

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS27/ARB

9 avril 1999

(99-1434)

Original: anglais

COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES – RÉGIME APPLICABLE À L'IMPORTATION, À LA VENTE ET À LA DISTRIBUTION DES BANANES – RECOURS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES À L'ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 22:6 DU MÉMORANDUM D'ACCORD SUR LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

DÉCISION DES ARBITRES

La Décision des arbitres sur l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends* est distribuée à tous les Membres conformément aux dispositions du Mémoire d'accord. Le rapport est mis en distribution non restreinte le 9 avril 1999 en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1).

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
II.	QUESTIONS PRÉLIMINAIRES.....	3
A.	PROCÉDURES DE TRAVAIL ET RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS.....	3
B.	DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE.....	5
C.	DEMANDE DE SUSPENSION	5
D.	DÉCISION INITIALE	5
III.	PROCÉDURES ET PRINCIPES À SUIVRE AU TITRE DE L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD.....	7
A.	PORTÉE DE L'EXAMEN À EFFECTUER PAR LES ARBITRES AU TITRE DE L'ARTICLE 22:3.....	8
B.	APPLICATION DE L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE.....	9
IV.	LE CONCEPT D'ÉQUIVALENCE ET LA PORTÉE DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE D'ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 22	11
V.	LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE RÉVISÉ APPLICABLE À L'IMPORTATION DES BANANES A-T-IL POUR EFFET D'ANNULER OU DE RÉDUIRE LES AVANTAGES REVENANT AUX ÉTATS-UNIS?	16
A.	ARTICLE XIII DU GATT DE 1994.....	16
1.	La quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP.....	17
a)	Applicabilité de l'article XIII	17
b)	Les prescriptions de l'article XIII et le contingent tarifaire de 857 700 tonnes ouvert pour les importations de bananes traditionnelles ACP	18
i)	<i>Article XIII:1</i>	19
ii)	<i>Article XIII:2</i>	19
c)	Prescriptions énoncées dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire <i>Bananes III</i>	20
2.	Part de l'Équateur dans le contingent tarifaire NPF	21
a)	Les prescriptions de l'article XIII.....	21
b)	Période représentative.....	23
B.	QUESTIONS RELATIVES À L'AGCS.....	24
1.	Procédures d'attribution de certificats	24
a)	Constatations concernant les articles II et XVII de l'AGCS dans l'affaire <i>Bananes III</i>	26
b)	Régime communautaire révisé de certificats	26
c)	Prescriptions des articles XVII et II de l'AGCS.....	27
d)	Arguments des parties.....	28
i)	<i>Communautés européennes</i>	28
ii)	<i>États-Unis</i>	30

e)	Analyse des allégations par les arbitres	32
i)	<i>Arguments généraux des Communautés européennes</i>	32
ii)	<i>Attribution de certificats dans le cadre du régime révisé</i>	33
iii)	<i>Structure du régime révisé</i>	35
iv)	<i>Examen d'ensemble</i>	37
f)	Attribution de certificats selon le système du "pot commun"	37
2.	Règles d'attribution de certificats aux opérateurs "nouveaux arrivés"	39
3.	Résumé	41
VI.	PARAMÈTRES À UTILISER POUR LE CALCUL DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION D'AVANTAGES	42
A.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	42
B.	LA QUESTION DES AVANTAGES "INDIRECTS"	43
C.	QUESTIONS DE CALCUL CONCERNANT LES SERVICES	47
D.	EFFETS PAR SOCIÉTÉ ET EFFETS GÉNÉRAUX SUR LES ÉTATS-UNIS	50
VII.	CALCULS DES NIVEAUX	51
VIII.	SENTENCE ET DÉCISION DES ARBITRES	54
IX.	CONCLUSIONS	55

I. INTRODUCTION

1.1 Le 14 janvier 1999, les États-Unis ont demandé à l'Organe de règlement des différends (ORD), conformément à l'article 22:2 du Mémoire d'accord, d'autoriser la suspension, à l'égard des Communautés européennes (CE) et de leurs États membres, de l'application de concessions et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994 portant sur des échanges d'un montant de 520 millions de dollars EU (WT/DS27/43). À la réunion de l'ORD qui s'est tenue du 25 janvier au 1^{er} février 1999, les Communautés européennes ont contesté le niveau de la suspension proposée par les États-Unis au motif qu'il n'était pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les États-Unis et ont allégué que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord n'avaient pas été suivis. En application de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, les Communautés européennes ont demandé que le groupe spécial initial assure l'arbitrage des questions susmentionnées (WT/DS27/46). En réponse, l'ORD a décidé le 29 janvier 1999 de soumettre la question à l'arbitrage du groupe spécial initial conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord (WT/DSB/M/54).

1.2 Les arbitres sont:

M. Stuart Harbinson – Président

M. Kym Anderson

M. Christian Häberli

1.3 Les tâches des arbitres au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord sont décrites aux paragraphes 6 et 7 dudit article:

"... Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ou affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans le cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage. ..."

"[Les] arbitres[s] ... déterminer[ont] si le niveau de ladite suspension est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. [Les] arbitres[s] pourr[ont] aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 *n'ont pas été suivis*, [les] arbitres[s] examiner[ont] cette affirmation. Dans le cas où [les] arbitre[s] déterminer[ont] que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. ..."

1.4 En conséquence, nos tâches englobent un examen de l'équivalence du niveau de la suspension proposée avec l'annulation ou la réduction des avantages causée, et du point de savoir si les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord ont été suivis.¹ Dans la présente décision, nous traitons les questions ci-après: i) certaines questions préliminaires; ii) les procédures et principes à suivre au titre de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, y compris a) la portée de l'examen à effectuer par les arbitres au titre de l'article 22:3 et b) l'application de l'article 22:3 à la présente affaire; iii) le concept d'équivalence et la portée de la présente procédure d'arbitrage au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord; iv) la question de savoir si l'annulation ou la réduction des

¹ Nous notons que notre tâche n'est pas d'examiner le rapport entre les articles 21:5 et 22 du Mémoire d'accord. Nous répondons toutefois à certains arguments des CE en rapport avec cette question à la fin de la Partie IV.

avantages revenant aux États-Unis se poursuit dans le cadre du nouveau régime communautaire applicable à l'importation des bananes; v) les paramètres pour le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, y compris a) la question des avantages "indirects" et b) des questions spécifiques concernant le calcul de l'annulation ou de la réduction des avantages dans le domaine des services; et vi) le niveau de la suspension.

II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. PROCÉDURES DE TRAVAIL ET RENSEIGNEMENTS COMMERCIAUX CONFIDENTIELS

2.1 Nous avons rencontré les parties le 5 février 1999 pour établir nos procédures de travail et notre calendrier. Avant cette date, nous avons invité les États-Unis à présenter, si possible pour le 5 février 1999, une communication exposant la méthode qu'ils avaient appliquée pour calculer le niveau proposé de la suspension.² Conformément au calendrier (ultérieurement modifié), les parties ont présenté leurs communications initiales le 11 février 1999 et leurs communications à titre de réfutation le 18 février 1999. Nous avons tenu une réunion avec les parties le 22 février 1999.

2.2 Le 5 février 1999, les États-Unis ont indiqué qu'ils demanderaient aux arbitres d'établir des procédures pour le traitement des renseignements commerciaux confidentiels, analogues à celles qui avaient été établies dans plusieurs procédures de groupe spécial en cours.³ Les Communautés européennes ont répondu que toutes procédures de cette nature devaient leur donner la possibilité d'avoir accès aux renseignements commerciaux confidentiels.

2.3 Le 10 février 1999, les États-Unis ont demandé aux arbitres d'établir des procédures spécifiques pour les renseignements commerciaux confidentiels. Suivant la proposition des États-Unis, il devait y avoir deux niveaux de renseignements confidentiels: les renseignements confidentiels normaux et les renseignements superconfidentiels. Les renseignements commerciaux confidentiels normaux s'entendaient des renseignements propres aux sociétés qui n'étaient pas rendus publics et qui étaient sensibles, mais qui pouvaient être extrapolés d'autres renseignements, rendus publics ou non, à la disposition des gouvernements et des concurrents des sociétés visées. Les renseignements commerciaux superconfidentiels s'entendaient des renseignements propres aux sociétés, qui étaient sensibles et n'étaient pas rendus publics et qui ne pouvaient pas être ainsi extrapolés. Pour ce qui était des premiers, un exemplaire serait remis au Secrétariat et une copie à la mission à Genève de la partie destinataire. Pour ce qui était des seconds, un exemplaire serait remis au Secrétariat. Les deux catégories de renseignements commerciaux confidentiels seraient aussi disponibles dans les missions situées dans les capitales des parties (par exemple, les renseignements présentés par les États-Unis pourraient être consultés par les Communautés européennes à tout moment à la mission des États-Unis auprès des CE à Bruxelles). Pour les deux catégories de renseignements, il y aurait des dispositions se rapportant à la non-divulgaration, à la conservation et à la restitution ou à la destruction, et les bénéficiaires seraient tenus de signer une formule de non-divulgaration. Ces dispositions et le traitement des renseignements commerciaux confidentiels normaux étaient fondés sur les procédures utilisées dans les procédures de groupe spécial en cours.⁴ Le concept de renseignements superconfidentiels s'ajoutait à ces procédures, de même que les propositions des États-Unis visant à ce que certaines sanctions soient appliquées en cas de violation desdites procédures et à ce que seules certaines catégories de représentants d'une partie aient accès aux renseignements commerciaux confidentiels.

2.4 Le 10 février 1999, le Président des arbitres a rencontré les parties pour entendre leurs vues au sujet de la demande des États-Unis. Les Communautés européennes ont fait objection à cette demande au motif que des procédures de travail sur la confidentialité ne devaient pas être adoptées au

² En réponse à une question des CE, nous avons indiqué que nous considérions que la demande faite aux États-Unis avait un caractère purement informatif, et était destinée à nous faire gagner du temps.

³ Groupe spécial *Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs*, WT/DS46; Groupe spécial *Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70; Groupe spécial *Australie – Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, WT/DS126.

⁴ *Ibid.*

cas par cas mais par l'ensemble des Membres de l'OMC. Elles ont relevé qu'elles s'étaient opposées à l'adoption de telles procédures dans une autre affaire à laquelle les États-Unis étaient parties et qu'elles avaient eu gain de cause. Deuxièmement, les Communautés européennes ont fait valoir que des procédures spéciales étaient inutiles parce que leurs fonctionnaires étaient liés par des obligations en matière de confidentialité, énoncées à l'article 214 du Traité instituant les CE. Troisièmement, elles se sont plaintes que ces procédures limiteraient leurs droits en raison des problèmes pratiques qui se poseraient si les renseignements n'étaient pas disponibles à leur siège, à Bruxelles. Les États-Unis ont répondu que le volume des renseignements commerciaux confidentiels était limité, qu'il s'agissait en fait de renseignements hautement sensibles parce qu'ils étaient propres à des sociétés et qu'il était essentiel que les arbitres aient ces renseignements pour s'acquitter de leurs fonctions.

2.5 Le 11 février 1999, nous avons adopté les procédures concernant les renseignements commerciaux confidentiels. Nous pensions comme les États-Unis que des règles spéciales étaient justifiées étant donné le type de renseignements en jeu, mais nous n'avons pas vu la nécessité d'accorder un traitement spécial aux renseignements commerciaux superconfidentiels, ni de prévoir des sanctions spécifiques ou des limitations quant à l'identité des personnes autorisées à voir les renseignements (pour autant que la formule de non-divulgaration était signée). Le 15 février 1999, les Communautés européennes ont soulevé de nouvelles objections au sujet des modalités pratiques et de l'impossibilité de limiter l'obligation de faire rapport aux supérieurs dans les Communautés européennes et se sont dites préoccupées par le fait que l'inviolabilité de la mission des CE à Genève avait été mise en cause. Le 16 février 1999, nous avons modifié les procédures concernant les renseignements commerciaux confidentiels en réponse à ce dernier point.

2.6 Le 17 février 1999, les Communautés européennes ont indiqué qu'elles ne pouvaient pas accepter les procédures concernant les renseignements commerciaux confidentiels et que les arbitres ne devraient prendre en compte aucun renseignement commercial confidentiel, car le faire serait contraire à l'article 18:1 du Mémoire d'accord, qui interdit les contacts *ex parte* entre les parties et les membres des groupes spéciaux. Étant donné qu'à notre avis les procédures sont raisonnables en l'espèce⁵, nous n'acceptons pas l'argument des CE selon lequel leur décision de ne pas recevoir de renseignements dans le cadre des règles que nous avons établies signifie que les États-Unis ne peuvent pas présenter les renseignements. Accepter l'argument des CE reviendrait à dire que le refus d'une partie de participer à une procédure aurait pour effet d'empêcher la procédure d'avancer.

2.7 Quoi qu'il en soit, nous relevons que nous n'avons pas jugé nécessaire de faire fond sur les renseignements commerciaux confidentiels présentés par les États-Unis pour fixer le niveau de la suspension. Comme il est expliqué ci-après (Partie VII), nous avons utilisé une autre méthode de calcul, ne reposant pas sur des renseignements en matière de coûts et de bénéfices, mais sur des renseignements propres aux sociétés confidentiels non commerciaux fournis dans les communications des parties. Nous avons néanmoins examiné des renseignements commerciaux confidentiels qui n'étaient pas propres à des sociétés simplement pour les comparer avec les suppositions que nous avons faites. Nos calculs n'auraient pas été différents si nous n'avions pas examiné les renseignements commerciaux confidentiels.

⁵ Comme il a été noté ci-dessus, des procédures similaires avaient été précédemment adoptées par trois groupes spéciaux différents dans des affaires portant sur des subventions à l'exportation. Dans une de ces affaires, un Membre a refusé de fournir des renseignements commerciaux confidentiels au motif que les procédures étaient inadéquates et que des procédures concernant les renseignements superconfidentiels étaient nécessaires. À tout le moins, cela donne à penser que les procédures concernant les renseignements commerciaux confidentiels adoptées dans le présent arbitrage ne sont pas excessivement restrictives.

B. DEMANDE DE DROITS DE TIERCE PARTIE

2.8 Le 4 février 1999, l'Équateur a demandé aux arbitres de lui accorder le statut de tierce partie compte tenu de son intérêt spécial dans la procédure. Toutefois, étant donné l'absence de dispositions concernant le statut de tierce partie à l'article 22 du Mémoire d'accord et, étant donné que nous ne pensons pas que les droits de l'Équateur seront affectés par celle-ci, nous n'avons pas fait droit à sa demande. À cet égard, nous notons que les décisions initiale et finale que nous avons rendues dans le cadre du présent arbitrage respectent pleinement les droits qui découlent pour l'Équateur du Mémoire d'accord, en particulier de l'article 22.

C. DEMANDE DE SUSPENSION

2.9 Dans une lettre datée du 22 février 1999, les Communautés européennes ont demandé que nous suspendions la procédure d'arbitrage jusqu'au 23 avril 1999, soit une dizaine de jours après la date fixée pour l'achèvement de la procédure en cours engagée par l'Équateur et les Communautés européennes conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord au sujet du régime communautaire révisé applicable à l'importation des bananes.⁶ Toutefois, à la lumière de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, qui dispose qu'un arbitrage au titre de cet article "sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration", soit le 2 mars 1999, nous avons décidé que nous étions tenus d'achever nos travaux autant que possible dans le délai prévu et qu'une suspension de nos travaux serait donc inappropriée.

D. DÉCISION INITIALE

2.10 Le 2 mars 1999, le Président des arbitres a fait savoir ce qui suit au Président de l'ORD (WT/DS27/48):

"J'ai l'honneur de porter à votre connaissance que les arbitres ont remis aujourd'hui aux parties une décision initiale dans laquelle ils statuent sur des questions en rapport avec le champ de leurs travaux et certains aspects de la méthodologie et des calculs utilisés par les États-Unis pour déterminer le niveau de la suspension de concessions. En outre, nous avons demandé aux parties de nous communiquer des renseignements additionnels. Ces renseignements devraient nous permettre de formuler une opinion définitive sur le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages en fonction de l'incompatibilité éventuelle avec les règles de l'OMC du régime communautaire révisé applicable aux bananes et, s'il convient, de déterminer le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations équivalentes au niveau de cette annulation ou de cette réduction des avantages. Nous comptons être en mesure de rendre une décision définitive à ce sujet peu de temps après avoir reçu et analysé ces renseignements."

2.11 La décision initiale traitait de questions se rapportant à l'article 22:3, au concept d'équivalence et à la portée de la présente procédure d'arbitrage au titre de l'article 22 ainsi que des paramètres pour le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Nos débats sur ces questions sont rapportés textuellement (sauf indication contraire) dans les Parties III, IV et VI de la présente décision. Comme il est indiqué ci-dessus, dans la décision initiale, nous demandions aussi aux parties de présenter pour le 15 mars 1999 des réponses par écrit à certaines questions, dont nous avions besoin pour achever nos travaux. Dans le cas des Communautés européennes, nous leur avons demandé de répondre à certains arguments présentés dans les communications des États-Unis concernant la compatibilité avec l'Accord sur l'OMC du nouveau régime communautaire applicable à l'importation des bananes (voir la Partie V). Quant aux États-Unis, nous leur avons demandé

⁶ Voir WT/DSB/M/43.

d'analyser deux hypothèses supplémentaires et de revoir à la lumière de notre décision initiale leurs calculs pour deux de leurs hypothèses initiales (voir la Partie VII).

2.12 Nous avons fait observer, dans les conclusions figurant dans la décision initiale, que nous savions que, conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, les arbitres doivent mener à bien leurs travaux dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre est venu à expiration. Toutefois, étant donné qu'il ne peut pas être fait appel de nos propres décisions, nous avons jugé impératif d'arriver au plus grand degré de clarté possible en vue d'éviter des désaccords futurs entre les parties. Pour atteindre cet objectif, il fallait que les parties aient davantage de temps pour nous présenter les renseignements dont nous avons besoin pour achever nos travaux.⁷

2.13 Nous avons souligné que le nombre, la portée et la complexité des tâches que nous devions accomplir en notre qualité d'arbitres au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord exigeaient la coopération constante des parties, agissant de bonne foi conformément à l'article 3:10 du Mémorandum d'accord. À cet égard, nous avons encouragé les parties à poursuivre leurs efforts pour arriver à une solution mutuellement acceptable de la question dans les moindres délais, étant donné que la suspension de concessions n'était dans l'intérêt économique ni de l'une ni de l'autre.

⁷ À première vue, le délai de 60 jours spécifié à l'article 22:6 ne limite pas ni ne définit le domaine de compétence des arbitres *ratione temporis*. Il impose aux arbitres une obligation *procédurale* en ce qui concerne le déroulement de leurs travaux, pas une obligation *fondamentale* en ce qui concerne la validité de ces travaux. À notre sens, si les délais prévus à l'article 17:5 et à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord devaient rendre caduc le pouvoir de l'Organe d'appel ou des arbitres, le Mémorandum d'accord l'aurait expressément prévu. Une telle caducité de la compétence est expressément prévue, par exemple, à l'article 12:12 du Mémorandum d'accord qui dispose que "si les travaux du Groupe spécial ont été suspendus pendant plus de 12 mois, le pouvoir conféré pour l'établissement du groupe spécial deviendra caduc".

III. PROCÉDURES ET PRINCIPES À SUIVRE AU TITRE DE L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

3.1 Dans leur demande d'arbitrage conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, les Communautés européennes maintiennent que les États-Unis n'ont pas suivi les procédures et principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 22 dans leur demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément à l'article 22:6. Les États-Unis soutiennent que les arbitres ne doivent pas examiner les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 dans la présente procédure d'arbitrage parce que les États-Unis n'ont demandé l'autorisation de suspendre des concessions que conformément à l'alinéa a) de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. De l'avis des États-Unis, les Communautés européennes ne pourraient formuler une telle allégation que si les États-Unis avaient demandé l'autorisation de suspendre des concessions conformément aux alinéas b) ou c) de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord.

3.2 Les parties pertinentes de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord disposent ce qui suit:

"Lorsqu'elle examinera les concessions ou autres obligations à suspendre, la partie plaignante appliquera les principes et procédures ci-après:

- a) le principe général est le suivant: la partie plaignante devrait d'abord chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) *même(s) secteur(s)* que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages;
- b) si cette partie considère qu'il n'est *pas possible ou efficace* de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s), elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations *dans d'autres secteurs au titre du même accord*;
- c) si cette partie considère qu'il n'est *pas possible ou efficace* de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord, et que les *circonstances sont suffisamment graves*, elle pourra chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un *autre accord visé*;
- d) dans l'application des principes ci-dessus, cette partie tiendra compte des éléments suivants:
 - i) le *commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord* au titre duquel le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages, et l'*importance de ce commerce pour cette partie*;
 - ii) les *éléments économiques plus généraux* se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages et les *conséquences économiques plus générales* de la suspension de concessions ou d'autres obligations;
- e) si cette partie décide de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément aux *alinéas b) ou c)*, elle *en indiquera les raisons* dans sa demande. En même temps que la demande sera transmise à l'ORD, elle sera aussi communiquée aux Conseils compétents et aussi, dans le cas d'une demande relevant de l'alinéa b), aux organes sectoriels compétents;

- f) aux fins du présent paragraphe, le terme "*secteur*" désigne:
 - i) pour ce qui est des marchandises, *toutes les marchandises*;
 - ii) pour ce qui est des services, un *secteur principal* recensé dans la "Classification sectorielle des services", qui recense ces secteurs." (les italiques ne figurent pas dans l'original; les notes de bas de page sont omises).

3.3 Avant de traiter la contestation des CE au titre de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord, nous rappelons le mandat des arbitres à cet égard. La partie pertinente de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord est libellée comme suit:

"[S]i le Membre concerné ... affirme que les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis dans les cas où une partie plaignante a demandé l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément au paragraphe 3 b) ou c), la question sera soumise à arbitrage ..."

L'article 22:7 du Mémorandum d'accord précise ce qui suit:

"[S]i la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation. Dans le cas où l'arbitre déterminera que ces principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3. ..."

A. PORTÉE DE L'EXAMEN À EFFECTUER PAR LES ARBITRES AU TITRE DE L'ARTICLE 22:3

3.4 Étant donné les moyens de défense invoqués par les États-Unis face à la contestation des CE, nous devons d'abord définir le degré de latitude accordé au titre de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord à un Membre qui cherche à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions, et le distinguer de l'étendue du pouvoir qu'ont les arbitres d'examiner, conformément aux paragraphes 6 et 7 de l'article 22 du Mémorandum d'accord, le choix opéré par ce Membre.

3.5 L'article 22:7 du Mémorandum d'accord habilite les arbitres à examiner les allégations concernant les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord dans son intégralité, alors que l'article 22:6 du Mémorandum d'accord semble limiter la compétence des arbitres en ce qui concerne un tel examen aux cas où une demande d'autorisation de suspendre des concessions est présentée au titre des alinéas b) ou c) de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord. Toutefois, nous estimons qu'il n'y a pas contradiction entre les paragraphes 6 et 7 de l'article 22 du Mémorandum d'accord, et que ces dispositions peuvent être lues conjointement de manière harmonieuse.

3.6 Si le rapport d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel contient des constatations d'incompatibilités avec les règles de l'OMC uniquement pour ce qui est du même secteur au sens de l'article 22:3 f) du Mémorandum d'accord, il n'y a guère de raison de procéder à un examen multilatéral du choix concernant les marchandises, les services ou les droits de propriété intellectuelle, selon le cas, qu'un Membre a retenus aux fins de la suspension de concessions sous réserve de l'autorisation de l'ORD. Toutefois, si un Membre décide de demander l'autorisation de suspendre des concessions dans un autre secteur, ou dans le cadre d'un autre accord, se situant hors du champ des secteurs ou accords auxquels les constatations du groupe spécial se rapportent, les paragraphes b) à d) de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord prévoient un certain degré de discipline, comme l'obligation d'indiquer les raisons pour lesquelles le Membre en question a considéré qu'il n'était pas

possible ou efficace de suspendre des concessions en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lesquels des violations des règles de l'OMC ont été constatées.

3.7 Nous estimons que la raison d'être fondamentale de ces disciplines est de faire en sorte que la suspension de concessions ou d'autres obligations entre secteurs ou entre accords (en dehors des secteurs ou accords pour lesquels un groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté des violations) reste l'exception et ne devienne pas la règle. À notre avis, pour qu'il soit donné pleinement effet à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, le pouvoir qu'ont les arbitres d'examiner sur demande si les principes et procédures des alinéas b) ou c) dudit article ont été suivis doit signifier que les arbitres sont compétents pour examiner si une demande présentée au titre de l'alinéa a) aurait dû être faite – en totalité ou en partie – au titre des alinéas b) ou c). Si les arbitres étaient privés de ce pouvoir implicite, les principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire d'accord pourraient facilement être contournés. S'il n'y avait aucune sorte d'examen pour les demandes d'autorisation de suspendre des concessions présentées au titre de l'alinéa a), les Membres pourraient être tentés de toujours invoquer cet alinéa afin d'échapper à la surveillance multilatérale à laquelle est soumise la suspension intersectorielle de concessions ou d'autres obligations, et les disciplines des autres alinéas de l'article 22:3 du Mémoire d'accord pourraient tout simplement tomber en désuétude.

B. APPLICATION DE L'ARTICLE 22:3 DU MÉMOIRE D'ACCORD DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

3.8 Les Communautés européennes allèguent que, dans les cas où des constatations de violations ou autres annulations d'avantages ont été faites en ce qui concerne plus d'un secteur, ou plus d'un accord, les demandes de suspension de concessions doivent être en rapport avec le nombre de violations ou le degré de violation, c'est-à-dire avec le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie, dans chacun de ces secteurs ou dans le cadre de chacun de ces accords pris séparément. Étant donné qu'elles estiment que les États-Unis n'ont subi aucune annulation ni réduction d'avantages dans le domaine du commerce des marchandises même avec le régime antérieur, les Communautés européennes font valoir que les États-Unis auraient dû envisager de demander l'autorisation de suspendre des concessions, en premier lieu, dans le secteur des services de distribution ou, en deuxième lieu, dans tout autre secteur de services pour l'annulation des avantages subie par suite des violations de l'AGCS, à condition que de telles violations continuent dans le cadre du régime révisé. Étant donné que les États-Unis ont demandé la suspension de concessions en ce qui concerne le commerce des marchandises, les Communautés européennes allèguent que la demande des États-Unis est en fait une demande intersectorielle et qu'elle aurait dû être présentée au titre de l'article 22:3 b) ou c). En outre, il est allégué que les États-Unis n'ont pas satisfait aux prescriptions procédurales prévues aux alinéas d) et e) de l'article 22:3.

3.9 Nous ne partageons pas l'avis des CE. Le scénario qu'elles ont mis au point et les obligations énoncées aux alinéas b) à e) de l'article 22:3 ne s'appliqueraient que si le différend en question concernait des violations commises exclusivement au titre de l'AGCS. Dans ce cas, la demande des États-Unis concernerait aussi à notre avis la suspension de concessions entre secteurs et entre accords. Toutefois, l'obligation énoncée aux alinéas b) ou c) d'indiquer pourquoi des suspensions de concessions dans le même secteur ou dans le cadre du même accord ne sont ni possibles ni efficaces ne serait d'application que si la suspension de concessions proposée par les États-Unis se situait hors du champ des constatations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel, par exemple si la suspension proposée concernait d'autres secteurs de services que les services de distribution, ou des droits de propriété intellectuelle liés au commerce.

3.10 Nous rappelons que l'alinéa a) de l'article 22:3 du Mémoire d'accord a trait à la suspension de "concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le(s) même(s) secteur(s) que celui (ceux) dans lequel (lesquels) le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation ou autre annulation ou réduction d'avantages". Nous notons que les mots "même(s) secteur(s)" sont à la fois au singulier et au pluriel. Le concept de "secteur(s)" est défini à l'alinéa f) i) pour ce qui est des

marchandises comme signifiant *toutes les marchandises* et à l'alinéa f) ii) pour ce qui est des services comme signifiant un *secteur principal* recensé dans la "Classification sectorielle des services". Nous concluons donc que les États-Unis ont le droit de demander la suspension de concessions dans l'un ou l'autre de ces deux secteurs, ou dans les deux, à concurrence du niveau global de l'annulation ou de la réduction des avantages subie, si les incompatibilités avec les obligations incombant aux CE au titre du GATT ou de l'AGCS constatées dans le différend initial n'ont pas été totalement éliminées dans le cadre de la révision du régime communautaire. En l'espèce, le(s) "même(s) secteur(s)" serai(en)t "toutes les marchandises" et le secteur des "services de distribution", respectivement. Notre conclusion, qui est fondée sur le sens ordinaire de l'article 22:3 a), est aussi compatible avec le fait que les constatations de violations au titre du GATT ou de l'AGCS dans le différend initial étaient étroitement liées et portaient toutes sur un seul régime d'importation concernant un produit, c'est-à-dire les bananes.

IV. LE CONCEPT D'ÉQUIVALENCE ET LA PORTÉE DE LA PRÉSENTE PROCÉDURE D'ARBITRAGE AU TITRE DE L'ARTICLE 22

4.1 L'article 22:7 du Mémoire d'accord prévoit que "[les] arbitre[s] ... déterminer[ont] si le niveau de ladite suspension est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" (non souligné dans l'original). En outre, l'article 22:4 du Mémoire d'accord prévoit ce qui suit:

"Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages" (non souligné dans l'original).

Nous notons que le sens ordinaire du mot "*équivalence*" est "de valeur, d'importance ou de sens égal", "ayant le même effet", "ayant la même position ou fonction relative", "correspondant à", "quelque chose de valeur égale", et aussi "quelque chose d'assimilable ou de presque identique".⁸ De toute évidence, ce sens dénote une correspondance, une identité ou un équilibre entre deux niveaux liés, c'est-à-dire entre le niveau des concessions à suspendre, d'une part, et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, d'autre part.

4.2 Le premier niveau, c'est-à-dire la suspension de concessions proposée, est clairement identifiable, que l'on considère le montant global (520 millions de dollars EU) suggéré par les États-Unis ou les produits visés envisagés.⁹ Toutefois, le même degré de clarté n'existe pas en ce qui concerne le deuxième niveau, c'est-à-dire le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie. Il est impossible d'assurer la correspondance ou l'identité entre les deux niveaux si l'un d'eux n'est pas clairement défini. Par conséquent, pour assurer l'équivalence entre les deux niveaux en question, nous devons au préalable déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

4.3 Dans le différend initial *Bananes III*, les constatations d'annulation et de réduction d'avantages étaient fondées sur la conclusion que plusieurs éléments des mesures communautaires en cause étaient incompatibles avec les obligations souscrites par les CE dans le cadre de l'OMC. Par conséquent, toute évaluation du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages présuppose une évaluation de la compatibilité ou de l'incompatibilité avec les règles de l'OMC des mesures de mise en œuvre prises par les Communautés européennes, c'est-à-dire du régime révisé applicable aux bananes, au regard des constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant le régime antérieur.

4.4 Le contexte immédiat des paragraphes 4 et 7 de l'article 22, dans lesquels est énoncée l'obligation d'"*équivalence*", confirme notre conclusion. La phrase introductive du paragraphe 6 de l'article 22 renvoie à la situation décrite au paragraphe 2. La disposition à laquelle il est ainsi fait référence prévoit ce qui suit:

"Si le Membre concerné *ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement* les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite, et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra

⁸ The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles (1993), page 843.

⁹ WT/DS27/43.

demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés."

Ainsi, l'autorisation par l'ORD de la suspension de concessions ou d'autres obligations présuppose qu'il y ait inobservation des recommandations ou décisions contenues dans les rapports du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD.

4.5 Nous notons également que les deux parties reconnaissent que c'est la compatibilité ou l'incompatibilité avec les règles de l'OMC du nouveau régime communautaire – et non pas du régime antérieur – qui doit servir de base à l'évaluation de l'équivalence entre le niveau de l'annulation subie et le niveau de la suspension proposée. De fait, dans la présente procédure d'arbitrage, les États-Unis ont consacré une partie importante des communications écrites et exposés oraux qu'ils ont présentés aux arbitres aux raisons pour lesquelles ils considéraient que le nouveau régime maintenait la plupart des incompatibilités avec les règles de l'OMC du régime antérieur.

4.6 D'ailleurs, les Communautés européennes ont souligné à maintes reprises que toute détermination du montant des concessions à suspendre devrait être fondée exclusivement sur le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par son régime révisé, s'il devait être constaté que celui-ci était incompatible avec les règles de l'OMC – mais dans une autre procédure engagée devant nous, c'est-à-dire en notre capacité de membres du groupe spécial reconvoqué au titre de l'article 21:5. Cependant, nous notons également que les Communautés européennes ont dans une certaine mesure répondu aux allégations des États-Unis concernant la prétendue incompatibilité avec les règles de l'OMC du régime révisé dans les communications écrites ou exposés oraux qu'elles ont présentés aux arbitres. Enfin, les Communautés européennes ont signalé plusieurs fois que la compatibilité ou l'incompatibilité avec les règles de l'OMC de leur régime révisé applicable aux bananes ne pouvait pas faire l'objet d'une détermination unilatérale des États-Unis et qu'elles considéraient toute détermination ainsi établie hors du mécanisme de règlement des différends de l'OMC comme étant incompatible avec les prescriptions sans ambiguïté de l'article 23 du Mémoire d'accord.

4.7 Compte tenu de ces considérations, nous estimons que le concept d'*équivalence* entre les deux niveaux (c'est-à-dire celui de la suspension proposée et celui de l'annulation ou de la réduction d'avantages) reste un concept dénué de sens si l'une des deux variables de la comparaison entre la suspension proposée et l'annulation ou la réduction d'avantages demeure inconnue. En substance, la seule option qui nous resterait serait d'assimiler le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages au niveau proposé de la suspension, c'est-à-dire d'établir une relation d'égalité entre les deux variables de l'équation. Procéder ainsi signifierait que tout niveau de suspension proposé serait nécessairement réputé être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages ainsi égalisé. Ou encore, nous pourrions recourir à l'option consistant à mesurer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages sur la base de nos constatations dans le différend initial, modifiées par l'Organe d'appel et adoptées par l'ORD. Procéder ainsi serait ignorer purement et simplement le fait incontesté que les Communautés européennes ont pris des mesures pour réviser leur régime applicable à l'importation des bananes. Tel n'est certainement pas le mandat que l'ORD nous a confié.

4.8 Par conséquent, nous ne pouvons accomplir notre tâche consistant à évaluer l'*équivalence* entre les deux niveaux avant de nous être fait une opinion au sujet du point de savoir si le régime communautaire révisé est, compte tenu de nos constatations et des constatations de l'Organe d'appel dans le différend initial, pleinement compatible avec les règles de l'OMC. Ce serait l'incompatibilité du régime communautaire révisé avec les règles de l'OMC qui serait la cause fondamentale de toute annulation ou réduction d'avantages subie par les États-Unis. Étant donné que le niveau de la suspension de concessions proposée doit être équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, la logique veut que nous axions l'examen que nous effectuons en tant qu'arbitres sur ce

second niveau avant de pouvoir établir son équivalence avec le niveau de la suspension de concessions proposée par les États-Unis.¹⁰

4.9 En arrivant à cette conclusion, nous avons à l'esprit la déclaration faite par le Président de l'ORD à la réunion du 29 janvier 1999 à laquelle l'ORD a décidé de nous renvoyer cette question en notre qualité d'arbitres:

"Il resterait le problème de savoir comment le groupe spécial et les arbitres coordonneraient leurs travaux, mais ce serait les mêmes personnes et elles ne pourraient manquer de trouver un moyen logique de procéder en consultation avec les parties. De cette façon, les mécanismes de règlement des différends du Mémorandum d'accord peuvent être employés pour résoudre toutes les questions restantes dans ce différend, tout en reconnaissant le droit des deux parties et en respectant l'intégrité du Mémorandum d'accord ..."

Nous sommes convaincus que le moyen de procéder que nous avons choisi pour nous acquitter de nos tâches est le moyen de procéder le plus "logique". C'est celui qui donne tout leur poids et tout leur sens à tous les mécanismes de règlement des différends prévus dans le Mémorandum d'accord que les parties au différend initial *Bananes III* ont choisi d'invoquer.

4.10 En réponse aux paragraphes ci-dessus de la Partie IV, qui apparaissaient dans notre décision initiale, les Communautés européennes font valoir que nous ne devrions pas examiner la compatibilité de leur nouveau régime applicable aux bananes. Premièrement, elles font valoir que ce serait aller au-delà de notre mandat, qui, laissent-elles entendre, est limité à la détermination du niveau de la suspension et de son équivalence avec le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Toutefois, comme nous l'avons noté plus haut, pour fixer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il faut peut-être voir s'il y a eu annulation ou réduction d'avantage du fait d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC du nouveau régime applicable aux bananes.

4.11 Deuxièmement, les Communautés européennes font valoir que, si nous examinons la compatibilité avec les règles de l'OMC de leur régime applicable aux bananes dans une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22, nous priverons l'article 21:5 de sa raison d'être. Nous ne sommes pas d'accord. Pour les Membres qui ne veulent pas suspendre de concessions, pour quelque raison que ce soit, l'article 21:5 reste le principal instrument permettant de contester des mesures de mise en œuvre. Accepter l'argument des CE reviendrait en réalité à faire comme si le délai prévu à l'article 22:6 n'existait pas dans le Mémorandum d'accord car une procédure au titre de l'article 21:5, qui de l'avis des CE inclut des consultations et un appel, serait rarement, sinon jamais, achevée avant la fin du délai spécifié à l'article 22:6 (c'est-à-dire, 30 jours à compter de la date d'expiration du délai raisonnable).¹¹ À cet égard, il est utile de rappeler la décision arbitrale rendue dans l'affaire

¹⁰ À cet égard, nous notons que l'article 23:2 a) du Mémorandum d'accord prévoit que les Membres établiront toute détermination selon laquelle il y a eu violation ou que des avantages ont été annulés ou compromis "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". (les italiques ne figurent pas dans l'original). On peut en déduire que les questions de violation et d'annulation ou de réduction d'avantages peuvent faire l'objet d'une détermination dans le cadre d'un arbitrage.

¹¹ Comme nous l'avons noté dans notre décision initiale, dans une procédure au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord, les arbitres ne sont pas en mesure d'influer sur le moment où les parties au différend initial engagent une telle procédure, où les parties au différend initial engagent une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, où l'ORD est en mesure de traiter de telles demandes, où l'ORD établit un groupe spécial déjà convoqué une première fois, ni où l'ORD soumet une question à l'arbitrage. D'une part, nous rappelons que l'article 21:5 du Mémorandum d'accord exige des groupes spéciaux reconvoqués qu'ils achèvent leurs travaux en principe dans les 90 jours suivant la date à laquelle ils auront été saisis de la question, mais ne précise pas quand une telle procédure doit être engagée. Le libellé exprès de l'article 21:5 du

Hormones, qui dit ce qui suit: "Si cet article est lu dans son contexte, il est clair que le délai raisonnable, déterminé conformément à l'article 21:3 c), devrait être le délai *le plus court* possible dans le cadre du système juridique du Membre pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD."¹² Nous notons que les États-Unis estiment que, s'ils ne peuvent demander l'autorisation de suspendre des concessions dans le délai prévu à l'article 22:6, ils perdent le droit de le faire, tout au moins dans les cas dans lesquels la règle du consensus négatif prévue audit article s'applique.

4.12 Troisièmement, les Communautés européennes font valoir que la référence à l'arbitrage à l'article 23:2 a) ne devrait pas être interprétée comme signifiant qu'un arbitrage au titre de l'article 22 peut servir à déterminer si les Accords de l'OMC ont été violés ou s'il y a eu annulation ou réduction d'avantages. À notre avis, alors que la référence à l'arbitrage à l'article 23:2 a) peut ne pas être concluante, il est clair que l'objectif de l'article 23 – une détermination multilatérale – est atteint si la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages est examinée dans une procédure d'arbitrage soumise au groupe spécial initial.

4.13 Quatrièmement, les Communautés européennes font valoir qu'il est inapproprié d'examiner la question de l'incompatibilité dans une procédure d'arbitrage parce que des aspects comme celui de la charge de la preuve ne sont pas clairs. À cet égard, elles soulignent qu'il n'est pas non plus évident que les États-Unis contestent la compatibilité avec les règles de l'OMC du nouveau régime communautaire. À notre avis, le fait que les États-Unis ont consacré dans leur première communication plus de 30 pages à établir que le nouveau régime communautaire continuait d'annuler ou de compromettre des avantages démontre que les États-Unis font valoir que le nouveau régime est incompatible avec les règles de l'OMC. Quant à la charge de la preuve, si les États-Unis ne nous ont pas convaincus qu'il existe un niveau positif d'annulation ou de réduction d'avantages, nous fixerons alors le niveau de la suspension de concessions à zéro.

4.14 Cinquièmement, les Communautés européennes font valoir que notre examen de la question de la compatibilité prive les tierces parties et l'ORD de leurs droits de participer à la détermination de l'existence d'une annulation ou d'une réduction d'avantages. Toutefois, nous notons que nous ne sommes pas chargés - et notre intention n'est pas de le faire - d'établir une détermination formelle de l'existence d'une annulation ou d'une réduction d'avantages mais de nous assurer que le niveau de la suspension de concessions est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. À cet égard, nous notons que l'ORD a la même faculté de rejeter notre décision sur le niveau de la suspension que de rejeter les rapports du groupe spécial et de l'Organe d'appel. Ainsi, nous ne privons pas l'ORD de sa fonction de surveillance. On peut présumer que, si l'ORD devait conclure qu'il n'y a pas eu annulation ou réduction d'avantages, il rejetterait tout niveau de suspension de concessions supérieur à zéro.

Mémoire d'accord n'exclut pas la possibilité d'engager une telle procédure *avant* ou *après* l'expiration du délai raisonnable prévu pour la mise en œuvre des rapports du groupe spécial et/ou de l'Organe d'appel adoptés par l'ORD. D'autre part, nous rappelons que, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, les arbitres doivent achever leurs travaux dans les 60 jours suivant la date d'expiration du délai raisonnable. Si une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord est engagée alors que le délai raisonnable ne va pas tarder à s'achever, ou après qu'il est venu à expiration, le délai de 90 jours prévu à l'article 21:5 et le délai de 60 jours prévu à l'article 22:6 deviennent inconciliables. Quoi qu'il en soit, notre mandat en tant qu'arbitres est limité à ce qui est prévu aux paragraphes 6 et 7 de l'article 22 du Mémoire d'accord. Nous notons que le rapport entre les articles 21:5 et 22 est actuellement analysé dans le cadre du réexamen en cours du Mémoire d'accord.

¹² Décision arbitrale au titre de l'article 21:3 c) dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/15 & WT/DS48/13, paragraphe 26 (29 mai 1998) (les italiques ne figurent pas dans l'original).

4.15 Enfin, nous insistons à nouveau sur ce que nous avons dit au paragraphe 4.9 ci-dessus. Dans les circonstances spéciales de l'espèce, et en l'absence d'accord entre les Membres de l'OMC sur l'interprétation correcte des articles 21 et 22, il est nécessaire de trouver un moyen logique de procéder pour que soit prise une décision multilatérale, soumise à l'examen de l'ORD, sur le niveau de la suspension de concessions. À notre avis, nous avons mené à bien cette tâche.

V. LE RÉGIME COMMUNAUTAIRE RÉVISÉ APPLICABLE À L'IMPORTATION DES BANANES A-T-IL POUR EFFET D'ANNULER OU DE RÉDUIRE LES AVANTAGES REVENANT AUX ÉTATS-UNIS?

5.1 Les États-Unis font valoir que, sur la base de l'article 22:2, les Communautés européennes n'ont pas mis leur régime applicable à l'importation des bananes, dont il a été constaté dans la procédure initiale sur la présente affaire qu'il est incompatible avec leurs obligations au titre de plusieurs accords visés¹³, en conformité avec lesdits accords. Dans leur communication initiale, les États-Unis développent cette thèse de la façon indiquée ci-après. À notre demande, les Communautés européennes ont répondu aux arguments des États-Unis.

5.2 Parce qu'il est nécessaire d'évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC du régime communautaire révisé applicable aux bananes, nous examinons dans les paragraphes qui suivent la question de savoir s'il y a annulation ou réduction, du fait de ce régime, des avantages revenant aux États-Unis.

A. ARTICLE XIII DU GATT DE 1994

5.3 Les États-Unis font valoir que les Règlements n° 1637/98 et 2362/98, par la manière dont ils i) établissent un contingent tarifaire prévoyant l'admission en franchise de droits de 857 700 tonnes de bananes traditionnelles importées de 12 États ACP et ii) attribuent des parts spécifiques par pays du contingent tarifaire NPF établi par les CE pour les bananes, sont incompatibles avec les obligations découlant de l'article XIII du GATT de 1994 pour les CE.

5.4 À cet égard, nous notons que le Règlement n° 1637/98 confirme l'existence du contingent tarifaire de 2 200 000 tonnes consolidé dans la Liste des CE et d'un contingent tarifaire additionnel autonome de 353 000 tonnes.¹⁴ Ces contingents se situent aux mêmes niveaux que ceux du régime antérieur. Étant donné qu'il n'avait pas été possible d'arriver à un accord sur l'attribution des parts spécifiques par pays avec les fournisseurs ayant un intérêt substantiel, les Communautés européennes ont alloué, dans le Règlement n° 2362/98, les parts par pays ci-après à chacun des fournisseurs ayant un intérêt substantiel conformément à l'article XIII:2 d) (en l'occurrence la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur et le Panama):

Tableau 1 - Répartition du contingent tarifaire communautaire ouvert aux fournisseurs de bananes pays tiers et de bananes non traditionnelles ACP

Pays	Part (pourcentage) ¹⁵	Quantité (milliers de tonnes) ¹⁶
Colombie	23,03	588,0
Costa Rica	25,61	653,8
Équateur	26,17	668,1
Panama	15,76	402,4
Autres	9,43	240,7
Total	100,00	2 553,0

¹³ Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, modifiés par le rapport de l'Organe d'appel.

¹⁴ Paragraphes 1 et 2 de l'article 18 du Règlement n° 1637/98.

¹⁵ Annexe I du Règlement n° 2362/98.

¹⁶ Les parts en chiffres absolus sont calculées sur la base du contingent tarifaire de 2 553 000 tonnes et des parts des fournisseurs ayant un intérêt substantiel d'après l'annexe I du Règlement n° 2362/98.

5.5 L'annexe du Règlement n° 1637/98 prévoit une quantité globale de 857 700 tonnes pour les importations traditionnelles en provenance des États ACP. Dans le cadre du régime révisé des CE, il n'y a plus de parts spécifiques par pays allouées aux 12 États ACP fournisseurs traditionnels (à savoir le Belize, le Cameroun, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, la Dominique, la Grenade, la Jamaïque, Madagascar, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, la Somalie et le Suriname).¹⁷

5.6 En ce qui concerne le régime communautaire révisé applicable aux bananes et la compatibilité de ce régime avec l'article XIII, nous rappelons que dans l'affaire *Bananes III*, l'Organe d'appel a infirmé l'interprétation par le groupe spécial de la portée de la dérogation pour Lomé et a estimé que cette dérogation ne couvrirait pas les incompatibilités avec l'article XIII. Par conséquent, dans l'examen des questions relevant de l'article XIII, nous ne considérons pas la question de savoir ce qui est exigé ou non par la Convention de Lomé.

1. La quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP

5.7 Les États-Unis allèguent que la division du régime d'importation révisé appliqué par les CE aux bananes en i) un contingent tarifaire NPF de 2 553 000 tonnes, associé à ii) une quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP à un taux de droit nul n'est pas conforme aux prescriptions en matière de non-discrimination énoncées à l'article XIII et équivaut au maintien en application de "régimes distincts" tels que ceux qui, d'après les constatations du groupe spécial initial et de l'Organe d'appel dans l'affaire *Bananes III*, sont incompatibles avec l'article XIII.

5.8 Les Communautés européennes répondent qu'il existe un seul régime d'importation dans le cadre des Règlements n° 1637/98 et n° 2362/98. Les CE estiment qu'aux fins de l'article XIII, la quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles ACP n'entre pas dans le contingent tarifaire NPF de 2 553 000 tonnes. À leur avis, la quantité de 857 700 tonnes constitue une limite supérieure pour la préférence sous forme de droit nul accordée aux importations de bananes traditionnelles ACP. Les CE notent que la préférence tarifaire est exigée par la Convention de Lomé et couverte par la dérogation pour Lomé s'agissant de toute incompatibilité avec l'article I:1 du GATT. En outre, les Communautés européennes se fondent sur le rapport du Groupe spécial du *papier journal*¹⁸ pour faire valoir que des importations effectuées dans le cadre d'arrangements préférentiels ne devraient pas être imputées sur un contingent tarifaire NPF. Elles font aussi valoir que l'allocation collective se montant à 857 700 tonnes qu'elles ont prévue pour les importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP est effectivement exigée par l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *Bananes III*.

a) Applicabilité de l'article XIII

5.9 L'article XIII:5 prévoit que les dispositions de l'article XIII s'appliquent aux "contingents tarifaires". Les Communautés européennes font valoir, pour l'essentiel, que la quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP constitue une limite supérieure pour une préférence tarifaire et n'est pas un contingent tarifaire visé par l'article XIII. Or, par définition, un contingent tarifaire est une limite quantitative à laquelle est subordonnée la possibilité de bénéficier d'un taux de droit spécifique. Par conséquent, l'article XIII s'applique à la limite de 857 700 tonnes.

¹⁷ Annexe du Règlement n° 1637/98 et annexe I du Règlement n° 2362/98.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial du *papier journal*, adopté le 20 novembre 1984, IBDD, S31/125, pages 143 à 147.

5.10 À notre avis, l'affaire du *papier journal* ne change rien à l'applicabilité de l'article XIII au contingent tarifaire établi pour les importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP. Dans ladite affaire, les Communautés européennes avaient réduit unilatéralement à 500 000 tonnes un contingent tarifaire de 1,5 million de tonnes ouvert pour le papier journal au motif que certains pays ayant fourni ce produit par le passé dans le cadre du contingent tarifaire avaient conclu des accords de libre-échange avec les Communautés et que le contingent tarifaire devait être réduit pour tenir compte de ce fait. Le groupe spécial a estimé que les Communautés européennes ne pouvaient pas effectuer unilatéralement un tel changement. Incidemment, il a déclaré ce qui suit: "Les importations qui sont déjà exemptées de droits par un accord préférentiel ne peuvent, de par leur nature même, participer à un contingent NPF exempt de droits".¹⁹ Le groupe spécial du *papier journal* n'a pas examiné la question de l'applicabilité de l'article XIII à une affaire telle que la présente affaire. Par ailleurs, nos constatations ne signifient pas que les CE doivent imputer les importations en provenance des États ACP sur son contingent NPF.

5.11 Par conséquent, à notre avis, la limite de 857 700 tonnes pour les importations de bananes traditionnelles ACP est un contingent tarifaire et que l'article XIII lui est donc applicable.

b) Les prescriptions de l'article XIII et le contingent tarifaire de 857 700 tonnes ouvert pour les importations de bananes traditionnelles ACP

5.12 Les États-Unis contestent le contingent tarifaire de 857 700 tonnes au regard aussi bien du paragraphe 1 que du paragraphe 2 de l'article XIII. Nous examinons leurs arguments dans cet ordre. Pour l'évaluation, à la lumière des prescriptions de l'article XIII, du contingent tarifaire de 857 700 tonnes ouvert pour les importations en provenance des fournisseurs ACP traditionnels, nous rappelons les constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *Bananes III* au sujet des "régimes distincts":

"En l'espèce, la question n'est pas de savoir si les Communautés européennes ont raison de dire qu'il existe deux régimes d'importation distincts pour les bananes, mais si l'existence de deux, ou davantage, régimes d'importation communautaires distincts présente un intérêt quelconque pour l'application des dispositions en matière de non-discrimination du GATT de 1994 et des autres accords figurant à l'Annexe 1A. L'aspect essentiel des obligations de non-discrimination est que des produits similaires doivent être traités de la même manière, quelle que soit leur origine. Étant donné qu'aucun participant ne conteste que toutes les bananes sont des produits similaires, les dispositions en matière de non-discrimination s'appliquent à toutes les importations de bananes, qu'un Membre compartimente ou subdivise ou non ces importations pour des raisons administratives ou autres et quelle que soit la façon dont il le fait. Si, en choisissant une base juridique différente pour imposer des restrictions à l'importation, ou en appliquant des taux de droits différents, un Membre pouvait éviter l'application des dispositions en matière de non-discrimination aux importations de produits similaires en provenance de Membres différents, l'objet et le but desdites dispositions seraient compromis. Il serait très facile à un Membre de contourner les dispositions en matière de non-discrimination du GATT de 1994 et des autres accords figurant à l'Annexe 1A si ces dispositions s'appliquaient uniquement à l'intérieur des régimes réglementaires établis par ledit Membre."²⁰

¹⁹ Rapport du Groupe spécial du *papier journal*, adopté le 20 novembre 1984, IBDD, S31/125, paragraphe 55.

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Bananes III*, paragraphe 190.

5.13 Nous rappelons aussi la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle la Convention de Lomé ne justifie pas les incompatibilités avec l'article XIII. L'Organe d'appel a déclaré ce qui suit:

"Étant donné le caractère vraiment exceptionnel des dérogations aux obligations de non-discrimination énoncées à l'article XIII, il est encore plus difficile d'accepter l'idée qu'une dérogation qui ne se réfère pas explicitement à l'article XIII s'appliquerait néanmoins aux obligations énoncées dans ledit article. Si les PARTIES CONTRACTANTES du GATT avaient voulu, par la dérogation pour Lomé, exempter les Communautés européennes de leurs obligations au titre de l'article XIII, elles l'auraient dit de manière explicite."²¹

Par conséquent, dans notre examen de la compatibilité du régime communautaire révisé avec les règles de l'OMC, nous devons appliquer pleinement le principe de non-discrimination et les autres prescriptions de l'article XIII à toutes les bananes importées "similaires" quelle que soit leur origine, c'est-à-dire indépendamment de la question de savoir si les importations ont lieu dans le cadre du contingent tarifaire NPF de 2 553 000 tonnes ou dans le cadre du contingent tarifaire de 857 700 tonnes réservé aux importations de bananes traditionnelles ACP.

i) *Article XIII:1*

5.14 À cet égard, nous notons que dans le cadre du régime révisé, d'une part, des bananes peuvent être importées au titre du contingent tarifaire NPF sur la base des résultats commerciaux obtenus au cours d'une période représentative antérieure (en l'occurrence la période triennale allant de 1994 à 1996). D'autre part, des bananes en provenance des pays ACP fournisseurs traditionnels peuvent être importées jusqu'à concurrence d'une quantité collective de 857 700 tonnes, initialement fixée d'après la quantité globale des meilleurs chiffres des importations d'avant 1991 des différents pays ACP fournisseurs traditionnels, compte tenu de certains investissements.²² Nous notons aussi que les exportations effectuées dans le cadre du contingent tarifaire par certains fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel (c'est-à-dire les fournisseurs de pays tiers et fournisseurs ACP non traditionnels) sont limitées, globalement, à 240 748 tonnes (soit la catégorie "autres" du contingent tarifaire NPF), tandis que les importations en provenance d'autres fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel (c'est-à-dire les fournisseurs ACP traditionnels) sont limitées, globalement, à 857 700 tonnes. Par ailleurs, certains fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel, à savoir les fournisseurs ACP, pourraient bénéficier d'un accès à la catégorie "autres" du contingent tarifaire NPF une fois le contingent tarifaire de 857 700 tonnes épuisé. Par contre, les fournisseurs de pays tiers n'ayant pas un intérêt substantiel n'ont pas accès au contingent tarifaire de 857 700 tonnes une fois que la quantité prévue pour la catégorie "autres" du contingent tarifaire NPF a été épuisée. Les différents Membres appartenant à ces deux groupes - les fournisseurs ACP traditionnels et les autres fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel - ne font donc pas l'objet de restrictions semblables. Cette différence de traitement est incompatible avec les dispositions de l'article XIII:1, qui dispose qu'"[a]ucune ... restriction ne sera appliquée par un Membre à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre ... à moins que des prohibitions ou des restrictions semblables ne soient appliquées à l'importation du produit similaire originaire de tout pays tiers ...".

ii) *Article XIII:2*

5.15 D'après la règle générale énoncée à l'article XIII:2 du GATT les Membres "s'efforceront de parvenir à une répartition du commerce ... se rapprochant dans toute la mesure du possible de celle

²¹ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Bananes III*, paragraphe 187.

²² Les parts spécifiques par pays allouées, par exemple, au Belize, au Cameroun, à la Côte d'Ivoire et à la Jamaïque, semblent avoir été calculées compte tenu des investissements effectués.

que, en l'absence de ces restrictions, les divers Membres seraient en droit d'attendre". À cette fin, dans les cas où la solution choisie consisterait à répartir un contingent tarifaire entre les pays fournisseurs, l'article XIII:2 d) prévoit que les parts attribuées (en l'occurrence les parts spécifiques par pays allouées aux fournisseurs *ayant un intérêt substantiel*, et une allocation globale fixée dans le cadre d'une catégorie "autres" pour les fournisseurs *n'ayant pas un intérêt substantiel* pour autant que des parts spécifiques par pays ne soient pas allouées à chacun de ces derniers) devraient être fondées sur les pourcentages des quantités fournies au cours d'une période représentative antérieure. Les Communautés européennes expliquent qu'elles ont choisi la période triennale allant de 1994 à 1996 comme étant la période triennale la plus récente pour laquelle des chiffres d'importation fiables étaient disponibles.

5.16 D'après les renseignements dont nous disposons, les exportations moyennes des pays ACP fournisseurs traditionnels pendant la période triennale allant de 1994 à 1996 se situaient collectivement aux alentours de 685 000 tonnes, ce qui ne représente qu'environ 80 pour cent des 857 700 tonnes réservées aux importations de bananes traditionnelles ACP dans le cadre aussi bien du régime précédent que du régime révisé. Par contre, le contingent tarifaire NPF de 2,2 millions de tonnes (qui fait l'objet d'une augmentation autonome de 353 000 tonnes) a été pour ainsi dire entièrement utilisé depuis qu'il a été créé (à raison de plus de 95 pour cent). Ainsi, l'attribution d'un contingent tarifaire de 857 700 tonnes pour les importations de bananes traditionnelles en provenance des États ACP est incompatible avec les prescriptions de l'article XIII:2 d) car le régime communautaire ne vise manifestement pas à parvenir à une répartition du commerce se rapprochant dans toute la mesure du possible de celle que, en l'absence des restrictions, les divers Membres seraient en droit d'attendre.

5.17 Eu égard à ce qui précède et eu égard aux constatations de l'Organe d'appel selon lesquelles la dérogation pour Lomé ne couvre pas les incompatibilités avec l'article XIII, nous sommes d'avis que les importations en provenance des différents pays fournisseurs *n'ayant pas un intérêt substantiel* ne font pas l'objet de restrictions semblables au sens de l'article XIII:1 du GATT. Par ailleurs, la répartition d'un contingent tarifaire collectif établi pour les États ACP fournisseurs traditionnels ne se rapproche pas dans toute la mesure du possible de la répartition que, en l'absence des restrictions, ces pays seraient en droit d'attendre comme il est requis dans le texte introductif de l'article XIII:2 du GATT. Par conséquent, le fait de réserver la quantité de 857 700 tonnes aux importations de bananes traditionnelles ACP dans le cadre du régime révisé est incompatible avec les paragraphes 1 et 2 de l'article XIII du GATT.

c) Prescriptions énoncées dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Bananes III*

5.18 Les Communautés européennes rappellent que le groupe spécial et l'Organe d'appel ont déclaré dans l'affaire *Bananes III* qu'elles étaient tenues, aux termes de la Convention de Lomé, d'accorder l'admission en franchise de droits aux exportations de bananes traditionnelles des fournisseurs ACP pour une quantité correspondant au meilleur chiffre des exportations de ces pays d'avant 1991 (soit 857 700 tonnes), et que l'Organe d'appel a déclaré qu'elles ne pouvaient pas attribuer des parts spécifiques par pays à ces fournisseurs d'une manière incompatible avec l'article XIII. Elles font valoir que, par conséquent, l'Organe d'appel dans son rapport sur l'affaire *Bananes III* leur fait obligation d'accorder à ces fournisseurs une allocation collective de 857 700 tonnes.

5.19 Nous notons, cependant, que le groupe spécial et l'Organe d'appel ont clairement indiqué dans leurs rapports que ce qui était exigé par la Convention de Lomé n'était pas nécessairement couvert par la dérogation pour Lomé. Et, comme l'Organe d'appel l'a constaté dans l'affaire *Bananes III*, les Communautés européennes ne sont pas autorisées en vertu de la dérogation pour Lomé à agir de manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article XIII. L'Organe d'appel a aussi confirmé la constatation du groupe spécial selon laquelle les CE ne pouvaient pas attribuer de parts spécifiques par pays à certains fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel (par exemple les pays

ACP fournisseurs traditionnels et non fournisseurs traditionnels et les signataires de l'Accord-cadre) tant que des allocations spécifiques par pays n'étaient pas aussi accordées à l'ensemble des fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel.

2. Part de l'Équateur dans le contingent tarifaire NPF

5.20 Aux termes de l'article XIII:2 d), si un Membre décide de répartir un contingent tarifaire, il peut se mettre d'accord sur la répartition du contingent avec les Membres ayant un intérêt substantiel à la fourniture du produit visé. En l'absence d'un tel accord, le Membre

"attribuera, aux Membres ayant un intérêt substantiel à la fourniture de ce produit, des parts proportionnelles à la contribution apportée par lesdits Membres au volume total ou à la valeur totale des importations du produit en question au cours d'une *période représentative antérieure*, compte dûment tenu de tous les *facteurs spéciaux* qui ont pu ou qui peuvent affecter le commerce de ce produit". (les italiques ne figurent pas dans l'original)

5.21 Les États-Unis font valoir que l'attribution par les CE des parts du contingent tarifaire NPF aux fournisseurs ayant un intérêt substantiel ne se rapproche pas de la répartition que ces derniers seraient en droit d'attendre en l'absence de restrictions. Ils font aussi valoir qu'étant donné que la période 1994-1996 était "soumise à restriction, elle n'est pas représentative aux fins de l'article XIII.

5.22 Les Communautés européennes notent qu'elles se sont fondées, pour calculer les parts par pays du contingent tarifaire NPF allouées dans le cadre du régime révisé, sur la période triennale allant de 1994 à 1996. À leur avis, c'était la période triennale la plus récente pour laquelle des données fiables étaient disponibles à ce moment-là.

a) Les prescriptions de l'article XIII

5.23 Pour l'examen des arguments des États-Unis concernant les parts du contingent tarifaire au regard de l'article XIII, nous rappelons nos constatations dans l'affaire *Bananes III*:

"Le libellé de l'article XIII est clair. Si des restrictions quantitatives sont utilisées (dans le cadre d'une exception à leur interdiction générale prévue à l'article XI), elles doivent l'être de façon à fausser le moins possible les échanges. Aux termes de la règle générale de l'introduction de l'article XIII:2:

"[d]ans l'application des restrictions à l'importation d'un produit quelconque, les Membres s'efforceront de parvenir à une répartition du commerce de ce produit se rapprochant dans toute la mesure du possible de celle que, en l'absence de ces restrictions, les divers Membres seraient en droit d'attendre ...".

En l'espèce, il s'agit de contingents tarifaires, qui sont autorisés par les règles du GATT, et non de restrictions quantitatives en tant que telles. Toutefois, l'article XIII:5 indique clairement, et les parties en conviennent, que l'article XIII s'applique à l'administration des contingents tarifaires. Vu les termes de l'article XIII, on peut dire que l'objet et le but de l'article XIII:2 sont de réduire au minimum l'incidence d'un régime de contingentement ou de contingentement tarifaire sur les courants d'échanges en visant à faire en sorte que les parts du commerce, après l'application de ces mesures, soient à peu près ce qu'elles auraient été en l'absence de ce régime.²³

²³ Rapport du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.68.

5.24 Nous avons aussi noté le passage suivant:

"[P]our mettre sa réglementation relative aux importations de bananes en conformité avec l'article XIII, la CE devrait tenir compte de l'article XIII:1 et XIII:2 d). Afin d'allouer des parts spécifiques par pays du contingent d'une façon compatible avec les prescriptions de l'article XIII, la CE devrait établir ces parts en fonction d'une période représentative antérieure³⁷⁵ et tous les facteurs spéciaux devraient être appliqués de façon non discriminatoire."

³⁷⁵ "À cet égard, nous approuvons la déclaration du Groupe spécial des *Pommes en provenance du Chili* de 1980:

"Conformément à la pratique normale du GATT, le Groupe spécial a jugé approprié de prendre pour "période de référence" une période de trois ans antérieure à 1979, année où les mesures communautaires étaient en vigueur. De l'avis du Groupe spécial, l'année 1976, pendant laquelle des restrictions avaient été appliquées, ne pouvait pas être considérée comme année de référence et il convenait de prendre à sa place l'année qui la précédait immédiatement. Le Groupe spécial a donc retenu les années 1975, 1977 et 1978 comme "période de référence"."

[référence omise] Dans son rapport publié le 21 novembre 1963 (document du GATT L/2088, paragraphe 10), le "Groupe spécial de la volaille" a indiqué: "[L]es parts échues, durant la période de référence, aux divers pays exportateurs sur le marché suisse, qui était libre et concurrentiel, donnaient une juste indication de la proportion de l'accroissement de la consommation allemande de volaille dont auraient vraisemblablement bénéficié les exportations des États-Unis". Voir aussi le rapport du Groupe chargé de l'affaire "Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles", paragraphe 5.1.3.7 [référence omise]."

5.25 C'est pour assurer le respect de la prescription énoncée dans le texte introductif selon laquelle un "Membre s'efforcer[a] de parvenir à une répartition du commerce ... se rapprochant dans toute la mesure du possible de celle que, en l'absence de ces restrictions, les divers Membres seraient en droit d'attendre", que l'article XIII:2 d) prévoit, parmi les solutions possibles, l'attribution de parts sur la base d'une période représentative antérieure (ajustées pour tenir compte des facteurs spéciaux s'il y a lieu et dans la mesure qui convient).

5.26 Si les données se rapportant à une période sont périmées ou si les importations sont faussées du fait que le marché pertinent est soumis à restriction, le recours à cette période comme période représentative ne peut alors pas permettre d'atteindre l'objectif énoncé dans le texte introductif. Ainsi, suivant la pratique du GATT, il faut que la "période représentative antérieure" aux fins de l'article XIII:2 d) soit la période la plus récente exempte de distorsions dues aux restrictions. Comme il est indiqué plus haut, le Groupe spécial *Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili*²⁴ a examiné la question de savoir si les restrictions à l'importation étaient en rapport avec les importations effectuées dans les CE "au cours d'une période de référence antérieure" dans le contexte de l'article XI:2 c). Le groupe spécial a exclu de la période triennale antérieure à 1979 la plus récente l'année 1976, pendant laquelle les restrictions communautaires incriminées étaient en vigueur, et a retenu à sa place les années 1978, 1977 et 1975. Il a estimé que

²⁴ Rapport du Groupe spécial *Restrictions appliquées par la CEE à l'importation de pommes en provenance du Chili*, adopté le 10 novembre 1980, IBDD, S27/107, paragraphe 4.8.

l'année 1976 ne pouvait pas être considérée comme étant représentative en raison de l'existence de restrictions au cours de cette année.

5.27 Le Groupe spécial *Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*²⁵ a examiné la question de l'absence d'une "période représentative antérieure" dans le contexte de l'article XI:2 c). Il a noté

"qu'en l'occurrence les restrictions à l'importation appliquées par le Japon étaient en vigueur depuis plusieurs décennies et qu'il n'existait donc pas de période antérieure exempte de restrictions pouvant être raisonnablement prise pour référence afin de comparer la part des importations et de l'offre intérieure à la situation prévalant aujourd'hui. ... Le Groupe spécial a reconnu qu'une stricte application de cette règle de la charge de la preuve avait pour conséquence que l'article XI:2 c) i) ne pouvait en pratique pas être invoqué dans les cas où des restrictions étaient appliquées depuis si longtemps que le rapport entre les importations et la production nationale qui existerait en l'absence de restrictions ne pouvait plus être déterminé sur la base d'une période de référence antérieure. ... Le Groupe spécial a donc estimé que la charge d'apporter la preuve que toutes les prescriptions de l'article XI:2 c) i) ont été satisfaites, y compris celle relative au rapport entre les importations et la production nationale, doit, comme auparavant, incomber entièrement à la partie contractante qui invoque cet article".

5.28 Nous notons que l'article XI:2 c), qui dispose que les contingents doivent être tels qu'ils n'aient pas pour effet d'abaisser le rapport entre le total des importations et le total de la production nationale au-dessous de celui que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à voir s'établir en l'absence de restrictions, est une exception à l'interdiction des restrictions quantitatives énoncée à l'article XI:1. L'article XIII régit l'application non discriminatoire des restrictions quantitatives, y compris, le cas échéant, la répartition des parts entre les Membres. La détermination d'une période représentative antérieure au regard de l'article XIII soulève des problèmes semblables à ceux qui se posent au regard de l'article XI:2. Nous estimons donc que les considérations exposées plus haut sont pertinentes pour l'affaire dont nous sommes saisis. L'incidence de l'absence d'une période représentative au regard de l'article XIII est beaucoup moins importante que celle de l'absence d'une telle période au regard de l'article XI:2 c). Dans l'affaire *Japon - Restrictions*, l'absence d'une période représentative antérieure appropriée empêchait le recours à l'exception prévue à l'article XI:2 c). Au regard de l'article XIII, l'absence d'une période représentative antérieure appropriée empêcherait uniquement la répartition unilatérale d'un contingent tarifaire. Elle n'empêcherait pas le recours à un contingent tarifaire global ou à l'attribution, par voie d'accord, de parts spécifiques par pays.

b) Période représentative

5.29 En ce qui concerne le choix d'une "période représentative antérieure" pour l'application du régime de contingent tarifaire aux importations de bananes dans les Communautés européennes, nous rappelons qu'avant 1993, les États membres des CE appliquaient différents régimes d'importation nationaux. Quelques-uns d'entre eux appliquaient des restrictions ou prohibitions à l'importation tandis que les importations dans les autres États membres étaient assujetties à un régime uniquement tarifaire ou étaient admises en franchise de droits.²⁶ Par conséquent, cette période ne pouvait pas être prise comme période représentative antérieure (voir le paragraphe 5.24).

²⁵ Rapport du Groupe spécial *Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180, paragraphe 5.1.3.7.

²⁶ Pour une description du marché, voir le rapport du Groupe spécial *CEE - Régimes d'importation applicables aux bananes dans les États membres*, publié le 3 juin 1993 (non adopté), document DS32/R du GATT, pages 6 à 11.

5.30 Nous notons que la mise en place vers le milieu de 1993 de l'organisation commune des marchés dans le secteur de la banane garantissait aux pays ACP fournisseurs traditionnels des parts spécifiques par pays fixées au niveau des meilleurs chiffres des importations d'avant 1991, qui étaient beaucoup plus élevés que les résultats commerciaux effectifs obtenus récemment par ces pays. Pour 1995, l'Accord-cadre sur les bananes (Accord-cadre) prévoyait l'attribution à la Colombie et au Costa Rica, fournisseurs ayant un intérêt substantiel, des parts du contingent tarifaire de 2 200 000 tonnes établi par le Règlement n° 404/93. Étant donné les distorsions du marché communautaire avant l'Accord-cadre, les parts attribuées à la Colombie et au Costa Rica n'auraient pas pu être calculées sur la base d'une période représentative antérieure. De plus, l'Accord-cadre contenait des dispositions incompatibles avec les règles de l'OMC concernant les prescriptions en matière de certificats d'exportation et la réattribution, uniquement parmi les signataires de l'Accord-cadre, des portions non utilisées des allocations spécifiques par pays, ce qui aggravait encore les distorsions. Les parts des pays ACP non fournisseurs traditionnels étaient aussi faussées en raison des allocations spécifiques par pays à l'intérieur de la quantité de 90 000 tonnes qui était réservée aux fournisseurs ACP non traditionnels.

5.31 On pourrait faire valoir que dans la catégorie "autres" du contingent tarifaire de 2 200 000 tonnes (augmenté de manière autonome de 353 000 tonnes à partir de 1995 pour les CE à 15), l'Équateur et le Panama ainsi que les fournisseurs de pays tiers n'ayant pas un intérêt substantiel auxquels des parts n'avaient pas été allouées se faisaient concurrence sur une base relativement exempte de distorsions pendant la période au cours de laquelle le régime antérieur était en vigueur (même si c'était moins le cas après l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre). Cela dit, aux fins de l'application des prescriptions de l'article XIII, la question de savoir si les importations en provenance de certains pays fournisseurs ont relativement fait l'objet de moins de distorsions que d'autres n'a pas d'importance car les distorsions concernant un pays fournisseur (groupe de pays fournisseurs) auront des répercussions sur les résultats d'importation d'autres pays fournisseurs ayant ou non un intérêt substantiel sur un même marché de produit.

5.32 Par conséquent, à notre avis, la période 1994-1996 ne pourrait pas être prise comme période représentative antérieure en raison de la présence des distorsions mentionnées plus haut sur le marché.

5.33 En conséquence, si les Membres ont latitude, jusqu'à un certain degré, de choisir une période représentative antérieure, il est manifeste dans la présente affaire que la période 1994-1996 n'est pas une "période représentative". Par conséquent, nous sommes d'avis que les parts spécifiques par pays attribuées par les Communautés européennes aux fournisseurs ayant un intérêt substantiel ne sont pas compatibles avec les prescriptions de l'article XIII:2.

B. QUESTIONS RELATIVES À L'AGCS

5.34 Les États-Unis allèguent que les Règlements n° 1637/98 et n° 2362/98 perpétuent l'annulation et la réduction d'avantages causées par le régime communautaire antérieur dont il a été constaté qu'il était incompatible avec les obligations des CE au titre des articles II et XVII de l'AGCS. De façon plus spécifique, les États-Unis allèguent que 1) les procédures de licences révisées perpétuent les violations des articles II et XVII de l'AGCS (c'est-à-dire les clauses de la nation la plus favorisée et du traitement national de l'AGCS) dont le groupe spécial initial et l'Organe d'appel avaient constaté l'existence dans l'affaire *Bananes III* et 2) que l'accroissement de la part des certificats réservée aux "nouveaux arrivés", qui a été portée à 8 pour cent et les critères d'acquisition du statut de "nouvel arrivé" dans le cadre des procédures de licences révisées sont incompatibles avec l'article XVII de l'AGCS.

1. Procédures d'attribution de certificats

5.35 Les États-Unis allèguent que le régime communautaire révisé de certificats est incompatible avec les articles II et XVII de l'AGCS et continue à avoir pour effet d'annuler et de réduire des

avantages car il perpétue ou reproduit les éléments discriminatoires du précédent régime de certificats en ce sens que les certificats sont attribués à ceux qui en ont utilisé pour importer des bananes pendant la période 1994-1996 et qui ont payé des droits de douane sur ces bananes. En outre, ils allèguent que les nouvelles règles d'attribution des certificats dites du "pot commun", selon lesquelles, entre autres choses, les anciens importateurs de bananes ACP peuvent demander des certificats pour importer des bananes équatoriennes et d'autres bananes non ACP sur la base de quantités de référence calculées en fonction de leurs importations de bananes ACP, renforcent les éléments discriminatoires du régime antérieur.²⁷

5.36 Les CE soutiennent qu'elles ont aboli le précédent régime de certificats qui comportait des catégories d'opérateurs, des fonctions économiques, des certificats d'exportation et des certificats "tempête". Le nouveau critère d'attribution de certificats aux "opérateurs traditionnels", c'est-à-dire la preuve du paiement de droits de douane, élimine tout "effet de report" entre l'ancien régime d'attribution des certificats et le régime révisé et garantit que les anciens importateurs "véritables et réels" ont le droit d'obtenir des certificats à l'avenir.

5.37 Une analyse des incompatibilités alléguées avec la clause du traitement national et la clause NPF contenues dans l'AGCS nécessite habituellement un examen en deux étapes. Aux fins de l'article XVII, il est nécessaire d'examiner i) si les services ou fournisseurs de services nationaux et étrangers en cause sont "similaires" et ii) si les services ou fournisseurs de services originaires du pays plaignant sont traités de façon moins favorable que ceux qui sont d'origine nationale. Aux fins de l'article II, il est nécessaire d'examiner i) si les services ou fournisseurs de services originaires de pays étrangers différents sont "similaires" et ii) si les services ou fournisseurs de services originaires du pays plaignant font l'objet d'un traitement moins favorable que ceux qui sont originaires d'autres Membres.

5.38 Dans ce contexte, nous rappelons que les questions telles que l'origine des services et fournisseurs de services et la "similarité" des services ou fournisseurs de services originaires du pays plaignant et de ceux qui sont originaires des CE ou d'autres pays tiers, selon le cas, ont été résolues dans l'affaire initiale. Nous notons aussi que le groupe spécial et l'Organe d'appel - bien que pour des motifs juridiques différents - ont constaté que l'obligation d'accorder le traitement national ainsi que l'obligation d'accorder le traitement NPF prévues par l'AGCS interdisaient toute discrimination *de jure* et *de facto*. Afin de nous prononcer sur les questions dont nous sommes saisis, nous n'avons donc pas besoin d'examiner si la notion de discrimination *de facto* dans le cadre de l'article II est semblable à la notion de discrimination *de facto* dans le cadre de l'article XVII, et en particulier des paragraphes 2 et 3 de cet article, ou si elle est plus étroite. Il nous faut simplement rappeler que le groupe spécial initial, de même que l'Organe d'appel, ont constaté que l'article II de l'AGCS portait aussi sur la discrimination *de facto*: "Pour ces raisons, nous concluons que l'expression "traitement non moins favorable" contenue à l'article II:1 de l'AGCS doit être interprétée comme incluant la discrimination *de facto* aussi bien que *de jure* ...".²⁸ Par conséquent, nous estimons qu'il est approprié d'examiner conjointement la question de savoir si les procédures révisées d'attribution de certificats accordent ou non un traitement moins favorable au sens de l'article II comme de l'article XVII de l'AGCS aux services ou fournisseurs de services des États-Unis.

²⁷ Les États-Unis se réfèrent à cet égard au fait que 30 pour cent des certificats requis pour les importations contingentaires de bananes pays tiers et de bananes non traditionnelles ACP sont réservés aux opérateurs de la catégorie B, au fait que 28 pour cent de ces certificats d'importation sont réservés aux mûrisseurs, conformément aux règles relatives aux fonctions économiques, et au fait que les certificats "tempête" sont attribués exclusivement à certains opérateurs de la catégorie B.

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Bananes III*, paragraphe 234.

a) Constatations concernant les articles II et XVII de l'AGCS dans l'affaire *Bananes III*

5.39 Nous rappelons nos constatations concernant certains aspects des procédures d'attribution de certificats qui étaient applicables dans le régime précédent aux importations pays tiers et aux importations non traditionnelles ACP à l'intérieur du contingent tarifaire, dans la mesure où elles sont pertinentes en l'espèce, et selon lesquelles:

"... l'attribution aux opérateurs de la catégorie B de 30 pour cent des certificats permettant l'importation de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP aux taux de droits contingentaires créait des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services similaires originaires des pays plaignants et était donc incompatible avec les prescriptions des articles II et XVII de l'AGCS."²⁹

"... l'attribution aux mûrisseurs de 28 pour cent des certificats des catégories A et B permettant l'importation de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP aux taux de droits contingentaires créait des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services similaires originaires des pays plaignants et était donc incompatible avec les prescriptions de l'article XVII de l'AGCS."³⁰

"... l'attribution de certificats "tempête" aux seuls opérateurs qui regroupaient ou représentaient directement les producteurs communautaires (ou ACP) créait des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services similaires originaires des pays plaignants et était donc incompatible avec les prescriptions de l'article XVII (ou de l'article II) de l'AGCS."³¹

Ces constatations ont été confirmées par l'Organe d'appel.

b) Régime communautaire révisé de certificats

5.40 Dans le cadre du régime communautaire révisé de certificats, les certificats sont attribués aux importateurs sur la base de leurs quantités de référence. Ces quantités de référence sont attribuées aux "opérateurs traditionnels" (définis ci-dessous) pour autant qu'ils sont en mesure de montrer qu'ils ont effectivement importé des bananes pendant la période 1994-1996. Plus particulièrement, l'article 3 du Règlement n° 2362/98 dispose ce qui suit:

"[O]n entend par "*Opérateur traditionnel*" l'agent économique établi dans la Communauté pendant la période qui détermine sa quantité de référence ... qui pour son propre compte, a importé effectivement pendant une période de référence, une quantité minimale de bananes originaires des États tiers et/ou des États ACP en vue d'une mise en vente ultérieure sur le marché communautaire. La quantité minimale ... est de 100 tonnes pendant l'une des années de la période de référence ... [ou] ... de 20 tonnes lorsque l'importation porte exclusivement sur des bananes d'une longueur inférieure ou égale à 10 centimètres."

²⁹ Rapport du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphes 7.341 et 7.353.

³⁰ Rapport du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.368.

³¹ Rapport du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.393 (et paragraphe 7.397).

5.41 L'article 5 du Règlement n° 2362/98 dispose ce qui suit:

"3. L'importation effective est attestée conjointement:

a) par la production d'une *copie des certificats d'importation utilisés*, pour la mise en libre pratique des quantités indiquées par le *titulaire* du certificat ou par le *cessionnaire* dans le cas où une cession est intervenue ..., dûment imputés par les autorités compétentes et

b) par la *preuve du paiement des droits de douane* applicables le jour de l'accomplissement des formalités douanières d'importation, paiement opéré soit *directement* aux autorités compétentes soit par l'intermédiaire d'un *agent ou mandataire en douanes*.

L'opérateur qui apporte la *preuve qu'il a payé les droits de douane* applicables lors de la mise en libre pratique d'une quantité donnée de bananes, directement aux autorités compétentes ou par l'intermédiaire d'un agent ou mandataire en douane *sans être le titulaire ou le cessionnaire du certificat d'importation correspondant ... est considéré avoir réalisé l'importation effective de cette quantité, s'il a été enregistré dans un État membre en application du règlement (CEE) n° 1442/93 et/ou s'il remplit les conditions posées par le présent règlement pour l'enregistrement comme opérateur traditionnel*. Les agents ou mandataires en douane ne peuvent pas revendiquer l'application du présent alinéa." (les italiques ne figurent pas dans l'original).

5.42 L'article 31 du Règlement n° 2362/98 prévoit l'abrogation des Règlements n° 1442/93 et n° 478/95, sur lesquels était fondé le précédent régime de certificats. Nous notons cependant que conformément à l'article 5 3) du Règlement n° 2362/98, les opérateurs qui ont été enregistrés en application du Règlement n° 1442/93 peuvent acquérir le statut d'"opérateur traditionnel" dans le cadre des procédures de licences révisées.

c) Prescriptions des articles XVII et II de l'AGCS

5.43 Nous rappelons notre décision dans l'affaire *Bananes III* concernant les éléments à réunir pour établir l'existence d'une incompatibilité avec les articles XVII et II de l'AGCS, et certaines questions préliminaires.³² Celles-ci ne faisant pas l'objet de controverse dans la présente procédure, nous abordons les principales questions.

5.44 Aux fins de l'article XVII, nous devons examiner si, en appliquant leur régime de certificats révisé, les Communautés européennes accordent un traitement moins favorable aux services et fournisseurs de services des États-Unis que celui qu'elles accordent à leurs propres services et fournisseurs de services similaires. Aux fins de l'article II, nous devons aussi examiner si, dans le cadre du régime révisé, un traitement moins favorable est accordé aux services et fournisseurs de services des États-Unis qu'aux services et fournisseurs de services d'autres Membres. À cet égard, nous rappelons que nous avons indiqué plus haut que nous jugions approprié d'examiner conjointement la question de savoir si le régime communautaire révisé accordait un traitement moins favorable au sens de l'article II comme de l'article XVII aux services ou fournisseurs de services des États-Unis. La question cruciale en ce qui concerne ces allégations formulées à l'encontre des procédures de licences communautaires révisées est de savoir si l'attribution de certificats fondée sur le critère du "*paiement effectif*" des droits de douane par les "*opérateurs traditionnels*" dans le cadre

³² Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphes 7.314, 7.317, 7.3.44, 7.277 et suivants, et 7.298.

du régime révisé perpétue l'attribution de certificats sur la base des aspects du précédent régime de certificats dont il avait été constaté qu'ils étaient incompatibles avec l'AGCS dans l'affaire *Bananes III*.

5.45 En délimitant cette question aux fins de l'examen, nous ne voulons pas dire que les CE ont l'obligation de remédier à une discrimination antérieure. L'article 3:7 du Mémorandum d'accord dispose que "... le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause, s'il est constaté qu'elles sont incompatibles avec les dispositions de l'un des accords visés". Ce principe exige le respect *ex nunc* des recommandations et décisions de l'ORD à l'expiration du délai raisonnable prévu à cet effet. Si nous devons décider que l'attribution de certificats aux fournisseurs de services originaires de pays tiers devait être "corrigée" pour les années allant de 1994 à 1996, nous créerions un effet rétroactif des moyens de recours *ex tunc*. Toutefois, selon nous, ce que les CE sont tenues de faire, c'est de mettre fin au mode discriminatoire d'attribution de certificats ayant un effet *prospectif* à compter du début de l'année 1999.

5.46 Au début de notre analyse, nous notons que les États-Unis n'allèguent pas que le nouveau régime communautaire est discriminatoire *de jure*. La question, comme dans l'affaire *Bananes III*, est de savoir s'il est discriminatoire *de facto* d'une façon qui est incompatible avec les articles XVII et II de l'AGCS. À cet égard, nous rappelons que, conformément à l'article XVII:2, un Membre peut assurer un traitement non moins favorable aux services ou fournisseurs de services étrangers en accordant soit un traitement formellement identique à celui qu'il accorde à ses propres fournisseurs de services similaires, soit un traitement formellement différent. En outre, selon l'article XVII:3, un traitement formellement identique peut cependant être considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence d'une façon préjudiciable aux services ou fournisseurs de services d'autres Membres. Nous rappelons aussi les constatations du groupe spécial et de l'Organe d'appel dans le différend initial selon lesquelles la clause NPF de l'AGCS interdit à la fois la discrimination *de jure* et *de facto*.

d) Arguments des parties

i) Communautés européennes

5.47 Les Communautés européennes font valoir tout d'abord que les faits sur lesquels le groupe spécial initial avait fondé ses conclusions avaient tellement changé en 1994-1996 que ce groupe spécial ne serait pas parvenu aux mêmes constatations s'il avait eu connaissance des faits concernant la période 1994-1996.

5.48 En ce qui concerne les principaux opérateurs de pays tiers (c'est-à-dire Chiquita, Dole, Del Monte et Noboa), les CE soutiennent que les attributions de certificats pour l'importation de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP à ces opérateurs ont augmenté de 35 pour cent en 1994, sous le régime précédent, et 1999, sous le régime révisé.³³ Elles précisent que les attributions de certificats à Chiquita et à Dole ont augmenté de 34 et de 44 pour cent, respectivement, entre 1994 et 1999. De plus les attributions de certificats à ces deux sociétés se sont accrues en 1999 par rapport à 1998. Selon les Communautés européennes, cela s'est produit pour deux raisons: les investissements et les transferts de certificats.

³³ Les CE indiquent aussi que les attributions de certificats à ces principaux opérateurs de pays tiers ont été les suivantes: 1994: 598 857 tonnes; 1995: 651 266 tonnes; 1996: 726 782 tonnes; modifications: 1994-1995: 8,8 pour cent; 1995-1996: 11,6 pour cent; 1994-1996: 201,4 pour cent.

5.49 Premièrement, des opérateurs de pays tiers ont investi dans des opérateurs communautaires ou ACP. Les CE citent les investissements effectués dans la Compagnie fruitière et CDB/Durand par Dole et Chiquita, respectivement, et concluent que les quantités de référence pour les principaux opérateurs de pays tiers ont doublé entre 1993 et 1996³⁴, lorsque les quantités de référence globales des opérateurs de pays tiers se montaient à 272 822 tonnes. Les CE indiquent aussi que le groupe spécial initial avait constaté qu'il n'y avait pas de discrimination *de jure* fondée sur l'origine de l'opérateur en ce qui concerne l'accès aux opérations de mûrissage, qui donnaient aux opérateurs le droit d'obtenir des certificats et ainsi de bénéficier de rentes contingentes dans le régime précédent. Toutefois, le groupe spécial avait constaté qu'il existait des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services de gros de pays tiers car les mûrisseurs dans les CE étaient pour la plupart détenus ou contrôlés par des intérêts communautaires³⁵ et, par conséquent, les certificats et les rentes contingentes allaient en grande partie aux fournisseurs de services d'origine communautaire. Devant le présent Groupe spécial, les CE soulignent que, selon les statistiques portant sur la période de 1994 à 1996, trois des quatre principaux mûrisseurs sont maintenant détenus par des intérêts non communautaires et que leur capacité de mûrissage représente 20 pour cent environ de la capacité totale des CE.³⁶

5.50 La deuxième raison pour laquelle l'attribution de certificats aux opérateurs de pays tiers a apparemment augmenté est qu'il y a eu des cessions de certificats dans des conditions qui permettent à ces opérateurs de demander des quantités de référence dans le régime révisé. Selon les CE, cela pourrait expliquer la diminution du nombre d'opérateurs obtenant des certificats. D'après elles, dans le régime précédent, 1 568 opérateurs des catégories A et B étaient enregistrés alors que dans le régime révisé, le nombre d'opérateurs traditionnels est tombé à 629. Pour les CE, cela montre que les opérateurs détenus essentiellement par des intérêts communautaires qui obtenaient des certificats par le passé sans réaliser d'importations effectives, c'est-à-dire essentiellement des mûrisseurs et des organisations de producteurs communautaires, ont été *ipso facto* exclus de l'attribution de certificats du fait de l'adoption du régime révisé.

5.51 Les Communautés européennes disent qu'il est raisonnable de supposer que dans le régime précédent, les opérateurs non communautaires obtenaient une part de 50,35 pour cent de toutes les quantités de référence donnant droit aux opérateurs de bénéficier des attributions de certificats futures.³⁷ Elles accroissent ensuite le chiffre de base de 35 pour cent (voir le paragraphe 5.48) pour

³⁴ Chiffres des CE: 1989: 21 305 (quantités de référence en tonnes); 1990: 30 514; 1991: 45 532; 1992: 72 592; 1993: 132 614; 1994: 267 511; 1995: 276 804; 1996: 272 822.

³⁵ Dans le différend initial, le groupe spécial était parvenu à cette conclusion en se fondant sur le fait que le volume estimatif moyen des bananes mûries par des mûrisseurs appartenant à des intérêts communautaires était, selon les plaignants, égal à 83,7 pour cent du volume total mûri dans les Communautés européennes. Les CE ont indiqué qu'entre 20 et 26 pour cent de la capacité de mûrissage dans les CE appartenait à des intérêts étrangers, c'est-à-dire essentiellement à Chiquita, Dole et Del Monte. Rapport du Groupe spécial *Bananes III*, note de bas de page 514.

³⁶ Les CE présentent les chiffres ci-après concernant les volumes de bananes mûries par les principaux opérateurs de pays tiers:

Chiquita:	1994: 214 037; 1995: 232 544; 1996: 241 386;
Atlanta:	1994: 425 147; 1995: 449 969; 1996: 360 179;
Groupe Dole:	1994: 146 530; 1995: 139 257; 1996: 121 617.

³⁷ Pour estimer les quantités de référence que les fournisseurs de services de pays tiers non ACP pouvaient obtenir dans leur totalité sous le régime précédent, les Communautés européennes jugent approprié de supposer que les importateurs primaires de la catégorie A ont obtenu 37,905 pour cent des quantités de référence (c'est-à-dire 57 pour cent de 66,5 pour cent). En ce qui concerne les opérateurs qui assurent le dédouanement, les CE ne rejettent pas la supposition selon laquelle les deux tiers d'entre eux étaient originaires de pays tiers non ACP alors qu'un tiers était d'origine communautaire ou ACP. En conséquence, on peut présumer que 6,65 pour cent des quantités de référence concernant le dédouanement (c'est-à-dire 10 pour cent de 66,5 pour

conclure que les opérateurs non communautaires obtiennent maintenant 68 pour cent environ des certificats attribués. Étant donné que 8 pour cent de ces certificats vont aux nouveaux arrivés, 24 pour cent seulement vont aux fournisseurs de services communautaires ou ACP. Les CE estiment que les certificats ont été attribués de façon légitime aux fournisseurs de services communautaires ou ACP dans le régime révisé puisque ces opérateurs avaient effectivement importé des bananes d'Amérique latine.

5.52 Les Communautés européennes avancent aussi deux arguments plus généraux. En premier lieu, elles soulignent que l'AGCS ne garantit aucune part de marché particulière dans le temps, c'est-à-dire qu'aucune de ses dispositions ne prévoit de droits antérieurs. Deuxièmement, les Communautés européennes font valoir qu'elles ont le droit de choisir les "importations effectives" comme base d'attribution des certificats. En particulier, elles se réfèrent à l'article 3:5 j) de l'Accord sur les licences d'importation³⁸, selon lequel il conviendrait de considérer l'"utilisation intégrale des licences" comme étant un critère pour les attributions futures. Selon les CE, la seule façon objective et incontestable de prouver l'importation "effective" est le paiement des droits, qu'il soit effectué directement ou par l'intermédiaire d'un agent en douane, à forfait ou sous contrat, c'est-à-dire le système choisi dans le Règlement n° 2362/98.

ii) États-Unis

5.53 Les États-Unis font valoir que la discrimination *de facto* qui existait dans le précédent régime communautaire de certificats persiste en raison des critères choisis par les Communautés pour l'attribution de certificats. En fondant l'attribution de certificats sur le critère de l'"importateur effectif", les CE garantissent que les fournisseurs de services essentiellement communautaires ou ACP à qui les certificats de la catégorie B, les certificats mûrisseur et les certificats "tempête" étaient délivrés dans le régime précédent auront encore droit à la plupart de ces certificats dans le nouveau régime.

5.54 Les États-Unis contestent, parce qu'inexacts, les renseignements des CE selon lesquels, entre autres choses, en raison des investissements dans la Compagnie fruitière et CBD/Durand effectués par Dole et Chiquita, respectivement, les attributions de certificats aux principaux opérateurs de pays tiers ont doublé en 1993 et 1996. Même si ces données étaient exactes, selon les États-Unis, puisque que les importations totales des CE en provenance de pays ACP fournisseurs traditionnels ont été de 734 000 tonnes en 1996, le chiffre de 272 822 tonnes indiquerait malgré tout que, si les entreprises

cent) sont allés à des opérateurs de pays tiers. Pour ventiler les activités de mûrissage selon leur origine (pays tiers et CE/ACP), les activités de mûrissage des opérateurs de la catégorie A et de la catégorie B ont été subdivisées selon la proportion de 78,5 pour cent pour les opérateurs communautaires ou ACP et de 21,5 pour cent pour les opérateurs de pays tiers non ACP. Pour les opérateurs de la catégorie A, il en résulte que les opérateurs de pays tiers obtiennent 4 pour cent et les opérateurs communautaires ou ACP 14,6 pour cent des 18,6 pour cent représentant les certificats attribués pour les activités de mûrissage de la catégorie A (c'est-à-dire 28 pour cent de 66,5 pour cent). Le résultat pour les opérateurs de la catégorie B est que les opérateurs de pays tiers obtiennent 1,8 pour cent et les opérateurs communautaires ou ACP 6,6 pour cent des 8,4 pour cent représentant les certificats attribués pour les activités de mûrissage de la catégorie B (c'est-à-dire 28 pour cent de 30 pour cent). En conséquence, pour estimer la part totale des quantités de référence des fournisseurs de pays tiers non ACP, les CE additionnent 37,905 pour cent (pour les importateurs primaires de la catégorie A), 6,65 pour cent (pour les opérateurs assurant le dédouanement originaires de pays tiers non ACP), 4 pour cent et 1,8 pour cent (pour les activités de mûrissage effectuées par des opérateurs de la catégorie A et de la catégorie B originaires de pays tiers non ACP). Il en résulte une part globale des droits à certificats estimée à 50,35 pour cent de toutes les quantités de référence pour les fournisseurs de services originaires de pays tiers non ACP.

³⁸ L'article 3:5 j) de l'Accord sur les procédures de licences d'importation dispose que: "... il conviendrait de considérer si les licences qui lui ont été délivrées dans le passé ont été utilisées intégralement, au cours d'une période représentative récente".

non communautaires ont en fait été contraintes, dans le cadre du régime précédent, d'accroître leurs achats ACP, la grande majorité de ce volume catégorie B/ACP reste entre les mains d'opérateurs détenus par des intérêts communautaires.

5.55 Les États-Unis font valoir que les chiffres des CE concernant l'accroissement du contrôle des mûrisseries par des intérêts étrangers sont inexacts car les données comprennent les volumes de bananes mûries dans le cadre de contrats passés avec les clients, de telle sorte que ce sont les mûrisseurs détenus par des intérêts communautaires, et non les opérateurs de pays tiers, qui bénéficient des avantages économiques du certificat. En outre, même si ces chiffres étaient exacts, ils ne feraient que confirmer que 80 pour cent environ de la capacité de mûrissage totale des CE est encore détenue par des intérêts communautaires, ce qui renforce l'"effet de rémanence" du régime précédent.

5.56 Les États-Unis soulignent que l'attribution de certificats à Chiquita pour 1999, dans le cadre du régime révisé, était inférieure à ce qu'elle était en 1998, quand le régime précédent était en vigueur.³⁹ Selon les États-Unis, Dole préservait mieux ses intérêts dans le cadre du régime communautaire applicable aux bananes que Chiquita, en raison d'achats de certificats et d'investissements dans des opérateurs qui pouvaient obtenir des certificats, en particulier des certificats de la catégorie B. Les États-Unis se réfèrent aussi aux données fournies par l'Odeodom⁴⁰ (Office de développement de l'économie agricole des départements d'outre-mer, autorité française chargée d'accepter les demandes de certificats et d'enregistrer les cessions de certificats) selon lesquelles des ventes importantes de certificats de la catégorie B n'ont eu lieu ces années que dans deux pays, la France et l'Espagne, alors qu'aucune vente n'a eu lieu au Royaume-Uni.⁴¹ En outre, les États-Unis mentionnent des renseignements fournis par la branche de production montrant que, pendant la période 1994-1996, les entreprises communautaires ou ACP Fyffes, Geest et Jamaican Producers ont importé en moyenne plus de 300 000 tonnes de bananes d'Amérique latine par an.⁴² Les États-Unis concluent que ces renseignements factuels appuient leur position selon laquelle, dans le cadre du régime révisé, les fournisseurs de services de gros des États-Unis restent soumis à des conditions de concurrence moins favorables que les fournisseurs de ces types de services d'origine communautaire ou ACP.

5.57 D'une façon générale, les États-Unis font valoir que, dans le régime révisé, les opérateurs non communautaires ni ACP peuvent s'attendre à n'obtenir que 43,7 pour cent des certificats qu'ils devraient obtenir parce que, selon eux, l'estimation des CE selon laquelle les opérateurs de pays tiers obtiennent 68 pour cent des certificats attribués est erronée. Premièrement, ils soulignent qu'il n'existe aucune base permettant de supposer que, dans le cadre du régime précédent, les deux tiers des opérateurs assurant le dédouanement appartenaient à des intérêts de pays tiers et un tiers seulement à des intérêts communautaires ou ACP. En conséquence, le chiffre estimatif donné par les CE de 50,35 pour cent concernant les attributions de certificats aux opérateurs de pays tiers dans le cadre du régime précédent serait réduite de 6,65 pour cent et ramené à 43,7 pour cent, ce qui signifie que moins de la moitié des certificats utilisés pour administrer le contingent tarifaire pays tiers était aux mains d'opérateurs non communautaires ni ACP. Deuxièmement, ils précisent qu'ils ne se réfèrent qu'au contingent tarifaire de 2 553 000 tonnes au total mais non à l'ensemble des quantités importées

³⁹ Réponses des États-Unis aux questions des CE concernant le régime de certificats, datées du 22 février 1999.

⁴⁰ Les Communautés européennes contestent ces renseignements et présentent une lettre dans laquelle l'Odeodom précise qu'il n'a jamais publié le diagramme concernant les cessions de certificats qui a été présenté par les États-Unis.

⁴¹ Pièce n° 6 jointe à la première communication des États-Unis.

⁴² Pièce n° 7 jointe à la première communication des États-Unis.

(importations traditionnelles ACP comprises), qui sont de 3,4 millions de tonnes. Troisièmement, les États-Unis font valoir que le chiffre de 35 pour cent concernant l'accroissement moyen des attributions de certificats aux opérateurs de pays tiers entre 1994 et 1996 est faussé étant donné que les chiffres de 1994 concernent les CE à 12 (à l'exclusion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède), alors que les chiffres de 1996 portent aussi sur les nouveaux États membres des CE.

5.58 Par conséquent, les États-Unis allèguent que le système révisé perpétue l'insuffisance des attributions de certificats à leurs fournisseurs de services, qui ne peuvent obtenir de certificats pour importer leurs bananes dans des conditions aussi favorables que les fournisseurs communautaires ou ACP qui continuent de bénéficier, dans le cadre du régime révisé, du maintien de critères d'attribution de certificats incompatibles avec l'AGCS qui existaient dans le régime précédent. Les États-Unis indiquent que, dans le cadre du régime précédent, les titulaires de certificats initiaux qui, habituellement, n'importaient pas eux-mêmes de bananes pays tiers avaient appris à ne pas vendre leurs certificats purement et simplement. Au contraire, les titulaires initiaux de certificats de la catégorie B et de certificats mûrisseur élaboraient des arrangements contractuels dans le cadre desquels les fournisseurs de services originaires des États-Unis étaient obligés de payer pour avoir la possibilité de faire entrer des bananes dans les Communautés européennes sans avoir effectivement obtenu de certificats (par exemple grâce à des locations de certificats, à des arrangements de rachat, au regroupement des certificats, à la vente de bananes débarquées dans les Communautés européennes mais n'ayant pas encore été dédouanées). Les États-Unis soutiennent que leurs fournisseurs de services sont contraints de conclure des arrangements contractuels défavorables encore aujourd'hui avec les titulaires de certificats initiaux dans le cadre du régime précédent. Conformément à un bon nombre de ces arrangements, selon les États-Unis, les titulaires de certificats initiaux, qu'ils aient ou non réalisé des importations physiques, peuvent prouver le paiement de droit de douane, ce qui en fait des "importateurs effectifs" aux fins de l'attribution de certificats dans le cadre du régime révisé.

e) Analyse des allégations par les arbitres

5.59 Pour analyser la question de savoir si le nouveau régime communautaire est discriminatoire *de facto*, nous étudierons tout d'abord les deux arguments généraux des CE énoncés au paragraphe 5.52 puis nous évaluerons les éléments de preuve présentés par les parties au sujet des attributions effectives de certificats et nous examinerons leur pertinence pour les allégations des États-Unis. Nous examinerons ensuite la structure du régime et la mesure dans laquelle il est fondé sur le régime précédent, ou présente un rapport avec ce régime, dont il avait été constaté qu'il était incompatible avec les articles XVII et II dans l'affaire *Bananes III*.

i) Arguments généraux des Communautés européennes

5.60 En ce qui concerne l'argument des CE selon lequel l'AGCS ne prévoit pas de droits antérieurs ou de garanties de parts du marché, nous acceptons cet argument, mais nous notons que cela n'exclut pas la possibilité de constater que des conditions de concurrence moins favorables *de facto* existent et se perpétuent en violation des règles de l'AGCS.

5.61 En ce qui concerne le droit revendiqué par les CE de choisir les "importations effectives" en tant que base pour l'attribution des certificats, là encore, nous reconnaissons qu'il n'est pas interdit aux CE de fonder l'attribution de certificats sur leur utilisation passée. Cependant, nous notons que la disposition de l'Accord sur les licences d'importation selon laquelle "il conviendrait de considérer" l'utilisation intégrale des licences n'exclut pas que le choix de la façon d'y parvenir puisse être limité si l'existence d'une discrimination *de facto* a été constatée par le passé et si le fait de se fonder sur l'utilisation des licences peut conduire à perpétuer les résultats d'une violation des règles de l'AGCS. Le recours à la méthode d'attribution en fonction des résultats antérieurs, qui est une possibilité et qui n'est pas exigé par l'Accord sur les licences d'importation, ne justifierait pas une telle violation. En d'autres termes, même si les Membres sont normalement libres de fonder l'attribution des licences sur l'utilisation passée, cela ne signifie pas qu'ils sont libres de le faire sans tenir compte de leurs

obligations au titre de l'AGCS. En outre, nous notons que la preuve du paiement de droits de douane, qu'il soit effectué directement ou par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un agent en douane, ne prouve pas nécessairement l'utilisation d'une licence par un opérateur particulier.

ii) *Attribution de certificats dans le cadre du régime révisé*

5.62 En examinant les éléments de preuve relatifs à l'attribution de certificats dans le cadre du régime révisé, nous notons que nos constatations initiales étaient fondées sur les faits connus à l'époque. Elles prévoyaient explicitement que le régime antérieur aurait notamment pour effet d'encourager les fournisseurs de services d'origine non communautaire ni ACP à investir dans la production et la commercialisation des bananes communautaires ou ACP et à acquérir des certificats auprès de fournisseurs de services communautaires ou ACP. Bien que ces effets aient été prévus, nos constatations reposaient sur le fait que le précédent régime communautaire modifiait les conditions de concurrence en violation des dispositions des articles XVII et II.

5.63 En ce qui concerne l'attribution de certificats aux principaux fournisseurs de services de gros de pays tiers dans le cadre du régime révisé, nous notons que les Communautés européennes n'ont fourni que des informations limitées, qui ne nous permettent pas de réexaminer si les attributions de certificats aux fournisseurs de services de pays tiers ont augmenté, entre 1994 et 1999, de 35 pour cent en moyenne d'une façon générale, et de 34 pour cent pour Chiquita et 44 pour cent pour Dole, en particulier.

5.64 À propos des éléments de preuve présentés par les Communautés européennes concernant l'augmentation des attributions de certificats à des fournisseurs non communautaires du fait de leurs investissements dans des opérateurs ACP, nous notons que les Communautés n'ont fourni aucun élément de preuve sur l'ampleur exacte de la participation d'opérateurs de pays tiers non ACP dans la Compagnie fruitière et dans CBD/Durand. On ne sait donc pas exactement si ces investissements sont suffisamment importants pour que les fournisseurs de services en question puissent être considérés comme originaires non pas des CE ou des pays ACP, mais d'autres Membres de l'OMC. Nous rappelons à cet égard que, conformément à l'article XXVIII n) de l'AGCS, un fournisseur de services constitué en personne morale est originaire d'un Membre de l'OMC si plus de 50 pour cent de son capital appartient à des personnes physiques ou morales de ce Membre, ou s'il est contrôlé par ces personnes au sens où elles ont la capacité de nommer la majorité des administrateurs. Par ailleurs, en ce qui concerne les investissements dans les mûrisseries et les cessions de certificats, nous notons que les éléments de preuve présentés par les CE ne sont pas complets, de sorte que nous ne sommes pas à même de déterminer dans quelle mesure ces facteurs ont entraîné un changement dans les attributions de certificats par rapport au régime précédent.

5.65 À propos de l'argument des CE selon lequel 1 568 opérateurs des catégories A et B étaient enregistrés dans le cadre du régime précédent alors qu'il n'y a que 629 opérateurs traditionnels dans le cadre du régime révisé, nous notons que les Communautés européennes n'ont pas fourni de renseignements sur la propriété ou le contrôle des opérateurs traditionnels restants. Nous ne sommes donc pas en mesure de déterminer si la diminution du nombre d'opérateurs enregistrés a eu un effet sur les conditions de concurrence pour les fournisseurs de services de pays tiers non ACP.

5.66 Il nous semble clair cependant que l'attribution de certificats à des opérateurs d'origine non communautaire ni ACP a augmenté, bien que l'on ne sache pas exactement dans quelle proportion. En fait, cela concorderait avec les observations que nous avons faites, dans le différend initial, selon lesquelles l'attribution d'un plus grand nombre de certificats à des fournisseurs de pays tiers non ACP lorsque le régime précédent était en vigueur pouvait résulter de l'effet de "subventionnement croisé" qui incitait les fournisseurs de services opérant préalablement sur le marché des bananes pays tiers non ACP à entrer sur celui des bananes communautaires ou ACP, ou à entreprendre des activités de mûrissage et de dédouanement, afin de pouvoir bénéficier de certificats dans l'avenir.

5.67 En ce qui concerne les données de l'Odeadom présentées par les États-Unis et l'argument des CE⁴³ relatif à cet élément de preuve, nous partageons l'avis des Communautés européennes pour ce qui est des données sur les cessions de certificats concernant des États membres autres que la France. Toutefois, dans le cas de la France, nous estimons que les données de l'Odeadom sont fiables car, en vertu de l'article 5.2 a) du Règlement n° 2362/98, un cessionnaire n'est considéré comme un "importateur effectif" que si la cession est dûment imputée par les autorités compétentes des États membres, et parce que, d'après l'annexe II du Règlement, l'Odeadom est l'autorité compétente pour la France. Nous notons donc que les données du graphique présenté par les États-Unis concernant l'attribution de certificats de la catégorie B en France et les données mentionnées dans la lettre de l'Odeadom communiquée par les Communautés européennes coïncident.⁴⁴

5.68 En ce qui concerne les renseignements émanant du secteur qui ont été fournis par les États-Unis au sujet des importations de bananes latino-américaines effectuées par les opérateurs communautaires ou ACP, nous notons, d'une part, que nous ne sommes pas à même de déterminer dans quelle mesure ces renseignements sont représentatifs et fiables et décrivent convenablement la participation des opérateurs communautaires ou ACP à l'importation de bananes pays tiers non ACP, telle qu'elle s'est développée dans le cadre du régime précédent. D'autre part, nous notons que la tendance à l'engagement croissant des opérateurs communautaires ou ACP sur le segment du marché des bananes pays tiers non ACP va dans le sens qui indiquerait l'approche des subventions croisées du régime précédent.

5.69 À notre avis, il n'est pas particulièrement important, aux fins de la présente affaire, de savoir exactement dans quelle mesure le nombre des certificats attribués aux fournisseurs des États-Unis (c'est-à-dire Chiquita, Dole ou leurs filiales) ou à d'autres fournisseurs de services de gros de pays tiers a augmenté dans le cadre du régime révisé par rapport à son faible niveau antérieur. Une augmentation indique seulement que l'effet de report dans le régime révisé n'est pas total. Ce qui est pertinent aux fins de l'AGCS, toutefois, c'est le fait que, d'après les renseignements communiqués, pour fournir des services de commerce de gros dans les Communautés européennes, les sociétés des États-Unis doivent, en ce qui concerne certaines de leurs activités, acheter ou louer des certificats aux opérateurs qui ont le droit d'en obtenir ou conclure avec eux d'autres arrangements contractuels. Étant donné la structure du régime précédent, ces titulaires de certificats feraient partie du groupe de fournisseurs de services en faveur duquel ce régime modifiait les conditions de concurrence. Par conséquent, les fournisseurs de services des États-Unis et les autres fournisseurs de services de pays tiers souffrent d'un désavantage concurrentiel qui n'est pas imposé de la même façon aux fournisseurs de services d'origine communautaire ou ACP. Bien que nous ne puissions pas déterminer l'ampleur exacte de cet effet de report, il semble qu'il n'est pas négligeable, en particulier dans le cas des fournisseurs de services des États-Unis. Par conséquent, une augmentation, même de l'ordre des chiffres estimatifs donnés par les CE, ne peut pas être considérée comme un élément de preuve établissant que les conditions de concurrence pour les fournisseurs de pays tiers non ACP ne sont pas

⁴³ Les Communautés européennes ont communiqué une lettre dans laquelle l'Odeadom souligne qu'il n'a jamais publié de données sur les ventes de certificats, en particulier pour des États membres des CE autres que la France.

⁴⁴ Dans la lettre adressée par l'Odeadom à la Direction générale de l'agriculture de la Commission des CE, il est indiqué que des certificats de la catégorie B ont été délivrés en France pour les quantités suivantes: 1994: 230 531 tonnes; 1995: 252 740 tonnes; 1996: 294 410 tonnes.

Le graphique de l'Odeadom présenté par les États-Unis en tant que pièce n° 6 indique les volumes pour lesquels des certificats de la catégorie B ont été délivrés (essentiellement en France, en Espagne et au Royaume-Uni et, dans une bien moindre mesure, en Italie et au Portugal). Pour la France, les chiffres figurant dans le graphique concernant la délivrance de certificats de la catégorie B sont pratiquement identiques: 1994: 230 476 tonnes; 1995: 252 531 tonnes; 1996: 295 359 tonnes. Ce graphique indique en outre que la plupart des certificats de la catégorie B délivrés en Espagne ont été vendus, que la moitié environ l'ont été dans le cas de la France et qu'aucun ne l'a été dans le cas du Royaume-Uni.

moins favorables que pour les fournisseurs communautaires ou ACP similaires dans le cadre du régime révisé.

5.70 Nous concluons donc que les opérateurs ACP ou communautaires qui continuent d'obtenir des certificats dans le cadre du régime révisé conservent un avantage concurrentiel par rapport aux opérateurs non communautaires et que cet avantage résulte de l'effet de "report" des aspects du régime précédent incompatibles avec l'AGCS. Même si ces opérateurs ACP ou communautaires font effectivement le commerce des bananes latino-américaines et ne se contentent pas de vendre ou louer leurs certificats, ils peuvent entrer en concurrence sur le marché de la distribution de la banane dans des conditions plus favorables que leurs concurrents non communautaires en raison des attributions de certificats qui découlent du régime discriminatoire antérieur. Ainsi, le régime révisé perpétue la discrimination *de facto* qui existait dans le régime précédent.

iii) *Structure du régime révisé*

5.71 Nous examinons aussi la structure du régime révisé car l'Organe d'appel a noté dans le passé, dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*⁴⁵, que l'application d'une mesure "à des fins de protection peut néanmoins être déterminée, le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice". Bien que ce différend ait porté sur des allégations formulées au titre du GATT, nous estimons que la description donnée par l'Organe d'appel de la discrimination *de facto* au regard du GATT peut aussi aider à examiner s'il y a une discrimination *de facto* au regard de l'AGCS.

5.72 Pour l'examen de la structure du Règlement n° 2362/98, nous partons de l'hypothèse que, si, dans leur nouveau régime de certificats, les Communautés européennes avaient simplement prévu que des certificats seraient délivrés aux opérateurs qui en avaient obtenu pendant la période 1994-1996, lorsque existaient les aspects des précédentes procédures d'attribution de licences que le groupe spécial et l'Organe d'appel avaient jugés incompatibles avec les règles de l'OMC, dans le différend initial, nous constaterions que le régime révisé n'avait pas supprimé les éléments du régime précédent qui étaient incompatibles avec l'AGCS, même si des règles d'attribution différentes sur le plan technique étaient appliquées. Il en serait ainsi parce que les conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services des États-Unis (ou d'autres Membres de l'OMC) persisteraient. Toutefois, le régime révisé est basé non pas sur la délivrance de certificats pendant la période 1994-1996, mais sur l'utilisation des certificats et le paiement de droits de douane pendant cette période. Conformément à l'article 4 du Règlement n° 2362/98, les quantités de référence pour 1999 attribuées aux "opérateurs traditionnels" dans le cadre du régime révisé sont calculées sur la base des quantités moyennes de bananes effectivement importées pendant la période 1994-1996.⁴⁶

5.73 Le choix des années allant de 1994 à 1996 comme période de référence est expliqué au troisième considérant du Règlement n° 2362/98 de la façon suivante:

"[C]onsidérant ... que, pour la mise en œuvre du nouveau régime en 1999, il s'avère indiqué au vu des *connaissances disponibles sur la réalité des importations effectuées*, de déterminer les droits des opérateurs traditionnels en fonction des importations effectives qu'ils ont réalisées pendant la période triennale 1994-1996". (les italiques ne figurent pas dans l'original.)

⁴⁵ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, page 33.

⁴⁶ Paragraphes 1 et 2 de l'article 4 du Règlement n° 2363/98.

5.74 Nous notons que des responsables de certains États membres des CE se sont inquiétés du choix par la Commission de la période de référence 1994-1996.⁴⁷ Une analyse juridique de la proposition de la Commission effectuée dans un État membre des CE a également remis en cause cette approche.⁴⁸

5.75 À cet égard, nous notons également que, dans le document de travail de la Commission intitulé "Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards"⁴⁹ il est reconnu que l'attribution des certificats selon la "méthode de l'utilisation des certificats maintiendrait le mode de répartition des certificats entre les différents types d'opérateurs observé actuellement" et "perpétuerait le système d'attribution des certificats sous sa forme actuelle. Les négociants ne pourraient pas obtenir une part plus importante du contingent en développant leur activité; la seule façon d'y parvenir serait d'acheter des certificats à un autre opérateur ou de prendre le contrôle d'une autre société".⁵⁰

5.76 Nous reconnaissons cependant que, lorsque les fournisseurs de services des États-Unis ont conclu des arrangements contractuels avec des titulaires de certificats initiaux dans des conditions leur permettant de présenter la preuve du paiement effectif des droits de douane et de l'utilisation des certificats, il n'y a pas d'effet de report. Par contre, lorsque les arrangements contractuels entre les titulaires de certificats initiaux et les fournisseurs de services des États-Unis ne leur permettent pas de prouver qu'ils ont effectivement payé les droits de douane et utilisé les certificats pendant la période de référence 1994-1996 (arrangements de rachat ou de regroupement de certificats), ils ne peuvent pas demander des quantités de référence en qualité d'"opérateurs traditionnels" en vue de l'attribution de certificats à partir de 1999.

5.77 Dans ce dernier cas, le régime de certificats révisé favorise le maintien du mode d'attribution antérieur des certificats fondé sur des éléments du système précédent incompatibles avec les règles de l'OMC. En particulier, lorsque par exemple des opérateurs de l'ex-catégorie B et/ou des mûrisseurs peuvent apporter la preuve qu'ils ont utilisé les certificats et payé les droits de douane sur les importations effectuées au moyen de ces certificats pendant la période 1994-1996, ils peuvent demander des quantités de référence pour 1999 dans le cadre du régime révisé, qu'ils aient ou non réalisé effectivement l'importation.

5.78 Pour conclure, dans notre examen de la structure du régime révisé, nous notons que l'attribution de certificats dans le cadre de ce régime est fonction de l'utilisation des certificats (et du paiement de droits de douane), ce qui risque, d'après le document de la Commission précité, de geler ou du moins de maintenir en partie les attributions de certificats antérieures. Nous notons en outre que la période de référence (1994-1996) est une période pendant laquelle les règles d'attribution des certificats présentaient certains aspects qui avaient été jugés incompatibles avec les règles de l'OMC

⁴⁷ Pièce n° 9 jointe à la première notification des États-Unis.

⁴⁸ "Le fait de se baser sur les résultats à l'importation au cours d'une période récente, c'est-à-dire pendant les années 1993-1998, aurait pour effet de perpétuer le traitement discriminatoire (*de facto*) en favorisant les titulaires de certificats de la catégorie B et de certificats mûrisseur, qui ont été dénoncés par l'OMC et qui sont contraires aux articles XVII et II de l'AGCS." Dans: Amending the EC banana Regulation 404/93 and making it WTO compatible: A legal analysis of Commission Proposal COM(1998) 4 final (98/0013 (CNS)), paragraphe 22, pièce n° 8 jointe à la première communication des États-Unis.

⁴⁹ Pièce n° 5 jointe à la première communication des États-Unis.

⁵⁰ Document de travail de la Commission intitulé "Determination of Reference Quantities from 1995 Onwards", 6 octobre 1993. Dans ce document, il est dit en outre que "... la méthode de l'utilisation des certificats ne peut être appliquée que pour les années où l'organisation commune des marchés était en place. Par conséquent, s'il est décidé d'adopter cette méthode, il faudra pendant trois ans (1995-1997) appliquer les deux méthodes à la fois [fondées, l'une, sur l'utilisation des certificats et, l'autre, sur les catégories d'opérateurs et les fonctions économiques]". (les italiques ne figurent pas dans l'original)

dans l'affaire *Bananes III*. Il semblerait, à première vue, que le choix de cette période de référence, conjugué à l'application des critères de l'utilisation des certificats et du paiement effectif de droits de douane, perpétue, du moins en partie, les conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services étrangers qui existaient dans le cadre du précédent régime de certificats.

iv) *Examen d'ensemble*

5.79 À la lumière de toutes ces considérations, nous sommes d'avis que les États-Unis ont montré que le système révisé d'attribution de certificats maintient - du moins en partie - un traitement moins favorable, au sens des articles II et XVII, pour les fournisseurs de services de gros originaires des États-Unis. Les États-Unis ont également montré que leurs fournisseurs de services n'ont pas la possibilité d'obtenir des certificats d'importation dans des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les fournisseurs de services d'origine communautaire ou ACP dans le cadre du régime révisé, et qui proviennent du régime précédent.

5.80 Par conséquent, nous sommes d'avis que le système révisé d'attribution de certificats prenant en compte les résultats commerciaux antérieurs et l'utilisation des certificats pendant la période 1994-1996 présente une structure discriminatoire *de facto*. Nous estimons aussi que, dans le cadre du régime révisé, les fournisseurs de services de gros des États-Unis sont soumis à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux fournisseurs communautaires ou ACP des mêmes services, en violation des articles II et XVII de l'AGCS.

f) Attribution de certificats selon le système du "pot commun"

5.81 Le Règlement n° 1637/98 a institué un système dit du "pot commun" pour l'attribution des certificats, dans le cadre duquel les quantités de référence demandées au titre du contingent tarifaire de 2 553 000 tonnes sont regroupées avec les quantités demandées au titre de la quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles ACP. Ainsi, dans le cadre du régime révisé, un opérateur traditionnel peut utiliser ses quantités de référence établies sur la base des importations antérieures de bananes traditionnelles ACP pour demander des certificats pour l'importation de bananes pays tiers, et vice versa.

5.82 Les États-Unis allèguent que la solution du "pot commun" adoptée pour calculer les quantités de référence accentue la discrimination *de facto* provenant du régime précédent et limite encore plus les attributions de certificats aux fournisseurs de services des États-Unis. En particulier, les États-Unis font valoir que les demandes de certificats présentées par les fournisseurs de services des États-Unis ont été notablement réduites dans le cadre de la procédure d'attribution trimestrielle de certificats parce que les demandes dépassaient les quantités disponibles et en raison de l'application de coefficients de réduction aux allocations par pays pour les fournisseurs ayant un intérêt substantiel et à l'allocation pour les "autres fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel auprès desquels les fournisseurs de services des États-Unis se procurent traditionnellement les bananes qu'ils importent dans les CE. De l'avis des États-Unis, ces résultats sont dus au fait que les certificats sont attribués selon le système du "pot commun" institué dans le cadre du régime révisé.

5.83 Les Communautés européennes font valoir que, conformément aux décisions de l'ORD, elles ont aboli les procédures de licences différentes appliquées dans le cadre du régime précédent pour les importations de bananes traditionnelles ACP, d'une part, et les importations de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP, d'autre part. Elles ont institué un régime de licences unique pour les importations de bananes de toutes provenances et ont créé un "pot commun" aux fins du calcul des quantités de référence dans le cadre du régime révisé. Les Communautés européennes soulignent qu'il ne peut pas y avoir de protection des droits "antérieurs" en matière de droits à des certificats, surtout pendant la période de transition entre le régime précédent et le régime révisé.

5.84 Nous notons les résultats de la procédure d'attribution trimestrielle des certificats en deux tours pour les premier et deuxième trimestres de 1999. Comme les quantités demandées dépassaient les quantités disponibles lors du premier tour de la procédure d'attribution de certificats pour le premier trimestre de 1999⁵¹, des coefficients de réduction de 0,5793, 0,6740 et 0,7080 ont été appliqués aux demandes de certificats présentées pour l'importation de bananes en provenance de Colombie, du Costa Rica et de l'Équateur, respectivement. Les quantités de 77 536,711 tonnes et 41 473,846 tonnes pour lesquelles des certificats pouvaient être délivrés pour les importations en provenance du Panama et des pays de la catégorie "autres" (pays fournisseurs tiers et non traditionnels ACP n'ayant pas un intérêt substantiel) ont été reportées sur le deuxième tour, mais elles ont été intégralement attribuées au cours de ce deuxième tour, où des coefficients de réduction de 0,9701 et 0,7198 ont été appliqués aux demandes de certificats pour l'importation de bananes en provenance, respectivement, du Panama et des pays de la catégorie "autres".⁵² Au cours du premier tour, aucune demande n'a été présentée pour la quantité de 148 128,046 tonnes de bananes traditionnelles ACP pour laquelle des certificats pouvaient être délivrés et apparemment cette quantité n'a pas été attribuée intégralement au cours du deuxième tour. Dans le premier tour de la procédure d'attribution pour le deuxième trimestre de 1999⁵³, des coefficients de réduction de 0,5403, 0,6743 et 0,5934 ont été appliqués aux demandes de certificats pour l'importation de bananes en provenance de Colombie, du Costa Rica et de l'Équateur, respectivement. Toutefois, les quantités de 120 626,234 tonnes et 7 934,461 tonnes pour lesquelles des certificats pouvaient être délivrés pour des importations en provenance du Panama et des autres pays tiers et pays ACP fournisseurs non traditionnels, respectivement, ont été reportées sur le deuxième tour de la procédure d'attribution pour le deuxième trimestre de 1999.

5.85 Les parties conviennent que la solution dite du "pot commun" n'est pas discriminatoire *de jure*. Nous en convenons également. On peut s'attendre à ce que le regroupement des quantités de référence demandées au titre du contingent tarifaire de 2 553 000 tonnes et au titre de la quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles ACP dans un régime de certificats unique intensifie la concurrence entre les opérateurs qui demandent des certificats dans le cadre de la procédure d'attribution trimestrielle. Étant donné qu'il est plus rentable de commercialiser des bananes d'Amérique latine que des bananes ACP, il est évident que les opérateurs qui cherchent à maximiser leurs bénéfices sont incités, dans le cadre de la procédure d'attribution trimestrielle en deux tours, à demander d'abord des certificats pour les bananes bon marché en provenance d'Amérique latine. Cet effet évident est confirmé par le fait qu'au cours des deux premières procédures d'attribution trimestrielle de certificats dans le cadre du régime révisé, les quantités demandées dans le premier tour ont dépassé les quantités disponibles pour la plupart des sources latino-américaines (c'est-à-dire les allocations par pays pour les fournisseurs ayant un intérêt substantiel, l'Équateur, la Colombie et le Costa Rica), et les certificats restant à attribuer pour l'importation de bananes d'Amérique latine (Panama et fournisseurs n'ayant pas un intérêt substantiel de la catégorie "autres") ont été attribués intégralement au cours du deuxième tour. En revanche, les demandes de certificats d'importation au titre de la quantité de 857 700 tonnes réservée aux fournisseurs traditionnels ACP ont généralement été présentées lors du deuxième tour et cette quantité n'a pas été attribuée intégralement.

5.86 Nous examinons ensuite si les effets discriminatoires *de facto* qui résulteraient du regroupement en un "pot commun" des certificats pour les bananes pays tiers et les bananes traditionnelles ACP tiennent à ce que, dans le cadre du régime révisé, les quantités de référence sont calculées sur la base de la période 1994-1996, pendant laquelle les critères d'attribution dont il a été constaté qu'ils étaient incompatibles avec l'AGCS étaient appliqués. Nous rappelons que le régime

⁵¹ Règlement (CE) n° 2806/98 du 23 décembre 1998, J.O. L 349/32 du 24 décembre 1998.

⁵² Règlement (CE) n° 102/99 du 15 janvier 1999, J.O. L 11/16 du 16 janvier 1999.

⁵³ Règlement (CE) n° 608/99 du 19 mars 1999, J.O. L 75/18 du 20 mars 1999.

précédent prévoyait deux procédures de licences distinctes, l'une pour l'importation de bananes traditionnelles ACP, et l'autre pour l'importation de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP. Dans le cadre de la seconde procédure, les opérateurs de la catégorie B se voyaient attribuer, sur la base des quantités de référence établies en fonction de la commercialisation de bananes traditionnelles ACP ou communautaires, 30 pour cent des certificats requis pour l'importation de bananes pays tiers et non traditionnelles ACP réservée à ces opérateurs, qui avaient *en outre* le droit de continuer à importer des bananes traditionnelles ACP. De même, les mûrisseurs recevaient 28 pour cent des certificats d'importation de bananes pays tiers. Dans le cadre du nouveau régime de certificats unique il n'y a pas de disposition comparable réservant des certificats aux opérateurs de l'ex-catégorie B ou aux mûrisseurs.

5.87 Toutefois, les opérateurs de l'ex-catégorie B et les mûrisseurs, dans la mesure où ils peuvent prouver qu'ils ont utilisé les certificats et payé des droits de douane pour des importations effectuées pendant la période de référence 1994-1996 avec des certificats obtenus sur la base des quantités, incompatibles avec l'AGCS, qui leur étaient réservées dans le cadre du régime antérieur, peuvent demander des quantités de référence dans le cadre du régime révisé en vue de l'attribution de certificats à compter de 1999. Par conséquent, les fournisseurs de services de l'ex-catégorie A originaires des États-Unis qui n'ont pas bénéficié de certificats attribués selon des critères incompatibles avec l'AGCS dans le cadre du régime antérieur sont soumis à des conditions *de facto* moins favorables pour l'obtention de certificats d'importation dans le régime révisé que les fournisseurs de services communautaires ou ACP qui, en tant qu'opérateurs de l'ex-catégorie B ou mûrisseurs, peuvent apporter la preuve du paiement de droits de douane et de l'utilisation de certificats obtenus selon des règles incompatibles avec l'AGCS.

5.88 Nous notons que la solution dite du pot commun ne pose pas en soi de problème d'incompatibilité avec les règles de l'OMC. Il semblerait au contraire, du moins en théorie, qu'elle garantisse des conditions de concurrence égales entre les fournisseurs de services de gros, dans une situation caractérisée par différents degrés d'incitation économique à l'importation de bananes de différentes provenances. Il est cependant fort possible que, si cette solution repose sur une période de référence biaisée (1994-1996) et sur l'application de certains critères d'attribution des certificats (tels que l'importation effective ou le paiement de droits de douane), les conditions de concurrence moins favorables *de facto* auxquelles sont soumis les fournisseurs de services des États-Unis soient aggravées par les effets de report du régime antérieur.

2. Règles d'attribution de certificats aux opérateurs "nouveaux arrivés"

5.89 Les États-Unis allèguent que i) l'augmentation de la part des certificats réservés aux "nouveaux arrivés", qui est passée de 3,5 pour cent dans le régime précédent à 8 pour cent dans le régime révisé (pour l'importation d'une quantité maximale de 272 856 tonnes) et ii) les critères de qualification à remplir pour obtenir le statut de "nouvel arrivé" dans le cadre du régime révisé, font que les fournisseurs de services de gros des États-Unis sont soumis à un traitement moins favorable *de facto* et, partant, sont incompatibles avec les obligations découlant pour les CE de l'article XVII de l'AGCS. D'après les États-Unis, il y a eu en 1999 997 candidats au statut de "nouvel arrivé", mais seuls 13 d'entre eux étaient des sociétés n'appartenant pas à des intérêts communautaires.⁵⁴

5.90 Les Communautés européennes répondent que l'augmentation de la part des certificats réservés aux "nouveaux arrivés" n'établit aucune discrimination *de jure* ou *de facto* envers les fournisseurs de services étrangers. D'après elles, leurs procédures d'attribution de certificats pour d'autres produits communautaires réservent aux "nouveaux arrivés" une part allant jusqu'à 20 pour cent. En ce qui concerne les conditions de qualification à remplir pour obtenir le statut de "nouvel arrivé", les Communautés européennes font valoir que le Règlement n° 2362/98 ne fait aucune

⁵⁴ Pièce n° 16 jointe à la première communication des États-Unis.

distinction entre les fournisseurs de services communautaires et non communautaires, d'une part, et entre les fournisseurs de services non communautaires d'origines différentes, d'autre part. Elles soulignent que les importateurs de fruits et légumes établis dans les Communautés ne sont pas nécessairement des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par des intérêts communautaires et que le Règlement n° 2362/98 n'interdit pas aux entreprises établies depuis peu - par exemple, en 1998 - dans les Communautés de demander le statut de "nouvel arrivé". Elles font valoir aussi que le montant de 400 000 euros fixé pour la valeur déclarée en douane a été choisi parce qu'il correspondait au volume d'activité d'une entreprise ayant une capacité suffisante pour être viable dans le secteur. Elles ajoutent que des entreprises détenues par des intérêts de pays tiers ont obtenu le statut de "nouvel arrivé" dans le cadre du régime révisé.

5.91 Nous rappelons que l'article 7 du Règlement n° 2362/98 dispose ce qui suit:

"... on entend par opérateur "*nouvel arrivé*" ... l'agent économique, établi dans la Communauté, lors de son enregistrement qui:

- a) *a exercé une activité commerciale comme importateur dans le secteur des fruits et légumes frais des chapitres 7 et 8 et aussi des produits du chapitre 9 de la nomenclature tarifaire et statistique et du tarif douanier commun au cas où il aurait réalisé aussi des importations des produits précités des chapitres 7 et 8, pour son propre compte et à titre autonome, pendant l'une des trois années qui précèdent immédiatement l'année au titre de laquelle l'enregistrement est demandé; et*
- b) *a réalisé, au titre de cette activité, des importations d'une valeur déclarée en douane égale ou supérieure à 400 000 écus pendant la période déterminée au point a)."*

5.92 Nous ne voyons pas comment le fait de porter à 8 pour cent la part des contingents tarifaires et des quantités de bananes traditionnelles ACP pour laquelle des certificats sont délivrés⁵⁵ pourrait en soi créer des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services originaires de pays tiers.

5.93 À propos des critères d'acquisition du statut de "nouvel arrivé", nous notons que les parties conviennent que l'article 7 du Règlement n° 2362/98 ne renferme aucune disposition établissant une discrimination *de jure* à l'encontre des fournisseurs de services d'origine étrangère par opposition aux fournisseurs d'origine communautaire. Nous notons cependant que les "nouveaux arrivés" potentiels doivent avoir, dans une certaine mesure, des relations suivies avec les Communautés européennes puisqu'ils doivent être établis sur leur territoire et qu'ils doivent avoir exercé une activité commerciale comme importateurs de fruits ou de légumes pendant l'une des trois années qui précèdent immédiatement l'année pour laquelle l'enregistrement en tant qu'opérateur "nouvel arrivé" est demandé. Surtout, les fournisseurs de services d'autres Membres ne peuvent prouver leur qualification en ce qui concerne l'exercice d'une activité commerciale comme importateurs de fruits et légumes frais que sur la base des importations réalisées dans les Communautés européennes, et non sur la base du même type d'activité commerciale exercée avec d'autres pays. Si ce critère a vraiment pour objet de garantir le niveau d'expérience des opérateurs, l'expérience du commerce des fruits et légumes à l'intérieur ou à destination d'autres pays devrait également, à notre avis, être jugée suffisante pour garantir le niveau de qualification requis. S'il s'agit de s'assurer de la viabilité commerciale de l'entreprise considérée, nous estimons que celle-ci devrait aussi pouvoir être établie sur la base d'une activité commerciale exercée hors des Communautés européennes.

⁵⁵ Article 2.1 b) du Règlement n° 2362/98.

5.94 Par conséquent, si rien n'interdit *de jure* à un fournisseur de services originaire d'un pays tiers d'obtenir le statut de "nouvel arrivé", les critères de qualification à remplir pour avoir le statut d'importateur de bananes "nouvel arrivé" créent, à notre avis, de par leur effet global, des conditions de concurrence moins favorables pour les fournisseurs de services des États-Unis ou d'autres Membres que pour les fournisseurs de services similaires d'origine communautaire. Nous rappelons à cet égard que, dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*⁵⁶, l'Organe d'appel a déclaré que l'application d'une mesure "à des fins de protection peut néanmoins être déterminée, le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice".

5.95 À la lumière de ces considérations, nous sommes d'avis que les critères d'acquisition du statut de "nouvel arrivé" dans le cadre des procédures de licences révisées imposent aux fournisseurs de services équatoriens des conditions de concurrence moins favorables *de facto*, au sens de l'article XVII, que celles dont bénéficient les fournisseurs de services similaires des CE.

3. Résumé

5.96 En ce qui concerne l'article XIII du GATT, à notre avis, la limite de 857 700 tonnes fixée pour les importations de bananes traditionnelles ACP est un contingent tarifaire et l'article XIII lui est donc applicable. En outre, la quantité de 857 700 tonnes réservée aux importations de bananes traditionnelles ACP dans le cadre du régime révisé est incompatible avec les paragraphes 1 et 2 de l'article XIII du GATT.

5.97 S'agissant de l'AGCS, nous sommes d'avis i) que dans le cadre du régime révisé, les fournisseurs de services de gros des États-Unis sont soumis à un traitement moins favorable *de facto* en ce qui concerne l'attribution de certificats que celui qui est accordé aux fournisseurs communautaires ou ACP des mêmes services, en violation des articles II et XVII de l'AGCS, et ii) que les critères d'acquisition du statut de "nouvel arrivé" dans le cadre des procédures de licences révisées imposent aux fournisseurs de services des États-Unis des conditions de concurrence moins favorables *de facto* que celles dont bénéficient les fournisseurs de services similaires des CE, en violation de l'article XVII de l'AGCS.

5.98 En conséquence, nous sommes d'avis que l'annulation ou la réduction des avantages revenant aux États-Unis se poursuit dans le cadre du régime révisé des CE.

⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, page 33.

VI. PARAMÈTRES À UTILISER POUR LE CALCUL DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION D'AVANTAGES

6.1 Dans leur communication initiale, les États-Unis rappellent que l'article XXIII du GATT de 1994 prévoit que le niveau de la suspension doit être "justifié, compte tenu des circonstances". Ils font par ailleurs valoir que l'évaluation de l'équivalence devrait être raisonnable et tenir compte du fait que la suspension est un moyen d'encourager le respect dans les moindres délais des recommandations et décisions, qu'il n'est pas nécessaire d'être précis dans la mesure du tort commercial et qu'il devrait être tenu compte du tort commercial tant direct qu'indirect.

6.2 Dans la présente section, nous considérons d'un point de vue général les paramètres et critères qui, à notre avis, devraient être appliqués quand il s'agit de faire concorder le niveau de la suspension de concessions devant être autorisé par l'ORD avec le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages résultant de l'application de mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.

A. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

6.3 À cet égard, nous rappelons tout d'abord l'objectif général de la compensation ou de la suspension de concessions ou d'autres obligations tel qu'il est décrit à l'article 22:1:

"La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une mesure en conformité avec les accords visés. La compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés."

En conséquence, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations est une mesure temporaire, dans l'attente que le Membre concerné ait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions. Nous convenons avec les États-Unis que ce caractère *temporaire* indique que l'objectif des contre-mesures est d'*inciter au respect* des recommandations et décisions. Mais cet objectif ne signifie pas que l'ORD devrait accorder l'autorisation de suspendre des concessions allant au-delà de ce qui est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. À notre avis, rien dans l'article 22:1 du Mémoire d'accord, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère *punitif*.

6.4 Nous sommes conscients du fait que le Groupe de travail *Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique*⁵⁷ s'est demandé si la mesure proposée était "*indiquée*" et qu'il ne l'a examinée que "du point de vue" de l'*équivalence* avec les avantages compromis:

"2. Le groupe de travail était chargé par les PARTIES CONTRACTANTES d'examiner si la *mesure* envisagée par le gouvernement des Pays-Bas était *indiquée* du point de point de son *équivalence avec les avantages* découlant de l'Accord pour les Pays-Bas et qui se trouvaient *compromis* du fait des restrictions instituées par les États-Unis.

⁵⁷ Rapport du Groupe de travail *Mesures prises par les Pays-Bas en conformité du paragraphe 2 de l'article XXIII à l'effet de suspendre des obligations envers les États-Unis d'Amérique*, adopté le 8 novembre 1992, IBDD, S1/66.

3. Le groupe de travail a estimé que, pour déterminer si la mesure que le gouvernement néerlandais se proposait de prendre était indiquée, il importait de l'examiner à deux points de vue afin de décider, tout d'abord, si, eu égard aux circonstances, ladite mesure était de caractère *approprié* et, en second lieu, si la restriction envisagée par le gouvernement des Pays-Bas restait dans des limites *raisonnables*, eu égard au préjudice subi." (les italiques ne figurent pas dans l'original).

À notre avis, compte tenu de la référence explicite, dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22 du Mémoire d'accord, à la nécessité d'assurer l'*équivalence* entre le niveau de la suspension proposée et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie, le critère du *caractère approprié* appliqué par le Groupe de travail de 1952 a perdu de son importance en tant que norme sur laquelle se fonder pour autoriser la suspension de concessions au titre du Mémoire d'accord.

6.5 Néanmoins, nous notons que le sens ordinaire du terme "*approprié*", signifiant "particulièrement indiqué, adéquat, qui convient, attaché ou appartenant à"⁵⁸ suggère un certain degré de relation entre le niveau de la suspension proposée et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages alors que, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, le sens ordinaire du terme "*équivalent*" implique un degré supérieur de correspondance ou d'identité ou un plus grand équilibre entre le niveau de la suspension proposée et le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Par conséquent, nous concluons que la norme d'*équivalence* constitue un critère d'examen plus strict pour les arbitres agissant conformément à l'article 22:7 du Mémoire d'accord de l'OMC que le degré de rigueur de l'examen que la norme du *caractère approprié*, appliquée au titre du GATT de 1947, ne l'aurait laissé entendre.

B. LA QUESTION DES AVANTAGES "INDIRECTS"

6.6 Nous allons maintenant examiner la notion d'*avantages directs ou indirects* résultant des accords visés par l'Accord sur l'OMC dont l'annulation ou la réduction peut faire naître le droit d'obtenir une compensation ou l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations. Cette question est particulièrement pertinente en l'espèce car les États-Unis font valoir, entre autres choses, qu'il faudrait tenir compte de leurs exportations à destination de l'Amérique latine de produits (par exemple des engrais) utilisés dans la production de bananes qui seraient exportées vers les Communautés européennes dans le cadre d'un régime compatible avec les règles de l'OMC pour fixer le niveau de la suspension.

6.7 La partie pertinente de l'article XXIII:1 du GATT de 1994 est libellée comme suit:

"Dans le cas où *un Membre considérerait qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement du présent Accord se trouve annulé ou compromis ...*" (les italiques ne figurent pas dans l'original).

Si l'article XXIII:1 de l'AGCS ne contient pas de disposition analogue, l'article 3:3 du Mémoire d'accord dispose ce qui suit:

"Le règlement rapide de toute situation dans laquelle *un Membre considère qu'un avantage résultant pour lui directement ou indirectement des accords visés se trouve compromis* par des mesures prises par un autre Membre est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres." (les italiques ne figurent pas dans l'original).

⁵⁸ The New Shorter Oxford English Dictionary on Historic Principles (1993), page 103.

6.8 Nous notons que, entre autres choses d'après le libellé de l'article XXIII:1 du GATT et de l'article 3:3 du Mémoire d'accord, les États-Unis présument que toute annulation ou réduction d'avantages qu'ils considèrent comme résultant pour eux directement ou indirectement du GATT ou de l'AGCS peut être prise en compte pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages aux fins des paragraphes 6 et 7 de l'article 22 du Mémoire d'accord. Les Communautés européennes soutiennent que, en particulier pour ce qui est du commerce des marchandises, l'annulation ou la réduction d'avantages subie par les États-Unis ne peut être que négligeable, sinon *nulle*, puisqu'il n'y a pas de commerce *effectif* et que les perspectives d'un commerce *potentiel* des bananes entre les États-Unis et les Communautés européennes sont faibles. À l'appui de leur argumentation, les États-Unis utilisent au moins en partie les constatations que nous avons formulées dans le différend initial sur le point de savoir s'ils avaient un "intérêt juridique" à déposer une plainte contre le régime antérieur des CE sur la base des obligations des CE dans le cadre du GATT. Par conséquent, nous rappelons tout d'abord nos constatations sur cette question, puis nous nous demandons quelles déductions nous pouvons en tirer en ce qui concerne la notion d'*avantages directs ou indirects* résultant du GATT et de l'AGCS.

6.9 Dans la procédure du groupe spécial initial, nous avons affirmé que "conformément au Mémoire d'accord sur le règlement des différends, les États-Unis ont le droit d'avancer les allégations qu'ils ont formulées dans cette affaire".⁵⁹ Nous rappelons l'argument, avancé par les CE dans le différend initial, selon lequel si un Membre n'ayant pas subi d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cadre de l'OMC en ce qui concerne les bananes était autorisé à présenter une allégation au titre du GATT, ce Membre ne pourrait obtenir aucune mesure corrective efficace au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord.⁶⁰ Nous relevons aussi l'argument présenté par les plaignants⁶¹ dans le différend initial selon lequel l'article 3:8 du Mémoire d'accord prévoit qu'il doit y avoir une constatation d'infraction avant que la question de l'annulation ou de la réduction d'avantages soit examinée, laissant entendre que, même si aucune compensation n'était due, une infraction pourrait être constatée. Nous sommes d'accord. L'article XXIII:1 du GATT de 1994 et l'article 3:3 du Mémoire d'accord n'établissent pas de prescription procédurale. Ces dispositions concernent l'ouverture d'une procédure de règlement d'un différend dans le cadre de l'OMC dans le cas où un Membre estime que des avantages qui lui reviennent directement ou indirectement ont été annulés ou compromis. Une décision initiale de ce type sur le point de savoir s'il y a lieu ou non de déposer une plainte résulte nécessairement d'une analyse subjective et stratégique effectuée du point de vue du Membre. Toutefois, une décision sur le point de savoir si l'affirmation d'un Membre donné concernant l'annulation ou la réduction d'avantages était motivée et justifiée compte tenu des règles de l'OMC est une décision différente prise par un groupe spécial ou l'Organe d'appel sur la base de la norme objective que constituent les accords visés par l'Accord sur l'OMC.

6.10 La *présomption* d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cas d'une infraction à une disposition du GATT visée à l'article 3:8 du Mémoire d'accord ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord beaucoup plus tard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. L'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages effectué par les arbitres sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord est un processus distinct, indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. De ce fait, les intérêts qu'un Membre peut avoir dans le commerce des marchandises ou des services, ou son intérêt dans une

⁵⁹ Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.52.

⁶⁰ Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.47.

⁶¹ Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.48.

détermination des droits et obligations au titre des Accords de l'OMC, sont suffisants pour établir que ce Membre est fondé en droit à engager une procédure de règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord.

6.11 Une évidence des règles du GATT, qui ressort de dizaines d'années de pratique en matière de règlement des différends, est que l'absence de commerce *effectif* ne peut pas être déterminante pour constater qu'il n'y a pas eu violation d'une disposition, parce qu'il ne peut pas être exclu que l'absence de commerce soit le résultat d'une mesure illicite. Comme il est indiqué dans les rapports du Groupe spécial initial⁶², la pratique antérieure en matière de règlement des différends montre que les dispositions concernant la non-discrimination ont été interprétées comme protégeant les "possibilités de concurrence"⁶³ ou l'"égalité effective des possibilités"⁶⁴ offertes aux produits étrangers qui risquent d'être compromises par "toutes lois et [tous] règlements qui pourraient altérer ... les conditions de la concurrence entre le produit d'origine nationale et le produit d'importation".⁶⁵ Tous ces rapports antérieurs de groupes spéciaux concernaient l'annulation ou la réduction alléguée de possibilités de commerce potentiel au titre de la clause du traitement national. L'affaire *États-Unis – Fonds spécial*⁶⁶, d'où est tiré le libellé de l'article 3:8 du Mémoire d'accord établissant qu'une infraction aux règles du GATT est présumée annuler ou compromettre des avantages, concernait elle aussi la violation alléguée de l'article III du GATT. Par conséquent, la notion qui sous-tend la protection des possibilités de commerce *potentiel* est celle de commerce *potentiel* entre la partie plaignante et la partie défenderesse. De même, dans le cas d'une violation alléguée de la clause de traitement NPF, un différend porterait sur le commerce entre la partie plaignante ou un pays tiers, d'une part, et la partie défenderesse d'autre part.

6.12 Nous sommes d'avis que la norme à utiliser pour le calcul du niveau d'annulation ou de réduction des courants d'échanges des États-Unis devrait être les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises vers les Communautés européennes et les pertes subies par les fournisseurs de services des États-Unis en termes de fourniture de services dans les CE ou aux CE. Toutefois, nous pensons que les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises ou de services *entre les États-Unis et les pays tiers* ne constituent pas une annulation ou une réduction d'avantages ne serait-ce qu'*indirects* résultant pour les États-Unis du GATT ou de l'AGCS pour laquelle les Communautés européennes risquent une suspension de concessions. Dans la mesure où l'évaluation faite par les États-Unis de l'annulation ou de la réduction d'avantages inclut les *pertes en termes d'exportations des États-Unis* définies comme *la teneur en éléments des États-Unis incorporés dans les bananes latino-américaines* (par exemple les engrais, pesticides et machines des États-Unis expédiés en Amérique latine et les capitaux ou services de gestion des États-Unis utilisés pour la culture des bananes), nous ne prenons pas en compte ces pertes en termes

⁶² Rapports du Groupe spécial *Bananes III*, paragraphe 7.50.

⁶³ Rapport du Groupe de travail *Les taxes intérieures brésiliennes*, adopté le 30 juin 1949, IBDD II/196, page 200, paragraphe 16.

⁶⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, pages 432 et 433, paragraphe 5.11.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial *Mesures discriminatoires appliquées par l'Italie à l'importation de machines agricoles*, adopté le 23 octobre 1958, IBDD S7/64, page 67, paragraphe 12.

⁶⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation*, adopté le 17 juin 1987, IBDD, S34/154, page 179, paragraphe 5.1.9.

d'exportations des États-Unis pour calculer l'annulation ou la réduction d'avantages dans la présente procédure d'arbitrage entre les Communautés européennes et les États-Unis.

6.13 Pour ce qui est des produits utilisés comme intrants, cette conclusion est également compatible avec les règles d'origine applicables aux marchandises. L'Accord de l'OMC sur les règles d'origine énonce certaines disciplines, mais laisse par ailleurs une certaine latitude aux Membres de l'OMC pour élaborer des règles permettant de déterminer le pays d'origine des marchandises pendant une période transitoire, en attendant que le programme de travail pour l'harmonisation des règles d'origine non préférentielles soit achevé. Les Membres de l'OMC déterminent généralement l'origine des produits agricoles d'après le lieu de production. En principe, chaque banane a pour origine le pays où elle a été cultivée. Aux fins des règles de l'OMC, peu importe que les produits ou les services (par exemple les engrais, machines, pesticides, capitaux et services de gestion) utilisés comme intrants intermédiaires dans la culture des bananes et pour leur livraison jusqu'au stade f.a.b. soient originaires des États-Unis, même si la teneur en éléments des États-Unis devait représenter une partie importante de la valeur du produit final. En vertu des règles d'origine des États-Unis également, des bananes cultivées à Porto Rico ou à Hawaï sont des produits des États-Unis, quel que soit le pourcentage d'intrants étrangers qui y sont incorporés ou qui sont utilisés pour leur culture. Notre conclusion tient compte aussi du fait que les prescriptions des articles Ier et XIII du GATT sont liées à l'origine des marchandises.

6.14 Il serait faux de présumer qu'il n'y a pas d'autre voie de recours dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC pour réclamer une compensation ou demander l'autorisation de suspendre des concessions équivalant au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée en ce qui concerne les bananes d'origine latino-américaine, y compris les intrants incorporés de quelque sorte ou origine que ce soit. Le droit de demander réparation pour le niveau correspondant de l'annulation ou de la réduction d'avantages existe bel et bien dans le Mémorandum d'accord pour les Membres de l'OMC qui sont les pays d'origine de ces bananes, mais pas pour les États-Unis. De fait, plusieurs de ces Membres de l'OMC ont récemment exercé ou exercent actuellement leurs droits au titre du Mémorandum d'accord. En outre, notre préoccupation au sujet de la protection des droits des autres Membres de l'OMC est conforme à deux principes du droit international public, à savoir l'égalité souveraine des États et la non-ingérence dans les droits des autres États. Par conséquent, en vertu du Mémorandum d'accord, un Membre de l'OMC n'a pas le droit ni n'a besoin de réclamer une compensation ou de demander l'autorisation de suspendre des concessions pour l'annulation ou la réduction d'avantages subie par un autre Membre de l'OMC en ce qui concerne des marchandises originaires de ce Membre ou des fournisseurs de services détenus ou contrôlés par lui.

6.15 En outre, si le Mémorandum d'accord autorisait différents Membres de l'OMC à présenter des plaintes *se recoupant* en ce qui concerne l'annulation ou la réduction d'avantages subie en raison des mêmes pertes en termes de commerce de marchandises (et de marchandises et de services utilisés comme intrants pour leur production ou incorporés dans leur production) ou les mêmes pertes en termes de commerce de services, le problème du "*double comptage*" de l'annulation ou de la réduction d'avantages se poserait. Étant donné la différence d'origine des produits ou services utilisés comme *intrants* dans la production des bananes, d'une part, et l'origine des bananes en tant que *produits finals*, d'autre part, des demandes *cumulatives* de compensation ou de suspension de concessions pourraient être présentées pour le *même* niveau d'annulation ou de réduction d'avantages causée par un Membre.

6.16 Si nous devions permettre ce "*double comptage*" de la même annulation ou réduction d'avantages dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord pour différents Membres de l'OMC, il pourrait y avoir des incompatibilités avec le critère de l'"*équivalence*" énoncé aux paragraphes 4 et 7 de l'article 22 du Mémorandum d'accord. Étant donné que le *même* niveau d'annulation ou de réduction d'avantages imposé à *un* Membre ne peut simultanément être imposé à *un autre*, les autorisations de suspendre des concessions accordées par l'ORD aux différents Membres de l'OMC pourraient excéder le niveau global de l'annulation ou de la réduction d'avantages causée par le Membre qui n'a pas mis une mesure incompatible avec les règles

de l'OMC en conformité avec ces règles. En outre, une telle compensation *cumulative* ou suspension *cumulative* de concessions par différents Membres de l'OMC pour le *même* niveau d'annulation ou de réduction d'avantages serait contraire au principe général du droit international qu'est la proportionnalité des contre-mesures.⁶⁷

6.17 Étant donné qu'à l'origine cinq Membres de l'OMC ont participé à la procédure initiale *Bananes III*, le problème du "*double comptage*" de l'annulation ou de la réduction d'avantages est plus qu'une possibilité théorique. Malgré l'ambiguïté du libellé de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, en notre qualité d'arbitres dans la présente procédure d'arbitrage à laquelle seuls les États-Unis participent, nous n'excluons pas la possibilité que d'autres parties plaignantes au différend initial demandent à l'ORD l'autorisation de suspendre des concessions à l'égard des Communautés européennes plus tard (à supposer qu'il s'avère que le régime révisé est incompatible avec les règles de l'OMC). Par conséquent, en dehors du fait qu'il faut préserver les droits des autres Membres de l'OMC au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord, nous estimons que le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par d'autres parties plaignantes dans le différend initial *Bananes III* ne relève pas de notre mandat dans la présente procédure d'arbitrage entre les Communautés européennes et les États-Unis uniquement.

6.18 Nous estimons que non seulement les produits ou services utilisés comme intrants dans la culture des bananes mais aussi les services qui ajoutent de la valeur aux bananes après la récolte et jusqu'au stade f.a.b devraient être exclus du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages que les États-Unis sont en droit d'alléguer dans la présente procédure d'arbitrage. Nous nous rendons bien compte que l'utilisation de ce point de coupure f.a.b. ainsi que des règles d'origine est quelque peu arbitraire. La mondialisation de l'économie signifie que, de plus en plus, les produits "incorporent" en tant qu'intrants intermédiaires de nombreux produits et services de différentes origines. Il faudra peut-être à l'avenir mettre au point des règles plus élaborées à cet égard, mais nous estimons que la limite que nous avons établie est appropriée dans le cas d'espèce, qui a trait à la suspension de concessions. Par cette décision nous n'entendons pas fixer de limitations à la portée des obligations dans le cadre de l'OMC, pour cette affaire ou pour d'autres.

6.19 En réponse à la section B ci-dessus, laquelle figurait dans notre décision initiale, les États-Unis ont fait valoir que l'exportation de matériaux de conditionnement devrait être traitée différemment parce que ces matériaux ne sont pas un intrant utilisé dans la production des bananes en soi. Toutefois, à notre avis, dans la mesure où le conditionnement fait partie de la valeur des bananes exportées au stade f.a.b., le raisonnement exposé ci-dessus s'y applique clairement.

C. QUESTIONS DE CALCUL CONCERNANT LES SERVICES⁶⁸

6.20 Les Communautés européennes soulèvent une question préliminaire à propos des transactions de services qui peuvent être incluses dans le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages compte tenu de la portée des engagements spécifiques consolidés dans la Liste des CE annexée à l'AGCS. Elles soutiennent que la révision du système de la Classification centrale de produits de l'ONU affecte l'interprétation de la portée de leurs engagements en matière d'accès au marché et de traitement national concernant les "services de commerce de gros" qu'elles ont

⁶⁷ Projets d'articles sur la responsabilité des États, avec les commentaires y afférents, adoptés par la Commission du droit international en première lecture, janvier 1997, article 49 sur la proportionnalité: "Les contre-mesures prises par un État lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'État lésé". Voir également: I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford (1983), page 219; H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York (1966), page 21.

⁶⁸ Ceci est une version modifiée de la décision initiale, qui aboutit au même résultat.

consolidés dans leur Liste annexée à l'AGCS. Les Communautés européennes font valoir que la CPC provisoire a été remplacée dans l'intervalle par la Classification centrale de produits (CPC) - Version 1.0 ("CPC révisée"), et que la CPC révisée vise à créer un système de catégories de services qui à la fois sont exhaustives et s'excluent mutuellement. Par conséquent, de l'avis des CE, tous services liés aux transactions de commerce de gros qui, en même temps, relèvent d'une autre catégorie de la CPC devraient être évalués sur la base de cette nouvelle réalité, c'est-à-dire qu'ils ne devraient pas être considérés comme visés par les engagements des CE concernant les "services de commerce de gros".⁶⁹ Les Communautés européennes ajoutent que les engagements spécifiques consolidés dans leur Liste annexée à l'AGCS sont toujours valables.

6.21 Les États-Unis soutiennent que la portée des engagements spécifiques souscrits par les CE au titre de l'AGCS, qui ont été consolidés dans la Liste des CE annexée à l'AGCS, ne peut pas être affectée par la modification ultérieure de la Classification centrale de produits par l'ONU. Par conséquent, c'est toujours la CPC provisoire qui fait autorité pour ce qui est d'interpréter la portée des engagements des CE concernant les "services de commerce de gros".

6.22 Nous notons que les engagements spécifiques consolidés par les Communautés européennes dans leur Liste annexée à l'AGCS pour les secteurs⁷⁰ ou sous-secteurs de services en cause dans l'affaire initiale étaient classés en catégories d'après la Classification sectorielle des services, qui se réfère à la CPC provisoire plus détaillée. Nous rappelons aussi que, dans l'affaire *Bananes III*, les parties étaient divisées sur le point de savoir si le mandat du groupe spécial comprenait le sous-secteur plus restreint des "services de commerce de gros", ou englobait le secteur plus général des "services offerts par le secteur de la distribution" décrit dans la partie introductive de la section 6 de la CPC provisoire. La définition donnée dans la CPC provisoire des "*services de commerce de gros*" est la suivante:

"Services de commerce de gros spécialisé de fruits et légumes frais, secs, congelés ou en boîte (Biens rangés dans la CPC sous 012, 013, 213 et 215)"

La description des "*services offerts par le secteur de la distribution*" est quant à elle la suivante:

"Les services offerts par le secteur de la distribution couvrent soit la vente de marchandises à des détaillants, à des usagers industriels ou commerciaux, à des collectivités ou à d'autres utilisateurs professionnels, ou à d'autres grossistes, soit les activités des intermédiaires (services du commerce de gros), soit la vente de marchandises destinées à la consommation des particuliers ou des ménages, y compris les services annexes à la vente des biens (services du commerce de détail). Les principaux services rendus par les grossistes et les détaillants sont la revente de marchandises ainsi qu'un large éventail de services connexes et subordonnés tels que: l'établissement d'inventaires des produits; l'assemblage, le tri et le classement des marchandises en grandes quantités; le fractionnement de marchandises reçues en grandes quantités et leur reconditionnement en lots plus petits; les services de livraison; les services de réfrigération; les services de promotion des ventes rendus par les grossistes ..."

⁶⁹ Les Communautés européennes notent que, d'après les "tables de correspondance entre la CPC version 1.0 et la CPC provisoire", la sous-classe 62221 "Services de commerce de gros de fruits et légumes" correspond à la sous-classe 61121 de la CPC version 1.0 "Services de commerce de gros de fruits et légumes, à l'exclusion des services à forfait ou sous contrat".

⁷⁰ L'article XXVIII e) de l'AGCS est libellé comme suit: "le terme "secteur" d'un service s'entend,

- i) en rapport avec un engagement spécifique, d'un ou de plusieurs sous-secteurs de ce service ou de la totalité des sous-secteurs de ce service, ainsi qu'il est spécifié dans la Liste du Membre,
- ii) autrement, de l'ensemble de ce secteur de service, y compris la totalité de ses sous-secteurs;"

6.23 Nous rappelons que, pour ce qui est à la fois des services de commerce de gros et des services offerts par le secteur de la distribution, les Communautés européennes ont contracté des engagements spécifiques consolidés en matière de libéralisation de l'accès au marché et de traitement national, sans conditions ni limitations spécifiques, et elles n'ont pas inscrit d'exemptions de l'obligation NPF dans leur Liste. Le groupe spécial initial a limité ses constatations au sous-secteur plus restreint des "services de commerce de gros".

6.24 Nous ne savons pas vraiment de quelle manière, selon les CE, le nouveau classement des secteurs de services en catégories d'après la CPC révisée devrait affecter la classification des secteurs de services sur la base de laquelle elles ont consolidé leurs engagements spécifiques en matière d'accès au marché et de traitement national dans leur Liste annexée à l'AGCS. On ne voit donc pas très bien comment le principe de l'établissement de catégories de secteurs de services qui s'excluent mutuellement pourrait affecter la portée des engagements des CE relatifs aux "services de commerce de gros" en ce qui concerne les transactions de services qui ne relèvent d'aucune autre catégorie de la CPC révisée. Quoi qu'il en soit, nous ne voyons pas comment la révision de la CPC pourrait modifier rétroactivement les engagements spécifiques inscrits et consolidés dans la Liste des CE annexée à l'AGCS sur la base de la CPC provisoire. En effet, lors de l'audience, les Communautés européennes ont dit qu'une telle modification des engagements spécifiques qu'elles avaient consolidés dans leur Liste annexée à l'AGCS ne pouvait être faite que conformément aux prescriptions de l'article XXI de l'AGCS sur la "modification des Listes".

6.25 À notre avis, ce qui importe pour le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages au titre de l'AGCS, au vu des engagements des CE concernant les "services de commerce de gros", c'est que, d'après les descriptions de la CPC de l'ONU reprises ci-dessus, les *principaux* services rendus par les *grossistes* couvrent la revente de marchandises, accompagnée d'un large éventail de services connexes et *subordonnés* tels que l'établissement d'inventaires des produits, l'assemblage, le tri et le classement des marchandises en grandes quantités, le fractionnement de marchandises reçues en grandes quantités et leur reconditionnement en lots plus petits, les services de livraison, les services de réfrigération, les services de promotion des ventes. Nous estimons que cet éventail plutôt large de services *principaux* et *subordonnés* devrait constituer la norme sur la base de laquelle les États-Unis pourraient éventuellement alléguer une annulation ou une réduction d'avantages pour des pertes en termes de commerce effectif ou potentiel avec les Communautés européennes.

6.26 Nous aimerions aussi souligner que, d'après l'article XXVIII b) de l'AGCS, la "fourniture d'un service" (par exemple le commerce de gros) comprend "la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service". Nous rappelons également que, conformément à l'article XXVIII d), f), g), l), m) et n) de l'AGCS, l'origine d'un fournisseur de services est défini en fonction de l'origine de son capital et du contrôle. Par conséquent, aux fins du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages d'après les pertes en termes de fourniture effective ou potentielle de services, peu importe que les services non fournis aient trait au commerce des bananes en provenance des États-Unis ou en provenance de pays tiers, aux Communautés européennes ou aux bananes vendues en gros dans les Communautés européennes, si les fournisseurs de services lésés sont commercialement présents dans les Communautés européennes et détenus ou contrôlés par les États-Unis. Ces considérations sont liées à la conclusion que nous avons formulée plus tôt, à savoir que ce sont les Membres de l'OMC qui sont les pays d'origine des bananes qui sont fondés à alléguer une annulation ou une réduction d'avantages pour des pertes effectives ou potentielles en termes de fourniture de transactions de services qui ajoutent une valeur aux bananes jusqu'au stade f.a.b. et que de telles allégations ne peuvent pas être présentées par les États-Unis au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.

D. EFFETS PAR SOCIÉTÉ ET EFFETS GÉNÉRAUX SUR LES ÉTATS-UNIS

6.27 Nous notons que la demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations initialement présentée par les États-Unis ne portait que sur des pertes subies par une société des États-Unis. Pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages pour les États-Unis, il est nécessaire à notre avis de calculer les effets nets globaux sur tous les fournisseurs de services de commerce de gros des États-Unis pour les bananes vendues en gros dans les Communautés européennes.

VII. CALCULS DES NIVEAUX

7.1 Pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages, il faut utiliser la même base que pour mesurer le niveau de la suspension de concessions. Étant donné que cette base est la valeur brute des importations des États-Unis en provenance des Communautés européennes, la base comparable pour déterminer le niveau de l'annulation et de la réduction d'avantages est, à notre avis, l'incidence sur la valeur des importations communautaires visées en provenance des États-Unis (plutôt que les coûts et bénéfices des sociétés que les États-Unis ont utilisés dans leur communication). Plus précisément, nous comparons la valeur des importations communautaires visées en provenance des États-Unis dans le cadre du régime actuellement applicable à l'importation des bananes (situation réelle) avec leur valeur dans le cadre d'un régime compatible avec les règles de l'OMC (situation hypothétique).

7.2 Dans leur communication initiale, les États-Unis ont fondé le niveau de la suspension de concessions qu'ils proposaient sur une hypothèse de base prévoyant que les Communautés européennes maintiendraient un contingent de 857 700 tonnes pour les importations traditionnelles ACP et porteraient à 3,7 millions de tonnes le contingent tarifaire pour les importations en provenance des pays tiers et les importations non traditionnelles ACP, ce qui serait nécessaire, d'après ce qu'affirment les États-Unis, pour que le contingent de 857 700 tonnes devienne compatible avec les règles de l'OMC. Les États-Unis ont aussi présenté quatre autres hypothèses, y compris une hypothèse suivant laquelle le contingent tarifaire global ne serait pas accru.

7.3 En réponse, les Communautés européennes ont critiqué certaines des suppositions spécifiques utilisées dans l'hypothèse de base retenue par les États-Unis. Elles ont aussi fait valoir qu'il existait de nombreuses hypothèses possibles, compatibles avec les règles de l'OMC, dans lesquelles il y aurait des effets variables sur les fournisseurs des États-Unis. Deux exemples cités étaient un régime uniquement tarifaire et le régime de contingent tarifaire actuel associé à un régime de licences attribuées suivant le principe "premier arrivé, premier servi".

7.4 Dans notre décision initiale, nous avons demandé aux États-Unis de nous fournir de nouveaux calculs concernant les quatre hypothèses ci-après relatives au régime révisé effectif des CE:

- 1) un régime uniquement tarifaire, sans contingent tarifaire mais comprenant une préférence tarifaire ACP (avec estimation des effets pour un éventail de taux de droits allant du taux de 75 euros par tonne au taux hors contingent consolidé);
- 2) un système de contingent tarifaire dans lequel les certificats sont attribués suivant la méthode "premier arrivé, premier servi";
- 3) un contingent tarifaire entièrement distribué (dans lequel les parts pour les pays ACP fournisseurs traditionnels sont ramenées aux chiffres effectifs des échanges antérieurs) avec attribution de parts spécifiques par pays à tous les fournisseurs ACP et non ACP ayant ou non un intérêt substantiel; et
- 4) l'hypothèse de base des États-Unis qui, comme il est indiqué plus haut, était fondée sur le maintien d'une quantité de 857 700 tonnes pour les importations ACP et une augmentation du contingent tarifaire NPF, qui serait porté à 3,7 millions de tonnes.

7.5 Dans leur réponse, les États-Unis ont procédé de la sorte et ont abouti à plusieurs niveaux, repris ci-après (à l'exclusion du conditionnement):

- | | | |
|----|---|----------------------------------|
| 1) | Régime uniquement tarifaire, avec un droit de 75 euros par tonne: | 326,9 millions de dollars EU; |
| 2) | Régime de licences suivant le principe "premier arrivé, premier servi": | 619,8 millions de dollars EU; |
| 3) | Contingent tarifaire entièrement distribué: | 558,6 millions de dollars EU; et |
| 4) | Hypothèse de base des États-Unis: | 362,4 millions de dollars EU. |

7.6 En formulant des observations générales sur les quatre hypothèses, les Communautés européennes notent que dans un régime uniquement tarifaire, les bénéfices des fournisseurs des États-Unis seraient inférieurs à leur niveau actuel en raison de l'absence de rentes contingentes. En outre, selon les Communautés européennes, la part de marché détenue par ces fournisseurs ne changerait probablement pas puisqu'ils seraient en concurrence les uns avec les autres et avec les autres fournisseurs non originaires des États-Unis, comme c'est le cas à présent. S'agissant d'un régime de licences suivant le principe "premier arrivé, premier servi", les Communautés européennes notent que les prix et les volumes resteraient identiques et que seules les attributions de licences changeraient. Elles affirment qu'étant donné le grand nombre d'importateurs traditionnels qui rempliraient les conditions requises pour demander des licences, la part de licences détenue par les fournisseurs des États-Unis chuterait et ils obtiendraient une rente contingente moins élevée (et réaliseraient des bénéfices plus faibles) que maintenant. Dans le cas de la troisième hypothèse - contingent tarifaire entièrement distribué - les Communautés européennes font valoir qu'il est probable que les livraisons et les prix resteraient identiques, les fournisseurs des États-Unis réalisant des bénéfices comparables à ceux qu'ils réalisent dans le cadre du régime actuel. Enfin, pour ce qui est de l'hypothèse de base des États-Unis, les Communautés européennes font valoir que l'augmentation du contingent tarifaire pour le porter au montant suggéré par les États-Unis serait suffisamment importante pour que le résultat, en termes économiques, soit équivalent à un régime uniquement tarifaire (c'est-à-dire la première hypothèse). En résumé, les Communautés européennes pensent qu'aucune de ces hypothèses ne se traduirait pour les fournisseurs des États-Unis par des bénéfices plus élevés que ceux qu'ils réalisent dans le cadre du régime révisé actuel. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, toutefois, l'effet pertinent est, selon nous, celui qui se fait sentir non pas sur les bénéfices des fournisseurs des États-Unis mais plutôt sur la valeur des importations visées en provenance des États-Unis.

7.7 Il y a plusieurs régimes hypothétiques qui seraient compatibles avec les règles de l'OMC. Nous avons évalué les diverses hypothèses et nous avons décidé de choisir comme hypothèse raisonnable un contingent tarifaire global égal à 2,553 millions de tonnes (soumis à un droit de 75 euros par tonne) et un accès illimité pour les bananes ACP à un droit nul (avec la préférence tarifaire ACP qui fait actuellement l'objet d'une dérogation). Étant donné que le contingent actuel pour les importations en franchise de droits de bananes traditionnelles ACP est, dans la pratique, non limitatif, ce régime hypothétique aurait sur les prix et les quantités une incidence analogue à celle du régime communautaire actuel. Toutefois, les licences d'importation seraient attribuées de manière différente pour remédier aux violations de l'AGCS.

7.8 Nous avons calculé l'effet du régime communautaire révisé applicable aux bananes sur les importations des États-Unis visées, par rapport à l'hypothèse exposée au paragraphe précédent, en supposant que le volume global des importations communautaires de bananes était le même dans les deux scénarios, toutes choses étant égales par ailleurs. Cela revient à dire que la production et la consommation de bananes dans les CE, ainsi que les prix f.a.b. et c.a.f. et les prix de gros et de détail des bananes, sont aussi les mêmes dans les deux scénarios. Cela revient également à dire que la valeur globale des services de commerce de gros de bananes après le stade f.a.b., et la valeur globale des rentes contingentes à l'importation de bananes, sont les mêmes dans les deux scénarios. Ces deux valeurs sont faciles à calculer à partir des données relatives aux prix et aux quantités qui nous

ont été fournies. La seule différence entre les scénarios réside dans les parts de ces valeurs globales que détiennent les fournisseurs de services des États-Unis et les autres fournisseurs de services. En conséquence, pour ce qui est de cette méthode et de cette hypothèse particulières, nous n'avons pas besoin de faire des suppositions sur la capacité d'ajustement, en termes de volume, des producteurs, des consommateurs et des importateurs aux variations des prix intérieurs communautaires, puisqu'il n'y en a pas. La tâche se limite plutôt à établir les différences entre les deux scénarios pour ce qui est a) de la part détenue par les États-Unis dans les services de commerce de gros pour les bananes vendues dans les Communautés européennes et b) la part de licences d'importation des bananes donnant lieu à des rentes contingentaires détenue par les États-Unis. Compte tenu des diverses données fournies sur les parts de marché des États-Unis et au vu de ce que nous savons de l'attribution actuelle des contingents et de ce que nous estimons qu'elle serait dans le cadre de l'hypothèse compatible avec les règles de l'OMC que nous avons choisie, nous déterminons que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages est de 191,4 millions de dollars EU par an.

VIII. SENTENCE ET DÉCISION DES ARBITRES

8.1 À la lumière des considérations qui précèdent, les arbitres déterminent que le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par les États-Unis dans l'affaire *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes* est de 191,4 millions de dollars EU par an. En conséquence, les arbitres décident que la suspension par les États-Unis de l'application aux Communautés européennes et à leurs États Membres de concessions tarifaires et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994 portant sur des échanges d'un montant maximum de 191,4 millions de dollars EU par an serait compatible avec l'article 22:4 du Mémorandum d'accord.

IX. CONCLUSIONS

9.1 Comme le Président de l'ORD l'a suggéré (voir le paragraphe 4.9), nous avons trouvé un moyen logique de procéder pour examiner les questions soulevées dans le présent arbitrage, ainsi que dans les procédures de groupe spécial au titre de l'article 21:5. Nos constatations formulées dans les trois procédures sont cohérentes. On ne sait pas si l'Organe d'appel acceptera d'être saisi d'un appel dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5. S'il accepte, il se peut que le niveau de la suspension de concessions susmentionné doive être modifié à la suite de l'adoption de son rapport. Dans ce cas, nous serions en mesure de donner aux parties, si elles nous en faisaient la demande, notre avis quant à l'incidence de ce rapport sur le niveau de la suspension de concessions.

9.2 Enfin, nous soulignons que l'article 22:8 du Mémoire d'accord prévoit ce qui suit:

"La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages ...".
