesure du 3 mars "est la mesure fondamentale par laquelle les États-Unis ont imposé des sanctions à l'égard des importations en provenance des CE ... alors que l'action du 19 avril est simplement en partie la confirmation, en partie un retrait d'une mesure préexistante".⁴¹ Selon les Communautés européennes, "[l]a situation juridique n'a pas changé" pour les produits en provenance des Communautés européennes qui ont été maintenus sur la deuxième liste "par la *confirmation du 19 avril 1999* de l'exigibilité de droits majorés pour ces produits".⁴² (pas d'italique dans l'original)

72. L'action menée par les autorités douanières des États-Unis à compter du 3 mars 1999 est exposée dans la note Metzger.⁴³ L'action menée par les États-Unis le 19 avril 1999 est décrite dans l'avis du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales intitulé "Suspension de concessions tarifaires par les États-Unis", daté du 19 avril 1999 et publié dans le Federal Register (l'"avis de l'USTR").⁴⁴ L'avis de l'USTR indiquait ce qui suit:

³⁹ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 17. Cette liste de produits figure dans la note Metzger.

⁴⁰ La liste de produits du 19 avril 1999 figure dans l'avis de l'USTR daté du 19 avril 1999. La liste de portée réduite résultait de la décision des arbitres, distribuée le 9 avril 1999, selon laquelle le niveau approprié de la suspension de concessions ou d'autres obligations était de 191,4 millions de dollars et non 520 millions de dollars, niveau proposé par les États-Unis.

⁴¹ Communication des Communautés européennes en tant qu'appelant, paragraphe 38.

⁴² *Ibid.*, paragraphe 26.

⁴³ Voir, plus haut, les paragraphes 64 et 65.

⁴⁴ 64 Fed. Reg. 19209 (1999).

Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales (USTR) a décidé de suspendre l'application de concessions tarifaires et d'imposer un taux de droit *ad valorem* de 100 pour cent sur les articles désignés dans l'annexe au présent avis ...

L'USTR a déterminé que, à compter du 19 avril 1999, un taux de droit *ad valorem* de 100 pour cent sera appliqué aux articles désignés dans l'annexe au présent avis ... et qui sont entrés ... le 3 mars 1999 ou après cette date.

73. Il est incontestable que la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril sont des actions du gouvernement des États-Unis liées entre elles dans la mesure où l'une et l'autre ont été menées par les États-Unis pour obtenir réparation de ce qu'ils considéraient comme le manquement des Communautés européennes à leur obligation de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD concernant le différend *Communautés européennes – Bananes*. Nous notons que le communiqué de presse officiel de l'USTR du 3 mars 1999 annonçant la mesure du 3 mars et la lettre adressée par M. Peter Scher, négociateur commercial spécial de l'USTR pour l'agriculture à M. Raymond W. Kelly, Directeur de l'Administration des douanes des États-Unis, datée du 3 mars 1999, indiquaient, respectivement, que la mesure du 3 mars "[imposait] l'exigibilité éventuelle de droits de 100 pour cent" et que la mesure du 3 mars visait "à préserver [le] droit [des États-Unis] d'imposer des droits de 100 pour cent à compter du 3 mars, en attendant la publication de la décision administrative des arbitres".⁴⁵ Toutefois, ces déclarations et d'autres déclarations faites par des fonctionnaires du Bureau de l'USTR ne nous permettent pas, en elles-mêmes et à elles seules, de conclure que la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril ne sont pas des mesures juridiquement distinctes. Afin de déterminer le rapport juridique entre ces deux mesures, nous devons examiner, sur la base des constatations factuelles du Groupe spécial, ce que les États-Unis ont effectivement *fait* le 3 mars 1999 et le 19 avril 1999, indépendamment de la façon dont les États-Unis ont décrit leurs actions lorsqu'ils les ont rendues publiques.

74. Comme il est indiqué plus haut, ce que les États-Unis ont *fait* le 3 mars 1999 est exposé dans la note Metzger; ce qu'ils ont *fait* le 19 avril 1999 est décrit dans l'avis de l'USTR intitulé "Suspension de concessions tarifaires par les États-Unis". Il ressort clairement de la note Metzger et de l'avis de l'USTR qu'il y a un certain nombre de différences entre la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril. La plus importante de ces différences est que la mesure du 3 mars prévoit une *majoration de la caution à déposer* pour certains produits désignés importés des Communautés européennes, alors que l'action du 19 avril prévoit l'*imposition de droits de 100 pour cent* sur une partie, mais pas la

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.23.

totalité, des produits désignés qui faisaient auparavant l'objet de la majoration de la caution à déposer.⁴⁶

75. En outre, la mesure du 3 mars était une mesure prise par l'Administration des douanes des États-Unis et, comme il est dit explicitement dans la note Metzger, une mesure prise sur la base de l'article 113.13 du Code des règlements fédéraux (le "CFR"), volume 19. Le pouvoir conféré à l'Administration des douanes des États-Unis au titre de cette disposition du CFR ne comprend pas le pouvoir de majorer les droits de douane. Par contre, la décision du 19 avril 1999 d'imposer des droits de 100 pour cent sur certains produits désignés importés des Communautés européennes était une action menée par l'USTR et, comme il est dit explicitement dans l'avis de l'USTR daté du 19 avril 1999⁴⁷, une action menée en vertu du pouvoir conféré à l'USTR au titre de l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur.⁴⁸ Cet élément à lui seul ne fait pas nécessairement de la mesure du 3 mars et de l'action du 19 avril des mesures différentes et juridiquement distinctes. Il est tout à fait possible que plus d'un organisme gouvernemental soit impliqué dans la prise d'une seule décision. Toutefois, à notre avis, dans la présente affaire, le fait que deux organismes différents du gouvernement des États-Unis ont agi de manière différente à deux occasions différentes, et en vertu de deux pouvoirs juridiques clairement différents, tend à renforcer l'idée que la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril étaient deux mesures différentes et juridiquement distinctes.

76. En outre, et ce point est plus important, nous notons que rien dans la mesure du 3 mars n'exigeait de quelque manière que ce soit que les États-Unis imposent des droits de 100 pour cent le 19 avril 1999. Cette mesure a été prise conformément à l'article 113.13 du CFR. Nous notons qu'il n'y a rien dans cette réglementation particulière qui exige qu'une caution majorée soit accompagnée de droits de douane majorés. L'article 113.13 ne permet pas non plus aux autorités douanières de majorer les droits de douane, indépendamment du point de savoir si la caution à déposer est majorée ou non.

77. Nous notons également que la mesure du 3 mars n'était en aucune manière une condition préalable à l'imposition de droits de 100 pour cent le 19 avril 1999. L'action du 19 avril a été menée par l'USTR en vertu du pouvoir conféré par l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur. Nous notons qu'il n'y a rien dans l'article 301 qui exige de quelque manière que ce soit qu'une majoration des droits de douane soit précédée ou accompagnée d'une modification quelconque de la

⁴⁶ S'agissant de la différence, en ce qui concerne les produits visés, entre la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril, voir *supra*, les notes 39 et 40 du présent rapport.

⁴⁷ 64 Fed. Reg. 19210 (1999).

⁴⁸ 19 U.S.C. § 2411.

caution à déposer. En outre, nous jugeons important qu'il n'y ait pas de corrélation perceptible entre le montant de la majoration de la caution à déposer mise en œuvre le 3 mars 1999 et les droits de douane de 100 pour cent prévus par l'action du 19 avril 1999. La majoration de la caution à déposer mise en œuvre le 3 mars 1999 n'a pas été calculée sur la base de l'imposition de droits de douane de 100 pour cent, mais a été fixée à un montant correspondant à 10 pour cent de la valeur déclarée des produits désignés l'année précédente.⁴⁹ Tout ceci, à notre avis, renforce le caractère juridique distinct de ce que les États-Unis ont fait le 3 mars et de ce qu'ils ont fait le 19 avril 1999.

78. Les Communautés européennes ont souligné - et nous en sommes conscients - que, lorsque les États-Unis ont décidé le 19 avril 1999 d'imposer des droits de 100 pour cent sur certains produits désignés en provenance des Communautés européennes, cette décision s'appliquait *de manière rétroactive* aux produits désignés importés le 3 mars 1999 ou après cette date. Toutefois, cette application rétroactive des droits à compter du 3 mars 1999 ne signifie pas que les États-Unis avaient déjà décidé, en droit, le 3 mars 1999, d'imposer des droits de 100 pour cent. Comme nous venons de l'expliquer, en vertu de l'article 301 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur, les États-Unis auraient pu tout aussi facilement imposer les droits majorés de manière rétroactive au 3 mars 1999 sans avoir majoré le 3 mars 1999 la caution à déposer. Ainsi, à la différence des Communautés européennes, nous ne considérons pas que cet élément de rétroactivité conduise nécessairement à la conclusion que la mesure du 3 mars et l'action du 19 avril sont une seule et même chose.

79. Ce point de vue est renforcé par le fait que, comme les États-Unis l'ont indiqué au Groupe spécial:

... l'obligation de déposer une caution majorée imposée le 3 mars a été supprimée pour les entrées de marchandises ne devant pas figurer sur la liste du 19 avril quelques jours après la présentation, le 6 avril, du rapport des arbitres désignés au titre de l'article 22:6, et a été supprimée le 19 avril pour tous les produits restants.⁵⁰

Ainsi, à compter du 19 avril 1999, les importations des produits en provenance des Communautés européennes sur lesquelles des droits de 100 pour cent sont imposés ont été à nouveau soumises à la caution normale exigée par les États-Unis.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.47.

⁵⁰ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 23, renvoyant à la deuxième communication écrite des États-Unis, paragraphe 11, et aux réponses des États-Unis aux questions du Groupe spécial (8 février 2000), paragraphe 21.

80. Dans la section du rapport du Groupe spécial intitulée "Conclusions et recommandations", le Groupe spécial, d'une part, a constaté que "la mesure du 3 mars [avait] cessé d'exister"⁵¹ et, d'autre part, a recommandé "que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis de mettre leurs mesures en conformité avec leurs obligations au titre de l'Accord sur l'OMC".⁵² Nous notons que les Communautés européennes font appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la mesure du 3 mars [a] cessé d'exister". Comme nous l'avons indiqué, les Communautés européennes soutiennent que la mesure du 3 mars comprend l'imposition des droits de 100 pour cent actuellement appliqués à certains produits désignés importés des Communautés européennes. Pour les raisons que nous avons exposées, nous ne partageons pas cet avis.

81. Nous notons, toutefois, qu'il y a une incompatibilité évidente entre la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la mesure du 3 mars [a] cessé d'exister" et la recommandation qu'il formule ensuite visant à ce que l'ORD demande aux États-Unis de mettre leur mesure du 3 mars en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Le Groupe spécial a fait erreur en recommandant que l'ORD demande aux États-Unis de mettre en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC une mesure dont le Groupe spécial avait constaté qu'elle avait cessé d'exister.

82. Pour toutes ces raisons, nous concluons que le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure en cause dans le présent différend était la mesure du 3 mars, à savoir la "caution majorée à déposer à compter du 3 mars pour les importations énumérées en provenance des CE"⁵³, que cette mesure avait cessé d'exister, que l'action du 19 avril était une mesure juridiquement distincte de la mesure du 3 mars, et que l'action du 19 avril ne relevait pas du mandat du Groupe spécial.

VI. Mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord

83. Aux paragraphes 6.121 à 6.126 de son rapport, le Groupe spécial a déclaré, entre autres choses, ce qui suit:

... Nous considérons que la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22 peut constituer une procédure de règlement des différends de l'OMC valable pour procéder à l'évaluation dans le cadre de l'OMC prescrite par la première phrase de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. ... [L'article 22:7 du Mémorandum d'accord] donne au groupe spécial d'arbitrage le mandat et le pouvoir d'évaluer la compatibilité de la mesure de mise en œuvre avec les règles de l'OMC. Puisqu'en vertu de l'article 22:6 l'arbitre est habilité à

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.1.

⁵² *Ibid.*, paragraphe 7.3.

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 6.21.

déterminer "un niveau de suspension équivalant au niveau de l'annulation", il est habilité à évaluer les deux variables de l'équation.⁵⁴

... Étant donné que la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 habilite à déterminer "un niveau de suspension équivalant au niveau de l'annulation", elle habilite aussi à évaluer les deux variables de l'équation, y compris le point de savoir si la mesure de mise en œuvre annule des avantages et le niveau de ces avantages annulés.⁵⁵

...

... nous considérons que la détermination de la compatibilité avec les règles de l'OMC prescrite par la première phrase de l'article 21:5 peut être faite par le groupe spécial initial ou d'autres personnes dans le cadre de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6-7. ...⁵⁶

84. Les Communautés européennes font appel de ces déclarations du Groupe spécial. Selon les Communautés européennes, la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure prise par un Membre pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD ne peut pas être déterminée par des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.

85. À notre avis, la question qui se pose au sujet des déclarations du Groupe spécial concernant le mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 est la suivante: la question du mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord était-elle de quelque manière que ce soit pertinente pour la détermination du Groupe spécial concernant les allégations relatives à la mesure en cause dans le présent différend?

86. La chronologie des événements qui constitue l'arrière-plan du présent différend présente de l'intérêt pour résoudre cette question. Le 2 février 1999, dans l'affaire *Communautés européennes - Bananes*, les États-Unis ont demandé à l'ORD l'autorisation de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations à l'égard des Communautés européennes conformément à l'article 22:2 du Mémoire d'accord. Le même jour, les Communautés européennes ont demandé, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, un arbitrage sur le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée par les États-Unis. Les arbitres n'ont pas été en mesure de remettre leur décision le 2 mars 1999, qui était la date limite pour la distribution de leur décision, conformément au délai de 60 jours prévu à l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Le jour suivant, les États-Unis ont pris la mesure du 3 mars "à titre de mesure de rétorsion" en vue d'obtenir

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.121.

⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 6.122.

⁵⁶ *Ibid.*, paragraphe 6.126.

réparation "pour ce qu'ils considéraient comme une violation des règles de l'OMC par les Communautés européennes".⁵⁷ Les arbitres ont distribué leur décision le 9 avril 1999. Le 19 avril 1999, les États-Unis ont demandé, et reçu, l'autorisation de l'ORD de suspendre l'application de concessions ou d'autres obligations pour le montant déterminé par les arbitres. Suite à cette autorisation, les États-Unis ont mené l'action du 19 avril.

87. Cette chronologie des événements n'est pas contestée par les parties. En particulier, il n'est pas contesté que les États-Unis ont pris la mesure du 3 mars *avant* que les arbitres désignés au titre de l'article 22:6 aient remis leur décision. Ainsi, la question de savoir s'il était du ressort des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 de déterminer la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC ne présentait pas et n'aurait pas pu présenter de l'intérêt pour la détermination du Groupe spécial concernant les allégations relatives à la mesure du 3 mars. Cette question ne pouvait présenter de l'intérêt que pour les allégations relatives à l'action du 19 avril, mesure prise *après* la décision des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 et l'autorisation accordée ensuite par l'ORD sur la base de cette décision.

88. Toutefois, comme nous l'avons déjà conclu, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure en cause dans le présent différend était la mesure du 3 mars et que l'action du 19 avril ne relevait pas de son mandat.

89. Ayant constaté que la mesure du 3 mars était la mesure en cause dans le présent différend et que l'action du 19 avril sortait du champ de son mandat, le Groupe spécial aurait dû limiter son raisonnement aux questions qui présentaient de l'intérêt et étaient pertinentes pour la mesure du 3 mars. En faisant des déclarations sur une question qui ne présentait de l'intérêt que pour l'action du 19 avril, le Groupe spécial n'a pas suivi la logique de sa *propre* constatation concernant la mesure en cause dans le présent différend et a donc agi de manière incompatible avec cette constatation. En conséquence, le Groupe spécial a fait à tort des déclarations qui se rapportent à une mesure dont il avait *lui-même* auparavant déterminé qu'elle sortait du champ de son mandat.

90. Pour ces raisons, nous concluons que le Groupe spécial a commis une erreur en faisant les déclarations figurant aux paragraphes 6.121 à 6.126 de son rapport concernant le mandat des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord. En conséquence, ces déclarations du Groupe spécial n'ont pas d'effet juridique.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.33 et 6.34.

91. En arrivant à cette conclusion, nous sommes conscients du problème systémique important que pose le rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémorandum d'accord. Comme les États-Unis l'ont fait observer à juste titre dans leur communication en tant qu'intimé, les termes des articles 21:5 et 22 ne sont pas un "modèle de clarté" et le rapport entre ces deux dispositions du Mémorandum d'accord a fait l'objet de débats approfondis et nombreux entre les Membres de l'OMC.⁵⁸ Nous notons que le 10 octobre 2000, onze Membres de l'OMC ont présenté au Conseil général une proposition visant à modifier, entre autres, les articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord.⁵⁹

92. En notant cela, nous faisons observer que ce n'est certainement pas le rôle ni des groupes spéciaux ni de l'Organe d'appel de modifier le Mémorandum d'accord ou d'adopter des interprétations au sens de l'article IX:2 de l'*Accord sur l'OMC*. Seuls les Membres de l'OMC ont le pouvoir de modifier le Mémorandum d'accord ou d'adopter de telles interprétations. Conformément à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, le rôle des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel dans le système de règlement des différends de l'OMC est "de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de *clarifier les dispositions existantes* de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public". (pas d'italique dans l'original) Déterminer ce que devraient être les règles et procédures du Mémorandum d'accord ne relève pas de notre responsabilité ni de celle des groupes spéciaux; cela relève clairement de la seule responsabilité des Membres de l'OMC.

VII. Effet de l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations

93. Les Communautés européennes font appel de la déclaration suivante du Groupe spécial:

Lorsqu'un Membre donne effet à la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, la mesure de ce Membre est compatible avec les règles de l'OMC (elle a été expressément autorisée par l'ORD).⁶⁰

94. Les Communautés européennes font valoir que cette déclaration est incorrecte et devrait être infirmée. Selon les Communautés européennes, l'autorisation accordée par l'ORD de suspendre des concessions ou d'autres obligations n'a pas automatiquement et irréfutablement pour effet de rendre compatible avec les règles de l'OMC une mesure suspendant l'application de concessions ou d'autres obligations. Les Communautés européennes font valoir que l'autorisation de l'ORD est une condition

⁵⁸ Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 39 et note de bas de page 85.

⁵⁹ WT/GC/W/410.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.112.

nécessaire, mais pas suffisante, pour mettre en œuvre licitement une suspension de concessions ou d'autres obligations.

95. Nous notons que les allégations soumises au Groupe spécial, en ce qui concerne la mesure du 3 mars, consistaient à dire que les États-Unis avaient suspendu l'application de concessions ou d'autres obligations *sans* l'autorisation de l'ORD. Le Groupe spécial était donc saisi de la question de l'*absence* d'autorisation de l'ORD.

96. La déclaration du Groupe spécial concerne l'effet de l'autorisation de l'ORD, *une fois accordée*. Dans le contexte du présent différend, la question de l'effet de l'autorisation de l'ORD, *une fois accordée*, ne pourrait se poser qu'au sujet de l'action du 19 avril, qui est une mesure prise pour suspendre des concessions *après* que les États-Unis eurent *reçu* l'autorisation de l'ORD. Toutefois, comme nous l'avons déjà établi, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la mesure en cause dans le présent différend était la mesure du 3 mars et que l'action du 19 avril ne relevait pas de son mandat. Ayant constaté que la mesure du 3 mars était la mesure en cause dans le présent différend et que l'action du 19 avril sortait du champ de son mandat, le Groupe spécial aurait dû se limiter aux questions qui présentaient de l'intérêt et étaient pertinentes pour la mesure du 3 mars. En faisant une déclaration sur une question qui ne présentait de l'intérêt que pour l'action du 19 avril, le Groupe spécial a agi de manière incompatible avec sa *propre* constatation concernant la mesure en cause dans le présent différend. Le Groupe spécial a fait à tort une déclaration se rapportant à une mesure dont il avait *lui-même* déterminé auparavant qu'elle sortait du champ de son mandat.

97. Pour ces raisons, nous considérons que le Groupe spécial a fait erreur en déclarant ce qui suit: "[l]orsqu'un Membre donne effet à la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, la mesure de ce Membre est compatible avec les règles de l'OMC (elle a été expressément autorisée par l'ORD)".⁶¹ En conséquence, cette déclaration du Groupe spécial n'a pas d'effet juridique.

VIII. Article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994

98. Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

... la caution majorée imposée par la mesure du 3 mars, parce qu'elle établissait un traitement moins favorable que celui qui est prévu dans les Listes des États-Unis, constituait une violation de l'article II:1 a) du GATT. La mesure du 3 mars constituait aussi une violation de l'article II:1 b), première phrase, parce qu'elle garantissait des droits

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.112.

de douane supérieurs aux niveaux consolidés et, par conséquent, en assurait l'application.⁶²

99. Le Groupe spécial a également constaté ce qui suit:

... les intérêts, impositions et coûts additionnels occasionnés par le dépôt de la caution additionnelle imposée par la mesure du 3 mars constituaient une violation de l'article II:1 b) du GATT.⁶³

100. Les États-Unis ne font pas appel de la constatation du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec l'article II:1b), deuxième phrase, du GATT de 1994. Pendant l'audience qui s'est tenue dans le cadre du présent appel, les États-Unis ont reconnu qu'il découlait de cette constatation du Groupe spécial que l'obligation de déposer une caution majorée était incompatible avec l'article II:1 b), deuxième phrase. Nous partageons cet avis.

101. Les États-Unis font appel uniquement des constatations du Groupe spécial selon lesquelles la caution majorée imposée par la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article II:1 a) et la première phrase de l'article II:1 b) du GATT de 1994. Pour étayer son appel, les États-Unis font observer ce qui suit:

[L]e Groupe spécial ... a formulé sa [ses] constatation[s] en se fondant non pas sur la conclusion selon laquelle l'obligation de déposer une caution proprement dite était contraire aux obligations en question, mais sur le fait que les droits dont elle pourrait assurer l'application (s'ils étaient imposés) seraient contraires à ces obligations.⁶⁴

102. Les constatations du Groupe spécial établissant l'incompatibilité de l'obligation de déposer une caution majorée avec l'article II:1 a) et la première phrase de l'article II:1 b) reposent sur le raisonnement selon lequel la caution majorée à déposer était liée à la perception de droits de 100 pour cent, dans la mesure où la caution majorée était imposée à un niveau qui garantirait la perception de ces droits. Ainsi, le Groupe spécial a fait le raisonnement suivant:

La caution majorée imposée le 3 mars a été fixée à un niveau qui garantirait la perception de droits de 100 pour cent. Nous avons établi que l'obligation de déposer une caution devrait être évaluée

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.59. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.72. Nous notons qu'un membre du Groupe spécial ne partageait pas cet avis qui était celui de la majorité, voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.60 et 6.61.

⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.67. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.72.

⁶⁴ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 5.

conjointement avec les droits/obligations qu'elle vise à protéger, soit, en l'espèce, le droit de percevoir des droits de douane aux niveaux consolidés. La mesure du 3 mars a imposé une caution additionnelle pour garantir la perception de droits de douane de 100 pour cent. La caution additionnelle imposée le 3 mars a porté l'exigibilité éventuelle des droits pour les produits énumérés en provenance des CE au-dessus de leurs niveaux consolidés, lesquels sont tous inférieurs à 100 pour cent *ad valorem* (le plus élevé étant de 18 pour cent). En fait, le 3 mars, avec la caution additionnelle imposée sur les importations énumérées en provenance des CE, les États-Unis ont commencé à "mettre en œuvre" l'imposition de droits de douane de 100 pour cent sur les importations énumérées en provenance des CE, d'une manière contraire aux niveaux consolidés inscrits dans leurs Listes.⁶⁵

Le Groupe spécial a donc constaté que la caution majorée imposée par la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article II:1 a) ainsi qu'avec la première phrase de l'article II:1 b) du GATT de 1994 *parce que* les droits de 100 pour cent auxquels elle était liée seraient, s'ils étaient imposés, des droits supérieurs aux niveaux consolidés et, par conséquent, incompatibles avec ces dispositions.

103. Nous avons auparavant confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause dans le présent différend était la caution majorée imposée par la mesure du 3 mars et sa constatation selon laquelle l'action du 19 avril, qui imposait des droits de 100 pour cent, ne relevait pas de son mandat.⁶⁶ Le rôle du Groupe spécial, tel que celui-ci l'avait lui-même défini dans sa constatation relative au mandat, était donc d'examiner la compatibilité de l'obligation de déposer une caution avec le GATT de 1994; il n'était pas d'examiner la compatibilité de l'imposition de droits de 100 pour cent avec le GATT de 1994.

104. Néanmoins, le Groupe spécial a examiné la compatibilité de l'obligation de déposer une caution majorée avec le GATT de 1994 à la lumière de la compatibilité de l'imposition de droits de 100 pour cent avec le GATT de 1994 et a conclu, sur la base de cet examen, que l'obligation de déposer une caution majorée était incompatible avec l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994. Comme le Groupe spécial avait conclu auparavant que l'imposition de droits de 100 pour cent et l'obligation de déposer une caution majorée étaient des mesures juridiquement distinctes et que l'imposition de droits de 100 pour cent ne relevait pas de son mandat, il n'aurait pas pu, sur la base de ce raisonnement, arriver à la conclusion que l'obligation de déposer une caution majorée était incompatible avec l'article II:1 a) et II:1 b), première phrase, du GATT de 1994.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.58.

⁶⁶ Voir *supra*, le paragraphe 82.

105. Nous concluons, en conséquence, que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'obligation de déposer une caution majorée était incompatible avec l'article II:1 a) et l'article II:1 b), première phrase, du GATT de 1994 et nous infirmons ces constatations du Groupe spécial.

IX. Articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémoire d'accord

106. Le Groupe spécial a constaté que, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec leurs obligations au titre des articles 3:7, 21:5, 22:6, 23:1, 23:2 a) et 23:2 c) du Mémoire d'accord. Les États-Unis font appel des constatations du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec les articles 23:2 a), 3:7 et 21:5 du Mémoire d'accord.

a) Article 23:2 a) du Mémoire d'accord

107. Nous examinons tout d'abord l'appel des États-Unis concernant l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord. Le Groupe spécial a constaté que:

... la mesure du 3 mars constituait une détermination unilatérale contraire [à l']article 23:2 a) ...⁶⁷

108. Les États-Unis soutiennent que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes ne mentionnait que l'article 23 du Mémoire d'accord et que l'Organe d'appel devrait infirmer la constatation du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec l'article 23:2 a) au motif que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes était insuffisante pour "énoncer clairement le problème" comme l'exige l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Les États-Unis font également valoir que les Communautés européennes "n'ont jamais demandé" de constatations au titre de l'article 23:2 a) "ni présenté d'arguments dans ce sens" et que les Communautés européennes ne se sont pas acquittées de la charge qui leur incombait d'établir *prima facie* l'existence d'une incompatibilité avec l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord. Les États-Unis estiment en outre que le Groupe spécial a constaté à tort qu'une "[détermination établissant] qu'il y a eu violation" au sens de l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord, pouvait être "déduite" des actions menées par les États-Unis.

109. La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes indiquait ce qui suit:

Les Communautés européennes estiment que cette mesure des États-Unis viole de manière flagrante les dispositions suivantes de l'Accord sur l'OMC:

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.107.

- articles 3, 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord;
- articles I^{er}, II, VIII et XI du GATT de 1994.⁶⁸

110. La partie pertinente de l'article 23 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

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; ...

111. L'article 23:1 du Mémorandum d'accord impose aux Membres une obligation générale d'obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés uniquement en ayant recours aux règles et procédures du Mémorandum d'accord et non par une action unilatérale. Les alinéas a), b) et c) de l'article 23:2 énoncent des formes spécifiques et clairement définies d'action unilatérale prohibée contraires à l'article 23:1 du Mémorandum d'accord. Il y a un rapport étroit entre les obligations énoncées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 23. Elles concernent *toutes* l'obligation des Membres de l'OMC de ne pas avoir recours à une action unilatérale. Nous considérons donc que, étant donné que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les Communautés européennes comprenait une allégation d'incompatibilité avec l'article 23, une allégation d'incompatibilité avec l'article 23:2 a) relève du mandat du Groupe spécial.

112. Toutefois, le fait qu'une allégation d'incompatibilité avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord peut être considérée comme relevant du mandat du Groupe spécial ne signifie pas que les

⁶⁸ WT/DS165/8, 11 mai 1999.

Communautés européennes ont effectivement formulé une telle allégation. Une analyse du dossier du Groupe spécial montre que, sauf à deux reprises au cours des travaux du Groupe spécial⁶⁹, les Communautés européennes n'ont pas mentionné *expressément* l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. En outre, en réponse à une demande des États-Unis qui souhaitaient qu'elles précisent la portée de leur allégation au titre de l'article 23, les Communautés européennes ont formulé uniquement des allégations de violation de l'article 23:1 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord; elles n'ont pas fait mention de l'article 23:2 a).⁷⁰ La lecture que nous faisons du dossier du Groupe spécial nous montre que, tout au long des travaux du Groupe spécial dans la présente affaire, les Communautés européennes ont présenté des arguments concernant uniquement leurs allégations selon lesquelles les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec l'article 23:1 et l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord.⁷¹

⁶⁹ Au paragraphe 42 de leur déclaration orale à la deuxième réunion du Groupe spécial, les Communautés européennes citent l'article 23:2 a) à l'appui de leur argument exposé au paragraphe 43 selon lequel "il n'a jamais été déterminé, lors d'une procédure de règlement des différends entamée par les États-Unis, que le régime révisé des CE applicable aux bananes ... était incompatible avec les obligations des CE dans le cadre de l'OMC". Au paragraphe 86 de leur deuxième communication écrite, les Communautés européennes font valoir que l'article 23:1 et 23:2 a) "précise que cette [détermination] ne peut être effectuée que conformément aux règles et procédures du Mémorandum d'accord".

⁷⁰ Dans leur réponse à la demande de précisions des États-Unis, les Communautés européennes ont indiqué ce qui suit:

Comme les CE l'ont déjà expliqué en détail dans leur première communication écrite, les mesures des États-Unis qui font l'objet de la présente plainte des Communautés européennes ont été prises en violation flagrante des obligations découlant pour tous les Membres de l'OMC des dispositions de l'article 23 du Mémorandum d'accord ...

Le principe directeur de l'article 23, qui est énoncé au paragraphe 1, régit aussi les dispositions plus détaillées du paragraphe 2 ...

Les Communautés européennes ont ensuite cité intégralement l'article 23:2 c) du Mémorandum d'accord et ont fait valoir ce qui suit:

Les CE considèrent que les mesures mises en cause dans la présente affaire constituent à l'évidence une violation de cette disposition explicite qui régit l'ordre chronologique dans lequel il faut recourir aux procédures prévues à l'article 22 du Mémorandum d'accord et à la suspension de concessions ou d'autres obligations.

Voir les paragraphes 13 à 15 de la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial.

⁷¹ Les deux mentions spécifiques de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, figurant au paragraphe 42 de la déclaration orale des Communautés européennes à la deuxième réunion du Groupe spécial et au paragraphe 86 de la deuxième communication écrite des Communautés européennes (voir *supra*, la note de bas de page 70) ont été faites dans le contexte des arguments des Communautés européennes concernant leur allégation de violation de l'obligation générale énoncée à l'article 23:1 du Mémorandum d'accord.

113. Le dossier du Groupe spécial montre effectivement que les Communautés européennes ont mentionné à plusieurs reprises ce qu'elles ont appelé la "détermination unilatérale" des États-Unis.⁷² Toutefois, dans ces mentions, elles n'ont pas expressément lié la prétendue "détermination unilatérale" à une allégation de violation de l'article 23:2 a) proprement dit. Les arguments des Communautés européennes concernant la prétendue "détermination unilatérale" des États-Unis ont été présentés au sujet du fait que les États-Unis n'auraient pas obtenu réparation de ce qu'ils considéraient comme une violation de l'Accord sur l'OMC en ayant recours au Mémorandum d'accord comme l'exige l'article 23:1 du Mémorandum d'accord. À aucun moment les Communautés européennes n'ont lié l'idée d'une "détermination unilatérale" faite par les États-Unis à une violation de l'article 23:2 a).

114. Sur la base de notre examen des communications et déclarations présentées par les Communautés européennes au Groupe spécial, nous concluons que les Communautés européennes n'ont pas expressément allégué devant le Groupe spécial que, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. Étant donné que les Communautés européennes n'ont pas formulé une allégation spécifique d'incompatibilité avec l'article 23:2 a), elles n'ont présenté aucun élément de preuve ou argument pour démontrer que les États-Unis avaient "[déterminé] qu'il y [avait] eu violation" de manière contraire à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.⁷³ Et, étant donné que les Communautés européennes n'ont présenté aucun élément de preuve ou argument à l'appui d'une allégation de violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord, elles n'auraient pas pu établir, et n'ont pas établi, *prima facie* qu'il y avait violation de l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.⁷⁴

⁷² Première communication écrite des Communautés européennes, paragraphes 5, 10, 20 et 28; deuxième communication écrite des Communautés européennes, paragraphe 30; et déclaration orale des Communautés européennes à la deuxième réunion du Groupe spécial, addendum du rapport du Groupe spécial, page 51.

⁷³ Nous notons qu'outre la mesure du 3 mars, les Communautés européennes ont mentionné dans leurs communications et déclarations au Groupe spécial, divers avis publics publiés dans le *Federal Register* des États-Unis (première communication écrite, paragraphe 18 et déclaration orale à la première réunion du Groupe spécial, paragraphes 10 et 11) ainsi que des déclarations faites par l'USTR adjoint à une conférence de presse tenue le 3 mars 1999 (première communication écrite, paragraphe 15). Toutefois, les Communautés européennes n'ont pas fait valoir, et encore moins démontré, que l'un quelconque de ces avis ou déclarations constituait une "[détermination établissant] qu'il y a eu violation" au sens de l'article 23:2 a).

⁷⁴ Nous rappelons que dans notre rapport *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (Hormones)* ("*Communautés européennes – Hormones*"), nous avons dit ce qui suit:

... un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve.

Voir WT/DS26/AB/R, WT/DS44/AB/R, rapport adopté le 13 février 1998, paragraphe 104.

115. Pour ces raisons, nous concluons que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les États-Unis avaient agi de manière incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord. En conséquence, nous infirmons cette constatation du Groupe spécial.

b) Article 3:7 du Mémorandum d'accord

116. Nous examinons ensuite l'appel des États-Unis concernant l'article 3:7 du Mémorandum d'accord. Au paragraphe 6.87 de son rapport, le Groupe spécial a constaté que:

... la mesure du 3 mars constituait une suspension de concessions ou d'autres obligations au sens de l'article 23:2 c) de la dernière phrase de l'article 3:7 et de la dernière phrase de l'article 22:6, ... Après avoir déjà conclu que la mesure du 3 mars était une mesure destinée à obtenir réparation pour violation des règles de l'OMC au sens de l'article 23:1, nous constatons que, lorsqu'ils ont mis en place la mesure du 3 mars, avant d'y avoir été autorisés par l'ORD ... les États-Unis ne se sont pas conformés aux règles du Mémorandum d'accord – violant les articles 23:2 c), 3:7 et 22:6 du Mémorandum d'accord ...

117. Nous rappelons que les États-Unis ne font pas appel des constatations du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec les articles 22:6 et 23:2 c) du Mémorandum d'accord. Par contre, ils font appel de la constatation d'incompatibilité avec l'article 3:7 du Mémorandum d'accord. Ils font valoir que les Communautés européennes "n'ont jamais demandé" de constatations au titre de l'article 3:7 du Mémorandum d'accord "ni présenté d'arguments dans ce sens".⁷⁵ En outre, ils estiment que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que l'article 3:7, dernière phrase, énonçait une obligation spécifique qui pouvait faire l'objet d'un différend dans le cadre du Mémorandum d'accord.

118. L'article 3:7, dernière phrase, du Mémorandum d'accord, dispose ce qui suit:

Le dernier recours que le présent mémorandum d'accord ouvre au Membre qui se prévaut des procédures de règlement des différends est la possibilité de suspendre l'application de concessions ou l'exécution d'autres obligations au titre des accords visés, sur une base discriminatoire, à l'égard de l'autre Membre, *sous réserve que l'ORD l'y autorise*. (pas d'italique dans l'original)

119. L'article 3:7 fait partie de l'article 3 du Mémorandum d'accord, qui est intitulé "Dispositions générales" et énonce les principes et caractéristiques de base du système de règlement des différends de l'OMC. L'article 3:7 proprement dit énumère et décrit les issues temporaires et définitives éventuelles d'un différend, dont l'une est la suspension de concessions ou d'autres obligations qui est

⁷⁵ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 56.

mentionnée à la dernière phrase de l'article 3:7. La dernière phrase de l'article 3:7 dispose que la suspension de concessions ou d'autres obligations est un "dernier recours" qui est subordonné à l'autorisation de l'ORD.

120. L'*obligation* faite aux Membres de l'OMC de ne pas suspendre de concessions ou d'autres obligations *sans* l'autorisation préalable de l'ORD est explicitement énoncée aux articles 22:6 et 23:2 c), non à l'article 3:7 du Mémoire d'accord. Il n'est donc pas surprenant que les Communautés européennes n'aient pas explicitement allégué qu'il y avait violation de l'article 3:7, dernière phrase, ni présenté d'arguments dans ce sens. Les Communautés européennes ont fait valoir que la mesure du 3 mars était incompatible avec les articles 22:6 et 23:2 c) du Mémoire d'accord. Nous considérons, toutefois, que si un Membre a agi en violation des articles 22:6 et 23:2 c) du Mémoire d'accord, ce Membre a également, étant donné la nature et la teneur de l'article 3:7, dernière phrase, nécessairement agi de manière contraire à cette dernière disposition.

121. Nous ne pensons pas qu'il était nécessaire ni qu'il incombait au Groupe spécial de constater que les États-Unis avaient violé l'article 3:7 du Mémoire d'accord, mais nous ne voyons aucune raison de modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis ont agi de manière incompatible avec "les articles 23:2 c), 3:7 et 22:6 du Mémoire d'accord".⁷⁶

c) Article 21:5 du Mémoire d'accord

122. Enfin, les États-Unis font appel de la constatation du Groupe spécial établissant l'incompatibilité avec l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Ils font valoir que cette constatation était fondée sur une "argumentation" qui n'avait pas été présentée par les Communautés européennes et sur la "conclusion erronée du Groupe spécial" selon laquelle la mesure du 3 mars était incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord.⁷⁷

123. Le présent appel des États-Unis soulève la question de savoir si un groupe spécial est habilité à développer son propre raisonnement juridique pour parvenir à ses constatations et conclusions concernant la question à l'examen. Dans notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes - Hormones*, nous avons dit ce qui suit:

Les groupes spéciaux ne peuvent examiner les allégations juridiques qui débordent le cadre de leur mandat. Cependant, aucune disposition du Mémoire d'accord ne restreint la faculté d'un

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.87.

⁷⁷ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 64.

groupe spécial d'utiliser librement les arguments présentés par l'une ou l'autre des parties – ou de développer sa propre argumentation juridique – pour étayer ses constatations et conclusions concernant la question à l'examen.⁷⁸

Dans la présente affaire, le Groupe spécial a exercé le pouvoir qu'il a de développer son propre raisonnement juridique. Contrairement à ce que les États-Unis font valoir, le Groupe spécial n'était pas tenu de limiter son raisonnement juridique pour parvenir à une constatation aux arguments présentés par les Communautés européennes. En conséquence, nous ne considérons pas que le Groupe spécial a commis une erreur justifiant une infirmation en développant son propre raisonnement juridique.

124. Les États-Unis font valoir en outre que la constatation formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 21:5 devrait être infirmée parce que, lorsqu'il a fait cette constatation, le Groupe spécial s'est fondé sur sa "constatation erronée concernant l'article 23:2 a)".⁷⁹ Selon les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas effectué une analyse distincte de celle qui concernait l'article 23:2 a) lorsqu'il a constaté l'existence d'une violation de l'article 21:5. Les États-Unis font observer que le Groupe spécial:

... a simplement cité le texte de l'article 23:2 a), dit que cette disposition prohibait les "déterminations unilatérales" et que la mesure du 3 mars "impliquait nécessairement" une telle détermination unilatérale, et conclu que cette détermination unilatérale était "contraire aux articles 23:2 a) et 21:5 du Mémorandum d'accord".⁸⁰

125. Dans la partie pertinente de son rapport le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Nous considérons que l'obligation d'avoir recours au mécanisme de règlement des différends multilatéral de l'OMC (par opposition aux mécanismes unilatéraux, voire régionaux) pour obtenir une détermination de compatibilité avec les règles de l'OMC est une obligation fondamentale qui est d'application dans l'ensemble du texte du Mémorandum d'accord. Selon nous, la prohibition des déterminations unilatérales de l'existence de violations des règles de l'OMC énoncée dans la première phrase de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord est comparable à celle qui est énoncée à l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord.⁸¹

⁷⁸ Rapport de l'Organe d'appel, *supra*, note de bas de page 74, paragraphe 156.

⁷⁹ Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 66.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.92.

Nous concluons, par conséquent, que l'article 21:5, première phrase, est une autre obligation découlant du Mémorandum d'accord (similaire à celle qui résulte de l'article 23:2 a)) qui, bien qu'elle ne soit pas expressément énoncée à l'article 23:2, est couverte par l'article 23:1, lorsque la mesure en cause est destinée à obtenir réparation pour non-respect d'une obligation dans le cadre de l'OMC.⁸²

... lorsque les États-Unis ont mis en place la mesure du 3 mars, aucun organe de décision de l'OMC n'avait déterminé que la mesure de mise en œuvre des CE était incompatible avec les règles de l'OMC. Par conséquent, en mettant en place la mesure du 3 mars, les États-Unis ont violé l'article 21:5 du Mémorandum d'accord ...⁸³

126. La lecture que nous faisons du rapport du Groupe spécial ne nous amène pas à conclure que le Groupe spécial a fondé sa constatation établissant l'incompatibilité de la mesure du 3 mars avec l'article 21:5 sur sa conclusion selon laquelle la mesure était incompatible avec l'article 23:2 a). Bien que le Groupe spécial ait considéré que l'obligation au titre de l'article 21:5 était "comparable" et "similaire" à l'obligation au titre de l'article 23:2 a), il a dit explicitement ce qui suit: "l'article 21:5, première phrase, est une autre obligation découlant du Mémorandum d'accord ... qui, bien qu'elle ne soit pas expressément énoncée à l'article 23:2, est couverte par l'article 23:1 ...".⁸⁴ Les mentions qu'il a faites de l'article 23:2 a) ne peuvent pas être considérées comme étant les éléments sur lesquels le Groupe spécial s'est fondé pour parvenir à ses conclusions au titre de l'article 21:5. Au contraire, le Groupe spécial a fondé sa constatation d'incompatibilité sur le fait incontesté que, lorsque les États-Unis ont mis en place la mesure du 3 mars, la compatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure de mise en œuvre des Communautés européennes n'avait pas été déterminée par le biais d'un recours aux procédures de règlement des différends de l'OMC comme l'exige l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.⁸⁵

127. En conséquence, nous confirmons la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis ont agi de manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.129.

⁸³ *Ibid.*, paragraphe 6.130.

⁸⁴ *Ibid.*, paragraphe 6.129.

⁸⁵ *Ibid.*, paragraphe 6.130.

X. Constatations et conclusions

128. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) confirme les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la mesure en cause dans le présent différend est la mesure du 3 mars, à savoir la "caution majorée imposée à compter du 3 mars sur les produits énumérés des CE", cette mesure a cessé d'exister, la mesure du 3 mars est juridiquement distincte de l'action du 19 avril et l'action du 19 avril ne relève pas du mandat du Groupe spécial;
- b) conclut, pour les raisons indiquées au paragraphe 89 du présent rapport, que le Groupe spécial a fait erreur en déclarant que la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure prise par un Membre pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD peut être déterminée par des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord et, par conséquent, conclut que les déclarations du Groupe spécial sur cette question n'ont pas d'effet juridique;
- c) conclut, pour les raisons indiquées au paragraphe 96 du présent rapport, que le Groupe spécial a fait erreur en déclarant que "[l]orsqu'un Membre donne effet à la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, la mesure de ce Membre est compatible avec les règles de l'OMC (elle a été expressément autorisée par l'ORD)" et, par conséquent, conclut que cette déclaration n'a pas d'effet juridique;
- d) infirme les constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'obligation de déposer une caution majorée est incompatible avec l'article II:1 a) et II:2 b), première phrase, du GATT de 1994; et
- e) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en adoptant la mesure du 3 mars, les États-Unis ont agi de manière incompatible avec l'article 23:2 a) du Mémoire d'accord, ne trouve aucune raison de modifier la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis ont agi de manière incompatible avec "les articles 23:2 c), 3:7 et 22:6 du Mémoire d'accord" et confirme la constatation du Groupe spécial établissant l'incompatibilité de la mesure du 3 mars avec l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

129. Étant donné que nous avons confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure du 3 mars, mesure en cause dans le présent différend, a cessé d'exister, nous ne faisons aucune recommandation à l'ORD au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord.

Texte original signé à Genève le 10 novembre 2000 par:

James Bacchus
Président de la section

Julio Lacarte-Muró
Membre

Yasuhei Taniguchi
Membre