

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS285/ARB
21 décembre 2007

(07-5704)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – MESURES VISANT LA FOURNITURE TRANSFRONTIÈRES DES SERVICES DE JEUX ET PARIS

Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

DÉCISION DE L'ARBITRE

La décision de l'arbitre sur l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* est distribuée à tous les Membres conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord. La décision est mise en distribution non restreinte le 21 décembre 2007 en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/452).

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION.....	1
A. PROCÉDURES INITIALES	1
B. DEMANDE D'ARBITRAGE ET PROCÉDURE.....	2
II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	2
A. MANDAT DE L'ARBITRE.....	2
1. <i>Mandat en ce qui concerne le niveau de la suspension proposée.....</i>	<i>3</i>
2. <i>Mandat en ce qui concerne le ou les secteurs et le ou les accords dans le cadre</i> <i>desquels la suspension est demandée</i>	<i>5</i>
3. <i>Ordre de l'analyse</i>	<i>6</i>
B. CHARGE DE LA PREUVE ET PRÉSENTATION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE	7
C. DEMANDE D'OUVERTURE DE L'AUDIENCE AU PUBLIC PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS.....	9
D. DEMANDE DE STATUT DE TIERCE PARTIE PRÉSENTÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	9
E. CONSULTATION DU FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL (FMI) ET DE LA BANQUE CENTRALE DES CARAÏBES ORIENTALES (ECCB).....	11
III. ÉVALUATION DU NIVEAU DE LA SUSPENSION PROPOSÉE	12
A. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES	12
B. APPROCHE DE L'ARBITRE	14
C. CHOIX DE L'HYPOTHÈSE.....	14
1. <i>Évaluation de l'hypothèse proposée par Antigua</i>	<i>15</i>
2. <i>Autre hypothèse possible</i>	<i>22</i>
3. <i>Opinion séparée.....</i>	<i>25</i>
D. CALCUL DU NIVEAU DE L'ANNULATION	27
1. <i>Examen de l'approche proposée par Antigua.....</i>	<i>28</i>
a) Description de l'approche proposée par Antigua.....	28
b) Nature des données de GBGC, méthode de collecte des données et incohérence des données	29
i) Arguments des parties.....	29
ii) Analyse de l'arbitre	31
c) Rapport entre les données de GBGC sur les recettes des jeux à distance et les exportations d'Antigua de services de jeux à distance vers les États-Unis.....	32
i) Arguments des parties.....	32
ii) Analyse de l'arbitre	34
d) Rapport entre les données de GBGC sur les recettes des jeux à distance et les exportations déclarées d'Antigua et le PIB.....	35
i) Arguments des parties.....	35
ii) Analyse de l'arbitre	37
e) Absence d'éléments de preuve directs concernant les recettes des exploitants de jeux à distance titulaires d'une licence à Antigua et comparaison entre les données relatives aux recettes des jeux à distance établies par GBGC et les chiffres provenant d'autres sources.....	39
i) Arguments des parties.....	39
ii) Analyse de l'arbitre	41
f) Application d'un multiplicateur aux données relatives aux recettes des jeux à distance.....	42
i) Arguments des parties.....	42
ii) Analyse de l'arbitre	43

g)	Moment où les mesures des États-Unis ont commencé à avoir une incidence sur les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis et perte de parts de marché au profit des concurrents.....	43
i)	Arguments des parties.....	43
ii)	Analyse de l'arbitre	47
h)	Comparaison entre les exportations réelles et les exportations hypothétiques de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis	49
i)	Arguments des parties.....	49
ii)	Analyse de l'arbitre	50
i)	Remarques finales	50
2.	<i>Examen de l'approche proposée par les États-Unis</i>	50
a)	Description de l'approche proposée par les États-Unis	50
b)	Exportations de services de paris hippiques à distance d'Antigua.....	52
i)	Arguments des parties.....	52
ii)	Analyse de l'arbitre	53
c)	Données de l'ECCB/du FMI/de l'OMC sur les exportations de services d'Antigua et autres estimations des recettes	54
i)	Arguments des parties.....	54
ii)	Analyse de l'arbitre	56
d)	Perte de part de marché par rapport aux concurrents	57
i)	Arguments des parties.....	57
ii)	Analyse de l'arbitre	57
3.	<i>Approche de l'arbitre</i>	57
a)	Exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis	58
i)	Données de GBGC	58
ii)	Recettes par employé.....	59
b)	Fournisseurs concurrents.....	60
c)	Paris hippiques	61
d)	Croissance de la demande aux États-Unis.....	61
4.	<i>Conclusion</i>	62

IV.	PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD	62
A.	PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES	62
B.	APPROCHE GLOBALE RETENUE PAR L'ARBITRE	64
C.	OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.....	67
D.	EXAMEN DE LA DÉTERMINATION D'ANTIGUA S'AGISSANT DE LA SUSPENSION EN CE QUI CONCERNE LE "MÊME SECTEUR"	68
1.	<i>Principes et procédures de l'article 22:3 b)</i>	68
2.	<i>Examen de la détermination d'Antigua selon laquelle il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le "même secteur"</i>	70
a)	Identification du secteur pertinent et du champ des obligations à examiner	70
b)	Détermination d'Antigua selon laquelle il n'est "pas possible ou efficace" de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le même secteur	71
i)	Arguments des parties.....	71
ii)	Évaluation de l'arbitre	73
c)	Question de savoir si Antigua a tenu compte des facteurs indiqués à l'alinéa d) de l'article 22:3	75
d)	Conclusion	75
E.	EXAMEN DE LA DÉTERMINATION D'ANTIGUA CONCERNANT LES "AUTRES SECTEURS" AU TITRE DE L'AGCS	75
1.	<i>Question de savoir si la suspension de concessions ou d'autres obligations est possible ou efficace dans d'"autres secteurs" au titre de l'AGCS</i>	76
a)	Niveau de la suspension et disponibilité de la suspension au titre de l'AGCS	77
b)	Caractère possible et efficace de la suspension dans d'autres secteurs.....	78
c)	Examen par Antigua des éléments indiqués à l'alinéa d).....	82

d) Conclusion	82
2. <i>Question de savoir si les circonstances sont suffisamment graves</i>	82
F. CONCLUSION GÉNÉRALE	84
V. ÉQUIVALENCE ET MISE EN ŒUVRE DE LA SUSPENSION D'OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC	84
A. ARGUMENTS DES PARTIES	84
B. ANALYSE DE L'ARBITRE	86
VI. DÉCISION	87

LISTE DES ANNEXES

Sommaire

	Page
Annexe A Procédures de travail	88
Annexe B Lettre de l'arbitre à l'ECCB	90
Annexe C Lettre de l'arbitre au FMI	92
Annexe D Lettre du FMI à l'arbitre	94
Annexe E Tableaux relatifs aux calculs du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages	96

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Peaux et cuirs</i>	Décision de l'arbitre <i>Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS155/10, 31 août 2001
<i>Australie – Saumons</i>	Décision de l'arbitre <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS18/9, 23 février 1999
<i>Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)</i>	Décision des arbitres <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 août 2000
<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)</i>	Décision des arbitres <i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 février 2003
<i>CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>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</i> , WT/DS27/ARB/ECU et Corr.1, 24 mars 2000
<i>CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>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</i> , WT/DS27/ARB, 9 avril 1999
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999
<i>CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)</i>	Décision des arbitres <i>Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones), plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999
<i>Corée – Boissons alcooliques</i>	Décision de l'arbitre <i>Corée – Taxes sur les boissons alcooliques – Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 juin 1999
<i>États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)</i>	Décision des arbitres <i>États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)	Rapport du Groupe spécial États-Unis – <i>Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes – Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS58/RW, adopté le 21 novembre 2001, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS58/AB/RW
États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)	Décision des arbitres États-Unis – <i>Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 août 2002
États-Unis – Jeux	Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – <i>Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005
États-Unis – Jeux	Rapport du Groupe spécial États-Unis – <i>Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/R, adopté le 20 avril 2005, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS285/AB/R
États-Unis – Jeux (article 21:5 – Antigua-et-Barbuda)	Rapport du Groupe spécial États-Unis – <i>Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS285/RW, adopté le 22 mai 2007
États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)	Décision des arbitres États-Unis – <i>Loi antidumping de 1916, plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS136/ARB, 24 février 2004
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Brésil) (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre États-Unis – <i>Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Brésil – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/BRA, 31 août 2004
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Canada) (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre États-Unis – <i>Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Canada – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS234/ARB/CAN, 31 août 2004
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (CE) (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre États-Unis – <i>Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale des Communautés européennes – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/EEC, 31 août 2004
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Chili) (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre États-Unis – <i>Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Chili – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/CHL, 31 août 2004
États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Corée) (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre États-Unis – <i>Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale de la Corée – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/KOR, 31 août 2004

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Inde)</i> (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale de l'Inde – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/IND, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Japon)</i> (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Japon – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS217/ARB/JPN, 31 août 2004
<i>États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Mexique)</i> (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention, plainte initiale du Mexique – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS234/ARB/MEX, 31 août 2004

I. INTRODUCTION

A. PROCÉDURES INITIALES

1.1 Le 20 avril 2005, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté le rapport du Groupe spécial dans le cadre du présent différend, modifié par le rapport de l'Organe d'appel.¹

1.2 L'Organe d'appel a, entre autres choses, confirmé la constatation du Groupe spécial initial selon laquelle la Liste des États-Unis inclut l'engagement d'accorder l'accès au marché sans restriction aux services de jeux et paris et a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis agissaient d'une manière incompatible avec l'article XVI:1 et les alinéas a) et c) de l'article XVI:2 en maintenant certaines limitations de l'accès aux marchés non spécifiées dans leur Liste. L'Organe d'appel a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis n'avaient pas montré que les trois lois fédérales sont "nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public", au sens de l'article XIV a). L'Organe d'appel a modifié la conclusion du Groupe spécial relative à l'article XIV dans son ensemble et a constaté, au lieu de cela, "que les États-Unis [avaient] démontré que la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites étaient des mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public", conformément à l'alinéa a) de l'article XIV, mais que les États-Unis n'[avaient] pas montré, compte tenu de la Loi sur les courses de chevaux inter-États, que les prohibitions consacrées dans ces mesures étaient appliquées tant aux fournisseurs étrangers qu'aux fournisseurs nationaux de services de paris à distance pour les courses de chevaux et, par conséquent, n'[avaient] pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif".²

1.3 Le 19 août 2005, un arbitre établi au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord a déterminé que le "délai raisonnable" imparti aux États-Unis pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans le présent différend était de onze mois et deux semaines à compter de la date d'adoption du rapport du Groupe spécial et du rapport de l'Organe d'appel par l'ORD. Les États-Unis se sont donc vu accorder jusqu'au 3 avril 2006 pour rendre leurs mesures conformes à leurs obligations dans le cadre de l'AGCS.³

1.4 Le 8 juin 2006, Antigua-et-Barbuda (ci-après "Antigua") a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.⁴ Le 6 juillet 2006, Antigua a demandé l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.⁵ À sa réunion du 19 juillet 2006, l'ORD a renvoyé la question au Groupe spécial initial, si possible. Le rapport du Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 a été adopté le 25 mai 2007. Le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté que les États-Unis ne s'étaient pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD dans le présent différend.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (WT/DS285/AB/R), (ci-après le "rapport de l'Organe d'appel") et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris* (WT/DS285/R) (ci-après le "rapport du Groupe spécial").

² Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 373.

³ WT/DS285/13.

⁴ WT/DS285/17.

⁵ WT/DS285/18.

1.5 Le 21 juin 2007, Antigua a demandé à l'ORD l'autorisation⁶, au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord, de suspendre, à l'égard des États-Unis, l'application de concessions et d'obligations connexes d'Antigua dans le cadre de l'*Accord général sur le commerce de services* (l'"AGCS") et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (l'"Accord sur les ADPIC") représentant une valeur annuelle de 3,4434 milliards de dollars EU.

B. DEMANDE D'ARBITRAGE ET PROCÉDURE

1.6 Le 23 juillet 2007, les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension proposée par Antigua, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord et allégué qu'Antigua n'avait pas suivi les principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire d'accord dans sa demande.⁷ À sa réunion du 24 juillet 2007, l'ORD est convenu que la question soulevée par les États-Unis soit soumise à arbitrage.

1.7 L'arbitrage a été rendu par les membres initiaux du Groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5, à savoir:

Président: M. Lars Anell

Membres: M. Mathias Francke
M. Virachai Plasai

1.8 Une réunion d'organisation a été tenue le 7 août 2007 pour discuter des procédures de travail et du calendrier de la procédure proposés. À cette réunion, les deux parties ont demandé, entre autres choses, un délai supplémentaire pour l'établissement de leurs communications destinées à l'arbitre. Le calendrier et les procédures de travail finals adoptés par l'arbitre ont été communiqués aux parties le 22 août 2007 (voir le texte des procédures de travail à l'annexe 1).

1.9 Conformément au calendrier adopté par l'arbitre, Antigua a présenté une communication concernant la méthodologie pour calculer le niveau de la suspension proposée ("note méthodologique") le 31 août 2007, et les États-Unis et Antigua ont présenté des communications écrites à l'arbitre les 19 septembre et 4 octobre 2007, respectivement. L'arbitre a tenu une réunion avec les parties le 18 octobre 2007. Après la réunion, il a posé des questions aux parties, auxquelles elles ont répondu par écrit le 2 novembre 2007. D'autre part, les deux parties se sont vu ménager la possibilité de présenter des observations par écrit au sujet des réponses de l'autre partie aux questions de l'arbitre. La décision de l'arbitre a été distribuée le 21 décembre 2007.

II. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. MANDAT DE L'ARBITRE

2.1 L'article 22:7 du Mémoire d'accord dispose ce qui suit:

L'arbitre¹, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. Toutefois, si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et

⁶ WT/DS285/22.

⁷ WT/DS285/23.

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."

¹ Le terme "arbitre" s'entend soit d'une personne, soit d'un groupe, soit des membres du groupe spécial initial siégeant en qualité d'arbitre.

2.2 Dans la présente procédure, les États-Unis contestent deux aspects distincts de la demande de suspension de certaines obligations au titre des accords visés présentée par Antigua. Premièrement, ils contestent le niveau de la suspension pour laquelle Antigua sollicite une autorisation (à savoir le chiffre de 3,4434 milliards de dollars EU comme niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua). Deuxièmement, les États-Unis contestent également le choix des secteurs et de l'accord dans le cadre desquels Antigua propose de procéder à la suspension (à savoir certaines obligations au titre de l'AGCS et au titre de l'Accord sur les ADPIC). L'arbitre a donc deux déterminations distinctes à faire dans la présente procédure.

1. Mandat en ce qui concerne le niveau de la suspension proposée

2.3 Antigua a demandé l'autorisation de suspendre, à l'égard des États-Unis, l'application de concessions et d'obligations connexes d'Antigua au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC, pour un montant d'une "valeur annuelle de 3,4434 milliards de dollars EU", somme dont elle considère qu'elle "correspond au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua-et-Barbuda". Cependant, les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension de concessions et d'autres obligations proposée.

2.4 L'article 22:4 du Mémorandum d'accord dispose que "[l]e 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". L'article 22:6 dispose par ailleurs que "si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée, ... la question sera soumise à arbitrage".

2.5 Comme on l'a noté plus haut, l'article 22:7 dispose que "[l]'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, (...) déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages (...)".⁸ Le Mémorandum d'accord ne contient pas d'autres indications détaillées quant à la manière exacte dont cette équivalence pourrait être établie. Cependant, certaines indications sont fournies par des décisions arbitrales antérieures dans lesquelles de telles évaluations ont été effectuées à la suite d'un recours à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.⁹

⁸ Voir les documents WT/DS27/ARB, paragraphe 4.1 et WT/DS26/ARB, paragraphe 3.

⁹ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)* (demandes présentées par les États-Unis et par l'Équateur); *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* (demandes présentées par le Canada et les États-Unis); *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)* (demande présentée par les CE); *États-Unis – Loi sur la compensation (amendement Byrd) (article 22:6 – États-Unis)* (demandes présentées par le Brésil, le Canada, le Chili, les CE, la Corée, l'Inde, le Japon et le Mexique). Un arbitrage qui s'est déroulé au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord dans l'affaire *États-Unis – article 1105*, *Loi sur le droit d'auteur (article 25)* est également pertinent comme exemple de détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Nous notons qu'il y a également eu plusieurs arbitrages au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord dans des affaires mettant en jeu des subventions à l'exportation, pour lesquelles l'Accord SMC prévoit une norme juridique distincte pour la détermination du niveau des contre-mesures. Dans ces affaires, il a été demandé aux arbitres de déterminer, au titre de l'article 4.11 de l'Accord SMC, "si les contre-mesures [proposées par le Membre plaignant] étaient appropriées". Ces affaires ne sont donc pas directement pertinentes aux fins de

2.6 En règle générale, comme l'a fait observer l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – *États-Unis*),

le mandat des arbitres consiste à déterminer si le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations demandée par la partie plaignante est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par la partie plaignante du fait que la partie défenderesse n'a pas mis en conformité ses mesures incompatibles avec les règles de l'OMC.¹⁰

2.7 En abordant cette tâche nous relevons, comme l'ont fait d'autres arbitres, que si l'objectif de la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés prévue à l'article 22:1 du *Mémorandum d'accord* est d'"inciter au respect" par le Membre concerné de ses obligations au titre des accords visés, cela ne veut pas dire que cette suspension puisse être autorisée au-delà de ce qui est "équivalent" au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.¹¹ En fait, en énonçant la prescription selon laquelle la suspension doit être "équivalente" au niveau de l'annulation ou de la réduction, l'article 22:4 du *Mémorandum d'accord* exige un certain degré de "correspondance ou d'identité"¹² entre le niveau de la suspension à autoriser et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

2.8 Cela signifie qu'il est nécessaire de déterminer ce qu'est ce niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, afin de le comparer au niveau de la suspension demandée.¹³ D'autre part, des arbitres antérieurs ont également considéré que, s'ils déterminaient que le niveau proposé n'était pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages comme l'exige le *Mémorandum d'accord*, alors ils avaient aussi le devoir d'estimer le niveau de suspension qu'ils jugeaient équivalent à la réduction d'avantages subie, en vue de contribuer à l'objectif consacré dans le *Mémorandum d'accord*, à savoir arriver rapidement à une solution positive des différends.¹⁴ C'est aussi ce que les États-Unis demandent à l'arbitre de faire en l'espèce.

2.9 Compte tenu de ces éléments, nous considérons que notre mandat, en ce qui concerne le niveau de la suspension proposée par Antigua, exige que nous déterminions si le montant annuel de 3,4434 milliards de dollars EU proposé par Antigua est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua au titre de l'AGCS du fait que les États-Unis n'ont pas rendu leurs mesures incompatibles avec les règles de l'AGCS conformes à leurs obligations. Si nous constatons que tel n'est pas le cas, il nous faudra alors déterminer ce qu'est le niveau de cette annulation ou réduction des avantages.

2.10 Nous n'oublions pas non plus que l'article 22:7 du *Mémorandum d'accord* dispose que l'arbitre "n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre". Notre analyse se limitera donc à un examen du niveau de la suspension proposée, et n'ira pas jusqu'à l'examen de la nature des concessions ou autres obligations proposées pour la suspension.

déterminer le mandat de l'arbitre relativement à une détermination d'"équivalence" au titre de l'article 22:6 et 22:7. Néanmoins, nous n'excluons pas que certains aspects de cette décision puissent être pertinents pour nos déterminations.

¹⁰ *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – *États-Unis*), Décision des arbitres, paragraphe 4.5.

¹¹ Décision des arbitres, *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 6.3.

¹² Décision des arbitres, *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 4.3.

¹³ Décision des arbitres, *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 4.2.

¹⁴ Décision des arbitres, *CE – Hormones*, paragraphe 12. Voir aussi Décision des arbitres, *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – *CE*), (demande présentée par l'Équateur), paragraphes 171 à 173 et *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – *États-Unis*, paragraphes 4.6 à 4.8, où sont cités les passages pertinents de décisions antérieures.

2.11 Nous notons que les États-Unis nous ont également demandé d'exiger d'Antigua qu'elle indique comment elle fera en sorte que la suspension de concessions ne soit pas supérieure au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages constatée par l'arbitre. De l'avis des États-Unis, sans ces renseignements, il serait impossible à l'arbitre de déterminer l'équivalence entre le niveau de la suspension de concessions et le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages, comme l'exige l'article 22:7 du Mémoire d'accord¹⁵, et l'arbitre ne devrait donc pas constater qu'Antigua est autorisée à suspendre des concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC.¹⁶ Cependant, de l'avis d'Antigua, il n'entrerait pas dans le cadre du mandat des arbitres au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord d'imposer une prescription l'obligeant à préciser comment elle fera en sorte que le niveau de la suspension de concessions ne soit pas supérieur au niveau de l'annulation déterminé par les arbitres.

2.12 Sans préjudice de notre opinion quant au point de savoir si notre mandat au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord nous autorise à imposer une telle prescription à Antigua, nous jugeons plus approprié d'examiner cette question une fois que nous aurons fait les déterminations pertinentes au sujet du niveau de la suspension et des principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, en particulier compte tenu du fait que la crainte des États-Unis semble concerner principalement la suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, question qui ne deviendra pertinente que si nous déterminons qu'Antigua peut demander la suspension d'obligations au titre de cet accord, et lorsque nous l'aurons fait. Nous réservons donc la discussion de notre mandat relativement à cette question pour une étape ultérieure de notre décision.¹⁷

2. Mandat en ce qui concerne le ou les secteurs et le ou les accords dans le cadre desquels la suspension est demandée

2.13 La demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations présentée par Antigua fait référence à l'alinéa b) et à l'alinéa c) de l'article 22:3, et explique que "[c]omme le retrait de concessions au titre uniquement de l'AGCS n'est actuellement ni possible ni efficace, et que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier qu'elle exerce ses droits au titre de l'article 22, Antigua-et-Barbuda demande l'autorisation de suspendre des concessions et d'autres obligations résultant de l'Accord sur les ADPIC".¹⁸ Les États-Unis, dans leur demande d'arbitrage au titre de l'article 22:6, ont allégué que la proposition d'Antigua "ne [suivait] pas les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 de l'article 22 du Mémoire d'accord".¹⁹

2.14 L'article 22:3 énonce, aux alinéa a) à c), certains principes et procédures que doit suivre une partie plaignante qui cherche à suspendre des concessions ou d'autres obligations, quant au(x) secteur(s) et/ou à l'accord visé dans le cadre desquels la suspension peut être demandée. Les alinéas suivants de l'article 22:3 précisent davantage les facteurs qui doivent être pris en compte dans l'application de ces principes et procédures ainsi que la définition du terme "secteurs" aux fins de cette disposition et les prescriptions procédurales à suivre lorsqu'on demande l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un autre secteur ou au titre d'un autre accord visé.

2.15 L'article 22:7, comme on l'a relevé plus haut, dispose que "si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation" et que "[d]ans le cas où l'arbitre déterminera que ces

¹⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 55.

¹⁶ Paragraphe 28 des observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua.

¹⁷ Voir ci-après la section V.B pour une analyse complète de cette question.

¹⁸ Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/22, page 4.

¹⁹ Recours des États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/23.

principes et procédures n'ont pas été suivis, la partie plaignante les appliquera conformément au paragraphe 3".

2.16 À ce jour, il n'y a eu qu'un seul différend dans lequel des affirmations relatives au respect des principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire d'accord ont été examinées (*CE – Bananes III*).²⁰ Dans ce différend, lorsqu'ils ont déterminé l'étendue de leur pouvoir d'examiner les principes et procédures des alinéas b) et/ou c) de l'article 22:3, les arbitres ont estimé que "le fait que les pouvoirs des arbitres au titre des alinéas b) et c) sont explicitement prévus à l'article 22:6 signifie *a fortiori* que la compétence des arbitres inclut le pouvoir d'examiner si les principes et procédures énoncés dans ces paragraphes ont été suivis par le Membre qui demande l'autorisation de suspension".²¹

2.17 En l'espèce, la demande d'Antigua, comme on l'a relevé plus haut, fait référence à l'alinéa b) et à l'alinéa c) de l'article 22:3. Antigua a demandé l'autorisation de suspendre des obligations au titre de l'AGCS et au titre de l'Accord sur les ADPIC. Dans la mesure où elle a cherché à prendre des mesures de rétorsion au titre de l'AGCS, elle a cherché à le faire dans un secteur différent de celui où l'existence de la violation a été constatée. En outre, Antigua a demandé l'autorisation de suspendre certaines obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Dans une communication ultérieure, Antigua a précisé qu'elle demandait à présent l'autorisation de suspendre des obligations uniquement au titre de l'Accord sur les ADPIC.²²

2.18 Notre mandat en ce qui concerne la demande de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC présentée par Antigua est donc d'examiner si les principes et procédures énoncés dans les divers alinéas de l'article 22:3 du Mémoire d'accord ont été suivis par Antigua, en tant que Membre qui demande l'autorisation de suspension en l'espèce.

3. Ordre de l'analyse

2.19 Comme nous l'avons relevé plus haut, le Mémoire d'accord prévoit des mandats spécifiques en ce qui concerne les deux aspects de la question dont nous sommes saisis. Cependant, dans la mesure où nos déterminations concernant l'un des deux aspects peuvent avoir une incidence sur nos déterminations concernant l'autre aspect, nous jugeons approprié d'examiner ces deux aspects selon un ordre qui nous permettra de prendre pleinement en considération les éléments pertinents pour chaque détermination, et de formuler ensuite des conclusions globales. Concrètement, nous jugeons approprié, dans les circonstances du présent différend, d'examiner les questions dont nous sommes saisis dans l'ordre suivant:

- a) premièrement, le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages;
- b) deuxièmement, les principes et procédures de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, compte tenu, dans la mesure pertinente, du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages tel qu'il aura été antérieurement déterminé;
- c) troisièmement, la demande des États-Unis concernant l'équivalence, compte tenu de notre détermination, dans la section précédente, quant aux secteurs et/ou accords visés dans le cadre desquels Antigua peut demander à suspendre des obligations;
- d) enfin, nos conclusions.

²⁰ Décision des arbitres, *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*.

²¹ Décision des arbitres, *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 50.

²² Voir la réponse d'Antigua à la question n° 46 de l'arbitre.

B. CHARGE DE LA PREUVE ET PRÉSENTATION DES ÉLÉMENTS DE PREUVE

2.20 Antigua a fait valoir que la charge de la preuve dans les arbitrages au titre de l'article 22:6 était bien établie et qu'il n'appartenait pas à la partie plaignante de démontrer que sa demande de suspension de concessions ou d'autres obligations était conforme aux prescriptions de l'article 22 mais qu'il appartenait plutôt à la partie défenderesse d'établir *prima facie* que la partie plaignante ne s'était pas conformée à ces prescriptions. Si la partie défenderesse est en mesure d'établir *prima facie* que la partie plaignante ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'article 22, Antigua convient qu'alors la charge de réfuter cette présomption passe à la partie plaignante.²³

2.21 En réponse à une question de l'arbitre, les États-Unis ont indiqué qu'ils convenaient que la partie soumettant la question à arbitrage avait initialement la charge de montrer que le niveau de suspension proposé n'était pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.²⁴ Par ailleurs, les États-Unis estiment que cette charge ne signifie pas qu'il faut présumer que les allégations et affirmations factuelles d'Antigua sont correctes ou leur accorder un poids particulier simplement parce qu'Antigua les a formulées.²⁵

2.22 Nous notons que, bien que le Mémorandum d'accord ne donne aucune indication spécifique concernant l'attribution de la charge de la preuve dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6 (ni d'ailleurs dans les autres procédures), lors d'affaires antérieures, les arbitres, agissant conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, ont examiné cette question et ont toujours déterminé que, comme les deux parties l'ont fait observer, la charge de prouver que les prescriptions du Mémorandum d'accord n'ont pas été respectées incombait à la partie contestant le niveau de la suspension proposée.²⁶ Cela a été exprimé pour la première fois comme suit par les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones*:

"Les Membres de l'OMC, en tant qu'entités souveraines, peuvent être *présumés* agir en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Il appartient à une partie alléguant qu'un Membre a agi de manière *incompatible* avec les règles de l'OMC de prouver cette incompatibilité. L'acte en cause en l'espèce est la proposition canadienne de suspendre des concessions. La règle de l'OMC en question est l'article 22:4 qui prescrit que le niveau de la suspension soit équivalent au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages. Les CE contestent la conformité de la proposition canadienne avec ladite règle de l'OMC. Il incombe donc aux CE de prouver que la proposition canadienne est incompatible avec l'article 22:4. Selon la jurisprudence bien établie de l'OMC, cela signifie qu'il incombe aux CE de présenter des arguments et des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie*, ou établir une présomption, que le niveau de la suspension proposée par le Canada n'est *pas* équivalent au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages causées par l'interdiction communautaire frappant les hormones. Une fois que les CE l'ont fait, il incombe toutefois au Canada de présenter des arguments et des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette présomption. Au cas où tous les arguments et les

²³ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 13 et 14.

²⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'arbitre, paragraphe 1.

²⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'arbitre, paragraphe 2.

²⁶ Décision des arbitres, *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 3.3; Décision des arbitres, *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphes 2.5 à 2.8; Décision des arbitres, *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 2.8 à 2.11; Décision des arbitres, *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 2.8; *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 37 à 41; Décision des arbitres, *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 9.

éléments de preuve resteraient en équilibre, les CE, en tant que partie à qui incombe initialement la charge de la preuve, n'auraient pas gain de cause."²⁷

2.23 Cela signifie que dans le présent différend il appartient aux États-Unis de démontrer en premier lieu que le montant de la suspension de concessions ou d'autres obligations que cherche Antigua n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qui lui reviennent.

2.24 Cependant, nous notons que les règles concernant l'attribution de la charge de la preuve n'exonèrent pas les parties de leur devoir de communiquer des renseignements à l'arbitre dans la procédure. Il a été généralement reconnu dans les procédures de groupe spécial qu'il appartenait à chaque partie de présenter les éléments qui étayaient ses affirmations factuelles, et que chaque partie avait le devoir de collaborer à l'établissement des faits. Ces principes ont été appliqués *mutatis mutandis* dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22:6. En particulier, il a été reconnu que les renseignements relatifs au calcul du niveau de suspension proposé étaient détenus par la partie qui avait soumis la proposition.²⁸

2.25 Nous souscrivons à ces observations et nous estimons en conséquence que les deux parties, y compris Antigua, ont le devoir de collaborer pour établir les faits pertinents. C'est compte tenu de ces éléments que nous avons demandé à Antigua de fournir une note méthodologique expliquant comment elle était arrivée au niveau de suspension qu'elle proposait au début de la présente procédure.

2.26 En ce qui concerne les allégations des États-Unis selon lesquelles Antigua n'a pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, il n'existe qu'un seul précédent pertinent (CE – Bananes III). Dans ce différend, l'arbitre a constaté que les mêmes règles s'appliquaient à l'attribution de la charge de la preuve, à savoir qu'il appartenait au Membre contestant la proposition de démontrer que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 n'avaient pas été suivis. Plus précisément, l'arbitre dans ce différend a estimé "que c'[était] aux Communautés européennes de contester l'analyse des principes et procédures énoncés à l'article 22:3 b) à d) effectuée par l'Équateur" et que "[u]ne fois que les Communautés européennes aur[ai]ent prouvé *prima facie* que ces principes et procédures n'[avaie]nt pas été suivis et que les facteurs énumérés à l'alinéa d) n'[avaie]nt pas été pris en compte, il incombera[ait] alors à l'Équateur de réfuter une telle présomption".²⁹

2.27 Nous souscrivons à cette approche et nous constatons donc qu'il appartient aux États-Unis de démontrer en premier lieu qu'Antigua n'a pas suivi les principes énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, ni tenu dûment compte des facteurs énumérés à l'alinéa d). Par ailleurs, là encore, vu la nature même de la situation, il est probable que certains des renseignements clés

²⁷ CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE), paragraphe 9.

²⁸ Décision des arbitres, CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE), CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE), paragraphe 11:

"Le devoir qu'ont toutes les parties de fournir des éléments de preuve et de collaborer pour présenter des éléments de preuve aux arbitres – question qu'il faut distinguer de celle de savoir à qui incombe la charge de la preuve – est capital dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22. Les CE sont tenues de présenter des éléments de preuve montrant que la proposition n'est pas équivalente. Toutefois, dans le même temps et dès qu'il le peut, le Canada est tenu de fournir des éléments de preuve expliquant comment il est arrivé à sa proposition et indiquant les raisons pour lesquelles sa proposition est équivalente à la réduction du commerce qu'il a subie. Certains des éléments de preuve – comme les données sur le commerce avec les pays tiers, les capacités d'exportation et les exportateurs lésés – peuvent, en effet, être uniquement en la possession du Canada, parce qu'il est la partie qui a subi la réduction du commerce. Cela explique pourquoi nous avons demandé au Canada de présenter une note sur la méthode utilisée." (note de bas de page omise)

²⁹ Décision des arbitres, CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), paragraphe 59.

concernant les facteurs à prendre en compte et la manière dont Antigua a examiné ces facteurs, sont principalement détenus par Antigua elle-même. D'ailleurs, en tant que Membre demandant l'autorisation de suspendre des concessions en ce qui concerne un autre secteur et un autre accord que ceux au titre desquels des violations ont été constatées, il appartient à Antigua d'"en indiquer [...] les raisons" au titre de l'alinéa e) de l'article 22:3.³⁰

2.28 Nous faisons aussi observer que les procédures de travail adoptées par l'arbitre dans ces procédures prévoient que: "chaque partie présenter[ait] à l'arbitre tous les éléments de preuve factuels au plus tard dans sa première communication écrite adressée à l'arbitre, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires au cours de l'audience ou pour répondre à des questions".

C. DEMANDE D'OUVERTURE DE L'AUDIENCE AU PUBLIC PRÉSENTÉE PAR LES ÉTATS-UNIS

2.29 À la réunion d'organisation, les États-Unis ont demandé à l'arbitre d'ouvrir au public sa réunion avec les parties. L'arbitre a sollicité et obtenu l'avis d'Antigua au sujet de cette demande. Dans une communication écrite adressée aux parties le 21 août 2007, l'arbitre a répondu à cette demande de la façon suivante:

"L'arbitre a examiné la demande des États-Unis visant à ce que sa réunion avec les parties soit ouverte au public. L'arbitre note tout d'abord qu'il n'existe pas de disposition spécifique dans le Mémoire d'accord traitant de cette question en ce qui concerne la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6. L'arbitre considère qu'il a une marge discrétionnaire pour s'occuper, dans le respect des droits de la défense, des situations particulières, telles que celle dont il est saisi, qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues dans le Mémoire d'accord. En même temps, il considère que, dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, il devrait tenir dûment compte des avis des parties. En l'espèce, Antigua s'oppose à ce que la réunion soit ouverte au public. Compte tenu de cet élément, et sans perdre de vue l'objet de la procédure, l'arbitre a décidé de ne pas autoriser l'ouverture de sa réunion au public."

D. DEMANDE DE STATUT DE TIERCE PARTIE PRÉSENTÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

2.30 Le 3 août 2007, l'arbitre a reçu une communication des Communautés européennes, demandant que leur soit accordé le statut de tierce partie dans la présente procédure. L'arbitre a sollicité les avis des deux parties au sujet de cette demande, qu'il a reçus par écrit le 9 août 2007.

2.31 Le 23 août, l'arbitre a adressé la communication suivante aux Communautés européennes:

"L'arbitre a pris note de la lettre des CE datée du 3 août demandant que leur soit accordé le statut de tierce partie dans la présente procédure d'arbitrage. L'arbitre a sollicité les avis des parties au sujet de la demande des CE, qu'il a reçus par écrit le 9 août 2007. Après avoir soigneusement examiné la demande des CE et les avis des parties au sujet de cette demande, l'arbitre a décidé de rejeter la demande de statut de tierce partie présentée par les CE.

³⁰ Les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE) ont aussi reconnu cela et ont considéré que l'Équateur:

"devait spontanément présenter des renseignements exposant les raisons et expliquant de manière plausible sa considération initiale des principes et procédures énoncés à l'article 22:3 qui l'[avaie]nt amené à demander l'autorisation de suspendre des concessions en ce qui concerne un autre secteur et un autre accord que ceux au titre desquels des violations ont été constatées" (décision des arbitres, paragraphe 60).

L'arbitre note tout d'abord qu'il n'existe pas de disposition spécifique dans le Mémorandum d'accord concernant les droits de tierce partie dans le cadre de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6. Comme les groupes spéciaux, les arbitres qui agissent au titre de l'article 22:6 ont, en vertu du Mémorandum d'accord, "une marge discrétionnaire pour s'occuper, toujours dans le respect des droits de la défense, des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues".³¹ En même temps, l'arbitre considère que, dans les situations de ce type, il devrait accorder une attention particulière aux avis des parties. En l'espèce, il n'y a pas d'accord entre les parties sur le point de savoir si la demande des CE devrait être acceptée, et il convient d'accorder à cet élément un poids approprié.

L'arbitre note aussi que, dans le cadre de la procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord à ce jour, des droits de tierce partie n'ont été accordés qu'une seule fois.³² Il s'agissait de circonstances très particulières, à savoir que les deux Membres auxquels le statut de tierce partie avait été accordé étaient à la fois plaignants et parties à une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 dans le cadre de différends concernant la même question, et que l'arbitre avait constaté, dans les circonstances de cette affaire, que la détermination rendue dans le cadre de l'une des deux procédures d'arbitrage pouvait être décisive pour la détermination rendue dans le cadre de l'autre procédure.³³

En l'espèce, les CE ont fait valoir que leur intérêt substantiel dans la présente procédure découlait du fait que le présent arbitrage pouvait, à leur avis, affecter leurs droits dans le cadre de l'OMC dans le contexte des procédures en cours au titre de l'article XXI:1 b) de l'AGCS relatives à la modification des engagements des États-Unis concernant les "Autres services récréatifs".

Cependant, le mandat de l'arbitre dans la présente procédure est défini dans l'article 22:7 du Mémorandum d'accord et se limite aux questions découlant de la demande de suspension de concessions et d'autres obligations présentée par Antigua-et-Barbuda et de la contestation de cette demande par les États-Unis, conformément à l'article 22:6 et 22:7 du Mémorandum d'accord. Concrètement, le mandat de l'arbitre inclut une détermination du point de savoir si le niveau de la suspension de concessions et d'autres obligations dans le cadre de l'OMC proposée par Antigua-et-Barbuda est "équivalent" au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages due au fait que les États-Unis ne se sont pas conformés à certaines recommandations et décisions de l'ORD. En revanche, les procédures au titre de l'article XXI:1 b) de l'AGCS, qui résultent d'une intention de modifier ou de retirer un engagement inscrit dans une liste dans le cadre de l'AGCS, comportent, en première instance au moins, un processus de négociation entre les Membres concernés, "en vue d'arriver à un accord sur toute compensation nécessaire".

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, note de bas de page 138, en ce qui concerne la procédure de groupe spécial: "Le Mémorandum d'accord, notamment les dispositions de l'Appendice 3, laisse aux groupes spéciaux une marge discrétionnaire pour s'occuper, toujours dans le respect des droits de la défense, des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues".

³² Dans l'affaire *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*. Des droits de tierce partie ont également été demandés, mais non accordés, dans deux autres cas: *Brésil – Aéronefs*, Décision de l'arbitre, paragraphes 2.4 à 2.6; et *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, Décision de l'arbitre, paragraphe 2.8.

³³ Voir la décision des arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 7.

L'arbitre ne voit aucun élément justifiant de supposer que sa détermination au titre de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord concernant la demande de suspension de concessions et d'autres obligations présentée par Antigua-et-Barbuda soit telle qu'elle porte atteinte aux droits des CE dans le contexte de la procédure distincte qu'elles ont engagée avec d'autres Membres concernés au titre de l'article XXI:1 b) de l'AGCS concernant la modification de concessions des États-Unis, qui a à la fois une base juridique distincte et un objet distinct.

Pour toutes les raisons qui précèdent, l'arbitre rejette la demande des CE visant à ce que leur soit accordé le statut de tierce partie dans la présente procédure."

E. CONSULTATION DU FONDS MONÉTAIRE INTERNATIONAL (FMI) ET DE LA BANQUE CENTRALE DES CARAÏBES ORIENTALES (ECCB)

2.32 Le 19 novembre 2007, l'arbitre a informé les parties que, compte tenu des réponses des parties à ses questions et en raison de la nécessité de clarifier davantage certaines questions factuelles, il considérait qu'il serait utile de solliciter des renseignements techniques auprès du FMI et de l'ECCB concernant la source et le contenu exacts des données qu'ils avaient recueillies, et auxquelles il avait été fait référence dans le cadre de la présente procédure. L'arbitre a donc proposé d'adresser une demande de renseignements aux deux organisations et a demandé aux parties de présenter des observations au sujet du texte des projets de communications destinées à ces deux organisations.

2.33 Les États-Unis ont présenté certaines suggestions spécifiques au sujet de la rédaction des projets. Antigua, pour sa part, a admis qu'il y avait "un certain degré d'ambivalence concernant les demandes de renseignements proposées".³⁴ D'une part, Antigua était certaine que, quelles que soient les réponses que les arbitres obtiendraient à la suite de ces demandes, elles étayeraient les éléments de preuve et les allégations présentés par Antigua au cours du présent arbitrage, mais d'autre part, de l'avis d'Antigua, il était également possible de considérer que les demandes de renseignements jetaient le discrédit sur la véracité ou l'exactitude des éléments de preuve fondamentalement incontestés présentés par Antigua dans le cadre du présent arbitrage, et qu'elles représentaient une tentative des arbitres visant à établir les faits au nom d'une partie au différend qui, pour l'essentiel, n'avait pas réussi à le faire elle-même, bien qu'elle en ait eu la possibilité à maintes reprises.

2.34 L'arbitre a examiné les arguments d'Antigua, en particulier sa crainte que l'arbitre n'entreprenne d'établir les faits "au nom des" États-Unis. Si l'arbitre convenait que la consultation d'un "expert" ne devrait pas avoir pour objet de se substituer à la carence d'une partie qui n'a pas établi le bien-fondé de son argumentation, il considère que ce n'est pas ce qu'il proposait de faire en sollicitant des renseignements auprès du FMI et de l'ECCB. En fait, le but de l'arbitre était de rechercher une clarification supplémentaire de certains des éléments factuels qui lui avaient été présentés par les parties pour faire sa détermination en se fondant sur les meilleurs renseignements possibles.

2.35 Au vu de ces considérations, l'arbitre a décidé de mener à bien la consultation. Il a donc révisé le texte des projets de communications en tenant compte des observations des parties et a adressé des demandes de renseignements au FMI et à l'ECCB le 22 novembre 2007 (voir le texte reproduit aux annexes 1-A et 1-B). Une réponse a été reçue du FMI le 14 décembre 2007 (voir le texte reproduit à l'annexe 1-C). Aucune réponse n'avait été reçue de l'ECCB au moment où l'arbitre a mis au point la version définitive de ses travaux.

³⁴ Lettre d'Antigua-et-Barbuda adressée à l'arbitre, 21 novembre 2007.

III. ÉVALUATION DU NIVEAU DE LA SUSPENSION PROPOSÉE

3.1 Comme on l'a noté au paragraphe 1.5, Antigua a demandé l'autorisation de suspendre, à l'égard des États-Unis, l'application de "concessions et d'obligations connexes" d'Antigua au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC, pour un montant d'une "valeur annuelle de 3,4434 milliards de dollars EU", somme dont elle considère qu'elle "correspond au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua-et-Barbuda". Cependant, les États-Unis ont contesté ce niveau de la suspension proposée, en vertu de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord.

A. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES

3.2 Dans sa note méthodologique, Antigua a présenté trois calculs à l'appui du niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations qu'elle proposait, et a expliqué que ses calculs reposaient sur une hypothèse qui consistait à supposer que, pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD, les États-Unis autoriseraient les exploitants d'Antigua à offrir aux consommateurs des États-Unis un accès sans restriction aux services de jeux et paris transfrontières à distance.³⁵ Concrètement, Antigua a indiqué qu'elle avait fait les suppositions suivantes en rapport avec l'hypothèse:

1. les États-Unis respectent les engagements qu'ils ont pris dans le cadre de l'AGCS pour les services de jeux et paris à distance tels qu'établis dans le différend;
2. les États-Unis reconnaissent que la législation d'Antigua régit les exploitants de jeux à distance basés à Antigua qui fournissent des services aux clients situés aux États-Unis;
3. les États-Unis ne font pas obstacle au transfert électronique de fonds entre les clients et les exploitants de jeux à distance d'Antigua;
4. les États-Unis ne font pas obstacle à la publicité faite par les exploitants de jeux à distance d'Antigua;
5. les exploitants de jeux à distance d'Antigua ne sont pas forcés d'investir des ressources importantes pour contrecarrer les mesures des États-Unis visant à empêcher les exploitants de jeux de fournir des services de paris à distance aux consommateurs des États-Unis.³⁶

3.3 Les États-Unis "souscrivent au concept fondamental – exprimé dans la note méthodologique d'Antigua – voulant que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages puisse être calculé sur la base d'une "hypothèse", selon laquelle le membre concerné est supposé avoir adopté des mesures en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD".³⁷

3.4 Cependant, les États-Unis contestent le choix de l'hypothèse fait par Antigua. Concrètement, ils contestent la supposition selon laquelle la mesure conforme des États-Unis serait une mesure autorisant "tous types de services de jeux transfrontières", pour laquelle ils estiment qu'Antigua n'a aucune base juridique ou factuelle.³⁸ De l'avis des États-Unis, il faut que l'arbitre prenne en compte "la possibilité de se mettre en conformité selon différentes approches, et non pas seulement l'approche

³⁵ Note méthodologique d'Antigua, paragraphe 3.

³⁶ Note méthodologique d'Antigua, page 8.

³⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

³⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 19.

préférée par Antigua".³⁹ Les États-Unis estiment que les recommandations et décisions de l'ORD visent le traitement discriminatoire des paris hippiques, de sorte que la véritable question dans le scénario selon lequel les États-Unis se mettent en conformité en autorisant l'accès au marché pour les fournisseurs étrangers est la suivante: "Quelles seraient les conséquences économiques si les États-Unis devaient adopter des mesures qui autorisent les exploitants d'Antigua (et les exploitants de tous les autres Membres de l'OMC) à fournir des services de jeux à distance transfrontières sur les courses de chevaux?".

3.5 Les États-Unis considèrent donc qu'une mesure qui ouvrirait, sans discrimination, l'accès aux services de jeux à distance concernant uniquement les courses de chevaux constituerait la mise en conformité avec les décisions. Tel est le scénario pertinent identifié par les États-Unis, s'il faut supposer qu'ils autoriseraient un certain accès aux jeux à distance. De l'avis des États-Unis, c'est le scénario le "plus probable".

3.6 Les États-Unis identifient également, comme scénario qui, selon eux, serait compatible avec les décisions et recommandations de l'ORD, une situation dans laquelle ils feraient en sorte qu'il soit également interdit aux fournisseurs de services nationaux de fournir des services de paris à distance sur les courses de chevaux.⁴⁰ Cependant, ils ne laissent pas entendre que ce soit le scénario retenu aux fins de l'hypothèse dans la présente procédure.

3.7 Antigua considère que les États-Unis ne saisissent pas la nature essentielle de la question initiale lorsqu'ils "adoptent la position fondamentale dans leur communication selon laquelle l'annulation ou la réduction des avantages revenant à Antigua ne vaut que pour le commerce hypothétique des paris hippiques auquel les exploitants d'Antigua pourraient avoir accès auprès des clients situés aux États-Unis".⁴¹ Antigua analyse les décisions, en particulier le rôle du moyen de défense affirmatif au titre de l'article XIV de l'AGCS et son rapport avec les engagements en matière d'accès aux marchés au titre de l'article XVI, pour conclure qu'il faudrait empêcher les États-Unis de présenter un argument entièrement nouveau (faisant une distinction entre les paris hippiques et les autres formes de jeux à distance) dans l'espoir de réduire autant que possible leur vulnérabilité vis-à-vis d'Antigua due au fait qu'ils ne se sont pas mis en conformité avec les décisions de l'ORD".⁴²

3.8 Antigua rappelle aussi que c'est aux États-Unis qu'incombe la charge de la preuve, s'agissant "d'infirmar les suppositions établies par la demande d'Antigua et la note méthodologique".⁴³ Antigua considère par ailleurs qu'il est "peu scrupuleux" de la part des États-Unis de n'avoir rien fait pour se mettre en conformité dans le temps qui leur était imparti pour cela, et demande maintenant aux arbitres de déterminer ce qui aurait pu constituer la mise en conformité.⁴⁴ Elle considère que, dans les circonstances du présent différend, où il n'y a eu aucune tentative pour se mettre en conformité, la seule supposition que peut faire l'arbitre pour évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages est le "retrait de la mesure" prévu à l'article 3:7 du Mémoire d'accord.⁴⁵

3.9 Les États-Unis contestent également d'autres aspects de la méthodologie d'Antigua, en particulier les données sous-jacentes, qu'ils considèrent comme "foncièrement dépourvues de fiabilité" et ne fournissant "aucun renseignement utile dans le présent arbitrage".⁴⁶

³⁹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 17.

⁴⁰ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 15.

⁴¹ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 72.

⁴² Communication écrite d'Antigua, paragraphe 89.

⁴³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 71.

⁴⁴ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 92.

⁴⁵ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 94.

⁴⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'arbitre, paragraphe 4. Voir ci-après la section III.D pour une analyse détaillée des données et des questions de méthodologie.

B. APPROCHE DE L'ARBITRE

3.10 Comme on l'a relevé plus haut, l'article 22:7 dispose que "[l']arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, (...) déterminera si le niveau de [la] suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages (...)".⁴⁷

3.11 En l'espèce, nous sommes donc tenus de déterminer si le montant de 3,4434 milliards de dollars EU proposé par Antigua est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua. Comme cela a été relevé par des arbitres antérieurs, à cette fin, nous devons tout d'abord déterminer quel est le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua.⁴⁸

3.12 Le niveau de la suspension proposée par Antigua est fondé sur une évaluation du montant annuel des pertes en termes de commerce qu'elle estime avoir subies en raison du maintien des mesures incompatibles des États-Unis au-delà de la fin du délai raisonnable pour la mise en œuvre. Pour calculer le niveau de ces pertes en termes de commerce, Antigua s'appuie sur un scénario hypothétique censé refléter ce que la situation aurait été si les États-Unis s'étaient conformés aux recommandations et décisions de l'ORD.

3.13 Les États-Unis ne contestent pas l'approche fondamentale adoptée par Antigua pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction de ses avantages. Plus particulièrement, ils conviennent que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages peut être calculé sur la base d'une "hypothèse", selon laquelle le Membre concerné est supposé avoir adopté des mesures en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD.⁴⁹

3.14 Nous notons que cette approche a été utilisée dans des procédures antérieures au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.⁵⁰ Nous convenons que l'utilisation d'une hypothèse pour évaluer le niveau des exportations dont aurait bénéficié Antigua, si les États-Unis s'étaient conformés aux décisions, constitue une base appropriée pour évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua en l'espèce et, compte tenu de la concordance des opinions des parties à cet égard, nous l'acceptons comme base de notre détermination.

3.15 Bien que les parties soient d'accord sur l'adéquation de cette approche générale, les États-Unis contestent à la fois l'hypothèse sur laquelle Antigua a fondé ses calculs et les données qu'elle a utilisées pour estimer ensuite le niveau de ses pertes en termes d'exportations dans le cadre de cette hypothèse. La question liminaire du choix de l'hypothèse a une incidence capitale sur les étapes suivantes de la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, car elle détermine effectivement la base sur laquelle les calculs suivants devront être faits. Nous examinerons donc cette question en premier, avant de passer au calcul effectif du niveau de l'annulation.

C. CHOIX DE L'HYPOTHÈSE

3.16 Comme on l'a exposé plus haut, Antigua a fondé son calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elle a subie sur une hypothèse selon laquelle les États-Unis ouvriraient sans restriction leur marché des jeux à distance aux exploitants d'Antigua. Antigua considère que, compte tenu du fait que l'engagement pris par les États-Unis dans leur Liste au titre de l'AGCS est "sans limitation", ainsi que des constatations du Groupe spécial initial et de l'Organe d'appel selon

⁴⁷ Voir les documents WT/DS27/ARB, paragraphe 4.1 et WT/DS26/ARB, paragraphe 3.

⁴⁸ Voir par exemple *CE – Hormones (Canada)*, Décision des arbitres, paragraphe 35.

⁴⁹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

⁵⁰ Voir en particulier *CE – Hormones (Canada)*, Décision des arbitres, paragraphe 37, et *CE – Bananes III (États-Unis)*, paragraphe 7.1.

lesquelles les États-Unis sont tenus, en vertu de cet engagement, d'offrir l'accès au marché à tous les services dans le secteur considéré, elle a le droit légitime d'escompter que les États-Unis respecteront cet engagement. D'autre part, Antigua juge tout à fait raisonnable de sa part de supposer que les États-Unis se conformeront à leurs obligations au titre des "termes exprès de l'AGCS qui leur prescrivent de ménager aux fournisseurs de services d'Antigua l'accès sans restriction au marché des consommateurs aux États-Unis".⁵¹

3.17 Les États-Unis ne souscrivent pas à la supposition essentielle qui sous-tend l'hypothèse d'Antigua, à savoir qu'ils seraient supposés s'être conformés à leurs obligations en autorisant les exploitants d'Antigua à offrir l'accès sans restriction aux services de jeux et paris à distance transfrontières aux consommateurs des États-Unis.⁵² Les États-Unis considèrent que ce scénario est "extraordinairement irréaliste et ne constitue donc pas la base d'une hypothèse utile dans le présent arbitrage".⁵³ Les États-Unis considèrent que cette supposition n'a aucune base factuelle ou juridique et font valoir que le scénario proposé par Antigua fait entièrement abstraction du contexte du présent différend, y compris le fait que les États-Unis restreignent strictement, plutôt qu'ils ne favorisent, les jeux sur Internet.⁵⁴

3.18 Les États-Unis considèrent que l'élément le plus important à prendre en considération dans la détermination de l'arbitre en ce qui concerne le choix de l'hypothèse doit être le contexte factuel du différend, tel qu'il est exposé dans les procédures antérieures et les recommandations et décisions de l'ORD. Ils relèvent qu'en l'espèce, ils ont fermement établi le bien-fondé de leurs justifications de la restriction des jeux à distance tenant à la politique et à la moralité publiques, et l'Organe d'appel a effectivement convenu que les États-Unis s'étaient acquittés de la charge de montrer que leurs mesures étaient provisoirement justifiées au titre de l'article XIV de l'AGCS. Ils estiment que, dans les présentes circonstances, les seuls scénarios raisonnables en ce qui concerne la mise en conformité sont soit une interdiction complète des jeux à distance, soit l'adoption de mesures qui autorisent les exploitants étrangers et nationaux à avoir des activités dans les paris hippiques à distance.⁵⁵ En particulier, les États-Unis considèrent que l'hypothèse appropriée pour l'examen de l'arbitre dans la présente procédure consisterait à supposer une mesure qui ouvrirait, sans discrimination, l'accès aux services de jeux à distance en ce qui concerne les courses de chevaux uniquement.

3.19 Nous allons donc examiner tout d'abord si, comme l'affirment les États-Unis, l'hypothèse sur laquelle repose la détermination par Antigua du niveau de l'annulation ou de la réduction de ses avantages ne peut pas former la base de cette détermination. Si nous constatons que l'hypothèse proposée par Antigua est inappropriée, il nous faudra alors déterminer ce que pourrait être une autre hypothèse possible appropriée.

1. Évaluation de l'hypothèse proposée par Antigua

3.20 La contestation par les États-Unis de l'hypothèse d'Antigua découle du fait qu'elle suppose un moyen de se mettre en conformité avec les décisions de l'ORD qui est, selon les États-Unis, "extraordinairement irréaliste" en l'espèce. De l'avis des États-Unis, il n'y a aucune base factuelle ou juridique permettant à Antigua de supposer qu'ils se conformeraient aux recommandations et décisions de l'ORD dans le présent différend en offrant aux exploitants d'Antigua l'accès sans restriction à leur secteur des jeux à distance.

⁵¹ Réponse d'Antigua à la question n° 2 de l'arbitre.

⁵² Note méthodologique d'Antigua, paragraphe 3.

⁵³ Réponse des États-Unis aux questions n° 3 et 3bis de l'arbitre.

⁵⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 5 de l'arbitre, paragraphe 13.

⁵⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 5 de l'arbitre, paragraphe 12.

3.21 L'hypothèse d'Antigua repose sur une supposition selon laquelle les États-Unis, en vertu de leurs engagements spécifiques dans le cadre de l'AGCS, sont tenus d'offrir aux exploitants d'Antigua l'accès sans restriction à leur marché des jeux à distance. Antigua a expliqué qu'elle était en droit de supposer que les États-Unis se conformeraient à leurs obligations en autorisant un tel accès au marché des jeux à distance des États-Unis pour les exploitants d'Antigua. Antigua trouve des éléments à l'appui de cette supposition en particulier dans la nature des décisions (une violation d'un engagement en matière d'accès aux marchés au titre de l'article XVI de l'AGCS), ainsi que dans les termes de l'article 3:7 du Mémoire d'accord, qui 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.

3.22 Les États-Unis reconnaissent que le scénario proposé par Antigua constituerait un moyen de se mettre en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD.⁵⁶ Cependant, ils font valoir que ce scénario est "extrêmement irréaliste". Ils considèrent que seuls les avantages qui peuvent raisonnablement être censés revenir à la partie plaignante peuvent former la base du calcul de l'annulation ou de la réduction des avantages. Les États-Unis considèrent d'autre part que l'enquête de l'arbitre "consiste simplement à déterminer l'hypothèse – sur la base des faits ou des circonstances spécifiques du différend et des recommandations et décisions spécifiques de l'ORD – qui constituerait la forme la plus probable de mise en conformité".⁵⁷

3.23 Dans l'examen de cette question, nous rappelons tout d'abord que c'est aux États-Unis qu'incombe la charge de démontrer que le niveau de la suspension proposée par Antigua n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elle a subie en raison de l'application ininterrompue des mesures incompatibles des États-Unis. À cette fin, il ne suffirait pas, à notre avis, que les États-Unis identifient simplement l'existence d'autres moyens possibles de se mettre en conformité, autres que celui envisagé par Antigua dans son hypothèse. En fait, pour que les États-Unis parviennent à surmonter cette difficulté, ils doivent nous persuader que le scénario particulier identifié par Antigua comme base de son hypothèse ne permet pas de refléter précisément le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua au titre de l'AGCS en raison de l'application ininterrompue de mesures incompatibles par les États-Unis.

3.24 Nous ne nous opposons pas aux États-Unis quand ils affirment qu'un Membre de l'OMC a généralement le pouvoir discrétionnaire de déterminer le moyen par lequel il se conformera à des décisions défavorables de l'ORD, pour autant que ce moyen soit compatible avec les Accords visés de l'OMC.⁵⁸ Cependant, à notre avis, cela ne signifie pas que le Membre concerné est libre de décider, aux fins d'une détermination au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord, parmi un éventail de mesures possibles qu'il pourrait avoir prises pour se conformer à ces décisions, celle qui devrait former la base de l'évaluation de l'arbitre. Notre mandat au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord est de déterminer si le niveau de la suspension proposée par Antigua est "équivalent" au niveau de l'annulation ou de la réduction de ses avantages. Notre point de départ, dans cette détermination, doit être le niveau de la suspension proposée par Antigua. Pour déterminer si ce niveau proposé est "équivalent", nous devons prendre soin de nous assurer que le niveau de la suspension n'est ni réduit à un niveau inférieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à la partie plaignante, de nature à porter atteinte aux droits de celle-ci, ni supérieur

⁵⁶ Réponses des États-Unis aux questions n° 3 et 3bis de l'arbitre.

⁵⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 3quater de l'arbitre, paragraphe 10.

⁵⁸ Cette question a été traitée dans des arbitrages au titre de l'article 21:3 c) pour la détermination du délai raisonnable. Voir par exemple *Australie – Saumons*, Arbitrage au titre de l'article 21:3 c), paragraphe 30. Voir aussi *Corée – Boissons alcooliques*, Recours à l'article 21:3 c), Décision de l'arbitre, paragraphe 45: "le choix du moyen de mise en œuvre est, et doit être, la prérogative du Membre mettant en œuvre, pour autant que le moyen choisi soit compatible avec les recommandations et décisions de l'ORD et les dispositions des accords visés".

au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, de sorte qu'il en deviendrait punitif. Telle est la considération essentielle qui doit, à notre avis, guider notre évaluation de la contestation par les États-Unis du choix de l'hypothèse fait par Antigua.

3.25 Concrètement, dans le cadre de la méthodologie proposée ici par les deux parties pour estimer les "pertes en termes d'exportations", l'hypothèse (et les suppositions qu'elle comporte au sujet de ce qui aurait constitué la mise en conformité) forme la base du calcul des avantages revenant à la partie plaignante qui ont été annulés ou compromis. Il importe donc que l'hypothèse reflète précisément la nature et la portée de ces avantages, de sorte que les courants d'échanges qui seront supposés avoir lieu dans le cadre de cette hypothèse puissent, quant à eux, constituer une base fiable pour estimer le niveau de l'annulation ou de la réduction de ces avantages.

3.26 Nous ne considérons pas que l'hypothèse proposée doive nécessairement refléter le scénario le "plus probable" de mise en conformité par le Membre concerné. Par nature, une hypothèse représente un scénario hypothétique et il peut donc y avoir, dans n'importe quelle affaire donnée, un degré d'incertitude quant à la forme exacte que la mise en conformité aurait pu revêtir, si elle avait eu lieu. Il se peut que le Membre concerné ait eu à sa disposition tout un éventail d'options compatibles avec les règles de l'OMC pour faire son choix afin de se mettre en conformité. Il ne nous appartient pas de spéculer sur ce qui aurait été le scénario de ce type le "plus probable".

3.27 Néanmoins, à notre avis, l'hypothèse devrait refléter au moins un scénario de mise en conformité plausible ou "raisonnable". Une hypothèse qui supposerait un scénario de mise en conformité conduisant à un niveau d'annulation ou de réduction des avantages invraisemblablement élevé entraînerait une suspension supérieure au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages effectivement subie. Inversement, une hypothèse qui sous-estimerait le niveau des avantages revenant à la partie plaignante risquerait de conduire à une réduction injustifiée du niveau de la suspension au-dessous du niveau que cette partie plaignante est en droit de rechercher, à savoir l'"équivalence".

3.28 Nous trouvons des éléments à l'appui de notre position dans des déterminations antérieures. Nous notons ainsi que l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – Bananes III* a retenu ce qu'il a déterminé être une "hypothèse raisonnable" aux fins de son calcul, compte tenu des circonstances de l'affaire. Nous notons également que dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*⁵⁹, l'arbitre a fondé sa détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages sur les chiffres historiques relatifs aux recettes issues des redevances avant la mise en place de la limitation du droit d'auteur incompatible avec les règles de l'Accord sur les ADPIC, et non pas sur une hypothèse qui aurait supposé l'absence de limitations s'agissant du droit en question.⁶⁰ Nous notons d'autre part la constatation selon laquelle "le niveau des recettes provenant de redevances que les Communautés européennes pourraient raisonnablement escompter que les détenteurs de droits des CE recevraient est, de l'avis des arbitres, limité aux recettes provenant de la concession de licences aux utilisateurs qui *auraient* une licence"⁶¹ (et non pas à l'intégralité des redevances qui auraient pu être légalement perçues). Nous notons par ailleurs l'observation formulée par l'arbitre dans ce différend:

⁵⁹ Nous savons que la détermination de l'arbitre dans cette affaire a été faite en application de l'article 25, et non pas de l'article 22:6, du Mémorandum d'accord. Néanmoins, la nature de la détermination confiée à l'arbitre par les parties dans cette affaire était comparable à la détermination à laquelle nous procédons maintenant, à savoir une détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à une partie plaignante en raison de mesures dont il avait été constaté qu'elles étaient incompatibles avec un accord visé (dans cette affaire, l'Accord sur les ADPIC).

⁶⁰ *États-Unis – article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, Décision des arbitres (Arbitrage au titre de l'article 25), paragraphes 4.7 à 4.14.

⁶¹ *États-Unis – article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, Décision des arbitres (Arbitrage au titre de l'article 25), paragraphe 3.33.

"Il convient de rappeler, dans ce contexte, que l'analyse du niveau des avantages que les Communautés européennes pourraient escompter obtenir si l'article 110 5) B) était mis en conformité avec l'Accord sur les ADPIC est par nature hypothétique. Les arbitres estiment que, dans cette situation, il est nécessaire de procéder avec circonspection, pour que seuls soient considérés comme étant annulés ou compromis les avantages que les Communautés européennes pourraient, de bonne foi et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, escompter obtenir au titre des articles 11bis 1) iii) et 11 1) ii)."⁶²

3.29 En réponse à une question de l'arbitre, Antigua a indiqué que, dans cette affaire, les parties n'avaient pas de désaccord sur la nature des avantages qui devraient revenir aux Communautés européennes, mais plutôt sur le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, et que les "attentes raisonnables" en cause ne désignaient pas ce qui était attendu du gouvernement des États-Unis mais ce que les Communautés européennes pouvaient raisonnablement attendre des participants tiers non gouvernementaux pour obtenir la valeur intégrale des droits compromis.⁶³

3.30 Nous convenons avec Antigua que les circonstances de l'affaire *États-Unis – Article 110 5) Loi sur le droit d'auteur* et de l'affaire *CE – Bananes III* diffèrent quelque peu de celles du présent différend. Néanmoins, il nous apparaît que les déterminations des arbitres dans ces différends offrent des indications utiles quant à la nature de notre tâche dans la présente procédure. En particulier, ces déterminations nous confortent dans notre opinion, à savoir que, dans la mesure où l'estimation du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages exige de formuler certaines suppositions au sujet des avantages qui en auraient découlé, dans une situation où il y aurait eu mise en conformité, ces suppositions devraient être raisonnables, compte tenu des circonstances de l'affaire, de façon que le niveau de la suspension proposée reflète précisément les avantages revenant à la partie plaignante qui ont été effectivement annulés ou compromis.

3.31 Sans perdre de vue ces considérations, nous entreprenons d'examiner si l'hypothèse spécifique sur laquelle Antigua fonde ses calculs reflète précisément les avantages qui lui reviennent en l'espèce. Comme on l'a fait observer plus haut, c'est aux États-Unis qu'il appartient de nous démontrer que tel n'est pas le cas.

3.32 Antigua considère que la nature des avantages qui lui reviennent ressort de l'article XVI de l'AGCS et de la Liste des États-Unis, et qu'aux fins du présent arbitrage, cela signifie que les États-Unis ont l'obligation de ménager l'accès au marché sans restriction aux fournisseurs de tous les services de jeux et paris à distance transfrontières d'Antigua offerts aux consommateurs situés aux États-Unis. De l'avis d'Antigua, la question de savoir si elle devrait "raisonnablement" attendre un tel avantage n'est pas à prendre en compte, puisqu'elle a le droit légal d'en bénéficier.⁶⁴ Antigua considère aussi qu'elle est "en droit de ne pas tenir compte des moyens de défense des États-Unis au titre de l'article XIV qui sont tombés, lorsqu'elle formule ces suppositions dans la présente procédure".⁶⁵ Cependant, les États-Unis relèvent qu'en l'espèce, l'ORD a constaté que leurs mesures restreignant les jeux à distance étaient provisoirement justifiées en vertu de l'exception concernant la moralité publique énoncée à l'article XIV a) de l'AGCS, de sorte qu'Antigua a tort d'affirmer que les États-Unis ont l'obligation inconditionnelle d'autoriser l'accès à chaque type de services couverts par les secteurs de services inclus dans la liste d'engagements du Membre au titre de l'AGCS.⁶⁶ De l'avis

⁶² *États-Unis – article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*, Décision des arbitres (Arbitrage au titre de l'article 25), paragraphe 3.24, note de bas de page 43.

⁶³ Réponse d'Antigua à la question n° 6bis de l'arbitre, page 12.

⁶⁴ Réponse d'Antigua à la question n° 6 de l'arbitre, page 9.

⁶⁵ Réponse d'Antigua à la question n° 2 de l'arbitre, page 4.

⁶⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 20.

des États-Unis, le problème spécifique constaté à propos de leurs mesures en cause concernait la question limitée de la réglementation des paris hippiques à distance.⁶⁷

3.33 À ce que nous croyons comprendre, la question dont nous sommes saisis porte donc essentiellement sur le point de savoir si et comment nous devrions tenir compte, dans l'évaluation de l'hypothèse proposée, du fait que l'Organe d'appel a constaté que les mesures des États-Unis en cause étaient "nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public", conformément au paragraphe a) de l'article XIV, même s'il a constaté en définitive que ces mesures n'étaient pas justifiées au titre de l'article XIV.

3.34 Les deux parties ont présenté de nombreux arguments relatifs aux décisions rendues dans le différend correspondant afin d'expliquer leurs hypothèses proposées et de justifier des avis contradictoires sur cette question. Nous estimons utile, dans les présentes circonstances, d'examiner tout d'abord les termes des décisions de l'Organe d'appel en l'espèce.

3.35 L'Organe d'appel a formulé, entre autres, les constatations suivantes:

- tout d'abord, en ce qui concerne l'article XVI de l'AGCS, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle:

"en maintenant la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites, les États-Unis agissent d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article XVI:1 et des alinéas a) et c) de l'article XVI:2"⁶⁸;

- d'autre part, en ce qui concerne l'article XIV de l'AGCS, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

"les États-Unis ont démontré que la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites étaient des mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public", conformément à l'alinéa a) de l'article XIV, mais ... les États-Unis n'ont pas montré, compte tenu de la Loi sur les courses de chevaux inter-États, que les prohibitions consacrées dans ces mesures étaient appliquées tant aux fournisseurs étrangers qu'aux fournisseurs nationaux de services de paris à distance pour les courses de chevaux et, par conséquent, n'ont pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif".⁶⁹

3.36 Nous notons que les constatations de l'Organe d'appel contiennent une constatation initiale selon laquelle les mesures en cause (trois lois fédérales) sont incompatibles avec l'article XVI de l'AGCS, suivies de constatations selon lesquelles ces mêmes mesures sont "nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public" au sens du paragraphe a) de l'article XIV, mais selon lesquelles les États-Unis, en définitive, "n'ont pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif" de cette disposition.

⁶⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 21.

⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 373 C) ii).

⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 373 D) vi) a). Dans sa conclusion générale concernant l'article XIV, l'Organe d'appel, en relevant que les États-Unis n'avaient pas montré que, compte tenu de la Loi sur les courses de chevaux inter-États, les prohibitions s'appliquaient aux fournisseurs de services de paris hippiques à distance tant étrangers que nationaux, a souligné que "[p]our cette seule raison", il avait constaté que les États-Unis n'avaient pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif de l'article XIV. Voir le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 372.

3.37 Nous ne faisons pas de détermination dans la présente procédure au sujet de la nature exacte de ce que les États-Unis auraient pu être tenus de faire pour mettre en œuvre ces décisions spécifiques. De fait, il n'entrerait pas dans le cadre de notre mandat de procéder à une telle évaluation. Nous supposons plutôt que les États-Unis ont pu avoir divers moyens compatibles avec les règles de l'OMC à leur disposition pour se mettre en conformité avec leurs obligations dans le présent différend. De fait, les parties nous ont présenté tout un éventail de scénarios ayant des répercussions très divergentes sur le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.⁷⁰ Nous examinons ces décisions uniquement dans la mesure pertinente pour notre évaluation de la question de savoir si l'hypothèse d'Antigua reflète précisément les avantages qui lui reviennent en l'espèce. Autrement dit, comme nous l'avons fait observer plus haut, nous examinons cette question uniquement dans la mesure requise pour déterminer si la supposition d'Antigua selon laquelle les États-Unis autoriseraient l'accès sans restriction aux exploitants de jeux et paris à distance d'Antigua sur le marché américain était raisonnable, dans les circonstances de l'affaire.

3.38 La constatation de l'existence d'une violation de l'article XVI de l'AGCS formulée par l'Organe d'appel dans la procédure correspondante reposait sur une constatation selon laquelle les États-Unis avaient pris l'engagement, dans le cadre du sous-secteur 10.D de l'AGCS, de ménager l'accès sans restriction à la fourniture transfrontières de services de jeux et paris à distance. Compte tenu de ces éléments, nous convenons que la nature des avantages revenant à Antigua en l'espèce ressort de l'article XVI de l'AGCS et de la Liste des États-Unis, et que ces avantages se rapportent à l'accès d'Antigua à la fourniture de services de jeux et paris transfrontières aux États-Unis.

3.39 Cependant, la question que nous devons examiner est celle de savoir si la supposition d'Antigua selon laquelle cet accès prendrait la forme d'un accès sans restriction au marché des États-Unis pour tous les types de services de jeux et paris à distance était raisonnable, dans les circonstances du présent différend.

3.40 L'hypothèse proposée par Antigua suppose que, au 3 avril 2006 (la fin du délai raisonnable pour la mise en œuvre), les États-Unis lui auraient accordé l'accès sans restriction à leur marché des jeux à distance. Comme le relève Antigua elle-même, elle repose sur une supposition, faite par Antigua, voulant qu'elle ait été en droit de "faire abstraction" de l'invocation par les États-Unis de l'article XVI de l'AGCS dans la procédure correspondante. Les États-Unis objectent qu'il s'agit d'un scénario "extraordinairement irréaliste", compte tenu en particulier du fait qu'ils interdisent les jeux à distance pour des raisons de politique bien établies concernant la protection de la moralité publique et de l'ordre public, et qu'ils sont en droit, en vertu de l'AGCS, de maintenir cette interdiction pour autant qu'elle ne soit pas appliquée d'une manière qui établit une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les exploitants situés sur des territoires différents.⁷¹ Les États-Unis font également valoir que le problème spécifique constaté au sujet de leurs mesures en cause était la "question limitée de la réglementation des paris hippiques à distance".⁷²

3.41 Dans l'examen de cette question, nous jugeons approprié de tenir compte des circonstances spécifiques de la présente affaire. Nous relevons à cet égard que les États-Unis ont toujours affirmé l'existence d'une politique relative à la moralité publique et à l'ordre public dans la procédure initiale

⁷⁰ Nous notons, à cet égard, que les scénarios identifiés par les parties dans la présente procédure comme constituant des moyens possibles de se mettre en conformité vont de l'ouverture totale à la fermeture totale du marché des services de jeux et paris à distance des États-Unis. Nous notons également que, si les parties sont en désaccord quant à la compatibilité éventuelle d'un scénario d'ouverture partielle du marché, elles reconnaissent apparemment toutes les deux que les scénarios comportant soit une ouverture totale, soit une fermeture totale du marché pourraient constituer une forme de mise en conformité avec les recommandations et décisions dans la présente affaire.

⁷¹ Réponse des États-Unis à la question n° 3bis de l'arbitre, paragraphe 5.

⁷² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 20.

et à nouveau dans la procédure de la mise en conformité comme fondement du maintien de restrictions de l'accès à leur marché des jeux à distance. Les États-Unis ont donc affirmé cet objectif de politique avant et après la fin du délai raisonnable, qui est la date à laquelle la situation hypothétique est supposée commencer.

3.42 Nous notons d'autre part que l'Organe d'appel a constaté que les mesures des États-Unis restreignant l'accès au marché des jeux à distance étaient "nécessaires", au sens de l'article XIV de l'AGCS, à la protection de la moralité publique et de l'ordre public, et qu'il a constaté que les États-Unis n'avaient pas montré, "compte tenu de la Loi sur les courses de chevaux inter-États, que les prohibitions consacrées dans ces mesures étaient appliquées tant aux fournisseurs étrangers qu'aux fournisseurs nationaux de services de paris à distance *pour les courses de chevaux* et, par conséquent, n'[avaient] pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif".⁷³

3.43 Compte tenu de ces éléments, nous considérons que la supposition d'Antigua selon laquelle elle pouvait tout simplement "faire abstraction" du moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XIV de l'AGCS qui était tombé, et selon laquelle les États-Unis se conformeraient aux décisions en ménageant aux exploitants d'Antigua l'accès sans restriction à tous les secteurs de leur marché des jeux à distance, n'était pas raisonnable, compte tenu des circonstances particulières du présent différend.

3.44 En faisant cette détermination, nous avons examiné soigneusement les arguments d'Antigua selon lesquels elle était en droit d'escompter un accès au marché sans restriction, parce que les États-Unis étaient obligés d'accorder un tel traitement conformément à l'article XVI de l'AGCS et à leurs engagements spécifiques, et selon lesquels Antigua était également en droit d'escompter le "retrait" de la mesure incompatible (à savoir en l'espèce, de l'avis d'Antigua, le retrait des restrictions de l'accès au marché des jeux à distance appliquées par les États-Unis), conformément à l'article 3:7 du Mémoire d'accord.

3.45 Nous convenons avec Antigua que les États-Unis ont l'obligation, en vertu de l'article XVI de l'AGCS et de leur Liste, de ménager l'accès au marché à la fourniture transfrontières de services de jeux à distance. Cependant, en même temps, l'AGCS reconnaît aussi le droit des Membres de réglementer afin de répondre à leurs objectifs de politique nationale⁷⁴ et l'article XVI reconnaît spécifiquement la possibilité d'adopter des mesures nécessaires à la protection de l'ordre public et de la moralité publique. En l'espèce, de tels objectifs de politique légitimes ont régulièrement été invoqués par les États-Unis afin de restreindre l'accès à leur marché des jeux à distance en dépit de l'existence d'un engagement spécifique, et l'Organe d'appel a constaté que les trois lois fédérales en cause dans la procédure étaient "des mesures ... nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public".⁷⁵ Dans les présentes circonstances, une hypothèse raisonnable doit tenir compte de ces objectifs de politique des États-Unis.

3.46 Nous relevons également que si l'article 3:7 du Mémoire d'accord dispose effectivement que les procédures de règlement des différends ont *habituellement* pour objectif d'obtenir le retrait des mesures incompatibles, nous n'interprétons pas cette disposition comme signifiant qu'il s'agit du seul résultat possible dans tous les différends où l'existence d'une violation de l'un des accords visés a été constatée. Les recommandations adressées par l'ORD aux États-Unis en l'espèce les obligent à rendre leurs mesures conformes à l'AGCS. Cela ne les obligeait pas nécessairement à "retirer" les mesures en levant intégralement les restrictions qu'ils maintenaient sur les services de jeux et paris à distance. Nous notons à cet égard que le "concept de mise en conformité ou de mise en œuvre prescrit dans le Mémoire d'accord" a été décrit par des arbitres mandatés en vertu de l'article 21:3 c) du

⁷³ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 373 (pas d'italique dans l'original).

⁷⁴ Préambule de l'AGCS, quatrième paragraphe.

⁷⁵ Paragraphe 373 D) iii) c).

Mémoire d'accord pour déterminer le délai raisonnable pour la mise en œuvre comme "le retrait ou la *modification* d'une mesure ... dont l'établissement ou l'application par un Membre de l'OMC a constitué la violation d'une disposition d'un accord visé" (pas d'italique dans l'original).⁷⁶ De fait, nous relevons qu'Antigua elle-même semble convenir qu'une prohibition totale des services de jeux et paris à distance (à savoir aucun accès au marché) constituerait en fait également une forme de mise en conformité par les États-Unis dans le présent différend.⁷⁷

3.47 À cet égard, nous notons les observations formulées par le Groupe spécial de la mise en conformité dans le présent différend:

"La forme possible de mesures prises pour se conformer à une recommandation au titre de l'article 19:1 du Mémoire d'accord dépendra des décisions de l'ORD dans un différend donné. Par exemple, s'il a été constaté qu'une mesure était incompatible avec un accord visé, ou qu'elle n'était pas justifiée au titre d'une exception offerte par ailleurs, en raison de la façon dont cette mesure est *appliquée*, on peut supposer qu'il serait possible de se conformer à la recommandation en modifiant l'application de la mesure, sans nécessairement modifier le texte de la mesure elle-même ou celui de telles ou telles mesures de mise en œuvre écrites. Le présent différend illustre ce point."⁷⁸

3.48 Nous notons également l'observation formulée par l'arbitre désigné au titre de l'article 21:3 c) pour déterminer le délai raisonnable pour la mise en œuvre en l'espèce, à savoir: "Je suis ... conscient du fait que toute législation adoptée par les États-Unis aura forcément, comme le démontre le rapport de l'Organe d'appel, un rapport avec des questions de moralité publique et d'ordre public."⁷⁹

3.49 En bref, notre conclusion, selon laquelle l'hypothèse d'Antigua n'est pas raisonnable, compte tenu des circonstances du présent différend, n'est pas modifiée par notre examen des arguments d'Antigua concernant la nature de ses droits en vertu de l'article XVI de l'AGCS et de l'article 3:7 du Mémoire d'accord. En fait, notre analyse de ces éléments nous confirme que, en droit, les États-Unis pouvaient avoir eu à leur disposition divers moyens compatibles avec les règles de l'OMC pour mettre en œuvre les recommandations et décisions en l'espèce, ne se limitant donc pas à une ouverture totale de leur marché des services de jeux et paris à distance.

2. Autre hypothèse possible

3.50 Ayant déterminé que l'hypothèse utilisée par Antigua pour estimer les avantages qui lui reviennent en l'espèce ne reflétait pas précisément ces avantages, nous devons à présent déterminer ce qui constituerait une hypothèse raisonnable, dans les circonstances du présent différend.

3.51 Nous rappelons tout d'abord notre détermination faite plus haut, selon laquelle une hypothèse raisonnable aux fins de la présente affaire devrait tenir compte de l'objectif de politique des États-Unis, à savoir la protection de la moralité publique et de l'ordre public.

3.52 Les États-Unis ont identifié, comme moyen possible de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce, une prohibition totale de la fourniture de services de jeux à distance

⁷⁶ *Argentine – Peaux et cuirs*, article 21:3 c), Décision de l'arbitre, paragraphe 41.

⁷⁷ Réponse d'Antigua à la question 2^{ter} de l'arbitre, page 6 ("Même si la prohibition totale par les États-Unis de tous les services de jeux et paris à distance ne serait pas *expressément* conforme aux décisions de l'ORD, Antigua estime qu'elle peut bien constituer une mise en conformité *de facto*, compatible avec l'approche du Groupe spécial de la mise en conformité dans le différend *États-Unis – Crevettes*").

⁷⁸ *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.21.

⁷⁹ Décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c), paragraphes 46 et 47.

aux États-Unis.⁸⁰ Antigua semble convenir que cela constituerait une forme de mise en conformité.⁸¹ Cependant, aucune des deux parties n'a laissé entendre que ce scénario devrait constituer la base du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages d'Antigua aux fins de la présente procédure. Nous ne l'examinons donc pas davantage.

3.53 L'autre scénario possible qui nous a été présenté est celui qui a été identifié par les États-Unis, et qui suppose que ceux-ci ménageraient l'accès au marché sans restriction aux services de jeux et paris à distance en ce qui concerne uniquement les services de jeux et paris sur les courses de chevaux.

3.54 Les États-Unis considèrent que ce scénario est le "plus probable", et expliquent que le problème spécifique constaté au sujet de leur mesure en cause concernait la question limitée de la réglementation des paris hippiques à distance, et en particulier l'incapacité dans laquelle se trouvaient les États-Unis de démontrer l'absence de discrimination au titre du texte introductif de l'article XIV de l'AGCS en ce qui concerne les services de jeux à distance sur les courses de chevaux. De l'avis des États-Unis, rien dans les recommandations de l'ORD ne les obligeait à clarifier ou à modifier leurs mesures en ce qui concerne les autres formes de jeux à distance.⁸² De plus, d'après eux, rien dans les recommandations et décisions de l'ORD, ni dans le texte introductif de l'article XIV de l'AGCS, ne les obligerait à traiter tous les types de jeux à distance d'une manière identique, et une hypothèse qui autoriserait les jeux à distance sur les courses de chevaux, mais pas les autres types de jeux à distance, est entièrement plausible.⁸³

3.55 Cependant, Antigua considère qu'un tel scénario ne mettrait pas les États-Unis en conformité. Antigua fait valoir en particulier que dans la procédure correspondante, les États-Unis ont allégué qu'ils étaient en droit de maintenir les mesures incriminées en appliquant l'article XIV de l'AGCS et qu'ils prohibaient tous les jeux à distance parce que, de par leur nature même, les jeux à distance présentaient des risques et possédaient d'autres caractéristiques pernicieuses qui ne pouvaient pas être améliorées par la réglementation ou tout autre moyen.⁸⁴ De l'avis d'Antigua, les États-Unis ne peuvent donc pas affirmer à présent qu'il est "nécessaire" de prohiber tous les jeux à distance pour protéger leurs ressortissants s'ils autorisent expressément ces jeux dans *n'importe quel* contexte. Antigua relève aussi que les États-Unis n'ont jamais fait valoir que les jeux à distance sur les courses de chevaux étaient d'une manière ou d'une autre "plus sûrs" que les autres types de jeux à distance, ou que les fournisseurs de services d'Antigua devraient être autorisés à faire uniquement ce que les fournisseurs nationaux peuvent légalement faire.⁸⁵ Antigua considère d'autre part qu'il n'appartient pas à l'arbitre dans la présente procédure d'évaluer si ces mesures hypothétiques peuvent mettre les États-Unis en conformité avec leurs obligations dans le cadre de l'AGCS.

3.56 En abordant cette partie de notre détermination, nous n'oublions pas que notre mandat dans la présente procédure n'est pas de déterminer la compatibilité de mesures de mise en conformité hypothétiques avec les accords visés de l'OMC. Nous notons également que, comme nous l'avons dit plus haut, la question de savoir si le scénario en cause est le "plus probable", comme le qualifient les États-Unis, n'est pas pertinente en tant que telle dans notre détermination. En fait, comme nous l'avons déterminé plus haut, nous devons évaluer si le scénario proposé pourrait constituer un scénario de mise en conformité "plausible" ou "raisonnable", dans les circonstances du différend, aux fins du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua en l'espèce.

⁸⁰ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 15.

⁸¹ Voir la note de bas de page 77.

⁸² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 21.

⁸³ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 23.

⁸⁴ Réponse d'Antigua à la question n° 2ter de l'arbitre, page 6.

⁸⁵ Réponse d'Antigua à la question n° 2ter de l'arbitre, page 6.

3.57 Nous observons tout d'abord, à cet égard, que, comme les États-Unis l'ont noté, l'aspect spécifique de leurs mesures, dont il a été constaté qu'elles entraînaient une discrimination arbitraire au sens du texte introductif de l'article XIV de l'AGCS, était le traitement des jeux et paris à distance concernant les courses de chevaux. Il s'agissait de la seule base sur laquelle l'Organe d'appel a déterminé que les mesures des États-Unis n'étaient pas justifiées au titre de l'article XIV de l'AGCS. Concrètement, l'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

"Nous *constatons*, au lieu de cela, que les États-Unis ont démontré que la Loi sur les communications par câble, la Loi sur les déplacements et la Loi sur les jeux illicites entraînent dans le champ d'application de l'alinéa a) de l'article XIV, mais qu'ils n'ont pas montré, à la lumière de l'IHA, que les prohibitions énoncées dans ces mesures s'appliquaient à la fois aux fournisseurs étrangers et nationaux de services de paris à distance pour les courses de chevaux. Pour cette seule raison, nous *constatons* que les États-Unis n'ont pas établi que ces mesures satisfaisaient aux prescriptions du texte introductif.⁸⁶ (non souligné dans l'original)

3.58 Dans les présentes circonstances, compte tenu en particulier de la nature des constatations formulées dans la procédure correspondante, nous ne jugeons pas déraisonnable de supposer qu'il aurait été possible de se mettre en conformité en supprimant cette source de discrimination spécifique identifiée par l'Organe d'appel, qui a eu en définitive pour conséquence une constatation établissant que les mesures n'étaient pas justifiées au titre de l'article XIV de l'AGCS. Nous ne jugeons pas non plus déraisonnable de supposer, dans les circonstances du différend, qu'il ait été possible pour les États-Unis de supprimer cette discrimination en ouvrant l'accès aux jeux à distance sur les courses de chevaux pour les fournisseurs étrangers. Nous notons aussi qu'il s'agit du seul segment du marché qui est déjà ouvert aux fournisseurs nationaux, de sorte qu'un élargissement de cet accès aux fournisseurs étrangers ne nécessiterait apparemment que des ajustements limités de la situation actuelle.

3.59 En faisant cette détermination, nous ne formulons pas de constatation ou de détermination spécifique quant aux circonstances exactes dans lesquelles une telle ouverture pourrait avoir lieu et quant aux conditions spécifiques qui pourraient être requises pour que les États-Unis justifient, au regard des termes de l'article XIV de l'AGCS, une telle distinction entre le traitement des jeux à distance sur les courses de chevaux et les autres formes de jeux à distance. En fait, nous supposons qu'il pourrait exister diverses options en matière de mise en œuvre pour les États-Unis, qui ne seraient pas nécessairement limitées à la prohibition totale ou à l'ouverture totale de leur marché aux services de jeux à distance.

3.60 Nous relevons également que l'arbitre désigné au titre de l'article 21:3 c) pour déterminer le délai raisonnable pour la mise en œuvre en l'espèce a formulé des suppositions comparables:

"Je suis ... conscient du fait que *toute législation adoptée par les États-Unis aura forcément, comme le démontre le rapport de l'Organe d'appel, un rapport avec des questions de moralité publique et d'ordre public*. Il me semble que, dans le domaine de la moralité publique et de l'ordre public, seules les prohibitions sont simples. Autrement dit, *dans la mesure où les États-Unis peuvent envisager d'autoriser telle ou telle forme de jeux ou de paris sur Internet, cela accroîtra la complexité d'une éventuelle solution législative. Plus les activités de ce type seront autorisées, et plus le législateur devra se donner du mal pour faire en sorte que des sauvegardes suffisantes soient en place afin de rendre le système compatible avec les normes existantes en matière de moralité publique et d'ordre public, (...)*. À mon avis, cela constitue une question distincte de celle du caractère litigieux. Cependant, les États-Unis n'ont pas expliqué avec précision dans la présente procédure comment ils

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 372.

entendaient mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. Les quelques indications qu'ils ont données laissent penser qu'ils sont davantage enclins à "confirmer" ou "clarifier" les prohibitions visant la fourniture à distance de services de jeux et paris, plutôt qu'à autoriser, même partiellement, la fourniture de tels services." (pas d'italique dans l'original)⁸⁷

3.61 Ayant déterminé que l'autre hypothèse possible proposée par les États-Unis correspondait à une supposition raisonnable quant à la situation dans laquelle ils se seraient conformés aux recommandations et décisions de l'ORD dans les circonstances du présent différend, et qu'il était donc possible de considérer qu'elle reflète précisément les avantages revenant à Antigua qui ont été annulés ou compromis, nous procédons à présent au calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua dans le cadre de cette hypothèse.

3. Opinion séparée

3.62 L'un des arbitres est dans l'impossibilité de partager l'analyse et les conclusions figurant aux paragraphes 3.41 à 3.61 plus haut. De l'avis de cet arbitre, il n'était pas déraisonnable qu'Antigua suppose, dans les circonstances de la présente affaire, un scénario hypothétique dans lequel les États-Unis ménageraient l'accès sans restriction à leur marché des jeux et paris à distance.

3.63 De l'avis de cet arbitre, il est judicieux de se référer, comme point de départ, aux constatations et conclusions formulées par le Groupe spécial et l'Organe d'appel dans la présente affaire. Concrètement, l'Organe d'appel a déterminé que, bien que les trois lois fédérales en cause soient des mesures "nécessaires à la protection de la moralité publique ou de l'ordre public", les États-Unis n'avaient pas démontré qu'elles étaient appliquées conformément aux prescriptions du texte introductif de l'article XIV de l'AGCS.

3.64 L'Organe d'appel a fait cette détermination "à la lumière d'"une seule détermination spécifique qu'il a identifiée dans l'application des mesures. Cependant, cela ne veut pas nécessairement dire, comme le laissent entendre les États-Unis, que le problème spécifique constaté au sujet de la mesure des États-Unis en cause ne concernait que la "question limitée de la réglementation des paris hippiques à distance".⁸⁸ En fait, la conclusion globale de l'Organe d'appel était que *les mesures en cause* (et non pas simplement le traitement discriminatoire appliqué relativement aux courses de chevaux) n'étaient par conséquent pas justifiées au titre de l'article XIV de l'AGCS. Comme l'a relevé le Groupe spécial de la mise en conformité dans la présente affaire:

Il est vrai que l'Organe d'appel a constaté que les États Unis avaient démontré que les mesures en cause étaient "justifiées" en vertu du paragraphe a) de l'article XIV de l'AGCS. Cependant, ce n'était *pas* une constatation relative à l'article XIV dans son intégralité. L'Organe d'appel a expressément confirmé que l'article XIV envisageait une "analyse en deux étapes" – d'abord, au regard de l'un des paragraphes de l'article XIV, puis au regard du texte introductif. Il n'y a pas eu de constatation selon laquelle les mesures étaient compatibles avec le texte introductif ou avec l'article XIV dans son intégralité, ni, partant, avec les obligations des États Unis au titre de l'AGCS, et il n'existe pas de notion de compatibilité provisoire ou temporaire avec une recommandation de l'ORD reconnue dans le Mémoire d'accord.⁸⁹

⁸⁷ Décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c), paragraphes 46 et 47.

⁸⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 20.

⁸⁹ *États-Unis – Jeux*, rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, paragraphe 6.29. (notes de bas de page de l'original omises)

3.65 L'article XIV de l'AGCS autorise les Membres à maintenir certaines mesures de restriction des échanges commerciaux qui sinon seraient incompatibles avec leurs obligations au titre de cet accord, afin de réaliser certains objectifs légitimes. Cependant, il faut que ces mesures soient appliquées d'une manière telle qu'elles n'entraînent pas une discrimination injustifiable ou des restrictions déguisées au commerce. Autrement dit, la protection octroyée par les exceptions prévues aux divers paragraphes de l'article XIV de l'AGCS est subordonnée à une application des mesures en cause qui n'en fait pas des instruments de discrimination ou de protection indue. En l'espèce, les États-Unis n'ont pas pu établir qu'ils appliquaient les mesures d'une manière compatible avec ces prescriptions. D'autre part, le Groupe spécial de la mise en conformité a également identifié dans son rapport d'autres aspects de l'application des mesures qui pouvaient correspondre à une application discriminatoire des mesures en cause, bien qu'il n'ait formulé aucune constatation au sujet de ces aspects.⁹⁰

3.66 Cet arbitre est d'accord avec la détermination formulée au paragraphe 3.41 plus haut, selon laquelle il est judicieux de tenir compte des circonstances spécifiques de l'affaire afin d'évaluer si l'hypothèse proposée par Antigua reflète précisément les avantages lui revenant au titre de l'AGCS qui ont été annulés ou compromis en l'espèce. Cependant, cet arbitre considère que, dans les circonstances de la présente affaire, il n'était pas déraisonnable qu'Antigua fonde son hypothèse sur une supposition selon laquelle les États-Unis ouvriraient leur marché à la fourniture transfrontières de services de jeux à distance. Une telle supposition est pleinement compatible avec la nature des constatations formulées par l'Organe d'appel dans la présente affaire, comme on l'a analysé plus haut. En fait, comme on l'a relevé précédemment, les États-Unis eux-mêmes reconnaissent que ce scénario constituerait la mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD en l'espèce.

3.67 En revanche, il n'est pas clair que l'autre scénario hypothétique possible envisagé par les États-Unis, qui fait intervenir une ouverture partielle d'un segment limité du marché, constitue une supposition plus raisonnable dans les circonstances de l'affaire. En particulier, à supposer, pour les besoins de l'argumentation, qu'un tel scénario constitue la mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD dans la présente affaire (détermination qui ne relève pas de notre mandat), on voit mal comment les États-Unis proposent de concilier la protection de la moralité publique ou de l'ordre public et l'ouverture d'un segment du marché (les courses de chevaux).

3.68 Compte tenu de ce qui précède, cet arbitre n'est pas persuadé que les États-Unis aient démontré que l'hypothèse proposée par Antigua était déraisonnable dans les circonstances de l'affaire.

3.69 Cependant, cela ne signifie pas que ce scénario constitue la seule façon dont les États-Unis auraient pu se conformer à ces recommandations et décisions. Comme on l'a relevé plus haut, les Membres sont libres de choisir les moyens compatibles avec les règles de l'OMC par lesquels ils se mettront en conformité avec les décisions de l'ORD, et il peut y avoir un certain nombre de moyens par lesquels les États-Unis auraient pu se mettre en conformité avec les décisions rendues dans la présente affaire et pourraient encore le faire. Cette détermination ne signifie pas non plus qu'il ne faut pas tenir compte des objectifs de politique des États-Unis. Au contraire, l'arbitre partage la détermination faite par la majorité selon laquelle une hypothèse raisonnable doit tenir compte des objectifs de politique des États-Unis, comme indiqué plus haut au paragraphe 3.45. En ce sens, rien n'obligerait les États-Unis à abandonner leur objectif de protection de la moralité publique ou de l'ordre public, au titre de l'article XIV a) de l'AGCS, en mettant en œuvre, à l'avenir, les recommandations et décisions de l'ORD. De fait, il est tout à fait concevable que les États-Unis aient pu trouver des moyens de répondre à ces préoccupations tout en protégeant ces intérêts. D'autres Membres de l'OMC ont choisi d'ouvrir leur marché aux jeux à distance, et il ne serait pas raisonnable de supposer que ces Membres n'ont pas d'objectifs de politique similaires.

⁹⁰ Voir les passages concernant le commerce intra-État, rapport du Groupe spécial de la mise en conformité, aux paragraphes 6.118 à 6.123.

3.70 Cet arbitre note aussi l'argument d'Antigua selon lequel, dans l'évaluation de l'hypothèse d'Antigua par l'arbitre, il faut tenir compte de l'objectif que constitue l'incitation au respect des décisions de l'ORD. De l'avis de cet arbitre, cet objectif ne peut pas conduire à autoriser la suspension au-delà de l'équivalence par rapport au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, comme prévu à l'article 22:6 du Mémoire d'accord, et cela doit demeurer le point de repère au regard duquel le niveau de la suspension proposée est évalué. Cependant, en même temps, dans une situation où différents moyens de se mettre en conformité pourraient former la base d'une hypothèse pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il ne serait pas interdit à la partie plaignante de choisir une hypothèse qui peut conduire à un niveau d'annulation ou de réduction des avantages plus élevé que d'autres, pour autant que cette hypothèse soit raisonnable.

3.71 Il ne faut pas oublier, à cet égard, que le Membre concerné a eu la possibilité de se mettre en conformité avec les décisions en cause, et que la raison même de l'existence de contre-mesures dans le cadre du Mémoire d'accord est d'inciter à la mise en conformité avec l'accord visé qui n'est pas intervenue dans le délai prévu dans le Mémoire d'accord. Dans ces circonstances, le plaignant est nécessairement obligé de formuler certaines suppositions au sujet de la manière dont la mise en conformité aurait pu avoir lieu. Cependant, cela n'a aucune conséquence sur les moyens par lesquels le Membre concerné pourrait effectivement choisir de se conformer à l'avenir, éventuellement y compris, en l'espèce, par l'adoption de mesures qui comportent une restriction des échanges pleinement compatible avec les dispositions de l'article XIV de l'AGCS.

3.72 Enfin, cet arbitre note que, bien qu'il ne partage pas les conclusions auxquelles est majoritairement parvenu l'arbitre au sujet du choix de l'hypothèse, il ne voit néanmoins aucune valeur ajoutée dans la poursuite des calculs sur la base de l'hypothèse d'Antigua, dont l'arbitre ne considère majoritairement pas qu'elle soit raisonnable. En conséquence, les évaluations et les calculs figurant dans la section suivante reflètent l'opinion commune de l'arbitre au sujet du calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, sur la base de l'hypothèse proposée par les États-Unis.

3.73 Cet arbitre souhaite également souligner que, même si les calculs avaient été effectués sur la base de l'hypothèse proposée par Antigua, il aurait fallu tenir compte d'un certain nombre de paramètres. En particulier, il aurait fallu tenir dûment compte du fait que, dans un scénario selon lequel les États-Unis ouvriraient intégralement leur marché des jeux à distance, Antigua serait confrontée à la concurrence non seulement d'autres exploitants étrangers, mais aussi des exploitants nationaux des États-Unis qui, actuellement, n'ont pas non plus accès à ce marché.

D. CALCUL DU NIVEAU DE L'ANNULATION

3.74 Compte tenu de nos déterminations ci-dessus, nous allons maintenant procéder à une évaluation des "pertes" en termes d'exportations d'Antigua sur la base d'une hypothèse selon laquelle les États-Unis auraient accordé aux opérateurs d'Antigua un accès illimité au marché uniquement pour les jeux et paris hippiques.

3.75 À cette fin, nous examinons tout d'abord l'approche d'Antigua en ce qui concerne les calculs et les méthodes puis, en tant que de besoin, l'approche des États-Unis, avant de passer à l'approche que nous avons adoptée, compte tenu de notre examen des approches des parties.

1. Examen de l'approche proposée par Antigua

a) Description de l'approche proposée par Antigua

3.76 Dans ces calculs, Antigua suppose que l'accès total au marché des États-Unis pour tous ses services de jeux à distance constitue l'hypothèse appropriée.⁹¹ Les données de base utilisées par Antigua proviennent du Quarterly eGaming Statistics Report (Rapport statistique trimestriel sur les jeux en ligne), établi par le groupe de consultants privés sur les jeux "Global Betting and Gaming Consultants" (GBGC), et de la base de données qui sous-tend ce rapport. En l'absence de données bilatérales, Antigua utilise, comme point de départ, les données de la base de données de GBGC sur les recettes globales des jeux à distance pour Antigua pour les années 1999 à 2006 et les projections pour Antigua pour les années 2007 à 2012.⁹² Antigua considère que ses recettes globales tirées des jeux à distance constituent un bon indicateur de ses recettes provenant des États-Unis, alléguant qu'au moins 80 pour cent des recettes des opérateurs de jeux à distance d'Antigua proviennent de clients aux États-Unis.⁹³ La deuxième série de données essentielles dans l'approche d'Antigua consiste en données historiques sur les recettes globales des jeux à distance de l'ensemble du secteur (et pas seulement du secteur antiguanais) pour les années 1999 à 2006 et en projections pour les années 2007 à 2012, extraites du Rapport statistique trimestriel de GBGC. Les deux séries de données prises ensemble permettent à Antigua de calculer sa part du marché mondial.⁹⁴

3.77 Antigua considère que son secteur des jeux à distance a tiré la croissance du marché mondial des jeux à distance jusqu'en 2002. Antigua suppose que tant les données historiques que les projections de GBGC reflètent l'effet négatif sur Antigua des mesures prises par les États-Unis à compter d'une certaine date et que la différence entre les recettes effectives à cette date et les recettes effectives après cette date est due principalement aux mesures des États-Unis.⁹⁵ Antigua cherche donc à déterminer comment les recettes qu'elle tire des jeux à distance auraient évolué en l'absence des mesures des États-Unis, afin de comparer ces recettes hypothétiques à ses recettes effectives à compter du 4 avril 2006, c'est-à-dire après l'expiration du délai raisonnable imparti aux États-Unis pour se mettre en conformité.

3.78 Antigua présente trois "modèles" pour calculer ses recettes hypothétiques annuelles provenant des jeux à distance à partir de la série chronologique historique et en suivant le même cadre général. Pour son modèle de part de marché constante, Antigua se base sur sa part du marché mondial en 2003 (21 pour cent) pour construire l'hypothèse. Elle suppose que, sans les mesures des États-Unis, elle aurait conservé cette part de marché. En conséquence, elle multiplie le montant des recettes globales des jeux à distance de l'ensemble du secteur pour chaque année allant de 2004 à 2012 par la part de 21 pour cent, pour obtenir ses recettes hypothétiques annuelles provenant des jeux à distance. Puis, pour les années 2006 à 2012, elle soustrait ses recettes globales effectives/projetées provenant des jeux à distance des chiffres hypothétiques afin d'obtenir les recettes annuelles globales des jeux à distance d'Antigua qui ont été perdues à partir du 4 avril 2006 (pour tenir compte du fait que le laps de temps écoulé après l'expiration du délai raisonnable est inférieur à un an, elle minore d'environ un quart le montant annuel calculé pour 2006). Elle multiplie ensuite les pertes annuelles moyennes par un coefficient de produit supposé ("coefficient des petites économies insulaires"). En l'absence de meilleures estimations, elle propose d'utiliser un coefficient multiplicateur de 1,41, établi pour l'industrie touristique de la Barbade.⁹⁶ Enfin, elle actualise pour l'année 2007 les "pertes en termes de

⁹¹ Note méthodologique d'Antigua, pages 3 à 6; communication écrite d'Antigua, paragraphes 33 à 36 et 72 à 94.

⁹² Note méthodologique d'Antigua, pièce AB-1.

⁹³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 112.

⁹⁴ Note méthodologique d'Antigua, pièce AB-1.

⁹⁵ Note méthodologique d'Antigua, page 3; et communication écrite d'Antigua, paragraphe 112.

⁹⁶ Note méthodologique d'Antigua, pages 8 et 9.

commerce" calculées pour chaque année de la période 2006-2012 en utilisant un taux d'actualisation de 9,38 pour cent. Ce taux correspond au coût moyen pondéré médian du capital pour la position 7999 de la SIC, qui comprend le secteur des jeux, d'après l'Ibbotson Cost of Capital 2006 Yearbook. Enfin, Antigua prend la moyenne simple pour ces 6¾ années, ce qui donne une perte moyenne de recettes globales annuelles provenant des jeux à distance de 3,45 milliards de dollars EU sur la période 2006-2012.⁹⁷

3.79 Les deux autres modèles proposés par Antigua diffèrent seulement par le mode de calcul des recettes annuelles hypothétiques d'Antigua provenant des jeux à distance. Au lieu de supposer une part constante du marché mondial, Antigua propose, dans le modèle de taux de croissance constant de prendre ses recettes globales effectives provenant des jeux à distance pour 2001 (2,392 milliards de dollars EU d'après GBGC) et de procéder en deux étapes pour déterminer les montants hypothétiques pour chaque année suivante. Pour les années 2002 à 2006, Antigua suppose que ce montant est resté inchangé. Pour les années 2007 à 2012, elle suppose qu'il augmente de 8,7 pour cent par an. Ce dernier taux constitue le taux de croissance annuel cumulé des recettes globales des jeux à distance pour l'ensemble du secteur, à l'exclusion d'Antigua. Antigua procède ensuite de la même façon en soustrayant les recettes globales effectives/projetées des jeux à distance pour Antigua des chiffres hypothétiques afin d'obtenir les recettes annuelles globales perdues à compter du 4 avril 2006. Après application du coefficient, actualisation et calcul de la moyenne, elle obtient une perte moyenne de 2,403 milliards de dollars EU sur les recettes annuelles globales provenant des jeux à distance.⁹⁸

3.80 Enfin, sur la base du modèle de revenus fixes, Antigua présume simplement qu'elle aurait conservé ses recettes globales effectives provenant des jeux à distance de 2001 (2,392 milliards de dollars EU d'après GBGC) dans chacune des années suivantes jusqu'en 2012. Là encore, ces montants hypothétiques sont minorés du montant effectif/projeté des recettes globales des jeux à distance pour Antigua afin d'obtenir les recettes annuelles globales des jeux à distance perdues à compter du 4 avril 2006. Après application du coefficient, actualisation et calcul de la moyenne, Antigua obtient une perte moyenne de 1 614 milliards de dollars EU sur les recettes annuelles globales provenant des jeux à distance.⁹⁹

3.81 Outre l'hypothèse, les États-Unis contestent d'autres aspects de la méthode d'Antigua, en particulier ses données sous-jacentes, qu'ils considèrent comme "foncièrement dépourvues de fiabilité" et comme ne fournissant "aucun renseignement utile dans le présent arbitrage".¹⁰⁰ Dans ce qui suit, nous allons examiner les arguments des parties concernant chacune des principales préoccupations soulevées au sujet de l'approche proposée par Antigua, et cet examen sera suivi d'une évaluation de l'arbitre.

b) Nature des données de GBGC, méthode de collecte des données et incohérence des données

i) *Arguments des parties*

3.82 Les États-Unis notent que les explications de la méthode de collecte et de traitement des données de GBGC sont toutes insuffisantes et que les données présentent des incohérences internes et ont été profondément révisées d'un rapport trimestriel à l'autre. Tout d'abord, les États-Unis affirment qu'ils n'ont pas été en mesure d'évaluer la base des données et des méthodes employées par GBGC. Ils notent que le "Rapport statistique trimestriel sur les jeux en ligne" de GBGC n'a pas été soumis à l'arbitre par Antigua avec sa note méthodologique. Les États-Unis n'ont pu identifier aucun rapport

⁹⁷ Note méthodologique d'Antigua, pages 6 à 9, pièce AB-3.

⁹⁸ Note méthodologique d'Antigua, pages 9 et 10, pièce AB-4.

⁹⁹ Note méthodologique d'Antigua, pages 10 et 11, pièce AB-5.

¹⁰⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'arbitre, paragraphe 4

intitulé "Quarterly Data Report", en vente sur le site Web de GBGC.¹⁰¹ Ils allèguent que l'on ne sait pas très bien si GBGC a produit ce rapport à la demande d'Antigua aux fins du différend et si, partant, il contient des allégations *pro domo*.¹⁰²

3.83 Les États-Unis continuent de penser que les données de GBGC ne sont pas fiables pour des raisons méthodologiques, même après qu'Antigua eut communiqué, d'abord, un extrait de l'édition de mai 2007 du Rapport statistique trimestriel de GBGC avec une explication d'une partie de son contenu par GBGC¹⁰³ et, ensuite, les éditions complètes de mai et octobre 2007 du Rapport ainsi qu'une lettre de GBGC expliquant sa méthode de collecte des données.¹⁰⁴ Les États-Unis notent que GBGC admet, dans sa lettre d'accompagnement que, pendant les "premières années" (probablement l'année 2000, où il a commencé à vendre des données sur les jeux, et les années suivantes) "les renseignements disponibles étaient plus limités". Les États-Unis estiment que ces renseignements devaient être très "limités" car, même pour les chiffres actuels, la seule source de données utilisée par GBGC pour les opérateurs non publics consiste en indications émanant de sources non spécifiées dans le secteur et en renseignements fournis par des sociétés privées avec lesquels GBGC avait passé des contrats de conseil.¹⁰⁵ À cet égard, les États-Unis croient qu'il est nécessaire d'expliquer plus précisément comment les renseignements sont demandés, s'il est procédé à un échantillonnage et, dans l'affirmative, de quelle façon.¹⁰⁶

3.84 Les États-Unis considèrent aussi que l'ampleur de la révision des données par GBGC est le signe de problèmes méthodologiques. Ils appellent l'attention sur une déclaration de GBGC disant qu'il révisé constamment ses chiffres et sur le fait que GBGC admet que les "éditions précédentes" de ses estimations sont "peu pertinentes". Selon les États-Unis, cela donne à penser que les chiffres, notamment ceux qui concernant Antigua dans les premières années (c'est-à-dire aux alentours de 2000), pourraient être très différents dans toute révision ultérieure des données, et que la pertinence des données de GBGC disponibles à cet égard est donc contestable. Pour indiquer l'importance de ces révisions, les États-Unis citent la révision à la baisse de 35 pour cent des recettes provenant des jeux en ligne en Amérique du Nord entre l'édition de mai 2007 du Rapport de GBGC et celle d'octobre 2007.¹⁰⁷

3.85 Les États-Unis signalent aussi ce qu'ils considèrent comme des incohérences dans les données. Ils notent que les recettes prétendues d'Antigua pour 2001 (d'après l'édition de mai 2007 du Rapport de GBGC) excèdent le chiffre des recettes totales provenant des joueurs d'Amérique du Nord pour la même année (d'après l'édition d'octobre 2007 du Rapport).¹⁰⁸ Ils notent en outre l'incohérence entre les statistiques régionales figurant dans l'édition de mai 2007 de la base de données de GBGC et les chiffres des recettes d'Antigua, Curaçao et Costa Rica qui, pris ensemble, dépassent le montant total pour l'ensemble de la région de l'Amérique centrale et des Caraïbes dans certaines années.¹⁰⁹

3.86 Les États-Unis font observer que la ventilation pour Antigua ne figure pas dans les rapports statistiques réguliers de GBGC. Comme elle semble avoir été établie spécialement pour Antigua aux fins de l'arbitrage, les États-Unis concluent que les données d'Antigua n'ont pas pu être couramment

¹⁰¹ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 28 et 29.

¹⁰² Communication écrite des États-Unis, paragraphes 28 et 29.

¹⁰³ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 45 et 46 et pièces AB-1 et AB-2.

¹⁰⁴ Réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, pièces AB-14, AB-14 1) et AB-14 2).

¹⁰⁵ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphe 9.

¹⁰⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 45.

¹⁰⁷ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 11 et 12.

¹⁰⁸ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphe 19.

¹⁰⁹ Réponses des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 48.

utilisées par d'autres parties dans le secteur des jeux en ligne¹¹⁰ (et, partant, n'ont pas pu être confirmées indirectement sur le marché). Les États-Unis font observer en outre que l'analyse plus détaillée que GBGC prétend avoir effectuée à partir de 2005 (en réexaminant la base de données à partir de 2003) semble porter essentiellement sur les sites de poker, et non sur les paris sportifs, comme étant la principale activité de jeu des opérateurs d'Antigua.¹¹¹

3.87 Antigua répond que les données de GBGC sont accessibles au public dans la mesure où tous ceux qui sont prêts à payer pour obtenir ces renseignements peuvent y avoir accès.¹¹² Elle rappelle que GBGC et ses données existaient avant qu'Antigua n'utilise ces données pour estimer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Elle explique en outre que ses données n'ont pas été établies pour Antigua mais ont été fournies par GBGC à Antigua, à sa demande, à partir de la base de données sous-jacente, et qu'elles ne constituent pas un élément permanent du Rapport statistique trimestriel de GBGC, à la différence de certaines autres statistiques régionales et mondiales.¹¹³

3.88 Antigua est d'avis que, outre la lettre de GBGC expliquant sa méthode de collecte des données¹¹⁴, la meilleure preuve de la fiabilité des données GBGC est qu'elles sont largement utilisées sur le marché mondial. Antigua note que, en tant que société indépendante, GBGC dépend, pour ses recettes, des participants du secteur et d'autres parties. GBGC a de bonnes raisons d'être aussi exact que possible pour que ses données soient jugées fiables et utiles par ses clients. Antigua doute que GBGC puisse rester longtemps en activité s'il n'en était pas ainsi.¹¹⁵ Antigua fournit une liste d'institutions ayant utilisé les données de GBGC, pour démontrer sa bonne réputation. Elle fait expressément référence aux données de GBGC utilisées dans un rapport établi à la demande de la Commission européenne.¹¹⁶

3.89 En ce qui concerne les révisions et les incohérences des données, Antigua note que GBGC affine en permanence ses données (y compris l'imputation des recettes à des territoires particuliers).¹¹⁷ Elle fait observer que les ajustements opérés pour tenir compte des variations de la monnaie des États-Unis peuvent entraîner des incohérences relativement mineures entre les séries de données, en particulier celles qui ont été compilées à différents moments.¹¹⁸

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.90 Nous notons d'emblée que la question de la disponibilité et de la fiabilité des données constitue un problème particulièrement difficile dans la présente procédure. Pour examiner la qualité des données, nous devons procéder à une évaluation à la fois en termes absolus et en termes relatifs. Autrement dit, pour analyser les points forts et les points faibles des données de GBGC, nous devons garder à l'esprit la question de savoir si les autres sources de données citées par les parties constituent réellement une amélioration, étant donné qu'elles peuvent comporter elles-mêmes certaines lacunes.

¹¹⁰ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 14 et 15.

¹¹¹ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphe 10.

¹¹² Réponse d'Antigua à la question n° 26 b) de l'arbitre, page 26.

¹¹³ Réponse d'Antigua à la question n° 26 f) de l'arbitre, page 26. Le fait que des renseignements par pays figuraient dans une base de données maintenue par GBGC, d'où des données spécifiques étaient extraites sur demande, a été précisé par Antigua à l'audience du 18 octobre 2007.

¹¹⁴ Réponse d'Antigua à la question n° 26 e) de l'arbitre, pages 25 et 26, et pièce AB-14.

¹¹⁵ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 24 et 25.

¹¹⁶ Réponse d'Antigua à la question n° 26 a) de l'arbitre, page 25, et pièce AB-14 4); et observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 5 à 7 et 23.

¹¹⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 26 d) de l'arbitre, page 25.

¹¹⁸ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis aux questions n° 35 et 36 de l'arbitre, pages 25 à 27.

3.91 Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel les renseignements concernant la méthode de collecte et de traitement des données fournies à Antigua par GBGC laissent beaucoup à désirer. Nous pensons cependant que, en l'absence de renseignements généraux plus détaillés de la part de GBGC, la large utilisation de ses données sur le marché peut être considérée comme un fait étayant indirectement ses chiffres puisque cela suppose un certain degré d'acceptation parmi les observateurs qui connaissent bien le secteur. Cela peut aussi indiquer qu'il est assez difficile de trouver d'autres sources de données. Nous ne voyons pas non plus pourquoi GBGC aurait intérêt à fournir des chiffres erronés à ses clients qui peuvent fonder sur ces données certaines de leurs décisions d'affaire et qui ne tarderaient pas à exclure GBGC des fournisseurs fiables en cas de carences persistantes.

3.92 Nous reconnaissons que certains des chiffres agrégés qui sont des éléments permanents des Rapports statistiques trimestriels de GBGC sur les jeux en ligne sont peut-être plus fiables que les données par pays et peuvent assurément être utiles pour notre analyse. On peut supposer que ces chiffres sont soumis périodiquement à l'appréciation d'un plus grand nombre d'utilisateurs, qu'ils reposent dans une plus large mesure sur des renseignements publiés et qu'ils évitent d'avoir à répartir les recettes sur la base de suppositions supplémentaires. Nous considérons que les données sur les recettes d'Antigua peuvent être affectées par de tels problèmes, en particulier dans les premières années. Nous notons à cet égard que les révisions effectuées par GBGC pour Antigua entre les éditions de mai et d'octobre 2007 du Rapport sont très importantes pour les années 2000 à 2002 (révisions à la baisse d'un tiers à un quart), et qu'elles le sont moins pour 2003, alors que pour les années 1999 et 2004 à 2006, les données restent pratiquement inchangées. Nous notons en outre que les incohérences relevées par les États-Unis entre les données agrégées régionales et les données par pays, concernant notamment Antigua, qui figurent dans l'édition de mai 2007 du Rapport semblent avoir été supprimées dans l'édition d'octobre.¹¹⁹ Bien que ces révisions soient importantes, elles ne sont peut-être pas suffisantes pour discréditer les données de GBGC, en particulier parce que les modifications des données d'Antigua pour les dernières années sont moins marquées. Toutefois, si les données de GBGC devaient être utilisées, nous prendrions soin d'obtenir une confirmation supplémentaire de l'ordre de grandeur des recettes d'Antigua provenant des jeux à distance pendant ces années.

c) Rapport entre les données de GBGC sur les recettes des jeux à distance et les exportations d'Antigua de services de jeux à distance vers les États-Unis

i) *Arguments des parties*

3.93 Les États-Unis se demandent dans quelle mesure les recettes d'Antigua provenant des jeux à distance, d'après les données de GBGC, constituent des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis.¹²⁰ Ils notent que les données de GBGC indiquent tout au plus les recettes provenant des jeux obtenues de personnes situées en Amérique du Nord par les opérateurs établis et/ou titulaires d'une licence quelque part dans l'hémisphère occidental. Les données ne prétendent pas indiquer quelles recettes reviennent effectivement à tel ou tel territoire.¹²¹

3.94 Trois questions semblent se poser. Premièrement, les données de GBGC ne rendent pas compte des recettes de jeux d'Antigua provenant des États-Unis mais rendent compte seulement des recettes supposées qu'elle tire des jeux à distance en provenance du monde entier ou des recettes

¹¹⁹ Nous ne pensons pas non plus qu'il soit approprié de parler d'une incohérence des données si la somme des chiffres par pays figurant dans une édition du Rapport est supérieure à celle des données agrégées régionales correspondantes figurant dans une autre édition, mais pas dans la même édition.

¹²⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 43.

¹²¹ Observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua aux questions n° 38, 39 et 40 de l'arbitre, paragraphe 60.

mondiales des jeux à distance en provenance d'Amérique du Nord.¹²² Deuxièmement, les États-Unis considèrent que la méthode de GBGC n'est pas suffisamment claire pour ce qui est de la façon dont les recettes ont été estimées et de la façon dont les parts du pays dans l'offre et la demande ou les produits de jeux spécifiques ont été déterminées. De ce fait, on ne sait pas très bien si les recettes ont été imputées en fonction du lieu où existaient des licences, du lieu où se trouvaient les opérations ou du lieu où était établi le siège des sociétés.¹²³ Les États-Unis soutiennent que le fait qu'un site Web ait une licence à Antigua n'indique pas nécessairement à quel endroit ses opérations ont lieu.¹²⁴ Les sites Web peuvent obtenir des licences sur de nombreux territoires à des fins commerciales ou autres, tout en opérant à partir d'un territoire totalement différent.¹²⁵ En conséquence, les États-Unis considèrent qu'il est difficile de savoir comment les recettes des sociétés ayant des licences sur plusieurs territoires sont imputées à un pays particulier. Ils notent que GBGC impute les recettes sur la base des opérations du serveur mais qu'aucune explication n'est donnée des suppositions sous-jacentes eu égard à la déclaration de GBGC selon laquelle "étant donné la complexité des structures de certaines des organisations opérant dans le secteur des jeux en ligne, GBGC est obligé de faire certaines suppositions à cet égard".¹²⁶ Troisièmement, les États-Unis font valoir que, pour que les recettes des jeux puissent effectivement être considérées comme une exportation d'Antigua, il faut qu'elles soient générées par des opérations sur Internet ayant lieu effectivement à Antigua et qu'elles reviennent à ces mêmes opérations à Antigua. Sans cela, ces recettes ne seraient pas associées à une exportation de services d'Antigua, et une réduction de leur niveau ne saurait être considérée comme une annulation ou une réduction d'avantages subie par Antigua.¹²⁷ Les États-Unis notent qu'Antigua a admis qu'une bonne partie des recettes de jeux associées aux sites Web ayant une licence à Antigua sont déposées dans des banques étrangères par des ressortissants étrangers et ne reviennent jamais à Antigua.¹²⁸ Les États-Unis expliquent ensuite qu'Antigua peut faire office de point de vente pour les propriétaires d'entreprises de pays tiers. Ses exportations seraient évaluées en fonction des paiements qu'elle reçoit de sociétés étrangères pour ses services de vente, ce qui représenterait une modeste fraction des recettes alléguées.¹²⁹

3.95 Sur le premier point, Antigua présente une lettre de GBGC indiquant qu'il estime que la part historique des recettes des jeux à distance d'Antigua provenant des États-Unis représente entre 80 et 90 pour cent de ses recettes totales. Antigua note en outre que certains de ses opérateurs ont estimé, dans des conversations, que les recettes provenant des États-Unis représentaient entre 90 et 95 pour cent et que la Direction des jeux d'Antigua utilise un chiffre de 80 pour cent. Antigua fait aussi référence à certaines sociétés cotées en bourse qui font état d'estimations analogues.¹³⁰ Sur le deuxième point, Antigua note que les recettes des jeux à distance sont imputées aux pays en fonction de l'emplacement du serveur qui traite les paris, méthode employée non seulement par GBGC¹³¹, mais aussi dans le rapport de 2006 établi à la demande de la Commission européenne. En ce qui concerne le troisième point, Antigua affirme que les États-Unis ont tort de dire que les recettes générées par une opération à Antigua ne comptent pas comme une exportation d'Antigua si elles reviennent à des

¹²² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 41; et réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 44. En d'autres termes, les données peuvent inclure les recettes provenant des exportations de services de jeux à distance vers des destinations autres que les États-Unis et éventuellement les recettes intérieures.

¹²³ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 45.

¹²⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 11 de l'arbitre, paragraphe 18.

¹²⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 35 de l'arbitre, paragraphe 38.

¹²⁶ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphe 17.

¹²⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 11 de l'arbitre, paragraphe 18.

¹²⁸ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 106, paraphrasée par les États-Unis dans leur réponse à la question n° 11 de l'arbitre, paragraphe 18.

¹²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 43.

¹³⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 14 de l'arbitre, page 17, pièce AB-14 et pièce AB-17.

¹³¹ Réponse d'Antigua à la question n° 26 e) de l'arbitre, pages 25 et 26 et pièce AB-14.

"ressortissants étrangers" ou si elles sont déposées dans des "banques étrangères". Elle note que, pour le calcul du PIB (indicateur le plus pertinent pour évaluer les recettes générées sur un territoire particulier par rapport au PNB), il n'est pas important de savoir qui possède les sociétés antiguaises ni où vont les bénéfices pour autant que les recettes des jeux à distance sont obtenues grâce à la fourniture de services informatiques à Antigua.¹³² Antigua note en outre que toutes les recettes provenant des jeux à distance devraient être considérées comme des exportations car il n'y a pas de marché intérieur pour ces services.¹³³

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.96 En ce qui concerne la question de savoir dans quelle mesure les recettes globales d'Antigua provenant des jeux à distance constituent des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis, nous regrettons tout d'abord que les données de GBGC sur les recettes pour Antigua ne soient présentées qu'au niveau mondial et non par destination, en particulier pour ce qui est des recettes provenant des États-Unis. Nous observons à cet égard que les statistiques du commerce des services mentionnées par les États-Unis ne sont pas non plus disponibles sur une base bilatérale. Les éléments de preuve empiriques présentés par Antigua, bien qu'ils ne soient pas satisfaisants, donnent au moins une indication de la part des États-Unis dans les recettes d'Antigua provenant des jeux à distance.

3.97 En ce qui concerne l'existence de licences multiples sur différents territoires, il nous semble raisonnable que les recettes soient imputées aux pays en fonction du lieu où le service est produit (c'est-à-dire où les paris sont traités, etc.). En l'absence de toute preuve du contraire, l'emplacement du serveur nous semble être un indicateur acceptable pour déterminer où le service est produit. C'est ce que GBGC prétend faire en règle générale bien que nous ne soyons pas en mesure de vérifier, à partir des renseignements qui nous ont été fournis, si cela est fait de manière approfondie et si un recoupement est effectué pour vérifier la cohérence. Toutefois, l'évolution des recettes d'Antigua et de certains concurrents de la région au fil des années indique vaguement que GBGC tient bien compte des variations des recettes consécutives à d'éventuels changements d'emplacement des serveurs.

3.98 Enfin, nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel, pour que les recettes des jeux soient considérées comme une exportation d'Antigua, il faut qu'elles soient générées par des opérations Internet implantées à Antigua. Toutefois, nous ne comprenons pas pourquoi les États-Unis prétendent que ces recettes cessent d'être une exportation d'Antigua si elles ne reviennent pas à ces mêmes opérations, par exemple parce que les paiements sont reçus par un propriétaire étranger ou sont effectués sur un compte bancaire étranger. En ce qui concerne les questions conceptuelles relatives aux exportations/aux importations, nous nous référons à la cinquième édition du Manuel de la balance des paiements du FMI publiée en 1993, notant aussi que les États-Unis eux-mêmes utilisent pour leurs calculs les statistiques de la balance des paiements du FMI. Le Manuel précise que, en dépit de son appellation, la balance des paiements ne rend pas compte des paiements, au sens usuel du terme, mais des transactions (paragraphe 26). Une transaction se définit comme un "flux économique découlant de la création, de la transformation, de l'échange, du transfert ou de l'extinction d'une valeur économique et faisant intervenir le transfert de propriété de biens ou d'actifs financiers, la prestation de services ou la fourniture de travail et de capital" (paragraphe 13). Le Manuel indique que la balance des paiements enregistre les transactions entre résidents et non-résidents (et non entre nationaux et étrangers). La notion de résidence est fondée sur le pôle d'intérêt économique des agents. Nous notons en particulier, qu'une entreprise est réputée avoir un pôle d'intérêt économique et être une entité résidente d'un pays dès lors qu'elle y exerce sur une échelle appréciable des activités de production de biens ou de services (paragraphe 73). Nous en concluons que, comme le suggère Antigua, un service "produit" par un résident et fourni à un non-résident devrait être considéré comme

¹³² Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 13 et 14.

¹³³ Observations d'Antigua sur la réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, page 25.

une exportation du pays même si le résident est un ressortissant étranger ou si le paiement est effectué sur un compte bancaire non-résident. Nous pensons donc que ces éléments ne peuvent pas constituer des éléments de preuve concluants indiquant que les services de jeux à distance qu'Antigua vend aux États-Unis sont en fait "produits" ailleurs, et nous n'avons obtenu aucun élément de preuve indiquant où cette production aurait lieu, si ce n'est à Antigua.

d) Rapport entre les données de GBGC sur les recettes des jeux à distance et les exportations déclarées d'Antigua et le PIB

i) *Arguments des parties*

3.99 Les États-Unis font valoir que les données de GBGC ne correspondent pas aux données sur les exportations et le PIB d'Antigua.¹³⁴ Ils affirment que les données de GBGC sont incompatibles avec les statistiques économiques officielles établies par les institutions internationales comme la Banque centrale des Caraïbes orientales, le Fonds monétaire international et l'OMC.¹³⁵ Les États-Unis fournissent des données provenant de toutes ces sources qui montrent que les exportations d'Antigua d'"autres services" (ECCB), d'"autres services aux entreprises" (FMI) et d'"autres services commerciaux" (OMC), qui devraient inclure les services de jeux, ne représentent pas plus de 50 millions de dollars environ par an au cours des dernières années et, partant, sont d'un ordre de grandeur totalement différent du montant de 1 à 2 milliards de dollars des recettes provenant des jeux à distance, cité par Antigua sur la base des données de GBGC.¹³⁶ Les États-Unis présentent aussi des données de l'ECCB sur l'évolution du PIB d'Antigua, notant là encore des incohérences, les recettes alléguées des jeux à distance dépassant le PIB total annuel et leurs variations n'étant pas prises en compte dans le PIB.¹³⁷

3.100 Les États-Unis reconnaissent que les exportations peuvent dépasser la valeur du PIB d'un pays, comme c'est le cas, par exemple, à Singapour, où les exportations de biens et de services en 2005 ont été supérieures de 143 pour cent au PIB. Ils affirment cependant que les recettes nettes alléguées d'Antigua provenant des exportations de services de jeux sur Internet en 2001, ajoutées à ses exportations déclarées de biens et de services dépasseraient la valeur de son PIB de plus de 300 pour cent, soit deux fois plus qu'à Singapour, pays dont le ratio des exportations au PIB est le plus élevé du monde, sur la base des données officielles. Ils concluent donc que, même en admettant que les exportations peuvent dépasser et dépassent effectivement le PIB, les allégations d'Antigua sont si démesurées par rapport à l'expérience d'autres Membres que la comparaison avec le PIB peut permettre de douter des allégations d'Antigua concernant les exportations.¹³⁸

3.101 Les États-Unis notent en outre que, même si les recettes d'exportation d'Antigua provenant des services de jeux n'étaient pas enregistrées (elles auraient été de l'ordre de 2,4 milliards de dollars en 2001), Antigua n'a pas allégué que ses importations de 2001, d'un montant de 483 millions de dollars, sont sous-enregistrées, ce qui aurait pu contrebalancer les fortes augmentations alléguées des recettes d'exportation provenant des jeux.¹³⁹ Par conséquent, l'excédent n'aurait pu découler que de la valeur ajoutée supplémentaire non enregistrée dans l'économie d'Antigua elle-même, ce qui correspondrait à un PIB supérieur de près de 360 pour cent à son PIB officiellement déclaré. Les

¹³⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphes 49 à 51.

¹³⁵ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 30 et 38.

¹³⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 31 et 32 et 36 et 37 et pièce US-2.

¹³⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 33 à 35.

¹³⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 33 de l'arbitre, paragraphe 33.

¹³⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 33 de l'arbitre, paragraphe 34; et observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua aux questions n° 38, 39 et 40 de l'arbitre, paragraphe 59.

États-Unis considèrent qu'une sous-estimation aussi énorme de la taille de l'économie antiguaise n'est pas plausible.¹⁴⁰

3.102 Les États-Unis ajoutent que l'incidence des entrées et des sorties massives alléguées de recettes entre 1999 et 2005 aurait dû être ressentie dans le reste de l'économie antiguaise et aurait été mesurée par l'ECCB et par le FMI.¹⁴¹ En particulier, les États-Unis notent que, d'après la note de bas de page 46 de la réponse d'Antigua à la question n° 39 de l'arbitre, les données examinées par l'ECCB dans ses rapports sur la balance des paiements comprennent "les états financiers et les relevés de change communiqués à l'ECCB par les banques commerciales ainsi que le rapport financier de l'ECCB". Les États-Unis font valoir que les recettes provenant des jeux et les flux monétaires correspondants ainsi que les utilisations de ces recettes, notamment pour la consommation intérieure et les importations, devraient apparaître dans la comptabilité de la balance des paiements basée sur les transactions bancaires, même si les opérateurs retiennent systématiquement l'information sur le niveau de leurs recettes provenant des jeux. Toutefois, les statistiques de la balance des paiements de l'ECCB, présentées par Antigua, n'indiquent aucune entrée monétaire de l'ordre de grandeur allégué par Antigua.¹⁴² Les États-Unis observent en outre que, dans certaines années, les recettes des jeux ont apparemment diminué, par exemple de 693 millions de dollars en 2003, soit l'équivalent de 92 pour cent du PIB, alors que le PIB avait augmenté de 40 millions de dollars.¹⁴³

3.103 Enfin, les États-Unis affirment que les points relatifs à l'explication donnée par Antigua sur l'utilisation antérieure d'une estimation de 10 pour cent du PIB sont parmi les déclarations les plus plausibles et les plus pertinentes qu'Antigua ait faites au sujet de son niveau d'annulation ou de réduction d'avantages. Ils se réfèrent en particulier à la déclaration d'Antigua selon laquelle ce chiffre était basé sur des estimations de l'incidence directe du secteur sur le pays pour ce qui des salaires payés, des loyers et des achats intérieurs et des dépenses directes analogues et sur des corrélations établies entre l'emploi estimé et la taille de la main-d'œuvre nationale globale. Les États-Unis estiment que ce chiffre est une estimation plus réaliste car n'importe quel gouvernement tiendrait compte des entrées économiques qui pèsent sur le reste de l'économie, les retombées sur la consommation et l'emploi étant les principaux facteurs de la croissance ou du déclin économique global.¹⁴⁴

3.104 Antigua rejette les comparaisons faites par les États-Unis entre ses recettes de jeux alléguées et ses données officielles sur les exportations et le PIB.¹⁴⁵ Antigua fait valoir que les données de l'ECCB semblent être la source des statistiques du FMI et de l'OMC citées par les États-Unis¹⁴⁶ et que l'ECCB a confirmé que ses données ne comprenaient pas les recettes des opérateurs qui avaient une licence pour fournir des services de paris et de jeux interactifs puisque ces opérateurs ne faisaient pas de déclaration.¹⁴⁷ De plus, Antigua conteste la pertinence des comparaisons historiques des ratios commerce-PIB, des comparaisons avec des territoires où il n'existe pas de secteur des jeux à distance ou des comparaisons avec le secteur des jeux non à distance. Elle affirme que les jeux à distance sont

¹⁴⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 33 de l'arbitre, paragraphe 34.

¹⁴¹ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 53.

¹⁴² Observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua aux questions n° 38, 39 et 40 de l'arbitre, paragraphes 61 et 62.

¹⁴³ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 53.

¹⁴⁴ Observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 37 de l'arbitre, paragraphe 57.

¹⁴⁵ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 105.

¹⁴⁶ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 102; pièce AB-11.

¹⁴⁷ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 102; pièce AB-12. Plus précisément, la lettre de l'ECCB dit que "la Loi d'Antigua-et-Barbuda sur les statistiques ne peut imposer à ces entités l'obligation de communiquer des données". Auparavant, Antigua avait expliqué dans sa note méthodologique, sur la base d'un entretien téléphonique avec les services de l'ECCB, que "les opérateurs de jeux à distance avaient été peu nombreux à répondre aux enquêtes relatives au PIB" et que ceux qui y avaient répondu "avaient rarement déclaré une composante essentielle du PIB – les bénéfices" (note de bas de page 5 de la note méthodologique).

une forme de commerce sans précédent et que les seules comparaisons pertinentes dans le présent arbitrage devraient être faites entre Antigua et des petites économies ayant une situation analogue et un secteur des jeux à distance, comme le territoire de Khanawake, pour lequel les données de GBGC font apparaître des recettes provenant des jeux à distance analogues à celles d'Antigua.¹⁴⁸

3.105 Antigua critique en outre la façon dont les États-Unis calculent les ratios des exportations au PIB. Elle note que les États-Unis majorient le numérateur (exportations de biens et de services d'Antigua) du montant allégué des recettes provenant des jeux à distance, mais laissent le dénominateur inchangé (PIB déclaré à l'ECCB). Antigua allègue que, pour effectuer ce calcul correctement, le dénominateur devrait être majoré de la valeur ajoutée des jeux à distance pour son PIB. En faisant certaines hypothèses au sujet des bénéfices, comme l'ont suggéré les États-Unis, Antigua affirme que, de cette façon, son ratio des exportations au PIB serait analogue à celui des économies de référence.¹⁴⁹

3.106 Antigua ajoute que, outre les recettes non déclarées provenant des jeux à distance, les dépenses devraient aussi être prises en compte pour déterminer l'incidence réelle sur le PIB du secteur des jeux à distance. En particulier, Antigua note que, si certaines dépenses intérieures des opérateurs – salaires des employés, dépenses afférentes aux installations, etc. – pouvaient être enregistrées dans le PIB – même si elles ne sont pas effectivement déclarées par les opérateurs – beaucoup d'autres ne le seraient pas. En particulier, Antigua affirme que les principales dépenses des exploitants de jeux à distance, à savoir les services financiers, la publicité, les ordinateurs, les serveurs et le développement d'autres matériels et logiciels, ont lieu essentiellement, sinon exclusivement, en dehors de son territoire, c'est-à-dire qu'une grande partie des "intrants" sont importés et qu'une part considérable des bénéfices sont expatriés.¹⁵⁰ Antigua note que ni les recettes ni les dépenses des opérateurs antiguais ne sont prises en compte par l'ECCB dans le calcul du PIB d'Antigua.¹⁵¹

3.107 Enfin, Antigua indique quelques raisons supplémentaires pour lesquelles les recettes provenant des jeux à distance n'apparaissent pas dans les chiffres du PIB. En particulier, elle souligne qu'une part importante de l'effet d'"entraînement" des recettes des jeux à distance dans l'économie peut se faire sentir dans le secteur des jeux à distance ou dans d'autres secteurs de l'économie qui font l'objet de déclarations incomplètes ou inexactes ou qui sont sous-représentés (caractéristique courante des économies en développement). Sur le point particulier de savoir pourquoi le recul du secteur des jeux à distance ne semble pas affecter le PIB, Antigua affirme que les activités dans les secteurs déclarés de son économie qui sont influencées par les recettes provenant des jeux à distance ont diminué dans une certaine mesure avec le recul de ce secteur; il ne serait donc pas étonnant de voir un effet de substitution au sein de l'économie, contribuant par essence à atténuer autant que possible les pertes.¹⁵²

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.108 En ce qui concerne le rapport entre les données de GBGC pour Antigua et les exportations et le PIB déclarés d'Antigua, par exemple d'après les statistiques du FMI, nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel i) les recettes alléguées d'Antigua provenant de l'exportation de services de jeux à distance paraissent importantes par rapport aux autres exportations d'Antigua et en pourcentage du PIB et ii) même si des recettes ne sont pas déclarées, il devrait y avoir une trace des transactions correspondantes dans la balance des paiements d'Antigua. Sur le premier point, nous considérons que

¹⁴⁸ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 19 et 20.

¹⁴⁹ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, page 20.

¹⁵⁰ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 106; et observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 20 et 21.

¹⁵¹ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 20 et 21.

¹⁵² Réponse d'Antigua à la question n° 46 b) de l'arbitre, page 38.

les jeux à distance sont un phénomène relativement récent et que les marges de recettes ont pu être extraordinaires au début, en particulier pour les premiers entrants sur le marché, et ont permis de recettes qui paraissent élevées par comparaison avec les recettes d'exportation traditionnelles. Nous notons que, dans les autres économies mentionnées par les parties, les recettes provenant des jeux à distance peuvent également être considérables par rapport aux autres recettes d'exportation et peuvent entraîner une augmentation substantielle du ratio du commerce au PIB. Cela peut être encore plus marqué dans les petites économies moins diversifiées qui enregistrent habituellement des déficits courants importants.¹⁵³ Néanmoins, d'après les quelques renseignements dont nous disposons, nous avons tendance à penser que les chiffres initiaux des recettes d'Antigua basés sur l'édition de mai 2007 de la base de données de GBGC paraissent exagérés par rapport à tous les niveaux historiques. Les révisions importantes effectuées par GBGC dans l'édition d'octobre 2007 corroborent cette appréciation. Même à supposer que les chiffres d'octobre 2007 pour Antigua dans les premières années aient été corrects (bien qu'ils semblent encore généreux), nous avons des raisons de penser que des recettes aussi exceptionnelles doivent être un phénomène temporaire et disparaissent rapidement sous l'effet de la concurrence. Nous reviendrons plus loin sur la question de la concurrence, mais nous notons d'ores et déjà que des ajustements paraissent nécessaires, même pour les chiffres d'octobre 2007, pour rendre ces chiffres plus conformes aux autres statistiques économiques.

3.109 Sur le deuxième point évoqué au paragraphe précédent, nous pensons, comme les États-Unis, que des recettes d'exportation considérables indiqueraient une valeur ajoutée importante dans l'économie d'Antigua et, partant, des augmentations correspondantes du PIB, à moins qu'elles ne soient contrebalancées par d'autres postes de la balance des paiements, notamment les importations. En fait, il se peut fort bien que, malgré des recettes substantielles, la contribution nette du secteur des jeux à distance aux comptes extérieurs et au PIB soit faible si, comme le dit Antigua, il existe d'importantes importations liées aux jeux (notamment, services bancaires, services de publicité, etc.) et si les bénéfices sont transférés à l'étranger, le secteur étant principalement sous contrôle étranger. Alors qu'Antigua allègue que les recettes et les dépenses ne sont pas déclarées, les États-Unis notent que l'ECCB et le FMI calculent la balance des paiements d'Antigua non seulement sur la base d'enquêtes auprès des entreprises (auxquelles les exploitants de jeux à distance peuvent ne pas répondre, de sorte que ni les recettes ni les dépenses ne sont déclarées) mais aussi sur la base des états financiers et des relevés de change communiqués par les banques commerciales, dans lesquels certaines de ces transactions devraient apparaître. Nous avons demandé des explications sur ce point à l'ECCB et au FMI. Dans sa lettre datée du 13 décembre 2007, le FMI confirme que les statistiques relatives à la balance des paiements d'Antigua-et-Barbuda, qui sont compilées par l'ECCB et fournies au FMI, n'identifient pas séparément les services de jeux à distance et que le montant correspondant à l'agrégat des services personnels, culturels et relatifs aux loisirs est nul pour toutes les années mentionnées dans le rapport *Balance of Payments Yearbook* de 2006 du FMI. De plus, le FMI note que les formulaires de rapport d'enquête utilisés par l'ECCB n'indiquent pas où les services de jeux sont identifiés ou couverts séparément, et que la description des données relatives à la balance des paiements compilées par l'ECCB et figurant dans la partie III du rapport *Balance of Payments Yearbook* ne fait pas référence aux services de jeux. Toutefois, le FMI confirme aussi que les transactions liées aux jeux peuvent être prises en compte dans le compte financier parce que les transactions financières sont, dans une certaine mesure, notifiées par les banques commerciales et les transactions des exploitants de sites de jeux seraient une composante indifférenciée des agrégats d'opérations financières plus vastes notifiés par ces institutions.¹⁵⁴ De même, les transactions liées

¹⁵³ Selon nous, les calculs effectués par Antigua, qui majorent à la fois ses exportations et son PIB du montant des recettes alléguées provenant des jeux à distance, ne présentent guère d'intérêt. Il est vrai qu'il serait erroné d'ajuster les exportations de ce montant tout en laissant le PIB inchangé si celui-ci est effectivement affecté, mais c'est précisément ce qu'Antigua dit ne pas être le cas, vu que la plupart de ses recettes sont contrebalancées par des importations et des bénéfices expatriés, comme nous le verrons plus loin.

¹⁵⁴ Si les États-Unis, dans les observations qu'ils ont formulées au sujet de la lettre du FMI, considèrent que ce point confirme que, dans les statistiques économiques officielles d'Antigua concernant ses transactions

aux jeux, telles que les importations de services fournis aux entreprises et le rapatriement des bénéfices par les exploitants de sites de jeux, devraient être couvertes par les données figurant dans le *Yearbook*, mais seraient aussi des composantes indifférenciées d'agrégats plus vastes. Le FMI conclut qu'il ne peut pas dire dans quelle mesure les données présentées sont exhaustives dans les faits. En conséquence, nous sommes sûrs qu'il nous serait également difficile, voire impossible, de faire une estimation raisonnée des inscriptions à la balance des paiements d'Antigua qui, en outre, ne présentent pas, sur les dernières années, des ordres de grandeur ou des changements inhabituels.

- e) Absence d'éléments de preuve directs concernant les recettes des exploitants de jeux à distance titulaires d'une licence à Antigua et comparaison entre les données relatives aux recettes des jeux à distance établies par GBGC et les chiffres provenant d'autres sources

i) *Arguments des parties*

3.110 Les États-Unis font observer qu'Antigua allègue qu'elle a exempté les exploitants titulaires d'une licence à Antigua de toute forme de prescriptions en matière de notification officielle¹⁵⁵, mais admet ensuite que les pouvoirs publics disposent en fait d'états financiers pour les sociétés de jeux dont les opérations sont implantées à Antigua, lesquels pourraient étayer ou réfuter les données de GBGC.¹⁵⁶ Les États-Unis estiment qu'Antigua ne devrait pas être récompensée de ne pas avoir divulgué de tels renseignements qui auraient pu être fournis avec des modifications ou sous forme de tableaux récapitulatifs afin de protéger la vie privée ou par crainte de poursuites. Ils font observer qu'Antigua n'explique même pas si elle a examiné ces états financiers ou si les données figurant dans ces états concordent avec les estimations de GBGC. Les États-Unis en concluent que les chiffres réels n'étaient pas les allégations qu'Antigua a formulées en se fondant sur les données de GBGC, sans quoi Antigua aurait utilisé ces chiffres, et que l'on peut tirer des déductions défavorables du fait qu'une partie à un différend refuse de fournir des renseignements pertinents.¹⁵⁷

3.111 Antigua confirme que les exploitants de jeux à distance d'Antigua sont soumis à un certain nombre d'obligations en matière de notification. Ils sont notamment tenus de permettre, au moins une fois par an, à la Direction des jeux d'Antigua d'avoir accès aux livres, comptes et états financiers de chaque titulaire de licence et de les examiner.¹⁵⁸ Antigua refuse cependant de divulguer les renseignements financiers émanant des exploitants d'Antigua, principalement parce que les États-Unis ont utilisé par le passé des documents fournis par des entreprises publiques pour engager des poursuites pénales.¹⁵⁹ Antigua cite seulement des bénéfices bruts de 895,7 millions de dollars EU que cinq exploitants de jeux à distance d'Antigua ont communiqués à titre confidentiel pour 2005 à la Direction des jeux offshore (Division des jeux, Commission de réglementation des services financiers). Ces renseignements figurent dans une lettre adressée par le Directeur des jeux à M. Mark Mendel, le 1^{er} octobre 2007, aux fins de la présente procédure.¹⁶⁰

3.112 Antigua communique par contre d'autres sources qui offrent des données sur le marché des jeux à distance d'un même ordre de grandeur que les données de GBGC, y compris le rapport de

bancaires commerciales, il ne figure nulle part de niveaux de dépôts financiers approchant les milliards de dollars de recettes allégués par Antigua, Antigua, formulant des observations sur la lettre du FMI, souligne que le secteur des jeux à distance n'utilise pas, et n'a pas utilisé, les banques commerciales d'Antigua pour les transactions relatives aux jeux.

¹⁵⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 1 de l'arbitre, paragraphe 3.

¹⁵⁶ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 22 et 23; et réponse d'Antigua à la question n° 28 de l'arbitre, pages 27 et 28.

¹⁵⁷ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 22 et 23.

¹⁵⁸ Réponse d'Antigua à la question n° 28 de l'arbitre, pages 27 et 28.

¹⁵⁹ Réponse d'Antigua à la question n° 27 de l'arbitre, pages 26 et 27.

¹⁶⁰ Communication écrite d'Antigua: pièce AB-10.

l'Office de la comptabilité publique des États-Unis intitulé "Internet Gambling: An Overview of the Issues".¹⁶¹ Antigua fait aussi observer que les estimations des recettes fondées sur les données historiques concernant le secteur des jeux à distance au niveau mondial, élaborées par Christiansen/Cummings Associates, Inc. (apparemment rebaptisé par la suite Christiansen Capital Advisers, CCA), une société de consultants basée aux États-Unis, étaient similaires aux données de GBGC.¹⁶² À notre demande portant sur l'évolution de la taille du marché des États-Unis, Antigua a spécifiquement fourni des données sur les recettes brutes des jeux aux États-Unis ainsi que les données de CCA sur les recettes des jeux sur Internet aux États-Unis, publiées pour les années 1995 à 1997 (recettes brutes seulement) et 1999 à 2006 dans la publication intitulée "International Gaming & Wagering".¹⁶³ On trouve également des données concernant le marché des États-Unis dans le rapport statistique trimestriel sur les jeux en lignes de GBGC (numéro de mai et octobre 2007) sur les recettes annuelles des jeux à distance ventilées par région et par pays, y compris les États-Unis, et pour quatre types d'activités de jeux. Antigua note que les données de GBGC et de CCA sur le marché des jeux à distance des États-Unis pour 2006 sont également du même ordre de grandeur.¹⁶⁴

3.113 Antigua fournit aussi des données sur les recettes et sur l'emploi pour les années 2001 (pour certaines sociétés 2003) à 2006 pour des sociétés cotées en bourse qui opèrent dans le secteur des jeux en ligne et qui, pour certaines, sont titulaires d'une licence à Antigua.¹⁶⁵ Antigua fait observer qu'il y a de grandes disparités entre les sociétés pour ce qui est des recettes par employé. Cela peut s'expliquer par le fait que les sociétés offrant leurs services sur Internet proposent des degrés divers de services aux clients (service d'aide à la clientèle ou acceptation de paris par téléphone). Antigua conclut cependant que les recettes communiquées par employé, multipliées par le nombre d'employés, correspondent en gros aux recettes signalées par GBGC pour les exploitants d'Antigua.¹⁶⁶ Pour vérifier cela, Antigua fournit des renseignements de la Direction des jeux, notamment sur le nombre de personnes directement employées par les titulaires d'une licence pour la période allant de 1998 (2000 pour l'emploi) à 2007 (ce qui remplace l'estimation précédente d'Antigua qui était de 3 000 employés en 1999, chiffre qui tenait compte à la fois des emplois directs et indirects).¹⁶⁷ Antigua fait aussi référence à un rapport établi à la demande de la Commission européenne en 2006, qui donne des estimations de l'emploi total et des recettes totales pour le secteur des jeux à distance dans les CE et fait état d'environ 1 million de dollars EU de recettes par employé en 2006.¹⁶⁸ Elle estime que ces chiffres, de même que des comparaisons avec d'autres sociétés de commerce électronique, montrent l'importance des recettes qui peuvent être générées par un nombre relativement faible d'employés dans ce secteur extrêmement technique et automatisé.¹⁶⁹

3.114 Les États-Unis allèguent qu'il ne faudrait pas accorder de poids aux données de CCA étant donné qu'Antigua n'a pas fourni de copies des documents de CCA cités ni de renseignements quant aux sources de CCA. De plus, ils allèguent que les chiffres apparaissant sur le site Web de CCA ne correspondent apparemment pas à la description qu'en donne Antigua.¹⁷⁰ Concernant notre demande

¹⁶¹ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 3 à 7.

¹⁶² Communication écrite d'Antigua, paragraphes 95 à 98.

¹⁶³ Réponses d'Antigua à la question n° 24 de l'arbitre, pages 19 et 20.

¹⁶⁴ Réponses d'Antigua à la question n° 25 de l'arbitre, pages 23 à 25 et pièce AB-14 1) et AB-14 2). Antigua estime aussi que la demande des États-Unis en matière de services de jeux à distance, en particulier de paris sportifs, est "astronomique", et fournit, outre les estimations de GBGC, d'autres opinions d'experts concernant le potentiel que cela représente. Réponse d'Antigua à la question n° 45 a) de l'arbitre, pages 35 à 37.

¹⁶⁵ Réponse d'Antigua aux questions n° 22 et 30 de l'arbitre, pages 19, 28 et 29 et pièce AB-17.

¹⁶⁶ Réponse d'Antigua à la question n° 30 de l'arbitre, pages 28 et 29.

¹⁶⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, pages 18 et 19.

¹⁶⁸ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 6 et 7.

¹⁶⁹ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, page 22; et réponses d'Antigua aux questions, pièce AB-17.

¹⁷⁰ Observations des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 24 de l'arbitre, paragraphes 55 et 56.

de données relatives à la taille du marché des jeux à distance des États-Unis, sinon au niveau national du moins au niveau des différents États, les États-Unis font observer que puisque les services de jeux qu'Antigua souhaite fournir sont actuellement délictueux aux États-Unis, il n'existe pas de statistiques officielles sur ces activités. Ils déclarent également qu'ils n'ont pas de renseignements sur les statistiques dont pourraient disposer les États concernant les jeux à distance.¹⁷¹ Cependant, ils fournissent des données relatives à la consommation (tirées des statistiques du Bureau des analyses économiques (BEA) du Département du commerce des États-Unis sur les dépenses de consommation des particuliers par type de produits) pour le marché des jeux non à distance, y compris les séries chronologiques annuelles pour la période allant de 1995 à 2006 sur les recettes nettes du pari mutuel, qui proviendraient à 90 pour cent des paris hippiques.¹⁷²

3.115 Les États-Unis contestent que les données relatives aux recettes par employé pour diverses sociétés, fournies par Antigua, puissent être utilisées pour estimer les recettes que tire Antigua des jeux à distance puisque les sources de ces données ne figurent pas dans les réponses d'Antigua¹⁷³ et que la fourchette des valeurs présentées est large et fait référence aux "grandes sociétés de jeux à distance", selon toute vraisemblance à l'exclusion des sociétés de jeux en ligne qui rencontrent moins de succès et dont les recettes par employé seraient bien inférieures.¹⁷⁴

3.116 Les États-Unis admettent que les données fournies par Antigua sur le nombre d'employés travaillant dans le secteur des services de jeux en ligne semblent moins fantaisistes que ses prédictions concernant les recettes établies sur la base des données de GBGC. Les États-Unis notent également que les chiffres relatifs à l'emploi sont sensiblement inférieurs au chiffre de 3 000 employés avancé auparavant par Antigua. Les États-Unis estiment que ces données relatives à l'emploi sont plus utiles que les estimations d'Antigua concernant les recettes pour évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. Les États-Unis notent qu'Antigua déclare qu'elle avait en moyenne quelque 450 employés, au cours des cinq dernières années civiles (2002 à 2006), bien qu'on ne sache pas combien d'entre eux travaillaient dans les jeux en rapport avec des citoyens américains, ni dans un secteur particulier tel que les courses de chevaux.¹⁷⁵ Les États-Unis font cependant aussi observer que le nombre d'employés a augmenté entre 2002 et 2005, alors qu'au cours de la même période, le détail des chiffres de GBGC concernant les recettes tirées par Antigua des jeux à distance montre un recul, ce qui jette un nouveau doute sur l'exactitude des chiffres de GBGC.¹⁷⁶

ii) Analyse de l'arbitre

3.117 Il aurait sans aucun doute été utile que les exploitants de jeux à distance d'Antigua fournissent directement des renseignements, en particulier des états financiers. Cependant, il n'apparaît pas très clairement si les prescriptions en matière de rapports financiers visant les exploitants de jeux à distance d'Antigua permettent aux pouvoirs publics de ne pas divulguer ces renseignements. Antigua déclare simplement que ces sociétés doivent "permettre à la Direction des jeux, au moins une fois par an, *d'avoir accès aux livres, comptes et états financiers et de les examiner*" (pas d'italique dans

¹⁷¹ Réponse des États-Unis aux questions n° 1 et 24 de l'arbitre, paragraphes 3 et 30.

¹⁷² Réponse des États-Unis à la question n° 24 de l'arbitre, paragraphe 31.

¹⁷³ Les États-Unis reconnaissent cependant que les données relatives aux recettes annuelles totales des exploitants de jeux cotés en bourse et basés au Royaume-Uni sont disponibles sur les sites Web de ces sociétés mais ils disent ne pas connaître de sources de données pour ce qui concerne les chiffres relatifs à l'emploi ou les chiffres ventilés par activité ou par pays. Réponse des États-Unis à la question n° 22 de l'arbitre, paragraphe 24.

¹⁷⁴ Observations des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 22 de l'arbitre, paragraphes 51 à 53.

¹⁷⁵ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 24 et 25.

¹⁷⁶ Observations des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, paragraphe 50.

l'original).¹⁷⁷ Nous pensons ne pas être en mesure d'émettre un jugement sur l'utilisation de ce type de renseignements dans des procédures pénales aux États-Unis par le passé, et nous n'en émettons pas. Nous estimons néanmoins qu'il devrait être possible d'obtenir sur ces sociétés, même à partir d'une base de renseignements limitée ou informelle, des renseignements d'ensemble qui tiennent compte du caractère sensible des données spécifiques à des entreprises. Antigua n'a pas fourni ce type de renseignements, mais nous reconnaissons qu'elle s'est efforcée d'étayer d'autres manières l'ordre de grandeur indiqué par les données de GBGC. En particulier, nous lui sommes reconnaissants d'avoir collecté des données sur les recettes par emploi auprès des sociétés cotées en bourse et d'avoir fourni des données historiques sur l'emploi dans le secteur des jeux à distance d'Antigua émanant directement de la Direction des jeux. Nous notons qu'il y a des écarts importants dans les données concernant les sociétés et les années considérées. Bien que ces renseignements ne permettent qu'une estimation grossière des recettes moyennes, ils contribuent au moins à établir si les données de GBGC sont réalistes. Nous notons également que les États-Unis considèrent que les données relatives à l'emploi d'Antigua sont "moins fantaisistes" que les données relatives aux recettes de GBGC et "plus utiles" pour évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages.¹⁷⁸

3.118 Nous notons aussi que tant Antigua que les États-Unis ont fourni des chiffres qui peuvent être utilisés pour établir un modèle de développement du marché des États-Unis, ce qui nous semble être un élément important pour élaborer une hypothèse plus réaliste.

f) Application d'un multiplicateur aux données relatives aux recettes des jeux à distance

i) *Arguments des parties*

3.119 Les États-Unis estiment que rien dans le Mémorandum d'accord ne permet d'utiliser un facteur pour "multiplier" les effets sur le commerce afin de refléter d'autres effets économiques. De plus, ils font observer que l'objet d'un multiplicateur est de refléter les effets sur les transactions internes dans l'économie d'Antigua – tels que les effets sur l'achat de biens et de services d'Antigua par des opérateurs de jeux d'Antigua. En tant que telles, les transactions qui serviraient de base au multiplicateur suggéré par Antigua ne sont pas les pertes d'Antigua en termes d'exportations et ne sont donc pas incluses à bon droit dans la mesure de l'annulation ou de la réduction des avantages découlant pour Antigua de l'AGCS. De plus, les États-Unis font observer qu'Antigua ne peut pas concilier 1) son argument selon lequel les recettes des jeux ont un effet de report de 40 pour cent sur son économie (comme le donne à penser le multiplicateur qu'elle propose), 2) son argument selon lequel les recettes des jeux sont de très loin supérieures à celles du reste de son économie, et 3) le fait que les statistiques économiques officielles d'Antigua (si l'on ne tient pas compte de la communication ou de la non-communication des recettes directes tirées des jeux) ne révèlent aucun effet "multiplicateur" sensible de l'afflux des recettes tirées des jeux qui, d'après ses allégations, est massif. Même si les recettes directes des jeux étaient sous-estimées, les États-Unis font valoir que rien ne permet de croire que tous les autres chiffres relatifs à l'économie d'Antigua sont non seulement faux, mais sont faux de manière précisément à masquer les effets des augmentations et diminutions des recettes tirées des jeux qui, d'après les allégations d'Antigua, sont massives au cours de la période allant de 1998 à 2006.¹⁷⁹

3.120 Les États-Unis notent également que les arbitrages antérieurs au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord ont calculé le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages au titre des accords visés et non une quelconque mesure plus large de l'incidence économique globale de la

¹⁷⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 28 de l'arbitre, pages 27 et 28.

¹⁷⁸ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 24 et 25.

¹⁷⁹ Observations des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 46 de l'arbitre, paragraphes 65 et 66.

non-conformité.¹⁸⁰ Ils font observer que le critère de l'équivalence au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord ne serait pas respecté si seul le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages était augmenté par un multiplicateur. Ils soulignent que l'article 22:3 du Mémoire d'accord (qui définit les principes à suivre pour déterminer dans quel secteur ou au titre de quel accord des mesures de rétorsion doivent être cherchées) est la disposition appropriée pour examiner les éléments économiques plus larges, et ne voient aucune base juridique pour que cela soit fait dans le contexte du calcul du niveau de l'annulation de la réduction d'avantages au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord.¹⁸¹

3.121 Antigua suppose que les pertes de recettes de son secteur des jeux à distance ont entraîné des pertes additionnelles dans d'autres secteurs de son économie, une diminution des revenus et des recettes publiques. Elle est d'avis que ces effets "indirects" doivent être pris en compte en plus des effets directs sur les échanges pour calculer le niveau total de l'annulation ou de la réduction des avantages et estime que des multiplicateurs sont fréquemment utilisés dans la modélisation économique à cet égard.¹⁸²

3.122 Antigua convient qu'il n'y a pas de précédent dans lequel les arbitres aient envisagé d'utiliser un multiplicateur, mais ne pense pas que cela ne soit pas autorisé par le Mémoire d'accord.¹⁸³ Elle note également que l'arbitre dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis)* a envisagé les conséquences indirectes, mêmes si celles-ci n'ont finalement pas été prises en compte, et fait observer que les effets multiplicateurs sont un élément reconnu de la modélisation économique.¹⁸⁴ Antigua ajoute que ce n'est pas parce que les multiplicateurs n'ont pas été utilisés dans les arbitrages antérieurs qu'ils ne peuvent pas ou ne devraient pas être utilisés. Elle affirme aussi que son statut de pays en développement Membre devrait être pertinent à cet égard.¹⁸⁵

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.123 Nous notons que l'un des rares points sur lequel les parties sont d'accord est de calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages qui découle de la non-conformité de la partie défenderesse sur la base de la différence entre les exportations réelles et les exportations hypothétiques de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis. En d'autres termes, les parties sont d'accord pour utiliser l'approche fondée sur les "effets sur le commerce" qui a aussi été utilisée dans les arbitrages antérieurs. En outre, nous nous rendons compte que l'utilisation d'un multiplicateur reflétant la modification globale de la production pour une modification unitaire de la demande serait contraire à certains des autres arguments d'Antigua concernant l'incidence limitée des recettes des jeux à distance sur le PIB.

- g) Moment où les mesures des États-Unis ont commencé à avoir une incidence sur les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis et perte de parts de marché au profit des concurrents

i) *Arguments des parties*

3.124 Les États-Unis font observer qu'Antigua fonde ses estimations, du moins en partie, sur les exportations de services de jeux pour les années 2001 et 2002, dont elle fait valoir qu'elles constituaient le niveau le plus élevé de ses exportations de services de jeux vers les États-Unis. Les

¹⁸⁰ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 45.

¹⁸¹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 45.

¹⁸² Note méthodologique d'Antigua, pages 8 et 9.

¹⁸³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 122.

¹⁸⁴ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 123 et 124.

¹⁸⁵ Réponse d'Antigua à la question n° 46 a) de l'arbitre, pages 37 et 38.

États-Unis sont d'accord avec Antigua pour dire que les niveaux historiques de services de jeux sur Internet donnent une indication du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Ils expliquent que, bien que les jeux à distance aient été, à toutes les périodes pertinentes, illégaux au regard du droit pénal fédéral des États-Unis, il est difficile de faire respecter ces lois fédérales en ce qui concerne les exploitants étrangers offrant des services sur Internet. Les États-Unis concluent que les niveaux historiques des exportations de services de jeux donnent une bonne idée des niveaux qui pourraient être atteints si les jeux à distance n'avaient jamais été interdits aux États-Unis.¹⁸⁶ Plus précisément, les États-Unis "peuvent admettre que les exportations en 2001-2002 donnent une assez bonne idée du marché (illégal) des États-Unis pour les services de jeux à distance".¹⁸⁷ Cependant, ils estiment qu'il faudrait exclure du calcul du niveau de l'annulation et de la réduction des avantages tous les autres effets qui ont influencé les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis. En particulier, les États-Unis estiment que "toute baisse par rapport au niveau de 2001 serait également due à la concurrence croissante d'autres exploitants".¹⁸⁸

3.125 En ce qui concerne le moment où s'est produit le "tournant", dans leurs réponses aux questions de l'arbitre, les États-Unis précisent qu'ils sont d'accord pour dire que les niveaux historiques donnent une assez bonne idée du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant de la non-conformité des États-Unis avec les recommandations et décisions de l'ORD, mais ils rejettent l'idée que les mesures des États-Unis aient commencé à avoir une incidence sur les exportations d'Antigua en 2001-2002 et que cela soit reflété dans les données de GBGC.¹⁸⁹ Les États-Unis font observer qu'aucune modification n'a été apportée à leurs mesures pendant toute la période pertinente.¹⁹⁰ Ils font observer à cet égard que les poursuites à l'égard de Cohen et sa condamnation ont eu lieu en 1998 et 2000 respectivement et que les exploitants des autres juridictions ont accru leurs opérations sur le marché des États-Unis après 2001, ce qui montre que les lois pénales ne peuvent pas être la cause d'une perte de parts de marché, en termes absolus ou relatifs, pour Antigua en ce qui concerne la fourniture de services de jeux aux clients des États-Unis. Les États-Unis font observer que les données d'Antigua elles-mêmes révèlent une croissance des exportations des exploitants d'autres juridictions vers les États-Unis, ce qui montre que la perte de parts de marché par Antigua correspond à une tendance historique et ils estiment que les affirmations d'Antigua concernant les modifications de l'environnement en matière d'application de la loi aux États-Unis ont été formulées après les faits, afin de correspondre aux chiffres de GBGC.¹⁹¹

3.126 En ce qui concerne les autres facteurs, en particulier les concurrents d'autres pays, les États-Unis sont d'avis que les mesures qu'ils ont prises ne peuvent pas être tenues pour responsables de la perte de parts de marché par Antigua (en particulier à l'échelle mondiale) étant donné que les mesures d'exécution qu'ils ont adoptées auraient eu une incidence sur tous les fournisseurs sur le marché des États-Unis et pas seulement sur Antigua.¹⁹² En outre, les États-Unis renvoient à l'observation figurant dans la note méthodologique d'Antigua, à savoir que le gouvernement d'Antigua lui-même a adopté des réglementations plus strictes vers le milieu de l'année 2001¹⁹³, bien qu'Antigua allègue que ces réglementations ont été adoptées en raison de la pression exercée par les États-Unis.¹⁹⁴

¹⁸⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 47.

¹⁸⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 48.

¹⁸⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 42 et 43.

¹⁸⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 42 de l'arbitre, paragraphes 55 et 56.

¹⁹⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 45 de l'arbitre, paragraphe 57.

¹⁹¹ Réponse des États-Unis à la question n° 42 de l'arbitre, paragraphes 55 et 56, faisant référence à la communication écrite d'Antigua: pièce AB-13, page 1.

¹⁹² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 42; et réponse des États-Unis à la question n° 48 de l'arbitre, paragraphe 59.

¹⁹³ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 42.

¹⁹⁴ Note méthodologique d'Antigua, page 3.

3.127 Les États-Unis examinent ensuite d'autres facteurs qui peuvent être responsables de la chute de la part du marché mondial détenue par Antigua et qui ne devraient pas être imputés aux mesures des États-Unis, en particulier les faibles obstacles à l'entrée en ce qui concerne les jeux sur Internet et la concurrence croissante d'exploitants implantés ailleurs qui en découle.¹⁹⁵ Selon les États-Unis, Antigua n'a fourni aucun élément de preuve montrant que son secteur des jeux à distance possédait des attributs particuliers qui pourraient constituer un avantage pour ses exploitants par rapport aux concurrents des autres pays.¹⁹⁶ Ils concluent que si les jeux sur Internet ont tendance à progresser comme l'affirme Antigua, cette dernière continuera de perdre des parts de marché au profit d'autres pays.¹⁹⁷ Plus spécifiquement, en ce qui concerne le marché des États-Unis, Antigua aurait à faire face à la concurrence des fournisseurs nationaux si les États-Unis légalisaient les jeux sur Internet. Par contre, jusqu'à présent, les lois pénales des États-Unis interdisant les jeux à distance ont été appliquées strictement aux exploitants situés aux États-Unis alors que les exploitants étrangers sont demeurés hors d'atteinte des lois pénales des États-Unis.¹⁹⁸

3.128 Les États-Unis font observer que les données d'Antigua elles-mêmes indiquent que cette dernière a perdu des parts de marché au profit de fournisseurs de services de jeux d'autres pays.¹⁹⁹ Utilisant les données de GBGC (numéro de mai 2007)²⁰⁰, les États-Unis signalent deux séries chronologiques montrant la position d'Antigua par rapport aux fournisseurs d'autres pays: premièrement, les États-Unis font observer que les recettes des jeux d'Antigua ont augmenté jusqu'en 2001 puis ont régressé, alors que les recettes mondiales provenant d'Amérique du Nord ("revenu brut des jeux en ligne par lieu où sont situés les joueurs") n'ont cessé d'augmenter. Selon les États-Unis, cela implique que des fournisseurs d'autres pays qu'Antigua se sont implantés avec succès sur le marché des États-Unis.²⁰¹ Deuxièmement, les États-Unis font observer que les données de GBGC par pays, fournies par Antigua, y compris celles concernant le Costa Rica, Curaçao et Malte, montrent que tous ces pays, à l'exception d'Antigua, ont vu leurs recettes mondiales augmenter.²⁰² Il en est de même pour le groupe des pays d'Amérique du Sud/centrale et des Caraïbes dans la ventilation régionale des recettes des jeux à distance par lieu où sont implantés les exploitants qui montre une tendance régulière à la hausse. Les États-Unis interprètent cette tendance comme prouvant que les chiffres imputés spécifiquement à Antigua pour 2001-2002 sont faux, que les exploitants de jeux diversifiaient leurs opérations en déplaçant les serveurs vers d'autres lieux dans la région et/ou que de nouveaux exploitants de jeux commençaient leurs opérations dans la région. Étant donné que les mesures des États-Unis s'appliquent de la même manière aux exploitants d'Antigua et à ceux des autres pays, y compris aux exploitants ailleurs en Amérique du Sud/centrale et dans la région des Caraïbes, les États-Unis concluent qu'Antigua n'a jamais eu une part de marché aussi grande qu'elle l'affirme, ou (si Antigua avait bien au départ une grande part de marché) que cette part a été perdue quand les exploitants d'Antigua ont déplacé les serveurs vers d'autres pays de la région ou quand de nouveaux concurrents implantés dans d'autres pays de la région sont apparus. Les États-Unis font aussi observer que, conformément à GBGC, tant les paris sportifs que les paris non sportifs ont progressé sur le marché des États-Unis; par conséquent, les données n'étaient pas la seule explication fournie par Antigua de la raison pour laquelle les mesures d'exécution des États-Unis auraient nui davantage aux exploitants d'Antigua qu'à d'autres exploitants, à savoir qu'Antigua est axée sur les paris sportifs, plutôt que sur le poker sur Internet. Les États-Unis notent également qu'il n'y a aucune raison de croire que les mesures d'exécution prises en 2002 par les États-Unis, qui visaient à bloquer les paiements par cartes de crédit et par PayPal aux exploitants de jeux à l'étranger, auraient un effet

¹⁹⁵ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 43.

¹⁹⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 43.

¹⁹⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 42 et 43.

¹⁹⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 44.

¹⁹⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 23 de l'arbitre, paragraphe 25.

²⁰⁰ Communication écrite d'Antigua: pièce n° 2; et note méthodologique d'Antigua: pièce AB-9.

²⁰¹ Réponse des États-Unis aux questions n° 23 et 36 de l'arbitre, paragraphes 27 et 47.

²⁰² Réponse des États-Unis à la question n° 23 de l'arbitre, paragraphe 28.

plus marqué sur les paris sportifs que sur les jeux de poker, ou un effet plus marqué sur les exploitants d'Antigua que sur les exploitants d'autres territoires.²⁰³

3.129 Les États-Unis concluent qu'Antigua n'a avancé aucune raison convaincante de croire que les mesures des États-Unis auraient pu avoir un effet aussi disproportionné et unique sur les fournisseurs de services de jeux d'Antigua par opposition aux autres fournisseurs de services de jeux situés sur d'autres marchés. Les États-Unis citent Antigua comme admettant que sa part de marché initialement élevée était due au fait qu'elle avait pénétré tôt sur le marché²⁰⁴ et que sa part de marché initiale s'était amenuisée avec le temps.²⁰⁵ Les États-Unis concluent qu'il n'y a aucun renseignement étayant la conclusion selon laquelle les mesures des États-Unis ont eu un effet quelconque sur la part de marché d'Antigua, ni aucune raison de croire qu'Antigua obtiendrait des avantages uniques de toute modification future de la réglementation des États-Unis.²⁰⁶

3.130 Pour ce qui concerne les dates, Antigua maintient que les niveaux historiques des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis avant 2002 donnent une idée des niveaux qui pourraient exister en l'absence des mesures incompatibles.²⁰⁷ Selon Antigua, c'est en 2002 qu'elle a commencé à enregistrer des dommages mesurables, c'est pourquoi elle ne propose pas de "pertes de recettes" pour 2001 ou les années précédentes.²⁰⁸ Antigua explique aussi que pour son modèle de part de marché constante elle n'a pas utilisé la valeur de 2001 qui est de 59 pour cent (mais la part de 2003 qui est de 21 pour cent) étant donné qu'elle ne pensait pas que ce chiffre était réaliste compte tenu de la croissance des jeux à distance au niveau mondial dans leur ensemble et en particulier compte tenu du fait qu'une bonne part de cette croissance se produisait dans des domaines tels que les jeux de poker qui n'étaient pas le principal segment du marché servi par Antigua.²⁰⁹

3.131 En ce qui concerne les autres facteurs causant le recul de ses exportations de services de jeux à distance vers les États-Unis, Antigua réfute les arguments des États-Unis. Elle admet qu'il était inévitable qu'elle perde des parts de marché au niveau mondial en conséquence de la croissance des jeux de poker sur Internet et des jeux à distance dans d'autres parties du monde, mais Antigua est avant tout un territoire où l'on exploite des paris sportifs voisin des États-Unis et elle est par conséquent plus gravement touchée par les mesures des États-Unis que les opérateurs situés dans d'autres lieux.²¹⁰ Antigua allègue que les trois principales affaires concernant des poursuites engagées par les autorités des États-Unis ces dernières années contre des exploitants de jeux à distance étrangers visaient des exploitants ayant des filiales possédant une licence à Antigua et d'importantes opérations à Antigua alors qu'à ce jour les États-Unis n'ont poursuivi aucun exploitant de jeux à distance titulaire d'une licence et situé sur des territoires européens tels que Gibraltar, Malte et Guernsey, pas plus qu'ils n'ont poursuivi des exploitants titulaires d'une licence délivrée par la tribu Khanawake Mohawk du Canada. Antigua ajoute que pendant la période 2001 à 2003 un grand nombre d'exploitants ont quitté Antigua pour des territoires européens perçus comme étant moins visés par les efforts des États-Unis qu'Antigua.²¹¹

²⁰³ Observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 20 et 21.

²⁰⁴ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 115.

²⁰⁵ Communication écrite d'Antigua, pièce n° 2.

²⁰⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 23 de l'arbitre, paragraphe 29.

²⁰⁷ Note méthodologique d'Antigua, pages 2 et 3.

²⁰⁸ Réponse d'Antigua à la question n° 42 de l'arbitre, page 33.

²⁰⁹ Réponse d'Antigua à la question n° 43 de l'arbitre, pages 33 et 34.

²¹⁰ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 117 à 119; et observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 16 et 17.

²¹¹ Réponse d'Antigua aux questions n° 43 et 44 de l'arbitre, pages 33 à 35; et observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, pages 16 et 17.

3.132 Antigua indique une série d'actions des États-Unis et d'autres événements importants²¹² dont elle affirme qu'ils ont tous eu une incidence défavorable sur son secteur des jeux à distance.²¹³ Étant entrée tôt sur le marché des jeux à distance, Antigua se dit convaincue qu'en l'absence des mesures des États-Unis elle aurait eu une bonne chance de concurrencer avec succès les nouveaux arrivants potentiels. Antigua attribue son avantage concurrentiel à l'offre de produits innovants, à l'expérience et à une bonne connaissance du marché des paris sportifs des États-Unis, à sa situation dans un fuseau horaire pratique pour les consommateurs des États-Unis et à des avantages fiscaux permettant des marges d'exploitation plus grandes. Antigua est convaincue que son avantage concurrentiel jouerait aussi contre ses concurrents potentiels des États-Unis.²¹⁴ Elle recommande que l'on s'abstienne de toute spéculation concernant les nouveaux entrants sur le marché et que l'on s'en tienne aux renseignements historiques.²¹⁵

3.133 Antigua conclut que le déclin de son secteur des jeux est imputable uniquement aux mesures des États-Unis et qu'aucun ajustement ne devrait être apporté au niveau hypothétique des exportations pour tenir compte de quelconques autres facteurs éventuels, y compris l'adoption de "réglementations plus strictes" par Antigua elle-même en 2001, qui, selon ses allégations, étaient le résultat de pressions directes des États-Unis.²¹⁶ Elle estime que ses modèles de recettes fixes et de croissance constante donnent des estimations prudentes des exportations hypothétiques et que son modèle de part de marché constante reflète déjà la perte de part globale du marché qu'Antigua a connue en raison de facteurs peut-être sans aucun lien avec les activités du gouvernement des États-Unis – ou dont les liens avec ces activités sont moindres.²¹⁷

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.134 Nous notons que tant Antigua (dans deux des trois modèles) que les États-Unis dans l'autre approche qu'ils proposent (décrite à la section III.E.2 a) ci-dessous) utilisent l'année 2001 comme le moment à partir duquel les mesures des États-Unis ont commencé à avoir une incidence sur les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis. En outre, les parties ne font pas de proposition concrète concernant un autre "tournant". Les États-Unis soulignent certes que leurs mesures étaient en place longtemps avant cette date, mais ils reconnaissent aussi qu'il était difficile de faire exécuter ces mesures en ce qui concerne les fournisseurs de jeux à distance étrangers et qu'ils "pouvaient admettre que les exportations en 2001-2002 donnaient une assez bonne idée du marché (illégal) de services de jeux à distance aux États-Unis".²¹⁸

3.135 Néanmoins, comme nous l'avons laissé entendre à la section III.E.1 d) ci-dessus, nous devons tenir compte du fait qu'avec le temps d'autres facteurs, en particulier une concurrence accrue, ont pu affecter les niveaux des recettes des jeux à distance d'Antigua en 2001, même en l'absence des mesures des États-Unis. Afin de ne pas imputer à tort ces baisses de recettes aux mesures des États-Unis, nous tenons compte du fait que les mesures des États-Unis, en particulier les mesures d'exécution comportant l'interdiction faite aux sociétés de cartes de crédit et à des systèmes tels que PayPal d'effectuer des paiements à des exploitants de jeux à l'étranger, peuvent affecter tous les fournisseurs et pas simplement ceux d'un pays d'origine donné. En ce qui concerne le risque de poursuites pénales, tous les exploitants de jeux à distance, *a priori*, semblent avoir la même chance d'être visés, même si par le passé les poursuites ont concerné plusieurs exploitants d'Antigua.

²¹² Communication écrite d'Antigua, pièce AB-13.

²¹³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 114.

²¹⁴ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 115 et 116.

²¹⁵ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 120 et 121.

²¹⁶ Note méthodologique d'Antigua, pages 2 et 3; et réponse d'Antigua à la question n° 44 de l'arbitre, pages 34 et 35.

²¹⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 44 de l'arbitre, pages 34 et 35.

²¹⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 47 et 48.

3.136 En particulier, nous reconnaissons que les données de GBGC montrent que les recettes mondiales provenant d'Amérique du Nord ont continué d'augmenter et que différents pays d'Amérique du Sud/centrale et des Caraïbes ainsi que la région dans son ensemble ont également enregistré de nouvelles augmentations de leurs recettes globales. Il nous semble raisonnable de supposer qu'il n'est pas improbable que les pays de la région (par opposition par exemple aux fournisseurs européens) soient des concurrents réels d'Antigua sur le marché des États-Unis étant donné qu'ils bénéficient de certains des mêmes avantages (peut-être une plus grande similarité dans les structures de coût, les fuseaux horaires, etc.). Nous ne voyons aucune raison de croire que les mesures des États-Unis auraient une incidence différente sur ces pays de celle qu'elles auraient sur Antigua. Par conséquent, les pertes d'Antigua peuvent refléter en partie sa perte de compétitivité vis-à-vis de ses concurrents et l'accroissement des recettes de ces derniers à ses dépens. Compte tenu de cela, nous ne pensons pas qu'il serait approprié que nous adoptions la suggestion d'Antigua à savoir que ses pertes en termes de recettes sont entièrement dues aux mesures des États-Unis et qu'il n'est pas nécessaire de procéder à des ajustements pour tenir compte d'une réorientation relative de la compétitivité.

3.137 Nous ne pensons pas non plus cependant que la perte de parts de marché subie par Antigua ne soit en rien liée aux mesures des États-Unis et soit entièrement due aux nouveaux entrants et concurrents. Antigua aurait peut-être perdu des parts de marché au profit de la concurrence de toute manière, mais elle a peut-être vu ses recettes reculer davantage que cela n'aurait été le cas en l'absence des mesures des États-Unis. Pour démêler ces différents effets, nous ne trouvons pas très utile d'examiner la part du marché mondial détenue par Antigua comme le font les États-Unis dans leur autre approche résumée ci-dessous dans la section III.E.2 a), cette part pouvant être affectée par l'évolution d'autres marchés et secteurs de jeux dans lesquels Antigua n'est pas présente et par rapport à des fournisseurs avec lesquels Antigua n'est pas réellement en concurrence. Par contre, comme nous l'avons laissé entendre ci-dessus, nous pensons vraiment qu'il est important d'examiner la position relative d'Antigua par rapport à ses concurrents sur le marché des États-Unis sur lesquels la mesure des États-Unis a probablement la même incidence. Si tel est le cas, peut-être ne pourrions-nous suivre aucune des deux approches opposées (tout ou rien) proposées par les parties.

3.138 Une autre considération concernant la concurrence doit être formulée en fonction du scénario hypothétique choisi. Comme nous l'avons vu ci-dessus dans la section III.D, l'approche d'Antigua suppose qu'elle continuerait à fournir des services de jeux à distance dans les mêmes conditions qu'en 2001, c'est-à-dire en l'absence de concurrence de la part des fournisseurs nationaux des États-Unis. Cependant, si la fourniture transfrontières de jeux à distance devait être légalisée, cela s'appliquerait probablement à la fois aux fournisseurs étrangers et aux fournisseurs nationaux. En l'absence de toute expérience antérieure dans ce domaine, toute supposition concernant la manière dont Antigua s'en sortirait dans une telle situation tient de la spéculation pure et simple. En conséquence, le scénario d'Antigua, qui fait totalement abstraction de l'entrée possible de concurrents nationaux sur le marché, nous semble clairement déficient.²¹⁹

3.139 Pour le moment, le seul élément de preuve dont nous disposons de l'existence d'une situation de concurrence qui inclut les fournisseurs nationaux concerne le marché des paris hippiques à distance. Le fait que, comme le fait observer Antigua, ses opérateurs travaillent très peu dans le domaine des paris hippiques²²⁰, probablement pour un certain nombre de considérations d'ordre

²¹⁹ Comme cela a été relevé au paragraphe 3.73 dans l'opinion séparée de l'un des arbitres, la question de la concurrence nationale potentielle devrait être prise en compte si l'hypothèse proposée par Antigua était suivie. Par conséquent, si l'on devait calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages dans l'hypothèse proposée par Antigua, l'arbitre note que de nouveaux ajustements devraient être apportés à cet égard, outre ceux auxquels nous procédons ci-dessous à la section III.D.3 pour tenir compte de la concurrence étrangère et de la demande nationale.

²²⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 10 de l'arbitre, page 15.

commercial, pourrait, du moins en partie, être aussi lié à l'intensité de la concurrence dans un segment du marché où fournisseurs nationaux et étrangers sont déjà en concurrence.

h) Comparaison entre les exportations réelles et les exportations hypothétiques de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis

i) *Arguments des parties*

3.140 Les États-Unis sont d'accord avec Antigua sur le concept de base selon lequel la différence entre le montant des exportations réelles affectées par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC et le montant des exportations dans un scénario hypothétique, dans lequel la partie en cause a mis en conformité la mesure incompatible avec les règles de l'OMC dans le délai raisonnable, représente ordinairement le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.²²¹ Il ressort donc des communications écrites initiales des parties qu'elles sont d'accord sur le fait que le moment approprié sur lequel doit porter la comparaison entre le niveau réel des exportations et le niveau hypothétique calculé est la fin du délai raisonnable, en l'occurrence le 3 avril 2006.²²² Cependant, les États-Unis déclarent par la suite que le moment précis à cet égard devrait être la date à laquelle la question a été soumise à l'arbitrage, étant donné que c'était la date à laquelle le mandat de l'arbitre a été établi.²²³

3.141 En ce qui concerne la projection d'Antigua pour ce qui est des recettes du secteur à l'avenir (2012, date jusqu'à laquelle les projections de GBGC relatives à ce secteur sont disponibles) établissant une moyenne et des chiffres actualisés jusqu'à l'année 2007²²⁴, les États-Unis ne prennent pas directement en compte cette supposition mais se réfèrent à l'hypothèse comme étant une situation hypothétique dans laquelle la partie défenderesse a mis en conformité la mesure incompatible avec les règles de l'OMC *dans* le délai raisonnable, ce qui semble empêcher l'examen des faits nouveaux survenant au-delà de cette date.²²⁵

3.142 Antigua précise à cet égard que pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages il faut déterminer ce que seraient les exportations annuelles prospectives de services de jeux et de paris à distance d'Antigua vers les États-Unis si ces derniers s'étaient mis en conformité le 3 avril 2006. Antigua est d'avis que cela ne veut pas dire que pour développer l'hypothèse et arriver à déterminer le niveau de ces "exportations prospectives annuelles", seuls les renseignements à compter de cette date doivent être pris en considération.²²⁶ En même temps, Antigua fait valoir que si la fin du délai raisonnable marque le moment auquel elle a commencé à enregistrer des pertes en termes de commerce, cela ne signifie pas que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages pour Antigua doit être déterminé par référence à un genre d'"instantané" pris à cette date. Elle fait valoir qu'un "instantané" du 3 avril 2006 ne tiendrait pas compte de l'adoption de la Loi sur la répression des jeux illicites sur Internet en octobre de cette année, dont Antigua allègue qu'elle a eu un effet défavorable massif sur le montant réel des recettes des exploitants d'Antigua. C'est pourquoi Antigua propose d'utiliser des projections allant jusqu'à la fin de 2012. Elle fait valoir que l'utilisation de données historiques associées à des estimations professionnelles et raisonnables de l'évolution du marché dans un avenir proche et l'établissement d'une moyenne de ces chiffres constituent une méthode raisonnable et généralement acceptée pour tenir compte des anomalies susceptibles de se

²²¹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 14; note méthodologique d'Antigua, page 3.

²²² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 14; note méthodologique d'Antigua, page 6.

²²³ Réponse des États-Unis à la question n° 41 de l'arbitre, paragraphe 54.

²²⁴ Note méthodologique d'Antigua, page 8.

²²⁵ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 14.

²²⁶ Réponse d'Antigua à la question n° 41 de l'arbitre, page 33.

produire une année. Antigua note aussi que l'établissement d'une moyenne a joué un rôle dans plusieurs arbitrages antérieurs.²²⁷

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.143 Nous croyons comprendre qu'il fait partie de notre tâche de déterminer quel aurait été le niveau des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis si ces derniers s'étaient mis en conformité dans le délai raisonnable, c'est-à-dire le 3 avril 2006 au plus tard. En tant que telle, cette date (où la période la plus proche pour laquelle des données statistiques sont disponibles) semble s'imposer comme étant le moment pertinent auquel une comparaison des exportations réelles et des exportations hypothétiques doit être effectuée. Tant Antigua que les États-Unis le font dans leur modèle, projetant les niveaux hypothétiques des exportations jusqu'à l'année 2006, étant donné qu'il ne semble pas y avoir d'observations à des intervalles plus courts (trimestre ou mois).

3.144 Nous ne pensons pas que des prévisions *au-delà* de cette date devraient avoir une incidence sur le niveau hypothétique des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis qui aurait existé à cette date en l'absence des mesures des États-Unis. Si l'on devait tenir compte des prévisions concernant les exportations futures (et on supposerait que celles-ci seraient plus importantes ou même croissantes par rapport aux valeurs historiques), la valeur moyenne actualisée calculée de cette manière pourrait bien être supérieure au niveau qui aurait réellement été observé si les États-Unis s'étaient mis en conformité à la fin du délai raisonnable. Une telle procédure peut violer le critère d'équivalence que nous avons pour mandat d'appliquer. En particulier, des horizons temporels différents aboutiraient à des niveaux différents concernant l'annulation ou la réduction d'avantages sans relation avec des questions de mise en conformité réelle.

i) *Remarques finales*

3.145 Les États-Unis contestent l'essentiel de la méthode proposée par Antigua, en particulier son hypothèse et les données sous-jacentes. Ils ne sont pas non plus d'accord avec les suppositions clés en matière de modélisation, en particulier l'imputation aux mesures des États-Unis de toute l'évolution des recettes réelles des jeux à distance d'Antigua et l'utilisation d'un multiplicateur à l'échelle de l'ensemble de l'économie. Compte tenu de ces préoccupations fondamentales, les États-Unis ne donnent pas plus de détails sur certains calculs (concernant par exemple le taux d'actualisation utilisé par Antigua) pas plus qu'ils n'examinent la question de savoir si l'un des modèles proposés par Antigua est préférable à un autre. Ils proposent en revanche une autre hypothèse ainsi qu'une approche de modélisation et des calculs totalement différents.

2. Examen de l'approche proposée par les États-Unis

a) *Description de l'approche proposée par les États-Unis*

3.146 Comme il est indiqué plus haut, les États-Unis contestent l'hypothèse proposée par Antigua, à savoir une mesure qui permettrait tous les types de services de jeux transfrontières.²²⁸ Ils estiment qu'un moyen de se mettre en conformité consisterait pour eux à faire en sorte qu'il soit également interdit aux fournisseurs de services nationaux de fournir des services de paris hippiques à distance puisqu'il s'agit du secteur dans lequel le Groupe spécial de la mise en conformité a constaté l'existence d'un traitement discriminatoire entre les fournisseurs de services nationaux et étrangers.²²⁹ Les États-Unis observent que, dans ce cas, le niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages serait

²²⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 47 de l'arbitre, pages 38 et 39.

²²⁸ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 19.

²²⁹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 15.

nul, mais ils ne retiennent pas cette approche en tant qu'alternative au calcul d'Antigua.²³⁰ Au contraire, ils rappellent que les recommandations et décisions de l'ORD visaient le traitement discriminatoire des paris hippiques. Ils en concluent qu'un scénario hypothétique pourrait servir de base au calcul du niveau de la suspension de concessions dans le cas où "les États-Unis adopteraient des mesures permettant aux exploitants d'Antigua (et aux exploitants de tous les autres Membres de l'OMC) de fournir des services de jeux à distance transfrontières *sur les courses de chevaux*".²³¹ Sur la base de l'hypothèse qu'ils proposent, les États-Unis cherchent à établir quel serait le niveau des exportations de services de paris hippiques à distance d'Antigua vers les États-Unis en l'absence de tout traitement discriminatoire.

3.147 En ce qui concerne les données relatives aux exportations d'Antigua, les États-Unis s'appuient sur les statistiques sur le commerce des services mises à la disposition du public par l'ECCB, le FMI et l'OMC. Constatant que les statistiques respectives de ces trois sources sont d'un ordre de grandeur semblable, les États-Unis prennent comme point de départ pour leurs propres calculs le chiffre de l'OMC concernant les exportations d'"autres services commerciaux" d'Antigua en 2001 (47 millions de dollars), qu'ils considèrent être "un plafond fiable pour le chiffre absolu le plus élevé relatif aux exportations de services de jeux d'Antigua en 2001"²³², étant donné qu'il englobe les exportations à destination du monde (et non juste des États-Unis) et ne concerne pas seulement les exportations de services de jeux.²³³

3.148 Les États-Unis s'efforcent ensuite de déterminer la part des exportations de services de paris hippiques à distance d'Antigua. En l'absence de statistiques gouvernementales sur les jeux à distance aux États-Unis (tant globales que ventilées par type de jeux), ils fournissent des statistiques gouvernementales à la disposition du public sur le site Web du Bureau des analyses économiques (Département du commerce des États-Unis) concernant les jeux fournis non à distance aux États-Unis, qui montrent que les paris hippiques n'ont pas représenté plus de 7 pour cent du total des jeux au cours de chacune des années entre 2003 et 2006.²³⁴ Ils appliquent ensuite la part de 7 pour cent aux 47 millions de dollars EU d'exportations d'autres services commerciaux d'Antigua pour obtenir le chiffre de 3,3 millions de dollars EU d'exportations. Puis ils corrigent ce chiffre pour tenir compte de l'incidence de la concurrence sur les recettes à l'exportation d'Antigua en le réduisant proportionnellement à la diminution de la part des recettes globales provenant des jeux à distance détenue par Antigua qui est indiquée dans le rapport de GBGC²³⁵, c'est-à-dire en le multipliant par le facteur de 7 pour cent (chiffre de 2006) sur 50 pour cent (chiffre de 2001), pour arriver à 462 000 dollars EU, soit environ 500 000 dollars EU. Les États-Unis concluent que ce dernier chiffre constitue le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction d'avantages, le chiffre de 3,3 millions de dollars EU représentant une limite maximale.²³⁶

3.149 Outre ses arguments antérieurs selon lesquels les États-Unis n'ont réfuté aucun aspect des présomptions établies par la méthode qu'elle a proposée²³⁷, Antigua avance des arguments spécifiques refusant la méthode proposée par les États-Unis, en particulier à cause de l'hypothèse et des données

²³⁰ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 15 et 17.

²³¹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 19, pas d'italique dans l'original.

²³² Communication écrite des États-Unis, paragraphe 49.

²³³ Afin d'étayer encore ce chiffre, les États-Unis notent qu'Antigua, dans le cadre de son recours à l'article 22:2 avait indiqué que son "secteur des services de jeux et paris représentait plus de 10 pour cent du produit intérieur brut d'Antigua-et-Barbuda", et que ce pourcentage, sur la base des renseignements sur le PIB de l'ECCB, s'est traduit par des exportations de services de jeux à destination du monde entier d'un montant de 68 millions de dollars EU en 2001 (communication écrite des États-Unis, paragraphe 50). Il apparaît que, dans ce calcul, les exportations sont encore une fois confondues avec le PIB en tant que concept de valeur ajoutée.

²³⁴ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 25 et 51; pièce US-1.

²³⁵ Note méthodologique d'Antigua: pièce AB-2.

²³⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 53.

²³⁷ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 71.

sous-jacentes utilisées. Nous examinerons ci-après les arguments des parties sur les principales préoccupations soulevées au sujet de l'approche proposée par les États-Unis.

b) Exportations de services de paris hippiques à distance d'Antigua

i) *Arguments des parties*

3.150 Comme il est indiqué plus haut, Antigua conteste l'hypothèse posée par les États-Unis pour divers motifs.²³⁸ Par conséquent, au départ, elle n'a pas préconisé une estimation différente de la part des paris hippiques dans ses exportations globales de services de jeux à distance, puisqu'elle considèrerait que cette part n'était pas pertinente pour le présent arbitrage. En outre, elle note que si seules les courses hippiques étaient importantes, les États-Unis ne chercheraient pas à retirer leurs engagements au titre de l'AGCS pertinents.²³⁹ Antigua croit également que ses exploitants ont très peu d'activités dans le domaine des paris hippiques mais dit ne pas disposer de statistiques précises à leur sujet.²⁴⁰ Elle note que GBGC ne fournit pas de ventilation par type de jeux des recettes d'Antigua provenant des jeux à distance.²⁴¹

3.151 Néanmoins, Antigua s'efforce de fournir des statistiques pour remplacer celles des États-Unis, qui puissent donner une indication de la part des paris hippiques dans l'ensemble des activités de jeux. Ainsi, elle fait référence à un rapport sur les jeux à distance publié en 2002 par la revue "International Gaming & Wagering Business", qui mentionnait une part de 22 pour cent pour les courses hippiques sur le marché américain.²⁴² Antigua fournit également des ventilations annuelles par type de jeux, pour les années 1995 à 1997 et 1999 à 2006, des recettes annuelles brutes des États-Unis provenant des jeux, à l'exclusion des recettes provenant des jeux à distance, qui ont été établies par CCA et publiées dans divers volumes d'"International Gaming & Wagering".²⁴³ Si les paris mutuels sont censés concerner pour l'essentiel les paris hippiques, comme le supposent les États-Unis²⁴⁴, les recettes dans cette catégorie sont restées quasiment constantes durant ces années alors que le marché global a plus que doublé. Cela a entraîné une contraction de la part, qui est passée d'environ 8 pour cent en 1995 à 3 pour cent en 2006. Antigua fournit également des données tirées du rapport statistique trimestriel sur les jeux en ligne de GBGC (numéros de mai et octobre 2007) sur les recettes annuelles provenant des jeux à distance ventilées par pays, y compris les États-Unis, et selon quatre types de jeux, y compris les paris sportifs dont on peut présumer qu'ils englobent les paris hippiques.²⁴⁵ Les données de GBGC incluent aussi des séries chronologiques pour le monde et plusieurs régions géographiques, qui fournissent une ventilation des recettes provenant des paris hippiques en ligne et hors ligne conjointement.²⁴⁶

3.152 Les États-Unis défendent l'emploi de la part qu'ils proposent, jugeant raisonnable de supposer qu'il y a une correspondance entre les niveaux des versions à distance et non à distance des mêmes types de jeux. Ils notent également qu'Antigua, dans sa communication écrite, n'a pas préconisé une estimation différente du rapport entre les paris hippiques à distance et la totalité des jeux à distance.²⁴⁷ Selon eux, le rapport de 7 pour cent peut alors être considéré comme une estimation raisonnable du

²³⁸ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 77 à 94.

²³⁹ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, page 15.

²⁴⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 10 de l'arbitre, page 15.

²⁴¹ Réponse d'Antigua aux questions n° 15 et 18 de l'arbitre, pages 15 et 16.

²⁴² Réponse d'Antigua aux questions n° 15 et 18 de l'arbitre, pages 15 et 16.

²⁴³ Réponse d'Antigua à la question n° 24 de l'arbitre, pages 20 à 23.

²⁴⁴ Communication écrite des États-Unis, pièce US-1.

²⁴⁵ Réponse d'Antigua à la question n° 25 de l'arbitre, pages 23 à 25, et pièces AB-14 1) et AB-14 2).

²⁴⁶ Réponse d'Antigua aux questions de l'arbitre, pièces AB-14 1) et AB-14 2).

²⁴⁷ Réponse des États-Unis à la question n° 16 de l'arbitre, paragraphe 22.

rapport des exportations de paris hippiques à distance aux exportations de jeux à distance totales applicable à Antigua.²⁴⁸

3.153 Les États-Unis disent également qu'en l'absence de renseignements fournis par Antigua suite à des consultations avec ses propres exploitants, une imputation sur la base des jeux non à distance aux États-Unis fournit la meilleure base pour une estimation.²⁴⁹ Ils disent également qu'il ne faudrait pas s'appuyer dans la présente procédure sur l'imputation aux courses hippiques de 22 pour cent du montant total des paris à distance engagés par des clients aux États-Unis qu'Antigua a extraite d'un rapport de 2002 publié par "International Gaming & Wagering Business"²⁵⁰, étant donné qu'Antigua n'a pas communiqué de copie de ce rapport en vue de la présentation d'observations sur son contenu.²⁵¹ Ils rejettent également les données de GBGC, qui ne fournissent que des chiffres globaux relatifs aux recettes provenant des paris hippiques à distance et non à distance.²⁵²

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.154 Nous notons que tous les chiffres proposés en ce qui concerne la part des exportations de services de paris hippiques d'Antigua vers les États-Unis sont très approximatifs, quoique à des égards différents. Une faiblesse commune à tous les indicateurs est qu'ils se rapportent aux parts dans la consommation par opposition à la production. Par conséquent, ils indiquent la répartition des parts entre les différentes activités de jeux demandées, qui peut être différente de la composition des services de jeux à distance d'Antigua fournis aux États-Unis.

3.155 La part de 7 pour cent établie par le Bureau des analyses économiques des États-Unis présente l'avantage de se rapporter au marché des États-Unis (et non à une région géographique plus vaste), mais elle ne couvre que le marché des jeux non à distance. Il n'est pas déraisonnable de supposer que certaines activités de jeux sont plus ou moins amusantes que d'autres selon que l'on joue sur place ou à distance. Par conséquent, les parts des différentes activités de jeux peuvent varier sur le marché des jeux à distance et sur celui des jeux non à distance. Les parts établies par CCA (qui se rapportent également aux paris mutuels non à distance, c'est-à-dire essentiellement les paris hippiques, aux États-Unis) se situent dans la même fourchette de chiffres, au moins pour les premières années.

3.156 Les données de GBGC comprennent des chiffres relatifs au marché des jeux à distance aux États-Unis mais ne présentent que des agrégats plus généraux s'agissant des activités de jeux, notamment les paris sportifs, dont on peut supposer qu'ils englobent les paris hippiques. Sinon, GBGC fournit des données relatives aux paris hippiques sur les marchés des jeux à distance et des jeux non à distance pris conjointement, mais ces données ne sont disponibles qu'au niveau régional. Enfin, Antigua mentionne une part de 22 pour cent pour les paris hippiques à distance en se fondant sur un article paru dans une revue. Toutefois, ce chiffre semble quelque peu hors de proportion avec les données de GBGC et, à notre connaissance, les courses hippiques ne jouissent d'aucune popularité particulière aux États-Unis par rapport à d'autres pays qui justifierait une différence substantielle entre ces parts.

3.157 Il semble que les meilleures approximations dans ces circonstances soient la part établie par le Bureau des analyses économiques pour le marché des paris hippiques non à distance aux États-Unis ou les chiffres de GBGC, qui présentent l'avantage de se rapporter au marché des jeux à distance (ou en tout cas aux marchés des jeux à distance et non à distance pris conjointement) mais utilisent des agrégats plus larges s'agissant des régions géographiques ou des activités de jeux.

²⁴⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 17 de l'arbitre, paragraphe 23.

²⁴⁹ Observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 10 de l'arbitre, paragraphe 47.

²⁵⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 15 de l'arbitre, page 17.

²⁵¹ Observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 15 de l'arbitre, paragraphe 48.

²⁵² Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 44.

- c) Données de l'ECCB/du FMI/de l'OMC sur les exportations de services d'Antigua et autres estimations des recettes

i) *Arguments des parties*

3.158 Antigua note que les données du FMI et de l'OMC sont fondées sur des renseignements communiqués par l'ECCB.²⁵³ Elle indique que l'ECCB, comme elle le reconnaît elle-même, ne rend pas compte des recettes ou dépenses du secteur antiguais des jeux à distance tout entier. À cet égard, elle rappelle que l'ECCB a dit, au sujet de son processus global de collecte de données, qu'un problème majeur avait été la faiblesse des réponses aux enquêtes.²⁵⁴ Antigua explique en outre que les exploitants de jeux à distance (comme d'ailleurs tout autre acteur privé de l'économie antiguaise) n'ont pas l'obligation juridique de répondre aux enquêtes ou aux demandes de renseignements de l'ECCB.²⁵⁵ Elle est d'avis qu'on ne peut pas valablement tenter d'extrapoler des recettes provenant des jeux à distance à partir de données sur le PIB erronées.²⁵⁶

3.159 Par ailleurs, Antigua note que les données de remplacement proposées par les États-Unis ne sont étayées que par des chiffres de l'ECCB qui n'incluent pas les données pertinentes (recettes provenant des jeux à distance), tandis que les données (de GBGC) qu'elle-même utilise dans l'approche qu'elle propose sont étayées par plusieurs sources.²⁵⁷

3.160 Les États-Unis soutiennent que le FMI et l'OMC demeurent les meilleures sources de données disponibles en ce qui concerne le niveau des exportations de services d'Antigua, et ils allèguent qu'Antigua n'a pas établi que les données du FMI et de l'OMC n'incluaient pas les recettes d'exportation associées aux exploitants de jeux antiguais. Ils font observer qu'au mieux, Antigua a montré que l'ECCB n'était pas en mesure d'inclure dans ses chiffres des données sur les exploitants de jeux antiguais, parce que Antigua avait choisi de soustraire ces sociétés à toute prescription en matière de divulgation.²⁵⁸ Les États-Unis font aussi observer que l'ECCB, dans sa lettre adressée à Antigua²⁵⁹, dit uniquement que les chiffres relatifs au PIB d'Antigua n'incluent pas les recettes dégagées par les exploitants titulaires d'une licence pour des activités de paris et jeux interactifs, mais que l'ECCB n'indique pas si ces recettes ont été incluses ou non dans ses renseignements relatifs à la balance des paiements.²⁶⁰ Enfin, les États-Unis sont d'avis que, si aucune donnée directe n'était disponible en ce qui concerne les exportations de services de jeux d'Antigua, cela inclurait également les données de GBGC. Ils notent par ailleurs que les données sur le commerce des services figurant dans la balance des paiements n'ont été remises en question lors d'aucune des consultations annuelles au titre de

²⁵³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 102; pièce AB-11.

²⁵⁴ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, page 23; et communication écrite d'Antigua, paragraphe 102; pièce AB-12. Plus précisément, il est dit dans la lettre de l'ECCB que "la Loi sur les statistiques d'Antigua-et-Barbuda ne peut imposer à ces entités l'obligation de fournir des données". Auparavant, Antigua avait déjà expliqué dans sa note méthodologique, suite à une conversation téléphonique avec un membre du personnel de l'ECCB, que "le taux de réponse des exploitants de jeux à distance aux enquêtes relatives au PIB avait été faible" et que les quelques exploitants qui avaient répondu à ces enquêtes "n'avaient pas souvent communiqué un élément clé du PIB – les bénéfices" (note de bas de page 5 de la note méthodologique). Note méthodologique d'Antigua, page 2, note de bas de page 5.

²⁵⁵ Réponse d'Antigua à la question n° 39 de l'arbitre, page 32.

²⁵⁶ Réponse d'Antigua à la question n° 38 de l'arbitre, page 32.

²⁵⁷ Observations d'Antigua sur les réponses des États-Unis, page 25.

²⁵⁸ Réponse des États-Unis à la question n° 35 de l'arbitre, paragraphe 39; et observations des États-Unis sur les réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, paragraphes 31 et 32.

²⁵⁹ Communication écrite d'Antigua, pièce AB-12.

²⁶⁰ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 52.

l'article IV du FMI avec Antigua, pas plus que lors des examens des politiques commerciales de l'OMC.²⁶¹

3.161 Afin d'étayer davantage l'ordre de grandeur de leurs calculs, les États-Unis proposent trois autres manières d'estimer les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis sur la base de chiffres qu'Antigua elle-même a mentionnés.

3.162 Premièrement, les États-Unis considèrent que la déclaration faite par Antigua dans sa demande au titre de l'article 22:2, à savoir que son "secteur des jeux et paris représentait plus de 10 pour cent du produit intérieur brut d'Antigua-et-Barbuda", se rapporte à l'importance relative des exportations d'Antigua par rapport à son PIB, et ils concluent que les exportations de services de jeux d'Antigua vers le monde entier doivent avoir été de l'ordre de 68 millions de dollars, si l'on prend le PIB de 2001 comme base de ce calcul.²⁶²

3.163 Deuxièmement, les États-Unis proposent de prendre le chiffre de 15,8 millions de dollars EU relatif aux salaires et rémunérations perçus dans le secteur antiguanais des jeux sur Internet en 2001, conformément à la déclaration faite par Antigua au paragraphe 66 de sa communication écrite, comme base pour une estimation des recettes nettes d'Antigua provenant des jeux à distance. Faisant quelques suppositions au sujet des parts de la main-d'œuvre et des bénéfices, les États-Unis estiment que les recettes nettes totales se situent entre 136 millions de dollars EU et 190 millions de dollars EU suivant les parts précises choisies, et qualifient cette estimation des recettes nettes de raisonnable eu égard aux propres allégations d'Antigua concernant les salaires des exploitants de jeux.²⁶³ Les États-Unis concluent que ce type d'approche est le seul moyen de déterminer des recettes antérieures d'Antigua provenant des jeux qui soient conformes à la réalité économique.²⁶⁴

3.164 Troisièmement, à l'audience, les États-Unis ont fait observer que le rapport de 2007 du Secrétariat sur l'examen de la politique commerciale d'Antigua-et-Barbuda²⁶⁵ indiquait que les exploitants de paris et/ou de jeux interactifs à Antigua bénéficiaient des mêmes exonérations fiscales que les sociétés de services financiers offshore, à l'exception d'un impôt sur le revenu de 3 pour cent mis en place en 2001 en vertu de la Loi de 2001 portant modification de la Loi sur les sociétés commerciales internationales. Les documents fiscaux pourraient alors être utilisés pour le calcul du revenu des exploitants, qui correspondrait aux rentrées brutes minorées des montants versés aux clients au titre des paris. Puisque le gouvernement antiguanais n'a formulé aucune observation sur le rapport du Secrétariat de l'OMC à cet égard, il conviendrait de supposer que ces renseignements sont corrects.²⁶⁶

3.165 Sur le premier point, Antigua reconnaît qu'elle ne peut déterminer la source de cette déclaration, dont il apparaît qu'elle se rapporte à l'année 1999. Elle pense que la déclaration pourrait être attribuable en totalité ou en partie à i) une méconnaissance fondamentale, au sein du gouvernement, de la taille véritable du secteur des jeux à distance; ii) des estimations de l'incidence directe du secteur sur le pays pour ce qui est des salaires payés, des loyers et des achats intérieurs et

²⁶¹ Réponse des États-Unis à la question n° 36 de l'arbitre, paragraphe 52; et observation des États-Unis sur la réponse d'Antigua à la question n° 39 de l'arbitre, paragraphe 59.

²⁶² Réponse des États-Unis à la question n° 34 de l'arbitre, paragraphe 36. Voir aussi l'analyse effectuée plus haut à la section III.E.1 d) i).

²⁶³ Réponse des États-Unis à la question n° 33 de l'arbitre, paragraphe 35.

²⁶⁴ Réponse des États-Unis à la question n° 35 de l'arbitre, paragraphe 41.

²⁶⁵ Document WT/TPR/S/190/ATG, 1^{er} octobre 2007

²⁶⁶ Remarques des États-Unis à l'audience le 18 octobre 2007.

des dépenses directes analogues; et iii) des corrélations établies entre l'emploi estimé et la taille de la main-d'œuvre nationale globale.²⁶⁷

3.166 Antigua rejette également la deuxième approche au motif qu'elle est totalement conjecturale. Elle affirme qu'aucun des chiffres n'est étayé par la moindre donnée et qu'il n'y a pas non plus d'éléments étayant les suppositions faites et la méthode utilisée par les États-Unis.²⁶⁸

3.167 Enfin, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu, Antigua réplique que l'impôt de 3 pour cent mis en place en 2001 a été supprimé en 2003 et n'a jamais été imposé, mis en application ou perçu. Elle précise que les seules redevances directes payées par les exploitants de jeux à distance au gouvernement antiguanais sont les droits de licence et les redevances connexes qui sont "forfaitaires".²⁶⁹

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.168 Nous notons que les données de l'OMC sur le commerce des services d'Antigua utilisées par les États-Unis sont fondées sur des renseignements du FMI, qui eux-mêmes proviennent de l'ECCB. Dans sa lettre, l'ECCB confirme que les recettes des exploitants antiguanais de jeux à distance ne sont pas incluses dans sa comptabilité du PIB d'Antigua. De plus, dans sa lettre datée du 13 décembre 2007, le FMI confirme que les statistiques relatives à la balance des paiements d'Antigua-et-Barbuda sont compilées par l'ECCB et fournies au FMI et que ce dernier ne rassemble pas, de façon indépendante, des données concernant les importateurs ou les exportateurs de services de jeux. Comme il est indiqué au paragraphe 3.109 ci-dessus, le FMI explique également que les données fournies par l'ECCB n'identifient pas séparément les services de jeux à distance, que le montant correspondant à l'agrégat des services personnels, culturels et relatifs aux loisirs est nul pour toutes les années mentionnées dans le rapport *Balance of Payments Yearbook* de 2006 du FMI, que les formulaires de rapport d'enquête utilisés par l'ECCB n'indiquent pas où les services de jeux sont identifiés ou couverts séparément, et que la description des données relatives à la balance des paiements compilées par l'ECCB et figurant dans la partie III du rapport *Balance of Payments Yearbook* ne fait pas référence aux services de jeux. Par conséquent, si nous devons supposer que les renseignements disponibles concernant la balance des paiements d'Antigua n'incluent pas les recettes provenant des jeux à distance, il ne nous semble pas justifié d'utiliser des agrégats, tels que les "autres services commerciaux", comme limite maximale pour le calcul du niveau des exportations hypothétiques, sachant que cet agrégat devrait peut-être inclure, mais n'inclut pas, les renseignements requis. De plus, comme nous l'avons déjà indiqué au paragraphe 3.109, en ce qui concerne les autres transactions liées aux jeux, le FMI conclut qu'il ne peut pas dire dans quelle mesure les données présentées sont exhaustives dans les faits, et nous avons noté qu'il n'y avait pas de changements inhabituels dans les autres inscriptions à la balance des paiements, telles que le solde débiteur de divers services aux entreprises dans le compte des transactions courantes ou des revenus des investissements qui pourraient être liés (même vaguement) à des changements dans l'utilisation des recettes provenant des jeux à distance et permettraient de faire une estimation raisonnée de leur importance.

3.169 En ce qui concerne les trois autres calculs "approximatifs" mentionnés par les États-Unis, nous notons que la seule approche prenant comme point de départ les salaires et rémunérations communiqués pour le secteur antiguanais aurait pu être prometteuse. Cependant, les États-Unis ne fournissent aucun élément de preuve étayant des estimations raisonnables de la part des salaires dans les gains totaux. Ils auraient au moins pu fournir des renseignements émanant d'un éventail de sociétés exerçant des activités dans le secteur des jeux à distance et concernant leurs recettes totales provenant des jeux sur Internet ainsi que le nombre d'employés et les coûts salariaux dans ce segment.

²⁶⁷ Réponse d'Antigua à la question n° 37 de l'arbitre, pages 30 et 31.

²⁶⁸ Observations d'Antigua sur la réponse des États-Unis à la question n° 35 de l'arbitre, page 22.

²⁶⁹ Réponse d'Antigua aux questions n° 28 et 31 de l'arbitre, pages 28 à 30.

S'agissant des deux autres approches, il apparaît que les renseignements fiscaux nécessaires n'existent pas du tout (la législation pertinente sur l'impôt sur le revenu a été abrogée peu après avoir été promulguée et n'a jamais été mise en œuvre) et, en ce qui concerne la remarque d'Antigua sur la contribution des jeux au PIB, on ne voit pas clairement à quoi il est fait référence (il n'y a apparemment pas le moindre document étayant la déclaration plutôt vague faite, ni même une référence au PIB pour une année particulière).

d) Perte de part de marché par rapport aux concurrents

i) *Arguments des parties*

3.170 Comme il est décrit plus haut dans la section III.E.2 a), l'approche des États-Unis prend en compte une perte de compétitivité alléguée d'Antigua au moyen d'un facteur de 7 pour cent sur 50 pour cent, chiffres qui représentent la part de marché mondial détenue par Antigua en 2006 et en 2001 respectivement, afin d'ajuster à la baisse le niveau calculé de l'annulation ou de la réduction des avantages. Nous référant aux arguments des parties déjà exposés dans la section III.E.1 g) i), nous rappelons qu'Antigua s'oppose à tout ajustement du niveau hypothétique des exportations visant à tenir compte d'autres facteurs, faisant valoir que les pertes de recettes subies par son secteur des jeux à distance sont attribuables en totalité aux mesures des États-Unis²⁷⁰, tandis que les États-Unis soutiennent que la perte de part du marché mondial enregistrée par Antigua ne peut absolument pas être attribuée à leurs mesures.²⁷¹

ii) *Analyse de l'arbitre*

3.171 Comme il est expliqué plus haut dans la section III.E.1 g) ii), nous considérons que la question de la concurrence est importante, mais nous ne pensons pas qu'il soit approprié d'utiliser la part du marché mondial détenue par Antigua pour tenter de quantifier la perte de compétitivité d'Antigua. Par contre, la position concurrentielle d'Antigua devrait être évaluée par rapport à celle de ses concurrents sur le marché des États-Unis qui sont susceptibles d'être également affectés par les mesures des États-Unis. Comme il est indiqué plus haut, n'étant pas en mesure de nous appuyer sur la manière dont les parties ont (ou non) modélisé la question de la concurrence, nous sommes tenus de définir notre propre approche à cet égard.

3. Approche de l'arbitre

3.172 Pour commencer, nous notons que les approches des deux parties sont radicalement différentes en ce qui concerne à la fois les données sous-jacentes et la méthode utilisée pour déterminer les niveaux hypothétiques des exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis. Les deux parties ont avancé un certain nombre d'arguments valables critiquant des aspects fondamentaux de l'approche proposée par l'autre partie. Nous estimons ne pas être en mesure de nous appuyer sur l'approche utilisée par Antigua, telle qu'elle est exposée dans sa note méthodologique, pour calculer le montant demandé des contre-mesures. Par ailleurs, l'approche avancée par les États-Unis ne représente pas non plus une solution de remplacement convaincante.

3.173 Nous n'avons donc pas d'autre choix que d'adopter notre propre approche. Ce faisant, nous avons le sentiment d'avancer sur un terrain rendu mouvant par les parties. Un certain degré d'incertitude entoure les données. Pour la plupart des variables, les données sont des indicateurs de ce qui doit être mesuré, et les observations sont trop peu nombreuses pour permettre une analyse économétrique appropriée. Certaines données que nous avons demandées et qui, dans une certaine

²⁷⁰ Note méthodologique d'Antigua, pages 2 et 3; et réponse d'Antigua à la question n° 44 de l'arbitre, pages 34 et 35.

²⁷¹ Réponse des États-Unis à la question n° 23 de l'arbitre, paragraphe 29.

mesure, auraient pu remédié à cette situation n'ont pas été fournies. Sur les questions de méthode, les parties, à divers égards, ont conservé leurs positions extrêmes et n'ont pas proposé de solution de rechange qui aurait pris en compte les arguments échangés.

3.174 Par conséquent, nous disposons de fort peu de renseignements et d'indications. Néanmoins, nous nous efforcerons de nous écarter le moins possible des approches proposées par les parties et d'utiliser au maximum la base de renseignements limitée qui nous a été fournie, en particulier pour procéder à une analyse de sensibilité à l'appui de notre approche principale. Nous respecterons globalement l'esprit de l'approche initiale d'Antigua tout en procédant aux ajustements nécessaires compte tenu de notre analyse ci-dessus. Nous procéderons en quatre étapes. Premièrement, nous nous efforcerons d'établir une hypothèse réaliste concernant les recettes d'Antigua provenant des exportations de services de jeux à distance vers les États-Unis. Deuxièmement, nous ajusterons cette série chronologique pour tenir compte de l'incidence apparente des fournisseurs concurrents. Troisièmement, nous déterminerons une part des services de paris hippiques dans les recettes totales d'Antigua provenant des jeux à distance qui soit vraisemblable. Enfin, nous tiendrons compte de l'évolution de la demande de services de paris hippiques aux États-Unis.

a) Exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis

3.175 Étant donné qu'Antigua n'a pas communiqué de données sur les services de jeux à distance et que, par conséquent, de tels renseignements n'ont pas été inclus dans les catégories pertinentes des statistiques sur le commerce des services compilées par l'ECCB/le FMI/l'OMC, nous n'avons pas réellement d'autre choix que d'utiliser les données de GBGC pour établir une série chronologique des recettes d'Antigua provenant des jeux à distance. Nous devons supposer que de telles recettes constituent effectivement des exportations, c'est-à-dire que le marché intérieur d'Antigua est négligeable et que l'imputation des recettes à divers territoires a été effectuée en fonction de la localisation réelle des opérations. Sur la base de certains des renseignements additionnels fournis, nous pouvons vérifier si l'ordre de grandeur des données de GBGC n'est pas hors de proportion avec les autres statistiques. Nous calculerons notamment une moyenne des recettes par employé en utilisant les données sur les sociétés cotées en bourse fournies par Antigua. Un autre point de comparaison intéressant aurait été une estimation des recettes totales sur la base de la masse salariale en 2001 dans le secteur des jeux à distance d'Antigua mais, malheureusement, aucun élément de preuve concernant la part moyenne des salaires dans les recettes totales ne nous a été fourni.

i) *Données de GBGC*

3.176 Nous notons que les données sur les recettes annuelles d'Antigua provenant des jeux à distance pour les années 1999 à 2006 mentionnées par GBGC dans l'édition d'octobre 2007 du Rapport statistique trimestriel sur les jeux en ligne ont été notablement révisées à la baisse, en particulier pour les années antérieures à 2002, par rapport aux données figurant dans l'édition de mai, qui ont été utilisées par Antigua dans sa note méthodologique.²⁷² Étant donné les propres corrections apportées par GBGC, nous nous sentons évidemment obligés d'utiliser les données actualisées les plus récentes. Nous rappelons également que ces chiffres constituent les recettes globales d'Antigua et qu'aucun renseignement sur les exportations bilatérales de services de jeux d'Antigua vers les États-Unis n'a été fourni. Toutefois, Antigua fournit des éléments de preuve empiriques indiquant que la part des États-Unis dans ses recettes totales provenant des jeux à distance devrait être d'environ 80 pour cent. En l'absence de meilleurs renseignements et d'une quelconque indication quant à la manière dont cette part a évolué au fil du temps, nous pensons que le mieux que nous puissions faire est de réduire la série chronologique des recettes d'Antigua provenant des jeux à distance établie par GBGC de 20 pour cent afin d'obtenir une estimation de ses recettes en provenance des États-Unis et

²⁷² Réponses d'Antigua aux questions de l'arbitre, pièces AB-14 1) et AB-14 2).

de tenir au moins un peu compte de l'impression que nous avons que les États-Unis représentent bien le marché dominant pour Antigua.

3.177 Comme Antigua (dans deux de ses trois modèles) et les États-Unis, nous considérons que la période de 2001 et 2002 marque le tournant à partir duquel les mesures des États-Unis ont commencé à influencer sur les exportations antiguaises de services de jeux à distance vers les États-Unis. Reprenant l'idée de base de la méthode des recettes constantes d'Antigua, nous calculons la différence entre les recettes d'Antigua en 2001 et ses recettes réelles au cours de chaque année entre 2002 et 2006. À partir de ces chiffres, nous déterminons que la perte moyenne de recettes annuelles enregistrée par Antigua sur le marché des États-Unis est d'environ **304 millions de dollars**, d'après les données de GBGC.²⁷³

3.178 Toutefois, seule une partie de cette perte est due aux mesures des États-Unis. De ce fait, la supposition selon laquelle les recettes d'Antigua seraient restées constantes représente un point de départ prudent, puisqu'il se peut fort bien qu'Antigua ait bénéficié d'une hausse de la demande aux États-Unis (qui peut avoir accru les recettes d'Antigua ou atténué sa perte face à ses concurrents par rapport au niveau de 2001). Pour tenir compte de l'évolution du marché, Antigua, dans sa note méthodologique, propose d'utiliser soit la méthode de la part de marché constante, soit la méthode du taux de croissance constant. Nous pensons que la méthode de la part de marché constante n'est pas appropriée pour diverses raisons. Comme cela a déjà été dit, la part de marché détenue par Antigua peut subir l'effet d'un certain nombre de faits sans aucun lien avec la question considérée. De même, il est peu probable que l'avantage du pionnier sur un marché où les obstacles à l'entrée sont apparemment peu élevés garantisse une part de marché constante; au contraire, dès lors que des bénéfices "supérieurs à la normale" peuvent être dégagés sur un marché particulier, on s'attend à ce que de nouveaux concurrents entrent et à ce que les parts de marché des premiers arrivés diminuent, même si les recettes continuent à s'accroître. Qui plus est, les données de GBGC elles-mêmes montrent des signes d'accroissement de la concurrence qui ne justifient pas une telle supposition. S'agissant de la supposition d'Antigua relative à une croissance constante, nous pensons que ses recettes de 2001 sont le fruit d'une croissance extraordinaire pendant les premières années et progresseraient, le cas échéant, à un taux décroissant plutôt que linéaire, ce qui serait davantage conforme à l'évolution selon une courbe en S couramment observée sur les marchés concurrentiels. En dépit du nombre très limité d'observations, une courbe logistique peut cadrer avec les données sur les recettes d'Antigua antérieures à 2002, si l'on utilise l'algorithme de Levenberg-Marquardt. Son point de saturation κ se situe à 1 411 millions de dollars EU. Si l'on prend cette valeur comme point de repère, la perte annuelle moyenne aurait été de 411 millions de dollars EU. Toutefois, nous n'allons pas poursuivre plus avant cette approche car nous préférons modéliser directement l'incidence de la concurrence ainsi que les hausses possibles de la demande aux États-Unis.

ii) *Recettes par employé*

3.179 Comme cela est indiqué plus haut, nous utilisons les renseignements sur les recettes par employé de sociétés cotées en bourse ainsi que les données sur l'emploi dans le secteur des jeux à distance fournies par Antigua afin de déterminer approximativement l'ordre de grandeur des recettes d'Antigua provenant des jeux à distance.²⁷⁴ Les données concernant sept sociétés cotées en bourse (dont trois sont titulaires d'une licence à Antigua) ont été extraites de rapports annuels et sont disponibles pour les années 2001 (pour certaines sociétés 2002, 2003 ou 2004) à 2006. Si l'on prend la moyenne pour ces années, on obtient une valeur annuelle d'environ 446 000 dollars par employé, et de 447 000 dollars par employé si les valeurs extrêmes sont exclues.²⁷⁵ Si l'on multiplie le premier chiffre par la différence entre le nombre d'employés en 2001 et le nombre d'employés au cours de

²⁷³ Voir l'annexe E, tableau 1 de l'annexe.

²⁷⁴ Réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, pages 18 et 19 et pièce AB-17.

²⁷⁵ Voir l'annexe E, tableau 2 de l'annexe.

chaque année entre 2002 et 2006 (ajusté pour tenir compte de la part de marché supposée des États-Unis de 80 pour cent) et que l'on prend la moyenne pour ces années, on obtient une perte moyenne de recettes annuelles d'environ **196 millions de dollars**.²⁷⁶

3.180 Nous procéderons ci-après à de nouveaux ajustements concernant ces deux chiffres.

b) Fournisseurs concurrents

3.181 En analysant les arguments des parties et les éléments de preuve disponibles, nous avons constaté que nous ne pouvions souscrire à aucune des positions extrêmes adoptées par les parties selon lesquelles la perte de part de marché enregistrée par Antigua depuis 2002 n'était aucunement due, ou était due en totalité, à sa perte de compétitivité par rapport aux fournisseurs implantés ailleurs. En utilisant les données de GBGC figurant dans l'édition d'octobre qu'Antigua a fournies, nous jugeons particulièrement révélateur le fait que les recettes mondiales augmentent à la fois pour les pays/territoires de la région pris individuellement, à savoir le Costa Rica, Curaçao et le territoire de Khanawake, et pour la région d'Amérique du Sud/centrale et des Caraïbes dans son ensemble, alors que c'est l'inverse pour Antigua. Comme nous l'avons indiqué plus haut, il nous semble raisonnable de supposer que les pays de la région sont en concurrence avec Antigua pour le marché des États-Unis et devraient *a priori* être affectés de la même manière qu'Antigua par les mesures des États-Unis. Bien que ces pays aient également enregistré une perte de part du marché mondial entre 2002 et 2006, cette baisse a été moins prononcée que celle enregistrée par Antigua. Afin de rendre opérationnelle la notion de concurrence, nous interprétons les mauvais résultats d'Antigua depuis 2002 en ce qui concerne sa contribution à la part de la région dans les recettes globales provenant des jeux à distance comme une perte de compétitivité d'Antigua par rapport à ses principaux concurrents, qu'elle aurait subie même en l'absence des mesures des États-Unis. Si tel est le cas, seule une partie de la perte de recettes calculée dans les sections III.E.3 a) i) et III.E.3 a) ii) ci-dessus devrait être attribuée aux mesures des États-Unis.

3.182 Afin d'effectuer les ajustements nécessaires, nous procédons comme suit: à supposer qu'Antigua ait continué à faire aussi bien que ses concurrents d'Amérique centrale/du Sud et des Caraïbes, sa contribution à la part du marché mondial détenue par la région serait restée constante en valeur de 2001. Toutefois, sa contribution a baissé chaque année pour atteindre environ la moitié de sa valeur de 2001 en 2006.²⁷⁷ Par conséquent, la perte de recettes d'Antigua devrait être corrigée de la baisse de sa contribution relative à la part du marché mondial détenue par la région pour chacune des années entre 2002 et 2006. Si cela est fait, les montants de la perte moyenne de recettes annuelles calculés dans la section III.E.3 a) i) et dans la section III.E.3.a) ii) ci-dessus sont ramenés à **164 millions de dollars** et **128 millions de dollars**, respectivement.²⁷⁸

3.183 Si, en outre, nous incluons le territoire de Khanawake dans le groupe des concurrents régionaux, les montants de la perte moyenne de recettes annuelles calculés dans la section III.E.3 a) i) et dans la section III.E.3 a) ii) ci-dessus s'élèveraient uniquement à 118 millions de dollars et 108 millions de dollars, respectivement. Toutefois, si l'inclusion du territoire de Khanawake se justifie sur le plan théorique, nous préférons éviter autant que possible de recourir à des renseignements par pays, hormis pour Antigua, car nous avons plus confiance dans les estimations mondiales et régionales de GBGC. En particulier, pour ce qui est du territoire de Khanawake, nous relevons quelques petites incohérences pour certaines années avec les recettes totales de l'Amérique du Nord par lieu d'implantation des exploitants, qui, contrairement à ce qui s'est passé pour Antigua, n'ont pas été corrigées entre les éditions de mai et d'octobre 2007 de la base de données de GBGC.

²⁷⁶ Voir l'annexe E, tableau 3 de l'annexe.

²⁷⁷ Voir l'annexe E, tableau 4 de l'annexe.

²⁷⁸ Voir l'annexe E, tableau 5 de l'annexe

c) Paris hippiques

3.184 À la lumière de l'hypothèse choisie et de notre analyse exposée plus haut dans la section III.E.2 b) ii), nous avons identifié deux stratégies concernant une approximation de la part inconnue des paris hippiques dans les exportations de services de jeux à distance d'Antigua vers les États-Unis, qui semblent préférables aux autres options possibles identifiées par les parties. La première option consiste à utiliser les données de GBGC combinant les recettes provenant des paris hippiques à distance et non à distance dans diverses régions du monde. On ne sait pas très bien si les chiffres régionaux renvoient au lieu d'implantation du joueur ou de l'exploitant. Étant donné que les principaux marchés sont présentés séparément, ils peuvent renvoyer au premier; toutefois, le chiffre relatif aux paris sportifs en Amérique du Nord est plutôt faible. Il est donc probablement plus prudent de prendre le total mondial. Au niveau mondial, la part des courses hippiques dans la totalité des activités de jeux diminue, passant de 13 pour cent en 2001 à 9 pour cent en 2006, tandis que le montant total reste quasiment constant. Si l'on applique la part moyenne de 11 pour cent aux montants en caractère gras calculés dans la section III.E.3 b) ci-dessus, on obtient une perte estimée de recettes annuelles provenant des paris hippiques par Antigua d'environ **18 millions de dollars** et **14 millions de dollars**, respectivement.

3.185 Si l'on utilisait la part de 7 pour cent des paris hippiques sur le marché des jeux non à distance des États-Unis (sur la base de la moyenne pour les années 2003 à 2006), les montants calculés dans la section III.E.3 b) ci-dessus seraient ramenés à environ 11 millions de dollars et 9 millions de dollars, respectivement.

d) Croissance de la demande aux États-Unis

3.186 Comme nous l'avons dit plus haut dans la section III.E.3 a) i), il nous faut tenir compte de la croissance possible du marché des jeux à distance des États-Unis, en l'espèce du segment du marché relatif aux courses hippiques, dont Antigua aurait pu tirer avantage en l'absence des mesures des États-Unis. Les parties ont fourni des séries de données différentes à cet égard. Antigua a fourni des données montrant que les recettes provenant du marché des paris hippiques en Amérique du Nord avaient pratiquement stagné entre 2001 et 2006. Si l'on ajuste une tendance temporelle linéaire au moyen des données, le marché mondial n'a fait guère mieux que croître à une moyenne de 0,5 pour cent par an. Cela n'influerait que peu sur les montants des pertes estimées de recettes annuelles d'Antigua provenant des paris hippiques calculés dans la section III.E.3 c) (chiffres en caractère gras), qui restent d'environ 18 millions de dollars EU et 14 millions de dollars EU.

3.187 Toutefois, les statistiques sur les jeux à distance pour le marché nord-américain peuvent être faussées par les effets des mesures des États-Unis. C'est pourquoi nous préférons travailler à partir des données fournies par les États-Unis sur les recettes nettes des paris mutuels sur le marché des jeux non à distance, qui étaient extraites des statistiques du BEA sur les dépenses de consommation, bien que ces chiffres puissent toujours subir l'effet d'un certain degré de remplacement des paris hippiques à distance par des paris hippiques non à distance à cause de l'incidence des mesures des États-Unis sur les fournisseurs étrangers. Les États-Unis fournissent des données concernant le marché des jeux non à distance pour la période allant de 1995 à 2006, qui comprennent une ventilation des recettes nettes des paris mutuels, dont il est estimé qu'elles proviennent à 90 pour cent des paris hippiques. Sur la période allant de 2001 à 2006, les dépenses dans ce segment se sont accrues de 5 pour cent par an en moyenne (il en va de même si toute la période est utilisée aux fins du calcul d'une tendance linéaire). Si l'on applique le taux de croissance composé qui en résulte aux montants (en caractère gras) calculés dans la section III.E.3 c), on obtient une perte moyenne de recettes annuelles pour Antigua d'environ **23 millions de dollars** ou **18 millions de dollars**, respectivement.

4. Conclusion

3.188 Eu égard à l'incertitude entourant les données que nous avons examinées plus haut, nous avons décidé de prendre la moyenne des deux chiffres calculés plus haut au paragraphe 3.187 pour rendre notre décision finale. Le calcul de la moyenne et l'arrondissement au million supérieur donnent un montant de **21 millions de dollars EU**.

3.189 Nous constatons donc que le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua est de 21 millions de dollars EU.

IV. PRINCIPES ET PROCÉDURES ÉNONCÉS À L'ARTICLE 22:3 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

4.1 Comme il est indiqué dans la section I.B, Antigua a demandé à être autorisée à suspendre des concessions et d'autres obligations au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC, conformément aux principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord.

A. PRINCIPAUX ARGUMENTS DES PARTIES

4.2 Dans sa demande, Antigua indique qu'elle a appliqué les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord lorsqu'elle a examiné les concessions et obligations à suspendre, et qu'elle présente sa demande au titre de l'article 22:3 b) et c). Antigua fait observer qu'elle est un pays en développement qui compte environ 80 000 habitants, dont les terres émergées ne couvrent que 442 km². Antigua est de loin le plus petit des Membres de l'OMC à avoir présenté une demande de suspension de concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord, et elle est consciente du fait qu'il est difficile de prendre des contre-mesures efficaces à l'égard de la principale économie mondiale. Elle fait valoir que ses ressources naturelles sont négligeables et qu'en conséquence, non seulement ses exportations sont limitées (de l'ordre de 4,4 millions de dollars EU par an à destination des États-Unis), mais que le pays est aussi obligé d'importer une quantité importante de marchandises et de services dont la population a besoin. Antigua estime que sur une base annuelle, environ 48,9 pour cent de ces marchandises et services importés proviennent de fournisseurs uniques situés aux États-Unis. Selon Antigua, l'imposition de droits d'importation additionnels sur les produits importés des États-Unis ou l'application de restrictions à la fourniture de services en provenance des États-Unis aurait sur elle une incidence défavorable disproportionnée, parce qu'elle rendrait ces produits et services sensiblement plus chers pour les citoyens du pays. Compte tenu de l'énorme différence qui existe entre l'économie des États-Unis et celle d'Antigua, des droits additionnels ou des restrictions à l'importation de marchandises et de services en provenance des États-Unis auraient une incidence défavorable beaucoup plus grande sur Antigua que sur les États-Unis. De fait, si Antigua mettait fin à tous ses échanges avec les États-Unis (qui se chiffrent à environ 180 millions de dollars EU par an, soit moins de 0,02 pour cent de toutes les exportations des États-Unis), cela n'aurait quasiment aucune incidence sur l'économie des États-Unis, qui pourraient aisément trouver ailleurs un autre débouché pour ce volume d'échanges relativement faible.

4.3 Antigua estime en outre que les circonstances sont suffisamment graves pour justifier la suspension de concessions ou d'obligations au titre d'autres accords visés, en plus de l'AGCS. Comme elle ne possède pas de ressources naturelles, la majeure partie de son économie est tributaire du tourisme et de la fourniture de services bancaires et autres services financiers. Antigua explique qu'elle a envisagé, initialement avec le concours du gouvernement des États-Unis, de fournir des services de jeux et paris pour diversifier son économie et créer la croissance requise pour pouvoir passer du statut de pays en développement à celui de pays plus avancé, et que les dispositions prises récemment par le gouvernement des États-Unis pour prohiber et restreindre encore plus la fourniture de ces services aux consommateurs des États-Unis ont fait beaucoup de tort aux fournisseurs de services d'Antigua, alors que les fournisseurs de services des États-Unis continuent de prospérer en

l'absence de prohibition et de poursuites pénales. Dans ces circonstances, la prohibition de ces services par les États-Unis et leur refus de se mettre en conformité avec les recommandations et décisions rendues par l'ORD dans le cadre du présent différend oblige Antigua à procéder de la manière indiquée, malgré la différence de niveau de développement par rapport aux États-Unis, la grande disparité de leurs relations commerciales et la dure réalité économique qui empêche Antigua d'exercer ses droits au titre de l'article 22.

4.4 Antigua estime aussi que la suspension de concessions et d'autres obligations correspondant à un montant de 3,4434 milliards de dollars EU et visant uniquement l'importation de services en provenance des États-Unis n'est ni possible ni efficace pour diverses raisons. Premièrement, Antigua-et-Barbuda n'a inscrit aucun engagement pour le secteur en cause dans le présent différend, à savoir le secteur 10.D de l'AGCS, dénommé "Services sportifs et autres services récréatifs", dans sa Liste d'engagements spécifiques annexée à l'AGCS (GATS/SC/2) (la "Liste d'Antigua"). Deuxièmement, en ce qui concerne la plupart des autres services visés par la Liste d'Antigua, comme il est indiqué plus haut, la suspension de concessions sous la forme d'un relèvement des droits, des droits de douane, des redevances ou d'autres restrictions aurait une incidence disproportionnée sur l'économie d'Antigua et peu, voire aucune incidence sur les États-Unis. Troisièmement, même si elle devait avoir recours exclusivement à une suspension de concessions au titre de l'AGCS, Antigua ne pourrait pas à l'évidence recouvrer le montant total correspondant à l'annulation et à la réduction d'avantages causées par les mesures incompatibles.

4.5 En outre, de l'avis d'Antigua, le fait que les États-Unis continuent de ne pas se conformer à leurs obligations rend les circonstances suffisamment graves, au sens de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord, pour justifier l'imposition de contre-mesures appropriées au titre d'autres accords visés, étant donné que le secteur des jeux d'Antigua continuera de subir de lourdes pertes, que le gouvernement d'Antigua sera privé de recettes essentielles, que la population d'Antigua ne pourra pas obtenir les emplois dont elle a tant besoin et que l'ensemble de l'économie du pays continuera d'en subir les effets négatifs, tant que les États-Unis n'auront pas retiré les mesures en cause dans le présent différend ou éliminé leurs effets défavorables.

4.6 Les États-Unis estiment cependant qu'Antigua n'a pas suivi les principes énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, qui l'obligeaient à chercher d'abord à suspendre des concessions dans le même secteur que celui dont relèvent les services de jeux (à savoir, selon eux, "10. Services récréatifs, culturels et sportifs"), et que, si cela n'était pas possible, Antigua devait alors chercher à suspendre des concessions ou obligations au titre du même accord, à savoir l'AGCS.²⁷⁹

4.7 Les États-Unis estiment qu'Antigua n'a pas exposé d'une manière adéquate les raisons pour lesquelles elle ne pouvait pas chercher à suspendre des concessions uniquement au titre de l'AGCS, plutôt qu'au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC. Ils relèvent qu'Antigua fait des déclarations qui n'emportent pas la conviction, selon lesquelles elle est un pays en développement qui doit d'une manière générale importer des marchandises et des services, mais qu'elle n'explique pas spécifiquement pourquoi il ne serait pas possible ou efficace de suspendre des concessions concernant des services spécifiques. Les États-Unis estiment aussi que l'argument selon lequel le niveau demandé par Antigua est plus élevé que celui de l'ensemble de ses échanges avec les États-Unis, et selon lequel il lui faut donc suspendre des concessions au titre d'autres accords, est vicié, parce que le montant demandé est sans rapport avec la réalité économique. Une fois recalculé, ce niveau cadre avec les importations de services d'Antigua et la suspension de concessions concernant les services est possible (et requise). De l'avis des États-Unis, l'argument selon lequel la suspension de concessions concernant les marchandises ou les services ne pourrait pas avoir d'incidence sur les États-Unis en raison de la disparité entre la taille relative des deux économies ne peut donner un blanc-seing pour s'écarter des principes généraux énoncés à l'article 22:3.

²⁷⁹ Communication écrite des États-Unis, paragraphes 56 et 57.

4.8 Eu égard aux explications qu'elle a fournies dans sa demande, Antigua estime qu'elle a clairement exposé ses allégations sans ambiguïté, conformément aux principes énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord²⁸⁰, de sorte qu'il incombe désormais aux États-Unis de démontrer "qu'il est à la fois raisonnable et efficace pour Antigua de chercher [à suspendre] des concessions soit dans le même secteur au titre de l'AGCS, soit dans un ou plusieurs autres secteurs visé(s) par l'AGCS pour lequel (lesquels) elle a pris des engagements".

4.9 Antigua indique aussi dans sa communication écrite qu'il n'existe aucune mesure corrective au titre de l'AGCS, essentiellement parce que le volume de ses importations dans le secteur des services est très loin d'être suffisant pour absorber le niveau des concessions auquel elle a droit.²⁸¹ En particulier, Antigua explique ensuite plus avant les raisons pour lesquelles la suspension au titre de l'AGCS ne serait ni possible ni efficace, que ce soit dans le même secteur ou dans d'autres secteurs.

B. APPROCHE GLOBALE RETENUE PAR L'ARBITRE

4.10 L'article 22:3 énonce certains principes et certaines procédures que doit suivre la partie plaignante qui cherche à suspendre des concessions en ce qui concerne le(s) secteur(s) et/ou l'accord visé au titre duquel la suspension peut intervenir et qu'Antigua n'aurait pas suivis dans sa demande, d'après les allégations des États-Unis.

4.11 L'article 22:7 du Mémorandum d'accord dispose que "si la question soumise à arbitrage comprend l'affirmation selon laquelle les principes et procédures énoncés au paragraphe 3 n'ont pas été suivis, l'arbitre examinera cette affirmation" et que, "[d]ans 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". Nous sommes donc tenus d'examiner l'affirmation des États-Unis selon laquelle Antigua n'a pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémorandum d'accord.

4.12 À titre de principe général, l'article 22:3 a) du Mémorandum d'accord dispose que la suspension de concessions ou d'autres obligations devrait d'abord être recherchée dans le même secteur que celui dans lequel une violation a été constatée. La partie pertinente de l'article 22:3 dispose 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."

4.13 Les alinéas b), c) et d) de l'article 22:3 précisent ensuite les principes et procédures qui doivent être suivis par la partie plaignante qui souhaite chercher à procéder à une suspension dans un autre secteur, ou au titre d'un autre accord, que celui dans lequel ou au titre duquel une violation a été constatée:

- "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

²⁸⁰ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 39.

²⁸¹ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 48.

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."

4.14 En outre, l'alinéa d) dispose ce qui suit:

- "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."

4.15 Aux fins de l'examen de notre mandat en ce qui concerne les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, nous jugeons utile de nous référer à l'analyse des arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*. Comme nous l'avons fait observer plus haut dans la section I.A, lorsqu'ils ont déterminé l'étendue de leur compétence en ce qui concerne l'examen des principes et procédures ayant trait aux demandes de suspension de concessions ou d'autres obligations au titre des alinéas b) et/ou c), les arbitres dans cette affaire ont estimé que "le fait que les pouvoirs des arbitres au titre des alinéas b) et c) [étaient] explicitement prévus à l'article 22:6 signifi[ait] *a fortiori* que la compétence des arbitres inclu[ait] le pouvoir d'examiner si les principes et procédures énoncés dans ces paragraphes [avaient] été suivis par le Membre qui demand[ait] l'autorisation de suspension".²⁸²

4.16 Les arbitres ont ensuite examiné les termes de l'article 22:3, y compris le fait qu'une certaine marge d'appréciation était laissée à la partie plaignante pour arriver à ses conclusions en ce qui concerne certains éléments factuels (c'est-à-dire, "si *cette partie considère*", aux alinéas b) et c), ainsi que le fait que la partie concernée était tenue d'appliquer les principes énoncés à l'article 22:3 (c'est-à-dire, "*appliquera* les principes et procédures ci-après", figurant dans la clause introductive de l'article 22:3). À partir de cette analyse textuelle, les arbitres ont déterminé ce qui suit:

"la marge dont les arbitres disposent en ce qui concerne l'examen signifie qu'ils sont compétents pour déterminer d'une manière générale si la partie plaignante en question a examiné les faits voulus de manière objective et si, sur la base de ces faits, elle peut arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'est pas possible ou efficace de chercher à suspendre des concessions dans le même secteur au titre des mêmes

²⁸² Décision des arbitres, *CE – Bananes III* (demande présentée par l'Équateur), paragraphe 50.

accords mais seulement au titre d'un autre accord, pour autant que les circonstances sont suffisamment graves."²⁸³

4.17 Les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* ont également examiné d'une manière plus générale les termes de l'article 22:3 et observé que "ces dispositions établissent une suite d'étapes vers la suspension de concessions ou d'autres obligations compatible avec les règles de l'OMC, qui laisse à la fois une marge d'appréciation à la partie plaignante et une marge pour l'examen par les arbitres dans le cas où une demande de suspension au titre de l'article 22:2 est contestée au titre de l'article 22:6".²⁸⁴

4.18 Nous souscrivons à ces déterminations. En particulier, nous convenons que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, qui obligent la partie plaignante à établir certaines déterminations, laissent "une marge d'appréciation" à la partie plaignante qui établit ces déterminations. Parallèlement, l'article 22:3 énonce des principes et procédures spécifiques que la partie plaignante doit suivre, et nous considérons que le rôle de l'arbitre agissant en vertu de l'article 22:7 du Mémoire d'accord consiste à examiner si ces principes et procédures ont été suivis. Nous pensons comme les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* que cela consiste à déterminer "si la partie plaignante en question a examiné les faits voulus de manière objective", de même que "si, sur la base de ces faits, elle [pouvait] arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'est pas possible ou efficace de chercher à suspendre des concessions dans le même secteur au titre des mêmes accords mais seulement au titre d'un autre accord, pour autant que les circonstances [soient] suffisamment graves".

4.19 Si nous passons maintenant aux principes et procédures spécifiques énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord, nous constatons pour commencer que, comme l'ont fait observer les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, "ces dispositions établissent une suite d'étapes vers la suspension de concessions ou d'autres obligations compatible avec les règles de l'OMC".²⁸⁵ En d'autres termes, comme l'a dit Antigua, l'article 22:3 du Mémoire d'accord établit une "hiérarchie" de mesures correctives que la partie plaignante doit respecter lorsqu'elle détermine dans quels secteurs ou au titre de quels accords elle peut chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations, à savoir: 1) chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le même secteur au titre du même accord, 2) chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre du même accord, et 3) chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord.²⁸⁶

4.20 En l'espèce, Antigua a d'abord indiqué dans sa demande qu'elle "pourra[it]" suspendre "des concessions et des obligations horizontales et/ou sectorielles dans le secteur suivant qui est inclus dans la Liste d'Antigua: 2. Services de communication", ainsi qu'au titre de l'Accord sur les ADPIC. Toutefois, elle estime désormais que la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS, que ce soit dans le secteur dans lequel une violation a été constatée ou dans d'autres secteurs, n'est pas possible ou efficace, et que les circonstances sont suffisamment graves pour qu'elle puisse chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC (au titre duquel aucune violation n'a été constatée).²⁸⁷

²⁸³ Décision des arbitres, *CE – Bananes III* (demande présentée par l'Équateur), paragraphe 52.

²⁸⁴ Décision des arbitres, *CE – Bananes III* (demande présentée par l'Équateur), paragraphe 55.

²⁸⁵ Décision des arbitres, *CE – Bananes III* (demande présentée par l'Équateur), paragraphe 55.

²⁸⁶ Communication écrite d'Antigua, paragraphes 16 à 21.

²⁸⁷ Nous prenons note du fait qu'Antigua a modifié au cours de la procédure son évaluation de la possibilité ou de l'efficacité de la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS et qu'elle ne pense plus, comme elle l'avait indiqué dans sa demande d'autorisation, qu'elle "pourra[it]" suspendre des concessions ou d'autres obligations concernant les services de télécommunications. Aux fins de notre évaluation, nous prenons en considération les déterminations d'Antigua telles qu'elles ont été explicitées au

4.21 Comme Antigua cherche à suspendre des obligations au titre d'un accord visé autre que celui au titre duquel une violation a été constatée (c'est-à-dire l'Accord sur les ADPIC plutôt que l'AGCS), cela signifie qu'elle a établi deux déterminations successives conformément à la "suite d'étapes" envisagée à l'article 22:3 du Mémoire d'accord: premièrement, une détermination selon laquelle il n'était pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le secteur dans lequel une violation avait été constatée, conformément à l'article 22:3 b), et, deuxièmement, une détermination selon laquelle il n'était pas possible ou efficace non plus de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un autre secteur relevant de l'accord au titre duquel une violation avait été constatée, et que les circonstances étaient suffisamment graves pour qu'elle soit en droit de chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre d'un autre accord, comme il est prévu à l'alinéa c). Nous examinerons ces deux aspects l'un après l'autre.

C. OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

4.22 Avant d'entreprendre notre évaluation des déterminations établies par Antigua, nous estimons qu'il est utile de faire quelques observations préliminaires pour tenir compte du fait que nous avons constaté, plus haut dans la section III, que le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua s'élevait à 21 millions de dollars EU, et non pas à 3,4434 millions de dollars EU, comme l'avait estimé Antigua.

4.23 Les arguments d'Antigua ayant trait à la possibilité de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS reposent en partie sur des hypothèses concernant le montant de la suspension auquel elle a droit. Plus particulièrement, Antigua a expliqué que la "raison première et fondamentale" pour laquelle il n'était pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS était que le volume de ses importations de services en provenance des États-Unis était loin d'être suffisant pour absorber le niveau de la suspension de concessions auquel elle avait droit.²⁸⁸ Les États-Unis estiment pour leur part que l'argument d'Antigua est vicié, parce que le montant demandé est sans rapport avec la réalité économique. Une fois réévalué, il cadre, selon les États-Unis, avec les importations de services d'Antigua et la suspension de concessions concernant les services est possible (et requise).

4.24 Nous convenons que, dans la mesure où le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua est supérieur au niveau annuel de l'ensemble des importations de services d'Antigua en provenance des États-Unis, il ne lui serait pas possible de suspendre des obligations uniquement dans le secteur des services pour couvrir dans son intégralité le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Toutefois, nous avons déterminé plus haut au paragraphe 3.188 que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua est sensiblement inférieur à celui qu'Antigua avait estimé, à savoir 21 millions de dollars EU. Par conséquent, nous tiendrons compte de cette constatation aux fins de notre examen des déterminations établies par Antigua.

4.25 Sans perdre de vue ces considérations préliminaires, nous passons maintenant à la détermination établie par Antigua selon laquelle la suspension de concessions ou d'autres obligations n'est pas possible ou efficace dans le même secteur que celui dans lequel une violation a été constatée, ni dans aucun autre secteur relevant de l'AGCS.

cours de la procédure, à savoir sa détermination selon laquelle il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un quelconque secteur relevant de l'AGCS.

²⁸⁸ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 48.

D. EXAMEN DE LA DÉTERMINATION D'ANTIGUA S'AGISSANT DE LA SUSPENSION EN CE QUI CONCERNE LE "MÊME SECTEUR"

4.26 Comme nous l'avons fait observer ci-dessus, c'est uniquement si la partie plaignante estime qu'il n'est "pas possible ou efficace" de suspendre des obligations en ce qui concerne le même secteur qu'elle pourra chercher à suspendre des obligations dans d'autres secteurs (ou, en dernier ressort, au titre d'un autre accord). En outre, l'alinéa d) de l'article 22:3 exige de la partie plaignante qu'elle tienne compte de deux aspects spécifiques dans l'application des principes énoncés aux alinéas a) à c).

4.27 Nous avons déterminé dans la section précédente que notre tâche était d'examiner si, pour établir une détermination dans la présente affaire, Antigua, en tant que partie plaignante, a examiné les faits voulus de manière objective et si, sur la base de ces faits, elle pouvait arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'était pas possible ou efficace de demander une suspension en ce qui concerne le même secteur au titre du même accord.

4.28 Afin de procéder à cette évaluation, nous devons préciser les éléments qui sont pertinents pour une telle détermination et, spécifiquement, le sens des termes "pas possible ou efficace" dans le cadre de l'article 22:3 b), de même que le rôle des éléments indiqués à l'alinéa d) dans cette évaluation, avant de passer à la détermination d'Antigua dans la présente affaire.

1. Principes et procédures de l'article 22:3 b)

4.29 Dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, les arbitres ont analysé en détail le sens des critères du "caractère possible" et de l'"efficacité" énoncés aux alinéas b) et c) de l'article 22:3 du Mémoire d'accord, de même que le rôle des éléments mentionnés à l'alinéa d) de l'article 22:3 du Mémoire d'accord. Dans cette affaire, les arbitres ont déterminé, entre autres choses, ce qui suit:

- étudier le "caractère possible" d'une autre suspension consiste à voir, d'une part, si cette autre suspension peut être mise en application dans la pratique et, d'autre part, si elle est adaptée au cas d'espèce²⁸⁹;
- en revanche, le sens général du critère du "caractère possible" habilite la partie demandant la suspension à faire en sorte que celle-ci ait une forte incidence et produise le résultat souhaité, c'est-à-dire qu'elle incite à la mise en conformité le Membre qui ne met pas les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec les décisions de l'ORD dans un délai raisonnable²⁹⁰;
- l'examen par la partie plaignante du caractère possible et de l'efficacité d'une autre suspension dans le même secteur ou au titre du même accord ne doit pas nécessairement aboutir à la conclusion que cette autre suspension n'est à la fois ni possible ni efficace pour que les prescriptions de l'article 22:3 soient respectées²⁹¹;
- ces critères doivent notamment être lus conjointement avec les facteurs énoncés aux sous-alinéas i) et ii) de l'article 22:3 d) dont, comme le dispose la clause introductive de l'alinéa d), la partie plaignante demandant l'autorisation de suspension tiendra compte dans l'application des principes ci-dessus, c'est-à-dire les principes énoncés aux alinéas a) à c).²⁹²

²⁸⁹ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 70.

²⁹⁰ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 72.

²⁹¹ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 74.

²⁹² *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 79.

4.30 Nous considérons que ces interprétations constituent un point de départ utile pour notre évaluation de la détermination d'Antigua selon laquelle il n'était pas possible ou efficace pour elle de suspendre des obligations en ce qui concerne le même secteur au titre de l'AGCS.

4.31 Pour ce qui est des éléments énoncés à l'alinéa d) de l'article 22:3 dont il faut que la partie plaignante "tien[ne] compte" pour établir sa détermination, nous jugeons également utile de nous référer aux interprétations faites par les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*.

4.32 En ce qui concerne la référence faite à l'alinéa d) i) au "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" et à "l'importance de ce commerce" pour la partie plaignante, les arbitres n'ont pas "exclu [...] la possibilité" que le commerce dans le secteur ou dans le cadre de l'accord pertinent dans son intégralité soit à prendre en compte, mais ont pensé que ces critères concernaient en premier lieu le commerce annulé ou compromis par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC en cause.

4.33 Selon nous, le sens ordinaire des termes de l'alinéa d) i) donne à penser que l'intégralité du "commerce dans le secteur" au titre duquel une violation a été constatée est à prendre en compte, plutôt que, comme le donne à penser l'arbitrage dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, en premier lieu le "commerce annulé ou compromis par la mesure incompatible avec les règles de l'OMC en cause". Cela s'avère aussi, à nos yeux, compatible avec le contexte de cette disposition ainsi qu'avec son objet et son but. Tout d'abord, le terme "secteur" est également mentionné à l'alinéa b), où il définit le champ de l'examen à réaliser. Le terme "secteur" est également spécifiquement défini aux fins de l'article 22:3 à l'alinéa f).

4.34 Nous jugeons donc approprié de donner au terme "secteur" figurant à l'alinéa d) de l'article 22:3 du Mémoire d'accord le sens qui lui a été attribué à l'alinéa f) de la même disposition et de supposer, en lisant l'expression "le commerce dans le secteur" dans son contexte, qu'il devrait y avoir un parallèle entre le secteur dans lequel le caractère possible et l'efficacité de la suspension sont examinés et le commerce à prendre en compte pour établir cette détermination. En d'autres termes, pour déterminer si la suspension est possible ou efficace dans un certain secteur, il est approprié de prendre en compte la totalité du commerce dans ce secteur et son importance pour la partie plaignante. Cela s'avère aussi, à nos yeux, compatible avec le but de cette disposition, qui est de fournir des paramètres objectifs pour guider l'établissement de telles déterminations.

4.35 En outre, le sous-alinéa ii) de l'article 22:3 d) exige de la partie plaignante qu'elle prenne en compte "les éléments économiques plus généraux se rapportant à l'annulation ou à la réduction d'avantages" ainsi que "les conséquences économiques plus générales" de la suspension de concessions ou d'autres obligations. À propos de ces facteurs, les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* ont déterminé ce qui suit:

"Le fait que le premier critère se rapporte à "l'annulation ou à la réduction d'avantages" indique à notre avis que ce facteur concerne au premier chef "les éléments économiques plus généraux" se rapportant au Membre qui subit une telle annulation ou réduction d'avantages, c'est-à-dire en l'espèce l'Équateur.

Nous estimons toutefois que le fait que le deuxième critère se rapporte à la suspension de concessions ou d'autres obligations n'indique pas nécessairement que les "conséquences économiques plus générales" concernent exclusivement la partie dont il a été constaté qu'elle n'était pas en conformité avec les règles de l'OMC, c'est-à-dire en l'espèce les Communautés européennes. Comme il a été indiqué plus haut, la suspension de concessions peut non seulement toucher la partie visée par les mesures de rétorsion, mais aussi avoir, du moins dans une certaine mesure, des conséquences négatives pour la partie plaignante demandant la suspension,

particulièrement lorsqu'il existe un grand déséquilibre en termes de volume des échanges et de puissance économique entre les deux parties, comme c'est le cas de l'Équateur et des Communautés européennes, entre lesquels on observe des différences considérables, qu'il s'agisse de la taille de leur économie ou du niveau de leur développement socioéconomique."²⁹³

4.36 Nous sommes d'accord avec ces déterminations.

4.37 En conclusion, nous considérons que l'alinéa d) de l'article 22:3 exige que la partie plaignante examine les éléments ci-après:

- a) le commerce dans le secteur pertinent (tel qu'il est défini à l'alinéa f)) et l'importance de ce commerce pour la partie plaignante (en l'espèce Antigua), y compris des considérations touchant à l'importance relative de ce commerce pour la partie plaignante et pour le Membre auquel la suspension demandée s'appliquerait (les États-Unis);
- b) "les éléments économiques plus généraux" se rapportant au Membre subissant l'annulation ou la réduction d'avantages (en l'espèce Antigua);
- c) "les conséquences économiques plus générales" de la suspension de concessions ou d'autres obligations, tant pour la partie dont il a été constaté qu'elle n'était pas en conformité avec le droit de l'OMC (les États-Unis) que pour la partie plaignante (Antigua).

4.38 Avec ces considérations d'ordre général présentes à l'esprit, nous examinons maintenant la détermination d'Antigua selon laquelle il n'était pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le même secteur que celui dans lequel une violation a été constatée au titre de l'AGCS dans la présente affaire.

2. Examen de la détermination d'Antigua selon laquelle il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le "même secteur"

4.39 Afin d'examiner la détermination d'Antigua, nous jugeons utile de préciser d'abord le "secteur" qui est pertinent, ainsi que le champ des "concessions ou autres obligations" à examiner. Nous passerons ensuite à la détermination d'Antigua concernant le caractère possible et l'efficacité de la suspension de ces obligations, y compris son examen des facteurs indiqués à l'alinéa d).

- a) Identification du secteur pertinent et du champ des obligations à examiner

4.40 L'alinéa a) de l'article 22:3 dispose ce qui suit:

"[L]e 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." (pas d'italique dans l'original)

4.41 L'article 22:3 f) du Mémoire d'accord définit ensuite le terme "secteur" aux fins de l'article 22:3. Plus spécifiquement, il définit le terme "secteur" comme désignant:

²⁹³ CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE), paragraphes 85 et 86.

"[P]our ce qui est du commerce des services, un secteur principal recensé dans la "classification sectorielle des services", qui recense ces secteurs."

4.42 Comme il est précisé dans la note de bas de page 14 du Mémoire d'accord, cette liste figure dans le document MTN.GNS/W/120, qui recense onze secteurs principaux.

4.43 Dans la présente affaire, une violation a été constatée dans le sous-secteur "10.D" (Services sportifs et autres services récréatifs). Le "secteur principal" dans lequel la violation a été constatée, tel qu'il est défini à l'article 22:3 f), est par conséquent le secteur 10 ("Services récréatifs, culturels et sportifs"). Antigua a confirmé, en réponse à une question de l'arbitre, qu'elle convenait que l'intégralité du secteur 10 était pertinente aux fins de cette détermination.²⁹⁴

4.44 L'article 22:3 fait référence à des "concessions *ou autres obligations*" (pas d'italique dans l'original) en ce qui concerne le secteur pertinent. Cela indique, selon nous, que tout l'éventail des obligations contractées au titre de l'accord pertinent en ce qui concerne le secteur visé est pertinent pour l'examen du point de savoir si la suspension est possible ou efficace dans ce secteur. Cela inclurait, comme il est expressément dit dans le texte, les concessions inscrites dans les Listes, de même que, comme il est aussi expressément dit dans le texte, d'"autres obligations", quelles qu'elles soient, contractées en ce qui concerne le secteur en cause.

4.45 Dans la présente affaire, cela signifie que l'éventail pertinent des obligations qu'il faudrait examiner afin d'évaluer si la suspension est possible ou efficace en ce qui concerne le même secteur inclut non seulement tout engagement spécifique pris par Antigua en ce qui concerne le secteur 10 (Services récréatifs, culturels et sportifs), mais aussi les autres obligations au titre de l'AGCS qui s'appliquent à ce secteur, telles que l'obligation NPF énoncée à l'article II de l'AGCS.

b) Détermination d'Antigua selon laquelle il n'est "pas possible ou efficace" de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le même secteur

i) *Arguments des parties*

4.46 Dans sa demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, Antigua a fait observer qu'elle n'avait inscrit aucun engagement pour le secteur en cause dans le présent différend, "à savoir le secteur 10.D de l'AGCS intitulé "Services sportifs et autres services récréatifs""²⁹⁵, dans sa Liste d'engagements spécifiques, et n'a pas donné plus de précisions sur l'éventuelle suspension de concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le secteur 10 dans son ensemble ("Services récréatifs, culturels et sportifs").

4.47 Les États-Unis font valoir que l'explication donnée par Antigua de la raison pour laquelle elle cherche à suspendre des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans sa demande au titre de l'article 22:3 n'est "pas convaincante" et ne suit pas les principes énoncés à l'article 22:2. Ils notent en outre que l'identification par Antigua du secteur pertinent au titre de l'AGCS comme étant le secteur "10.D" (Services sportifs et autres services récréatifs) est incorrecte, étant donné que le secteur pertinent est la totalité du secteur 10 (Services récréatifs, culturels et sportifs). Les États-Unis font observer qu'Antigua a en fait pris des engagements au titre du secteur 10.A (Services de spectacles)²⁹⁶, et qu'elle n'a aucunement expliqué pourquoi elle ne cherchait pas à suspendre des concessions

²⁹⁴ Réponse d'Antigua à la question n° 47 de l'arbitre.

²⁹⁵ Recours d'Antigua à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/22.

²⁹⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 59.

concernant les services de spectacles, pour lesquels elle avait des engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés et de traitement national.²⁹⁷

4.48 Dans sa communication écrite, Antigua reconnaît que le secteur pertinent est le secteur 10 et donne plus de précisions sur la possibilité d'une suspension en ce qui concerne le même secteur dans l'intégralité du secteur 10 au titre de l'AGCS. Pour Antigua, il ressort clairement des "arbitrages antérieurs" qu'une partie plaignante n'a pas à prendre en considération le "commerce dans un secteur dans lequel elle n'a pris aucun engagement"²⁹⁸ et elle fait observer que le seul commerce dans le même secteur que celui pour lequel elle a inscrit des engagements dans sa Liste annexée à l'AGCS est celui qui se rapporte au sous-secteur 10.A ("Services de spectacles"). Elle dit n'avoir pas été en mesure de "trouver la moindre source statistique" concernant le commerce des services de spectacles et pense que ce commerce est négligeable en termes de volume global. Antigua considère en outre que la suspension de concessions ou d'autres obligations dans ce secteur "compromettrait très probablement les possibilités déjà limitées en matière de spectacles qui s'offrent aux citoyens antiguiens sans avoir en fait la moindre incidence sur les États-Unis".²⁹⁹

4.49 En réponse à une question de l'arbitre concernant la suspension éventuelle d'obligations autres que des engagements spécifiques, comme l'obligation NPF au titre de l'accord pertinent, Antigua a répondu que c'était très probablement une question théorique dans le contexte du présent différend et que "même si cet examen était poussé à l'extrême, jusqu'au cas où Antigua n'aurait *absolument* aucune obligation envers les États-Unis au titre de l'AGCS", "[l]a disparité dans les échanges était si grande [entre Antigua et les États-Unis] que les fournisseurs de services des États-Unis ne subiraient guère de dommages, voire aucun, alors que les consommateurs antiguiens seraient forcés de se démener pour trouver des services de remplacement à un coût incertain".³⁰⁰

4.50 Les États-Unis font aussi valoir d'une manière générale qu'Antigua n'a pas expliqué adéquatement les raisons pour lesquelles elle ne pouvait pas chercher à suspendre des concessions uniquement au titre de l'AGCS, plutôt qu'au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC. Ils font observer que, dans sa demande, Antigua fait "des déclarations qui n'emportent pas la conviction, selon lesquelles elle est un pays en développement qui doit d'une manière générale importer des marchandises et des services, mais qu'elle ne donne aucune explication spécifique sur les raisons pour lesquelles il ne serait pas possible ou efficace de suspendre des concessions concernant des services spécifiques".³⁰¹

4.51 Plus généralement, Antigua fait valoir que "la raison première et fondamentale" pour laquelle il n'est pas possible ou efficace pour elle de demander une suspension au titre de l'AGCS est que le volume de ses importations de services en provenance des États-Unis est loin d'être suffisant pour absorber le niveau de la suspension de concessions auquel elle a droit.³⁰² Antigua fait valoir que, ses importations totales de services en 2005 s'étant élevées à 208,11 millions de dollars EU, il ne lui serait pas possible d'atteindre un niveau de suspension de concessions ou d'autres obligations qui soit équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages "dans le même secteur de l'AGCS que celui dans lequel la violation a été constatée [le secteur 10], ou au titre de l'AGCS tout entier".³⁰³ Les États-Unis, par contre, estiment que l'argument selon lequel le niveau réclamé par Antigua est plus élevé que celui de la totalité de son commerce avec les États-Unis et selon lequel il

²⁹⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 59.

²⁹⁸ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 50.

²⁹⁹ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 51.

³⁰⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 48 de l'arbitre.

³⁰¹ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 60.

³⁰² Communication écrite d'Antigua, paragraphe 48.

³⁰³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 49 (le texte figurant entre crochets dans la citation est celui d'une note de bas de page du texte original).

lui faut donc suspendre des concessions au titre d'autres accords est vicié parce que le montant réclamé est sans rapport avec la réalité économique. Les États-Unis font valoir qu'une fois réévalué, ce niveau cadre avec les importations de services d'Antigua et la suspension de concessions concernant les services est possible (et requise).³⁰⁴

ii) *Évaluation de l'arbitre*

4.52 Comme nous l'avons noté ci-dessus, Antigua estime qu'elle n'était tenue de prendre en considération, pour déterminer si la suspension était possible ou efficace, que le commerce dans les secteurs où elle avait pris un engagement.³⁰⁵ Elle fait observer que le seul commerce dans le secteur 10 au titre de l'AGCS pour lequel elle a inscrit des engagements dans sa Liste annexée à l'AGCS est celui qui se rapporte au sous-secteur 10.A ("Services de spectacles"). Elle dit n'avoir pas été en mesure de "trouver la moindre source statistique" concernant le commerce des services de spectacles et pense que ce commerce est négligeable en termes de volume global. Antigua considère en outre que la suspension de concessions ou d'autres obligations dans ce secteur "compromettrait très probablement les possibilités déjà limitées en matière de spectacles qui s'offrent aux citoyens antiguanais sans avoir en fait la moindre incidence sur les États-Unis".³⁰⁶

4.53 Il apparaît aussi que les États-Unis ont estimé, du moins au départ, que le seul commerce qui était pertinent pour cette détermination était celui pour lequel Antigua avait pris un engagement spécifique, à savoir le sous-secteur 10.A.³⁰⁷ Les États-Unis n'ont cependant répondu spécifiquement à aucun des arguments avancés par Antigua dans sa communication écrite en ce qui concerne le volume du commerce visé et l'incidence défavorable que pourrait avoir une suspension dans ce sous-secteur.

4.54 Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous pensons que l'éventail d'obligations à examiner aux fins d'une détermination sur le point de savoir si la suspension est possible ou efficace dans le même secteur ne se limite pas aux sous-secteurs dans lesquels des engagements spécifiques ont été pris. Nous allons néanmoins examiner d'abord la détermination d'Antigua en ce qui concerne le sous-secteur 10.A ("Services de spectacles"), dans lequel elle a pris de tels engagements.³⁰⁸

4.55 Antigua fait d'abord observer qu'elle n'a pas été en mesure de trouver des sources statistiques concernant le commerce des services de spectacles et conclut donc que le volume de ce commerce

³⁰⁴ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 61.

³⁰⁵ Antigua trouve des éléments étayant cette supposition dans la décision arbitrale rendue dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, dans laquelle les arbitres ont jugé "évident" que "la suspension d'engagements en ce qui concerne des sous-secteurs de services ou des modes de fourniture de services qui n'[avaient] pas fait l'objet de consolidations dans la Liste établie par une partie plaignante dans le cadre de l'AGCS ne [pouvait] pas être mise en application dans la pratique et qu'elle ne [pouvait] donc pas être considérée comme possible". *CE – Bananes III (Équateur)*, Décision des arbitres, paragraphe 71. Dans cette affaire, l'arbitre a considéré en outre qu'il était "évident" que "l'Équateur ne [pouvait] pas suspendre des engagements ou d'autres obligations dans des sous-secteurs du secteur des services de distribution pour lesquels, en premier lieu, il n'a[vait] pas contracté d'engagements spécifiques". *CE – Bananes III (Équateur)*, Décision des arbitres, fin du paragraphe 103. Cependant, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, le texte de l'article 22:3 du Mémorandum d'accord fait référence à des "concessions et autres obligations" (pas d'italique dans l'original) dans le secteur pertinent, et non simplement à des "concessions". Par conséquent, le champ des obligations pertinent ne se limite pas, selon nous, aux engagements spécifiques consolidés dans la Liste d'Antigua annexée à l'AGCS.

³⁰⁶ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 51.

³⁰⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 59: "La question n'est pas de savoir si Antigua a pris des engagements dans le sous-secteur 10.D mais plutôt de savoir si Antigua a pris des engagements dans la totalité du secteur 10."

³⁰⁸ Nous notons également que dans sa demande d'autorisation de suspendre des concessions, Antigua ne s'est en fait référée qu'au secteur 10.D et supposait visiblement que c'était le "secteur" à examiner. Elle a par la suite reconnu que l'intégralité du secteur 10 était pertinente (bien qu'elle ait alors limité son examen, dans le cadre du secteur 10, au sous-secteur 10.A, dans lequel elle avait pris un engagement).

doit être négligeable. Nous notons que les États-Unis ne contestent pas cette affirmation. Ils n'ont en fait pas non plus laissé entendre qu'il existait un volume d'importations en provenance des États-Unis relevant du sous-secteur 10.A, pour lequel Antigua pourrait suspendre des concessions ou d'autres obligations. Nous notons aussi que les tableaux par pays figurant dans les Statistiques de la balance des paiements du FMI communiqués par les États-Unis présentent une ventilation des importations de services d'Antigua par catégorie, dont celle des "Services personnels, culturels et récréatifs", dans laquelle aucun volume n'est mentionné pour les années 1998 à 2005.

4.56 Dans ces circonstances, nous estimons qu'Antigua pouvait arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'était pas possible ou efficace pour elle de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS en ce qui concerne le sous-secteur 10.A, dans lequel elle avait pris un engagement spécifique.

4.57 Cependant, comme nous l'avons fait observer ci-dessus, nous estimons que, outre les engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés et de traitement national, d'autres obligations, y compris des obligations générales, au titre de l'AGCS auraient dû être aussi prises en compte par Antigua lorsqu'elle a établi sa détermination sur le point de savoir si la suspension était possible ou efficace dans le secteur 10. À cet égard, nous faisons observer qu'Antigua n'a formulé qu'une observation très générale, en réponse à une question de l'arbitre, selon laquelle "même si cet examen était poussé à l'extrême, jusqu'au cas où Antigua n'aurait *absolument* aucune obligation envers les États-Unis au titre de l'AGCS", "[l]a disparité dans les échanges était si grande [entre Antigua et les États-Unis] que les fournisseurs de services des États-Unis ne subiraient guère de dommages, voire aucun, alors que les consommateurs antiguais seraient forcés de se démener pour trouver des services de remplacement à un coût incertain".³⁰⁹ Antigua fait aussi observer que les États-Unis n'ont pas fait valoir qu'Antigua disposait d'une mesure corrective possible et efficace concernant d'"autres obligations" au titre de l'AGCS.³¹⁰

4.58 Dans notre examen de cette question, nous notons d'abord qu'il n'existe qu'un nombre limité de ces "autres obligations" au titre de l'AGCS qu'Antigua pourrait suspendre dans l'ensemble du secteur 10, y compris les sous-secteurs "10.B, Services d'agence de presse"; "10.C, Services des bibliothèques, archives, musées et autres services culturels", "10.D, Services sportifs et autres services récréatifs" et "10.E, Autres". Selon nous, la principale obligation pertinente à cet égard est l'obligation NPF, énoncée à l'article II de l'AGCS, qui oblige Antigua à accorder immédiatement et sans condition aux services et fournisseurs de services des États-Unis un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays.

4.59 Nous rappelons l'observation que nous avons formulée plus haut, à savoir que les statistiques de la balance des paiements du FMI ne font état d'aucun volume d'importations de "Services personnels, culturels et récréatifs" réalisées par Antigua entre 1998 et 2005. Cela porterait à croire qu'il n'y a aucun volume notable d'importations de tels services. Nous notons aussi que les États-Unis n'ont en fait pas laissé entendre qu'il y avait, en ce qui concernait le secteur 10, un volume d'importations en provenance des États-Unis, qui pourrait servir de base à une suspension d'obligations au titre de l'AGCS. Nous notons en outre l'argument d'Antigua selon lequel "[l]a disparité dans les échanges était si grande [entre Antigua et les États-Unis] que les fournisseurs de services des États-Unis ne subiraient guère de dommages, voire aucun, alors que les consommateurs antiguais seraient forcés de se démener pour trouver des services de remplacement à un coût incertain"³¹¹, ainsi que le fait que les États-Unis n'ont pas spécifiquement indiqué que l'évaluation

³⁰⁹ Réponse d'Antigua à la question n° 48 de l'arbitre.

³¹⁰ Réponse d'Antigua à la question n° 49 de l'arbitre.

³¹¹ Réponse d'Antigua à la question n° 48 de l'arbitre.

d'Antigua concernant le caractère possible ou l'efficacité d'une suspension d'autres obligations dans le secteur 10 était incorrecte.

4.60 À la lumière de ces éléments, nous constatons qu'Antigua pouvait arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'était pas possible ou efficace pour elle de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS en ce qui concerne le secteur 10.

c) Question de savoir si Antigua a tenu compte des facteurs indiqués à l'alinéa d) de l'article 22:3

4.61 Nous devons maintenant examiner si Antigua a dûment tenu compte, pour établir sa détermination, des facteurs indiqués à l'alinéa d) de l'article 22:3.

4.62 Les arguments avancés par Antigua pour expliquer qu'une suspension en ce qui concerne le même secteur n'est pas possible ou efficace, comme nous l'avons vu ci-dessus, portent sur le volume du commerce dans le secteur pertinent et sur l'incidence qu'une suspension de concessions ou d'autres obligations dans ce secteur pourrait avoir à la fois pour Antigua (laquelle, selon elle, serait négative) et pour les États-Unis (laquelle, selon Antigua, serait en fait inexistante).

4.63 Ces éléments s'inscrivent parfaitement dans l'éventail des facteurs qui sont pertinents aux fins des sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa d). En particulier, nous constatons que ces considérations concernent "le commerce dans le secteur ... au titre duquel le groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté une violation" au sens de l'alinéa d) i), de même que les "éléments économiques plus généraux" et "les conséquences économiques plus générales" au sens de l'alinéa d) ii).

4.64 Nous constatons, par conséquent, qu'Antigua a tenu compte des éléments pertinents énoncés à l'alinéa d) de l'article 22:3 pour déterminer qu'il n'était pas possible ou efficace pour elle de demander une suspension dans le secteur de l'AGCS dans lequel la violation avait été constatée conformément à l'alinéa b) de l'article 22:3.

d) Conclusion

4.65 À la lumière des déterminations que nous avons établies dans les sections b) et c) ci-dessus, nous constatons qu'Antigua pouvait arriver de manière plausible à la conclusion qu'il n'était pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS en ce qui concerne le secteur 10, et déterminer que la suspension de concessions ou d'autres obligations n'était pas possible ou efficace en ce qui concerne le même secteur que celui dans lequel une violation avait été constatée. Nous constatons aussi que les États-Unis n'ont pas démontré qu'Antigua n'avait pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 b) pour établir cette détermination.

E. EXAMEN DE LA DÉTERMINATION D'ANTIGUA CONCERNANT LES "AUTRES SECTEURS" AU TITRE DE L'AGCS

4.66 Comme il est indiqué plus haut, Antigua a demandé l'autorisation de prendre des mesures de rétorsion à la fois au titre de l'AGCS et au titre de l'Accord sur les ADPIC mais elle a ensuite indiqué, au cours de la procédure, qu'elle considérait qu'elle ne disposait pas de mesure corrective efficace au titre de l'AGCS et qu'elle cherchait maintenant à suspendre des obligations uniquement au titre de l'Accord sur les ADPIC.

4.67 Les États-Unis considèrent qu'Antigua n'a pas fourni d'explication adéquate de la raison pour laquelle elle ne pouvait pas chercher à suspendre des concessions au titre de l'AGCS, plutôt qu'au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC, et que les chiffres du commerce d'Antigua montrent qu'elle aurait la possibilité de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans le secteur des services.

4.68 La disposition pertinente, à savoir l'article 22:3 c), dispose que:

"[S]i [la] partie [plaignante] 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."

4.69 Deux conditions cumulatives doivent donc être remplies pour qu'une partie plaignante puisse demander la suspension au titre d'un autre accord:

- a) la partie plaignante 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
- b) cette partie considère que les circonstances sont "suffisamment graves".

4.70 En outre, l'alinéa d) exige que, dans l'application des principes énoncés à l'alinéa c), les deux facteurs considérés ci-dessus dans le contexte de la suspension prévue à l'alinéa b) soient également pris en considération.

4.71 Nous examinons ces éléments l'un après l'autre.

1. Question de savoir si la suspension de concessions ou d'autres obligations est possible ou efficace dans d'"autres secteurs" au titre de l'AGCS

4.72 La première condition, au titre de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord, pour que la suspension de concessions soit demandée au titre d'un autre accord que celui au titre duquel une violation a été constatée est que la partie plaignante ait déterminé qu'il n'est "pas possible ou efficace" de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre dudit accord.

4.73 Pour déterminer si la suspension est possible ou efficace, la partie plaignante doit aussi tenir compte des deux facteurs indiqués à l'alinéa d), à savoir, dans le cas d'une application de l'alinéa c):

- a) le commerce dans le cadre de l'accord au titre duquel une violation a été constatée et l'importance de ce commerce pour la partie plaignante (c'est-à-dire, en l'espèce, le commerce dans le cadre de l'AGCS et l'importance de ce commerce pour Antigua); et
- b) 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 (ce qui, comme il a été dit plus haut, pourrait inclure un examen de l'incidence de la rétorsion à la fois sur la partie qui cherche à prendre une mesure de rétorsion et sur la partie à l'égard de laquelle une mesure de rétorsion est demandée).

4.74 En abordant cette partie de notre détermination, nous sommes guidés, *mutatis mutandis*, par les interprétations que nous avons développées dans la section IV.C.1 ci-dessus en rapport avec les mêmes principes et procédures concernant la suspension dans le "même secteur" dans le contexte de l'article 22:3 b).

4.75 Nous devons donc déterminer si Antigua a examiné objectivement les faits pertinents et si, sur la base de ces faits, elle a pu arriver, de manière plausible, à la conclusion qu'il n'était pas possible ou

efficace de chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre de l'AGCS.

4.76 Dans cette partie de notre évaluation, les secteurs pertinents à prendre en considération sont tous les secteurs principaux, au sens du document MTN.GNS/W/120, autres que le secteur 10, au titre de l'AGCS. En ce qui concerne ces secteurs, les "concessions ou autres obligations" pertinentes au titre de l'AGCS comprennent, comme cela a été déterminé plus haut en rapport avec l'article 22:3 b), non seulement les engagements spécifiques pris par Antigua en ce qui concerne ces secteurs mais aussi les autres obligations au titre de l'AGCS qui s'appliquent à ce secteur, comme l'obligation NPF énoncée à l'article II de l'AGCS.³¹²

4.77 Nous examinons tout d'abord l'argument général d'Antigua selon lequel le volume de ses importations est insuffisant pour permettre la suspension d'obligations au titre du seul AGCS au niveau auquel elle a droit, puis nous passons aux détails de l'examen par Antigua du caractère possible et de la faisabilité de ladite suspension.

a) Niveau de la suspension et disponibilité de la suspension au titre de l'AGCS

4.78 Comme il a été noté plus haut, Antigua a expliqué que la "raison première et fondamentale" pour laquelle il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS est que le volume de ses importations de services en provenance des États-Unis est loin d'être suffisant pour absorber le niveau de la suspension de concessions auquel elle a droit.³¹³ Les États-Unis, pour leur part, considèrent que l'argument d'Antigua est erroné et que, une fois recalculé, le niveau est compatible avec les importations de services d'Antigua et la suspension de concessions dans le secteur des services est possible (et requise, de l'avis des États-Unis).³¹⁴

4.79 Comme nous l'avons noté dans nos observations préliminaires, nous tiendrons compte, pour évaluer les arguments d'Antigua, de notre propre détermination antérieure selon laquelle le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction d'avantages pour Antigua est de l'ordre de 21 millions de dollars EU, ce qui est beaucoup moins que l'estimation d'Antigua. Nous allons comparer ce montant au niveau annuel des importations de services d'Antigua en provenance des États-Unis afin de déterminer dans quelle mesure la suspension de concessions ou d'autres obligations uniquement au titre de l'AGCS est au moins concevable.

4.80 Antigua indique que ses importations totales de services s'élèvent à 208,11 millions de dollars EU pour 2005.³¹⁵ En réponse à une question de l'arbitre, les États-Unis font observer que les chiffres cités par Antigua concernant ses importations de services paraissent être compatibles avec les statistiques de la balance des paiements du FMI que les États-Unis eux-mêmes ont présentés à l'arbitre comme élément de preuve.³¹⁶ D'après ces statistiques, la valeur totale des importations de services d'Antigua est de 204,85 millions de dollars EU.³¹⁷

4.81 Antigua indique qu'elle n'a pas pu ventiler ces importations de services entre ses partenaires commerciaux et cite le World Factbook de la CIA des États-Unis pour étayer la proposition selon laquelle les États-Unis sont à l'origine de 21,1 pour cent des importations de services d'Antigua. Toutefois, les notes et définitions figurant dans le Factbook donnent à penser que ces chiffres se

³¹² Voir plus haut nos déterminations aux paragraphes 4.41 à 4.45.

³¹³ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 48.

³¹⁴ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 61.

³¹⁵ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 48.

³¹⁶ Réponse des États-Unis à la question n° 51 de l'arbitre, paragraphe 67.

³¹⁷ Voir la pièce US-2 des États-Unis. Tableau par pays figurant dans les Statistiques de la balance des paiements du FMI, Antigua-et-Barbuda.

rapportent aux importations de marchandises et non aux importations de services.³¹⁸ Dans sa demande d'autorisation de la suspension d'obligations, Antigua a indiqué que "sur une base annuelle, environ 48,9 pour cent de ces biens et services importés proviennent de fournisseurs uniques situés aux États-Unis".³¹⁹ Les États-Unis ne contestent pas ce chiffre et s'y réfèrent pour estimer la valeur totale des importations de services d'Antigua en provenance des États-Unis.³²⁰ En l'absence de toute autre estimation fiable présentée par l'une ou l'autre partie, nous nous fondons sur la déclaration initiale d'Antigua selon laquelle la part des États-Unis dans les importations de services d'Antigua est d'"environ 48,9 pour cent".

4.82 En combinant à ce pourcentage le montant de 204,85 millions de dollars EU, nous obtenons une valeur annuelle totale des importations de services d'Antigua en provenance des États-Unis de 101,77 millions de dollars EU. Cela représente la valeur maximale du commerce des services pour lequel Antigua pourrait éventuellement chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations. Compte tenu de notre précédente détermination selon laquelle le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction d'avantages pour Antigua est de l'ordre de 21 millions de dollars EU, cela signifie qu'il serait en principe possible pour Antigua de chercher à suspendre des concessions ou d'autres obligations uniquement au titre de l'AGCS.

4.83 En gardant à l'esprit cette détermination initiale, nous allons examiner si, malgré cela, une telle suspension n'est pas possible ou efficace au sens de l'article 22:3 c).

b) Caractère possible et efficace de la suspension dans d'autres secteurs

4.84 En examinant cette question, nous rappelons tout d'abord les déterminations que nous avons établies au paragraphe 4.29 ci-dessus, concernant la nature de l'évaluation à effectuer en appliquant les principes de l'article 22:3. En particulier, nous rappelons nos déterminations selon lesquelles l'examen du caractère "possible" d'une autre suspension porte sur la question de savoir si cette autre suspension peut être mise en application dans la pratique et si elle est adaptée au cas d'espèce. Nous rappelons aussi notre détermination selon laquelle, *a contrario*, le sens général du critère de l'"efficacité" habilite la partie demandant la suspension à faire en sorte que celle-ci ait une forte incidence et produise le résultat escompté, c'est-à-dire qu'elle incite à la mise en conformité le Membre qui ne met pas les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD dans un délai raisonnable.

4.85 Nous gardons aussi à l'esprit notre détermination connexe selon laquelle l'examen de la question de savoir si une autre suspension dans le même secteur ou au titre du même accord est possible ou efficace n'aboutit pas nécessairement à la conclusion que cette autre suspension n'est à la fois ni possible ni efficace pour respecter les prescriptions de l'article 22:3. Cela signifie qu'il suffirait qu'Antigua ait déterminé que la suspension au titre de l'AGCS dans d'autres secteurs n'est pas efficace, même si elle est possible.

4.86 Antigua a présenté quelques arguments généraux concernant la taille de son économie et la taille relative de l'économie des États-Unis et de celle d'Antigua, ainsi que quelques indications plus spécifiques sur les raisons pour lesquelles il ne serait pas possible ou efficace de suspendre des concessions dans des secteurs de services particuliers. Nous examinons ces arguments l'un après l'autre.

³¹⁸ Voir US CIA, The World Factbook 2007, à l'adresse suivante: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/docs/notesanddefs.html#2087>.

³¹⁹ Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 22:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, WT/DS285/22. Aucune source n'est citée pour cette affirmation.

³²⁰ Voir la communication écrite des États-Unis, paragraphe 60, note de bas de page 39.

4.87 Antigua a d'abord souligné que, en tant que petite économie dotée de ressources naturelles limitées, elle dépend fortement des importations de marchandises et de services, notamment en provenance des États-Unis, de sorte que l'imposition de droits additionnels sur les produits importés des États-Unis ou sur la fourniture de services en provenance des États-Unis aurait "un effet défavorable disproportionné sur Antigua-et-Barbuda parce qu'elle rendrait ces produits et services notablement plus chers pour les citoyens du pays".³²¹ Antigua note en outre que, en ce qui concerne la plupart des services autres que ceux relevant du "secteur 10.D", visés par la liste d'Antigua annexée à l'AGCS, la suspension de concessions sous la forme d'un relèvement des droits, des tarifs, des redevances ou d'autres restrictions aurait un effet disproportionné sur l'économie d'Antigua et peu ou pas d'effet sur les États-Unis.

4.88 À titre préliminaire, nous notons que les arguments d'Antigua contiennent des références à l'effet potentiel d'une suspension concernant le commerce des marchandises. Notre évaluation est cependant limitée à l'examen de la suspension d'obligations au titre de l'AGCS. Nous ne faisons donc aucune détermination concernant l'effet potentiel d'une éventuelle suspension d'obligations en ce qui concerne le commerce des marchandises.

4.89 Dans la mesure où elle a trait à la suspension d'obligations au titre de l'AGCS, la crainte d'Antigua qu'une telle suspension ait un effet défavorable sur les pays en tant que petite économie tributaire des importations, est pertinente, selon nous, pour examiner si une suspension est possible ou efficace. Nous considérons, en particulier, que ces circonstances peuvent influencer de manière significative l'efficacité de la suspension proposée.

4.90 Nous notons à cet égard la détermination des arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, selon laquelle, dans une situation "où il existe un grand déséquilibre en termes de volume des échanges et de puissance économique entre la partie plaignante qui demande la suspension et l'autre partie qui n'a pas mis les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC en conformité avec lesdites règles" "et lorsque la partie plaignante est fortement tributaire des importations en provenance de l'autre partie, il peut s'avérer que la suspension de certaines concessions ou certaines obligations est plus dommageable à la partie plaignante qu'à l'autre partie".³²² De l'avis de cet arbitre, "dans ces circonstances, le fait que la partie plaignante se demande dans quel secteur ou au titre de quel accord la suspension lui serait probablement le moins dommageable nous semblerait suffisant pour constater que l'examen du critère d'efficacité par la partie plaignante est compatible avec l'obligation de suivre les principes et procédures énoncés à l'article 22:3".³²³

4.91 Cependant, nous pensons, comme les États-Unis, que des déclarations générales relatives à la taille de l'économie de la partie plaignante ou à la taille relative des économies des deux parties ne justifient pas que l'on s'écarte des prescriptions de l'article 22:3 du Mémoire d'accord. En fait, la partie plaignante est tenue, dans tous les cas, de suivre l'ordre précis des étapes prévues dans cette disposition et d'établir une détermination concernant chacun de ses éléments si cela est pertinent. Dans ce contexte, il serait nécessaire, selon nous, d'expliquer en quoi ces circonstances influent sur le caractère possible ou efficace de la suspension proposée, pour que ces considérations étayent valablement une détermination qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans d'autres secteurs au titre du même accord au sens de l'article 22:3.

4.92 En l'espèce, Antigua ne s'est pas limitée à des affirmations générales concernant la taille de son économie, en elle-même ou par rapport à l'économie des États-Unis. Elle a aussi présenté des arguments pour expliquer comment l'effet défavorable possible de la suspension d'obligations se

³²¹ Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 22:2, WT/DS285/22.

³²² *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 73.

³²³ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 73.

manifesterait dans divers secteurs spécifiques relevant de l'AGCS, dans lesquels la suspension pourrait être envisagée.

4.93 Antigua a ainsi expliqué qu'elle envisageait initialement la suspension de concessions ou d'autres obligations dans le secteur des services de télécommunication mais que, après avoir examiné de plus près l'importance et l'utilisation des services de télécommunication à Antigua, elle avait déterminé non seulement que le volume du commerce était faible (5,03 millions de dollars EU) mais aussi que les perturbations occasionnées par le changement de services et de fournisseurs et le coût plus élevé pour les consommateurs antiguiens entraîneraient une charge plus lourde pour ces derniers par suite de la suspension de concessions dans ce secteur, sans que cela ait d'effet perceptible sur les États-Unis.³²⁴

4.94 Antigua a aussi expliqué que ses arguments relatifs au Secteur 10 ("Services de spectacles") valaient également pour d'autres secteurs de l'AGCS dans lesquels Antigua avait souscrit des engagements spécifiques dans sa Liste. Antigua explique que, sur la valeur totale de ses importations de services en 2005, les principaux services importés étaient des services de transport (70,7 millions de dollars EU), des services de voyage (40,1 millions de dollars EU) et des services d'assurance (35,5 millions de dollars EU). Antigua fait valoir que, si elle devait suspendre des concessions en ce qui concerne ces services, étant donné le faible niveau de ces importations, la suspension n'aurait à l'évidence pratiquement pas d'effet sur les États-Unis alors qu'Antigua devrait remplacer ces services en s'adressant à d'autres fournisseurs, si tant est que cela soit raisonnablement possible, ce qui serait très probablement plus coûteux pour les consommateurs antiguiens.³²⁵

4.95 Les États-Unis considèrent que, d'après les statistiques de l'OMC, les "importations d'autres services" d'Antigua (services autres que les services de voyage et de transport) sont en fait plus importantes que ses "exportations d'autres services" et que, partant, c'est "un candidat évident" pour une demande de suspension de concessions.³²⁶ Nous ne voyons pas très bien pourquoi les États-Unis considèrent que le fait que les exportations de services d'Antigua autres que les services de voyage et de transport sont plus importantes que ses importations de services de la même catégorie fait de ces importations "un candidat évident" pour la suspension de concessions. Dans la mesure où les États-Unis supposent que, dans ces circonstances, la fourniture des services importés pourrait être remplacée par la fourniture des mêmes services par des fournisseurs locaux, cette hypothèse semble invérifiable en l'absence de toute indication précise de la composition et de la répartition de ces importations et exportations.

4.96 Les États-Unis notent en outre que le niveau des importations de services d'Antigua est encore plus élevé pour ce qui est des services de voyage et des services de transport. Ils font valoir que, même si l'économie d'Antigua dépend effectivement, dans une large mesure, du tourisme, il ne s'ensuit pas nécessairement que la suspension de concessions dans les secteurs des voyages et des transports aurait un effet défavorable sur le secteur du tourisme d'Antigua.³²⁷ Cependant, les États-Unis notent aussi que, vu la dépendance de l'économie antiguienne à l'égard du tourisme, ils n'ont pas contesté l'affirmation d'Antigua selon laquelle il ne serait pas possible ou efficace pour Antigua de suspendre des concessions d'une manière qui pourrait décourager les touristes des États-Unis.³²⁸ En

³²⁴ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 53.

³²⁵ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 52.

³²⁶ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 60.

³²⁷ Communication écrite des États-Unis, paragraphe 60.

³²⁸ Voir la déclaration orale d'Antigua, paragraphe 37: "Les États-Unis semblent insinuer que nous interdisons aux professionnels du spectacle américains d'offrir des services aux consommateurs à Antigua, que nous interdisons aux touristes américains de séjourner dans nos lieux de villégiature et que nous interdisons aux navires et aux avions américains d'acheminer des marchandises et des vacanciers vers notre petite île. Une analyse économique approfondie n'est pas nécessaire pour voir la futilité de ces insinuations." L'arbitre note que

conséquence, les États-Unis notent qu'ils n'ont pas fait valoir, par exemple, qu'Antigua devrait suspendre des concessions en ce qui concerne les services de voyage des États-Unis.³²⁹

4.97 Les États-Unis semblent donc admettre que la suspension de concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne les services touristiques ou d'autres services pouvant avoir une incidence sur le secteur du tourisme peut avoir un effet défavorable sur Antigua et que, de ce fait, cette suspension peut ne pas être possible ou efficace au sens de l'article 22:3 c). Nous convenons que la suspension d'obligations en ce qui concerne ces services pourrait avoir un effet défavorable sur l'économie d'Antigua, sans nécessairement avoir pour effet perceptible d'inciter les États-Unis à se mettre en conformité.

4.98 Nous notons en outre que, de par leur nature même, les transactions de services sont étroitement imbriquées dans le tissu économique d'un pays, avec de nombreux liens intersectoriels. C'est typiquement le cas de ce qu'il est convenu d'appeler les services d'infrastructure, comprenant de vastes segments des secteurs des services de transport, des services de télécommunication et des services financiers. À notre avis, il est plausible que la suspension d'obligations à l'encontre d'entreprises des États-Unis établies à Antigua dans ces secteurs puisse avoir un effet négatif sur l'économie locale. Le risque de perturbation économique en cas de cession forcée ou de mesures analogues n'est pas négligeable, en particulier pour une petite économie. Par exemple, on ne sait pas dans quelle mesure les fournisseurs de services antiguais seraient prêts ou disposés à remplacer les fournisseurs de services des États-Unis obligés de suspendre leurs activités, voire de quitter le pays. En outre, en raison des mesures législatives et autres protégeant les investisseurs étrangers, il peut être difficile dans la pratique de prendre et d'appliquer des mesures à leur égard.

4.99 Globalement, à la lumière de tous ces éléments, nous considérons qu'Antigua a fourni des éléments suffisants à l'appui de sa détermination pour nous convaincre qu'elle a examiné objectivement les éléments pertinents et qu'elle pouvait conclure, de manière plausible, sur la base de ces éléments, qu'il n'était pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'"autres secteurs" au titre de l'AGCS. En revanche, les États-Unis ne nous ont pas démontré qu'Antigua n'avait pas respecté les prescriptions de l'article 22:3 c) du Mémorandum d'accord. En fait, même s'ils considéraient que les explications d'Antigua sont globalement insuffisantes, les États-Unis reconnaissent apparemment la légitimité de ses préoccupations et leur pertinence pour la présente détermination, du moins en ce qui concerne certains secteurs. Par contre, les États-Unis ne nous ont pas convaincus qu'il y a des secteurs de services dans lesquels il serait possible ou efficace qu'Antigua suspende des concessions ou d'autres obligations.

4.100 Pour établir cette détermination, nous reconnaissons que les éléments présentés par Antigua pour expliquer comment elle est arrivée à sa détermination sont quelque peu limités. En particulier, nous n'avons obtenu que des renseignements limités concernant la composition exacte des importations de services d'Antigua, y compris la part des importations en provenance des États-Unis dans différents secteurs. Cependant, nous ne sommes pas sûrs qu'il serait raisonnable de s'attendre à ce qu'Antigua puisse produire, dans le cadre de la présente procédure, des statistiques et données sectorielles détaillées relatives à ses échanges de services bilatéraux. À cet égard, nous estimons approprié de tenir compte, pour examiner la détermination d'Antigua, du fait qu'elle ne tient peut-être pas ces données à jour de manière régulière, comme peuvent le faire certains pays développés ou certains grands pays en développement. D'ailleurs, les États-Unis eux-mêmes ne nous ont pas fourni des renseignements plus détaillés concernant le volume et la répartition de leurs échanges de services avec Antigua.

"le fait d'interdire aux touristes américains de séjourner dans les lieux de villégiature [d'Antigua]" ne constituerait pas une forme de rétorsion pertinente pour Antigua au titre de l'AGCS.

³²⁹ Réponse des États-Unis à la question n° 69 de l'arbitre.

c) Examen par Antigua des éléments indiqués à l'alinéa d)

4.101 Nous devons maintenant examiner si Antigua a tenu dûment compte, pour établir sa détermination, des facteurs indiqués à l'alinéa d) de l'article 22:3.

4.102 Comme nous l'avons déterminé au paragraphe 4.73 ci-dessus, nous considérons que le commerce pertinent à prendre en considération aux fins de l'alinéa d) i) est le commerce relevant de l'accord visé, à savoir, en l'espèce, le commerce des services (à l'exception du commerce concernant le secteur 10). Les arguments d'Antigua, examinés dans la section précédente, montrent de manière suffisante, selon nous, qu'Antigua a examiné le commerce pertinent ainsi que l'importance de ce commerce pour son économie, pour établir sa détermination.

4.103 L'alinéa d) ii) exige qu'il soit aussi tenu compte des "éléments économiques plus généraux" se rapportant au Membre qui subit l'annulation ou la réduction et des "conséquences économiques plus générales" de la suspension. Comme nous l'avons déterminé au paragraphe 4.37 ci-dessus, nous estimons que ce dernier élément a trait aux conséquences à la fois pour la partie plaignante et pour la partie dont il a été constaté qu'elle ne respectait pas ses obligations au titre des accords visés. Comme cela a été observé dans la section précédente, l'examen par Antigua du caractère efficace ou possible de la suspension d'obligations dans d'"autres secteurs" au titre de l'AGCS a reposé dans une large mesure sur un examen des circonstances économiques générales d'Antigua en tant que petite économie tributaire des importations, c'est-à-dire des "éléments économiques plus généraux" se rapportant à Antigua. La détermination d'Antigua a aussi comporté, dans une large mesure, un examen de l'effet défavorable possible de la suspension sur l'économie d'Antigua, comparé à l'effet limité que la suspension pourrait avoir, selon toute attente, sur les États-Unis, c'est-à-dire des "conséquences économiques plus générales" de la suspension pour les deux parties.

4.104 Nous sommes donc convaincus qu'Antigua a tenu compte des facteurs pertinents indiqués à l'article 22:3 d) pour déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'"autres secteurs" au titre de l'AGCS est possible ou efficace.

d) Conclusion

4.105 À la lumière des déterminations que nous avons établies dans les sections b) et c) ci-dessus, nous constatons qu'Antigua pouvait, de manière plausible, arriver à la conclusion qu'il n'était pas possible ou efficace pour elle de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre de l'AGCS et déterminer que la suspension de concessions ou d'autres obligations n'est pas possible ou efficace en ce qui concerne des secteurs autres que celui dans lequel une violation a été constatée, au titre du même accord. Nous constatons aussi que les États-Unis n'ont pas démontré qu'Antigua n'avait pas suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 c) pour établir sa détermination.

2. Question de savoir si les circonstances sont suffisamment graves

4.106 Enfin, nous devons examiner la détermination d'Antigua selon laquelle les "circonstances sont suffisamment graves" pour que la suspension d'obligations puisse être demandée au titre d'un autre accord, conformément à l'article 22:3 c).

4.107 Le texte de l'article 22:3 c) ne contient aucune indication explicite quant à la façon dont cet aspect de la détermination doit être interprété. Comme les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (articles 22:6 – CE), nous notons que les facteurs dont il faut tenir compte conformément à l'alinéa d) peuvent fournir une indication contextuelle. Nous considérons donc que le commerce en question et son importance pour la partie plaignante ainsi que les éléments économiques plus généraux se rapportant au Membre qui subit l'annulation ou la réduction d'avantages et les

conséquences économiques plus générales de la suspension proposée pour les parties peuvent être pertinents dans le contexte d'une détermination du fait que les circonstances sont "suffisamment graves".

4.108 Nous considérons aussi, plus généralement, que cet aspect de la détermination, qui a trait aux "circonstances" est, par nécessité, une évaluation à effectuer au cas par cas, et que les circonstances qui sont pertinentes peuvent varier d'un cas à l'autre. Nous notons cependant que ces circonstances devraient être "suffisamment graves", ce qui donne à penser que c'est seulement lorsque les circonstances atteignent un certain degré ou niveau d'importance qu'elles peuvent être considérées comme "suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c).

4.109 Pour démontrer la gravité des circonstances en l'espèce, Antigua présente tout d'abord quelques chiffres de base comparant la population, la taille, le PIB, les exportations et les importations des États-Unis et d'Antigua, qui font apparaître une disparité considérable dans tous ces domaines.³³⁰

4.110 Antigua souligne aussi qu'elle dispose de ressources naturelles extrêmement limitées et de terres arables très limitées de sorte qu'elle ne peut pas produire des produits agricoles en quantité suffisante pour répondre aux besoins nationaux, sans même parler d'exporter. Antigua note en outre que son économie est devenue très dépendante du tourisme et des services connexes, y compris l'hôtellerie et la restauration, le commerce de détail, la construction, l'immobilier, le logement et les transports.³³¹ Antigua souligne par ailleurs la vulnérabilité du secteur du tourisme aux facteurs externes (comme les conditions climatiques, les menaces pour la sécurité ou le ralentissement économique sur les marchés sources) et le fait qu'il emploie généralement des travailleurs non qualifiés et génère des emplois faiblement rémunérés.

4.111 Troisièmement, Antigua souligne qu'il est nécessaire de diversifier son économie et que, pour ce faire, elle a essayé de développer le commerce des services, y compris le commerce des services de jeux à distance, avec la participation active du gouvernement. Antigua indique qu'avant 1998, le gouvernement des États-Unis la soutenait même dans ses efforts pour développer et contrôler le secteur des jeux à distance.³³²

4.112 Les États-Unis ne souscrivent pas à l'interprétation donnée par Antigua du soutien que lui a apporté le gouvernement des États-Unis pour développer le commerce des services de jeux à distance,³³³ mais à part cela, ils ne contestent pas les déclarations d'Antigua concernant les éléments décrits ci-dessus.

4.113 Selon nous, il était raisonnable qu'Antigua détermine, à la lumière des éléments qu'elle met en avant, que les circonstances sont "suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c). En particulier, à notre avis, les diverses considérations qu'elle met en relief sont de nature à exacerber la difficulté de trouver un moyen pour que la suspension de concessions ou d'autres obligations soit possible ou efficace au titre de l'AGCS.

4.114 Nous notons à cet égard que, en raison du caractère extrêmement déséquilibré des relations commerciales entre les parties, il est d'autant plus difficile pour Antigua de trouver un moyen d'assurer l'efficacité de la suspension de concessions ou d'autres obligations à l'égard des États-Unis au titre du même accord. Nous notons aussi que la forte dépendance de l'économie antiguaise à l'égard des secteurs qui pourraient précisément être choisis pour l'application de mesures de rétorsion au titre

³³⁰ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 55.

³³¹ Communication écrite d'Antigua, paragraphe 58.

³³² Communication écrite d'Antigua, paragraphe 64.

³³³ Déclaration des États-Unis en réponse à une question orale posée par l'arbitre à la réunion avec les parties.

de l'AGCS accroît la probabilité d'un effet défavorable pour Antigua elle-même, notamment pour les travailleurs à bas salaire.

4.115 Ces circonstances peuvent être directement liées au caractère possible et efficace de la suspension au titre de l'AGCS, ce qui est la première condition pour qu'Antigua demande la suspension hors du cadre de cet accord.

4.116 Compte tenu de ces éléments, nous constatons qu'Antigua pouvait déterminer, de manière plausible, que "les circonstances sont suffisamment graves" au sens de l'article 22:3 c).

F. CONCLUSION GÉNÉRALE

4.117 À la lumière des déterminations que nous avons établies ci-dessus, nous concluons qu'Antigua a appliqué les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord conformément aux termes de cette disposition.

4.118 En particulier, nous constatons que la détermination d'Antigua selon laquelle il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne le même secteur que celui dans lequel une violation a été constatée est conforme aux prescriptions de l'article 22:3 b), et que sa détermination selon laquelle il n'est pas non plus possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations en ce qui concerne d'autres secteurs au titre du même accord et selon laquelle les circonstances sont suffisamment graves est conforme aux prescriptions de l'article 22:3 c) du Mémoire d'accord.

4.119 En conséquence, nous constatons qu'Antigua peut chercher à suspendre des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

V. ÉQUIVALENCE ET MISE EN ŒUVRE DE LA SUSPENSION D'OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

5.1 Les États-Unis ont demandé à l'arbitre d'exiger d'Antigua qu'elle précise comment elle fera en sorte que la suspension de concessions ou d'autres obligations ne soit pas supérieure au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages constaté par l'arbitre. Nous traitons à présent cette question.

A. ARGUMENTS DES PARTIES

5.2 Dans leur communication écrite, les États-Unis notent que, dans sa demande, Antigua ne chiffre pas les concessions au titre de l'AGCS et de l'Accord sur les ADPIC et n'explique pas non plus les mécanismes qu'elle compte appliquer pour faire en sorte que le niveau de la suspension ne soit pas supérieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Les États-Unis font valoir que l'arbitre devrait exiger d'Antigua qu'elle précise comment elle fera en sorte qu'il en soit ainsi³³⁴ et que, sans cette information, l'arbitre serait dans l'impossibilité de déterminer l'équivalence entre le niveau de la suspension des concessions et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, comme le prescrit l'article 22:7 du Mémoire d'accord.³³⁵ C'est pourquoi, de l'avis des États-Unis, l'arbitre ne devrait pas constater qu'Antigua est autorisée à suspendre des concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC.³³⁶

³³⁴ Paragraphe 63 de la communication écrite des États-Unis.

³³⁵ Réponse des États-Unis à la question n° 55.

³³⁶ Paragraphe 28 des observations des États-Unis au sujet des réponses d'Antigua.

5.3 Les États-Unis font valoir que le secteur des jeux d'Antigua cible les consommateurs américains, ce qu'elle sait être contraire aux lois pénales des États-Unis. Comme elle le dit elle-même dans ses réponses, Antigua n'avait aucune idée du niveau de ses recettes supposées provenant des jeux avant de commander un rapport à un consultant privé spécialiste de ce secteur. De plus, Antigua autorise apparemment ces mêmes sociétés à exercer leurs activités en marge de la législation antiguaise. C'est ainsi qu'elle indique dans ses réponses que bien qu'elle ait adopté un impôt sur le revenu des sociétés dans la période 2001-2003, les sociétés spécialisées dans le jeu ne l'ont jamais acquitté. Les États-Unis allèguent aussi que, même lorsque Antigua dispose de renseignements provenant des sociétés spécialisées dans le jeu qui sont pertinents pour l'issue de l'arbitrage, elle refuse de les communiquer pour protéger ces sociétés contre les poursuites exercées en vertu des lois pénales d'un autre Membre de l'OMC. Les États-Unis s'inquiètent que, dans ces circonstances, toute suspension de concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC puisse entraîner ou encourager le piratage de droits de propriété intellectuelle par des exploitants sur Internet basés à Antigua. Sans une surveillance stricte de la part du gouvernement antiguais, il n'y aurait aucune base pour calculer le niveau de la suspension, ou pour déterminer si les exploitants faisaient un usage abusif de l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC en proposant des produits piratés portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle sur des territoires extérieurs à Antigua. Selon les États-Unis, Antigua a expliqué qu'elle n'avait même pas commencé à traiter ces questions. Les États-Unis affirment qu'une autorisation de suspendre des concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC pourrait encourager des actes de piratage généralisés et incontrôlés des droits de propriété intellectuelle et qu'un tel résultat ne servirait aucun des intérêts légitimes de quelque Membre de l'OMC que ce soit.³³⁷

5.4 Antigua réplique qu'il n'entrerait pas dans le cadre du mandat des arbitres au titre de l'article 22:7 du Mémoire d'accord de lui imposer une prescription voulant qu'elle précise comment elle fera en sorte que le niveau de la suspension de concessions ne soit pas supérieur au niveau de l'annulation déterminé par les arbitres. Elle fait valoir qu'il a été bien établi par des arbitrages précédents rendus au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord que la partie plaignante n'était pas tenue d'indiquer précisément quelles "obligations" elle entendait suspendre une fois la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD, et qu'il n'appartenait pas non plus aux arbitres de le déterminer.³³⁸

5.5 De l'avis d'Antigua, il n'est pas nécessaire que les arbitres aient connaissance de la manière dont Antigua entend mettre en œuvre sa mesure corrective au titre des accords visés. En outre, Antigua ne serait pas en mesure d'indiquer comment elle entend calculer et déterminer le montant des mesures de rétorsion pour chacun des secteurs de l'Accord sur les ADPIC au titre duquel elle cherche à suspendre des concessions ou d'autres obligations, et de faire en sorte que le niveau de la suspension des concessions ne soit pas supérieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Une fois qu'Antigua sera autorisée à suspendre des concessions ou d'autres obligations et une fois que le niveau de l'autorisation sera fixé, Antigua évaluera les options qui s'offrent à elle. L'autorisation n'exige pas d'Antigua qu'elle impose effectivement des mesures de rétorsion et son gouvernement a décidé de prendre cette décision en temps voulu.³³⁹ Antigua fait valoir que, pour réaliser l'"équivalence", il faut tout d'abord que le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages soit établi, puis qu'Antigua fixe la suspension des concessions ou autres obligations au même niveau.³⁴⁰

³³⁷ *Ibid.*, paragraphes 29 et 30.

³³⁸ Paragraphes 127 et 128 de la communication écrite d'Antigua.

³³⁹ Réponses d'Antigua aux questions n° 55 et 56.

³⁴⁰ Paragraphe 78 des observations d'Antigua au sujet des réponses des États-Unis.

B. ANALYSE DE L'ARBITRE

5.6 Dans sa demande d'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations, Antigua a identifié certaines obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, qu'elle a proposé de suspendre. Concrètement, Antigua a indiqué qu'elle entendait prendre des contre-mesures sous forme de suspension de concessions et d'obligations au titre des sections ci-après de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC:

Section 1:	Droit d'auteur et droits connexes
Section 2:	Marques de fabrique ou de commerce
Section 4:	Dessins et modèles industriels
Section 5:	Brevets
Section 7:	Protection des renseignements non divulgués.

5.7 Comme nous l'avons déterminé plus haut, Antigua peut chercher à suspendre des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC. Pour que cette suspension soit équivalente au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua, elle ne doit pas être supérieure à 21 millions de dollars EU.

5.8 Il incombe à Antigua de s'assurer que, lorsqu'elle appliquera cette suspension, celle-ci ne dépasse pas ce niveau. Antigua a refusé d'expliquer comment elle se proposait d'appliquer cette suspension et comment elle ferait en sorte que le niveau de la suspension proposée ne soit pas supérieur au niveau qui serait autorisé par l'ORD. Nous regrettons qu'Antigua n'ait pas jugé utile de fournir de telles explications.

5.9 Nous notons que notre mandat ne nous permet pas, lorsque nous examinons l'équivalence de la suspension proposée par rapport au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, de prendre en considération la "nature" des obligations à suspendre.³⁴¹ Nous croyons comprendre que cela signifie que nous ne pouvons pas remettre en question le choix des obligations spécifiques à suspendre fait par la partie plaignante (autrement que dans le contexte de l'examen d'une affirmation selon laquelle les principes et procédures de l'article 22:3 n'ont pas été suivis) et que nous devons évaluer le niveau de la suspension proposée, et non pas sa forme, par rapport au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

5.10 En même temps, il importe que la forme choisie pour mettre en œuvre la suspension soit telle qu'elle garantisse que l'équivalence pourra être respectée dans l'application de la suspension, une fois qu'elle sera autorisée, et qu'elle le sera. La forme devrait également être transparente, de façon à permettre une évaluation du point de savoir si le niveau de la suspension n'est pas supérieur au niveau de l'annulation. Nous notons également que la suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC peut mettre en jeu des moyens de mise en œuvre plus complexes que, par exemple, l'imposition de droits d'importation plus élevés sur des marchandises, et que l'évaluation exacte de la valeur des droits affectés par la suspension est aussi susceptible d'être plus complexe.³⁴²

5.11 Compte tenu de ces considérations, nous prenons note des observations formulées par les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)*, concernant la suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC dans cette affaire.³⁴³ Nous considérons que ces observations sont aussi

³⁴¹ Voir l'article 22:7 du Mémorandum d'accord ("L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre ...").

³⁴² Ce point est bien illustré par les explications communiquées par l'Équateur dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE) au sujet de la manière dont il a proposé de mettre en œuvre la suspension proposée d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC, y compris en établissant des dispositifs spécifiques administrés par les pouvoirs publics.

³⁴³ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), section V (paragraphe 139 à 165).

pertinentes pour la présente affaire, dans la mesure où les mêmes considérations seront pertinentes pour la manière dont Antigua pourrait mettre en œuvre une suspension de ses obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.

5.12 À l'instar des arbitres dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*³⁴⁴, *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*³⁴⁵, et *États-Unis – Amendement Byrd (article 22:6 – CE)*³⁴⁶, nous notons que les États-Unis peuvent recourir aux procédures de règlement des différends appropriées s'ils considèrent que le niveau des concessions ou autres obligations suspendues par Antigua est supérieur au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages que nous avons déterminé aux fins de la décision.

5.13 Enfin, nous notons que l'article 22:8 du Mémoire d'accord dispose 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, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue ..."

VI. DÉCISION

6.1 Pour les raisons exposées ci-dessus, l'arbitre détermine que le niveau annuel de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant à Antigua en l'espèce est de 21 millions de dollars EU et qu'Antigua a suivi les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 du Mémoire d'accord en déterminant qu'il n'est pas possible ou efficace de suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre de l'AGCS et que les circonstances étaient suffisamment graves. En conséquence, l'arbitre détermine qu'Antigua peut demander l'autorisation de l'ORD de suspendre les obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC mentionnées au paragraphe 5.6 plus haut, à un niveau ne dépassant pas 21 millions de dollars EU par an.

³⁴⁴ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 82.

³⁴⁵ *États-Unis – Loi de 1916 (CE) (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphe 9.2.

³⁴⁶ *États-Unis – Amendement Byrd (article 22:6 – CE)*, paragraphe 4.27.

ANNEXE A

États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (WT/DS285)

Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends

Procédures de travail

L'arbitre suivra les procédures de travail normales du Mémorandum d'accord lorsque cela est pertinent et adapté aux circonstances de la présente procédure, conformément au calendrier qu'il a adopté. À cet égard:

1. L'arbitre se réunira en séance privée;
2. Les délibérations de l'arbitre et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. Cela est sans préjudice de la communication au public par les parties de leurs propres positions, conformément aux procédures de travail normales du Mémorandum d'accord;
3. À toute réunion de fond avec les parties, l'arbitre demandera aux États-Unis de présenter leurs vues en premier, suivis par Antigua-et-Barbuda;
4. L'arbitre pourra à tout moment au cours de la procédure poser des questions à l'une ou l'autre partie. Le cas échéant, il accordera à l'autre partie un délai pour présenter des observations sur les réponses;
5. Chaque partie mettra à la disposition de l'arbitre et de l'autre partie une version écrite de sa déclaration orale au plus tard à midi lors de la première journée de travail suivant la réunion avec les parties. Chaque partie est encouragée à fournir une version écrite provisoire de sa déclaration orale au moment où cette dernière est présentée;
6. Chaque partie présentera à l'arbitre tous les éléments de preuve factuels au plus tard dans sa première communication écrite adressée à l'arbitre, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires au cours de l'audience ou pour répondre à des questions. Les dérogations à cette procédure seront accordées sur exposé de raisons valables, auquel cas l'arbitre accordera à l'autre partie un délai pour faire des observations, selon qu'il conviendra;
7. Pour faciliter la tenue du dossier de l'arbitrage et pour assurer la plus grande clarté possible des communications et autres documents, en particulier des références aux pièces présentées par les parties, celles-ci numérotent leurs pièces par ordre chronologique tout au long de l'arbitrage;
8. Chaque partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation. Les délégations pourront comprendre, en tant que représentants du gouvernement concerné, des avocats et conseillers privés. Les parties seront responsables de tous les membres de leurs délégations et s'assureront que tous les membres de leurs délégations agissent conformément aux règles du Mémorandum d'accord et des présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure. Les parties communiqueront une liste des membres de leurs délégations avant toute réunion avec l'arbitre ou au commencement de celle-ci;

9. Toute demande de décision préliminaire devant être rendue par l'arbitre sera présentée au plus tard dans la première communication d'une partie. Si les États-Unis demandent une telle décision, Antigua-et-Barbuda présentera sa réponse à cette demande dans sa première communication. Si Antigua-et-Barbuda demande une telle décision, les États-Unis présenteront leur réponse à cette demande au plus tard au début de la réunion de fond avec l'arbitre. Des dérogations à cette procédure seront accordées sur exposé de raisons valables;

10. Chaque partie fournira une version électronique (sous un format compatible avec les programmes du Secrétariat) avec la version imprimée (huit exemplaires) de ses communications, y compris la note méthodologique, à la date prévue dans le calendrier. Tous ces exemplaires doivent être déposés auprès du Greffier pour le règlement des différends, M. Ferdinand Ferranco (bureau 2150). Les versions électroniques seront envoyées par courrier électronique à M. Ferranco, à l'adresse suivante: DSregistry@wto.org;

11. Sauf indication contraire dans le calendrier ou dans les présentes procédures de travail, les communications devraient être présentées au plus tard à 17 heures à la date fixée. Selon l'usage, chaque partie transmettra elle-même ses communications à l'autre partie;

12. Les présentes procédures de travail peuvent être modifiées par l'arbitre, s'il y a lieu, après consultation des parties.

ANNEXE B

LETTRE DE L'ARBITRE À LA BANQUE CENTRALE DES CARAÏBES ORIENTALES

22 novembre 2007

Cher Monsieur Dwight,

Je vous adresse la présente lettre pour vous demander de bien vouloir nous aider à clarifier certaines questions factuelles concernant des données recueillies par la Banque centrale des Caraïbes orientales au sujet d'Antigua-et-Barbuda. Ces questions se posent dans le cadre de la procédure d'arbitrage en cours au titre du différend porté devant l'OMC *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, que je préside. Nous vous serons infiniment obligés de toute aide que vous serez en mesure de nous apporter.

..... Dans cette procédure, les parties (États-Unis et Antigua-et-Barbuda) ont présenté des éléments de preuve concernant le marché des services de jeux à distance. Il a été fait référence en particulier aux statistiques de la Banque centrale des Caraïbes orientales sur les comptes nationaux (voir la pièce jointe – pièce AB-6, tableau 3.1). Avec ces données, Antigua-et-Barbuda a présenté une lettre de la Banque centrale des Caraïbes orientales indiquant que les recettes provenant des jeux à distance n'étaient pas comptabilisées dans le PIB (voir la pièce jointe – pièce AB-12).

Nous vous serions très reconnaissants de bien vouloir répondre aux questions suivantes:

1. Les recettes d'Antigua-et-Barbuda provenant des jeux à distance sont-elles communiquées à des fins de balance des paiements? Nous souhaiterions en particulier savoir comment vous rendez compte i) des paris placés (c'est-à-dire des montants bruts qui sont misés), ii) des gains payés, et iii) de la marge entre les paris placés et les gains payés, c'est-à-dire du montant net des recettes provenant des jeux à distance. De plus, pourriez-vous nous indiquer au titre de quelle rubrique du compte financier les écritures correspondantes sont inscrites, par exemple au titre des dépôts auprès des banques?
2. Pourriez-vous préciser s'il est fait état de transactions connexes, telles que l'importation de moyens de production pour les jeux à distance (peut-être reflétée dans la position débitrice de la rubrique "divers services aux entreprises" du compte des transactions courantes) et l'expatriation des bénéfices (peut-être reflétée dans la position débitrice de la rubrique "revenu des investissements" du compte des transactions courantes)?
3. Si aucune de ces transactions n'est notifiée, veuillez indiquer comment cela est possible. Nous croyons en effet savoir que la Banque centrale des Caraïbes orientales collecte une partie au moins de ces renseignements en consultant les documents comptables des banques commerciales et non pas uniquement sur la base des enquêtes visant les exploitants de jeux, qui ne répondent pas forcément.
4. Nous voudrions aussi savoir s'il existe des données concernant les recettes d'Antigua-et-Barbuda provenant des jeux à distance dans une autre de vos bases de données ou si vous pourriez nous diriger vers d'autres sources d'information pertinentes.

Nous adressons une requête similaire au Fonds monétaire international. Compte tenu des délais extrêmement serrés auxquels nous sommes soumis dans la présente procédure, nous

apprécierions vivement de recevoir les réponses à nos questions pour le vendredi 30 novembre 2007 au plus tard.

D'avance, nous vous remercions pour votre aide et nous serons heureux de recevoir vos réponses qui seront certainement très utiles à l'arbitre pour évaluer l'affaire dont il est saisi.

Veillez agréer, cher Monsieur, l'assurance de ma très haute considération.

Lars Anell
Président

*États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières
de services de jeux et paris – Recours des
États-Unis à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord*

c.c.: Mme Laurel Bain, Directrice du Département des statistiques (statistics-sec@eccb-centralbank.org).

ANNEXE C

LETTRE DE L'ARBITRE AU FMI

22 novembre 2007

Cher Monsieur Strauss-Kahn,

Je vous adresse la présente lettre pour vous demander de bien vouloir nous aider à clarifier certaines questions factuelles concernant des données publiées par le FMI au sujet d'Antigua-et-Barbuda. Ces questions se posent dans le cadre de la procédure d'arbitrage en cours au titre du différend porté devant l'OMC *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, que je préside. Nous vous serons infiniment obligés de toute aide que vous serez en mesure de nous apporter.

Dans cette procédure, les parties (États-Unis et Antigua-et-Barbuda) ont présenté des éléments de preuve concernant le marché des services de jeux à distance. Il a été fait référence en particulier au tableau relatif à Antigua-et-Barbuda figurant dans la publication du FMI intitulée *2006 Balance of Payments Yearbook* (voir la pièce jointe – pièce US-2).

Nous vous serions très reconnaissants de bien vouloir répondre aux questions suivantes:

1. Pourriez-vous nous indiquer la source de ces données et préciser si elles incluent les services de jeux à distance d'Antigua-et-Barbuda? Nous souhaiterions en particulier savoir comment vous rendez compte i) des paris placés (c'est-à-dire des montants bruts qui sont misés), ii) des gains payés, et iii) de la marge entre les paris placés et les gains payés, c'est-à-dire du montant net des recettes provenant des jeux à distance. De plus, pourriez-vous nous indiquer au titre de quelle rubrique du compte financier les écritures correspondantes sont inscrites, par exemple au titre des dépôts auprès des banques?
2. Pourriez-vous préciser s'il est fait état de transactions connexes, telles que l'importation de moyens de production pour les jeux à distance (peut-être reflétée dans la position débitrice de la rubrique "divers services aux entreprises" du compte des transactions courantes) et l'expatriation des bénéfices (peut-être reflétée dans la position débitrice de la rubrique "revenu des investissements" du compte des transactions courantes)?
3. Si aucune de ces transactions n'est notifiée, veuillez indiquer comment cela est possible. Nous croyons en effet savoir que la Banque centrale des Caraïbes orientales collecte une partie au moins de ces renseignements en consultant les documents comptables des banques commerciales et non pas uniquement sur la base des enquêtes visant les exploitants de jeux, qui ne répondent pas forcément.
4. Nous voudrions aussi savoir s'il existe des données concernant les recettes d'Antigua-et-Barbuda provenant des jeux à distance dans une autre de vos bases de données ou si vous pourriez nous diriger vers d'autres sources d'information pertinentes.

Nous adressons une requête similaire à la Banque centrale des Caraïbes orientales. Compte tenu des délais extrêmement serrés auxquels nous sommes soumis dans la présente procédure, nous apprécierions vivement de recevoir les réponses à nos questions pour le vendredi 30 novembre 2007 au plus tard.

D'avance, nous vous remercions pour votre aide et nous serons heureux de recevoir vos réponses qui seront certainement très utiles à l'arbitre pour évaluer l'affaire dont il est saisi.

Veuillez agréer, cher Monsieur, l'assurance de ma très haute considération.

Lars Anell
Président
*États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières
de services de jeux et paris – Recours des
États-Unis à l'article 22:6 du Mémoire d'accord*

c.c.: M. Edwards, Directeur du Département des statistiques, FMI (redwards@imf.org)

ANNEXE D

LETTRE DU FMI À L'ARBITRE

13 décembre 2007

Le Conseil d'administration du Fonds m'a autorisé à répondre à la lettre que vous avez adressée à M. Strauss-Kahn le 22 novembre 2007 pour demander des éclaircissements au sujet de données statistiques concernant Antigua-et-Barbuda publiées par le FMI dans son rapport *Balance of Payments Statistics Yearbook*.

D'une manière générale, je dirai que nous avons très peu de renseignements concernant les recettes d'Antigua-et-Barbuda provenant des jeux à distance.

Vous trouverez ci-après les réponses à vos différentes questions:

1. Les données concernant Antigua-et-Barbuda publiées dans le *Yearbook* ont été fournies par la Banque centrale des Caraïbes orientales (ECCB). Celle-ci est chargée de compiler les statistiques relatives à la balance des paiements de tous les pays membres, en collaboration avec les services statistiques de ces pays.

Les données fournies par l'ECCB n'identifient pas séparément les services de jeux à distance. D'après les règles de classification des services, les recettes provenant des services de jeux figurent en tant que sous-catégorie des services personnels, culturels et relatifs aux loisirs (code 2 287 du tableau 2 joint à votre lettre), mais le montant correspondant à cette ligne est nul pour toutes les années indiquées pour Antigua-et-Barbuda. Nous avons également reçu des exemplaires de bon nombre des formulaires de rapports d'enquête actuellement utilisés par l'ECCB, ainsi que des exemplaires de ceux qu'elle prévoit d'utiliser à l'avenir, et nous ne voyons pas où les services de jeux sont identifiés ou traités séparément. De plus, dans la description des données relatives à la balance des paiements compilées par l'ECCB et exposées dans la partie III du rapport *Balance of Payments Statistics Yearbook*, les services de jeux ne sont pas mentionnés.

Toutefois, les transactions liées aux jeux peuvent être prises en compte dans le compte financier parce que, comme vous le signalez à la question n° 3, les transactions du compte financier sont, dans une certaine mesure, notifiées par les banques commerciales et les transactions des exploitants de sites de jeux seraient une composante indifférenciée des agrégats d'opérations financières plus vastes notifiées par ces institutions.

2. Les transactions liées aux jeux, y compris les importations de services fournis aux entreprises et le rapatriement des bénéfices par les exploitants de sites de jeux, devraient être couvertes par les données figurant dans le *Yearbook*, mais là encore, les données seraient des composantes indifférenciées d'agrégats plus vastes. Nous ne pouvons pas dire dans quelle mesure les données présentées sont exhaustives dans les faits.

3. Les personnes chargées d'établir les compilations au niveau national s'efforcent de rendre compte des transactions dans leur domaine de compétence conformément aux concepts et lignes directrices définis par le FMI. À notre avis, il est probable que les recettes et les paiements, et les importations et les exportations des exploitants de sites de jeux soient, dans une certaine mesure, représentés dans les données figurant dans le *Yearbook*, mais ces données n'identifient pas spécifiquement les services de jeux. Elles sont classées par catégories plus vastes, telles que les "services personnels, culturels et relatifs aux loisirs" ou les revenus des investissements directs.

4. Presque toutes les données concernant Antigua-et-Barbuda qui figurent dans le *Yearbook* sont fournies par l'ECCB. Le FMI ne rassemble pas, de façon indépendante, de données concernant les importateurs ou les exportateurs de services de jeux. Nous pensons donc que l'ECCB, et probablement aussi les autorités d'Antigua-et-Barbuda, sont mieux placées pour répondre à vos questions détaillées au sujet des recettes provenant des jeux à distance.

Si vous avez d'autres questions ou si vous souhaitez des éclaircissements sur ce qui précède, n'hésitez pas à me contacter.

Veillez agréer, cher Monsieur, les assurances de ma haute considération.

Robert W. Edwards
Directeur
Département des statistiques

ANNEXE E

Tableaux de l'annexe

Tableau 1 de l'annexe

Recettes d'Antigua provenant des jeux à distance
(en millions de dollars)

	Recettes globales	Différence par rapport à 2001	80% des recettes	Différence par rapport à 2001
2001	1 630		1 304	
2002	1 693	-63	1 354	-50
2003	1 185	445	948	356
2004	1 145	485	916	388
2005	1 138	492	910	394
2006	1 086	544	869	435
Moyenne		381		304

Source: GBGC, octobre 2007.

Tableau 2 de l'annexe

Recettes par employé pour certaines sociétés
(en dollars)

	Party gaming	YouBet	Betfair	888	Sporting bet	Unibet	Betcorp	Moyenne
2001		82 895						
2002	266 372	342 105						
2003	356 876	807 463			410 810	360 490	229 886	
2004	825 240	804 938	425 299	258 206	470 563	524 934	155 686	
2005	719 426	837 736	460 808	305 869	560 964	650 895	118 069	
2006	918 453	305 817	295 830	393 885	749 645	737 052	167 777	
Moyenne sans valeurs extrêmes	617 273	530 159	369 800	319 320	547 996	568 343	167 855	445 821
Moyenne	633 847	565 081	361 282	305 869	515 764	587 915	161 732	447 356

Notes: Pour la moyenne sans valeurs extrêmes, les deux années où les recettes ont été les plus élevées et les plus faibles ont été exclues des calculs. Les montants dans d'autres monnaies ont été convertis en dollars sur la base du taux de change moyen de l'année correspondante, d'après les Statistiques financières internationales du FMI de novembre 2007.

Source: Réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, pages 18 et 19 et pièce AB-17.

Tableau 3 de l'annexe

Recettes par employé et nombre d'employés

	Nombre d'employés dans le secteur des jeux à distance d'Antigua	80% du nombre d'employés	Différence du nombre d'employés (80%) par rapport à 2001	Recettes moyennes par employé multipliées par la différence du nombre d'employés (<i>en dollars</i>)
2001	1 014	811		
2002	328	262	549	244 666 459
2003	431	345	466	207 930 824
2004	492	394	418	186 174 769
2005	628	502	309	137 669 465
2006	442	354	458	204 007 601
Moyenne				196 089 823

Notes: Les chiffres correspondant au nombre d'employés comportent de petites erreurs car ils ont été arrondis. Dans les présents calculs, les recettes moyennes par employé sont de 445 221 dollars.

Source: Réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, pages 18 et 19 et pièce AB-17.

Tableau 4 de l'annexe

Recettes en ligne provenant du monde entier, par pays/groupe

	Recettes de l'Amérique centrale et du Sud et des Caraïbes	Recettes mondiales	Part de l'Amérique centrale et du Sud et des Caraïbes dans les recettes mondiales	Part d'Antigua-et-Barbuda dans les recettes mondiales	Part d'Antigua-et-Barbuda dans les recettes de l'Amérique centrale et du Sud et des Caraïbes	Contribution d'Antigua-et-Barbuda à la part des recettes mondiales détenue par l'Amérique centrale et du Sud et les Caraïbes par rapport à 2001
	(<i>en millions de dollars</i>)	(<i>en millions de dollars</i>)	(<i>en pourcentage</i>)	(<i>en pourcentage</i>)	(<i>en pourcentage</i>)	(<i>en pourcentage</i>)
2001	2 397	3 530	68	46	68	100
2002	2 639	4 380	60	39	64	94
2003	2 676	5 650	47	21	44	65
2004	3 095	8 930	35	13	37	54
2005	3 232	11 890	27	10	35	52
2006	3 152	15 320	21	7	34	51

Source: GBGC, octobre 2007.

Tableau 5 de l'annexe

Perte de recettes d'Antigua, ajustement pour tenir compte de la concurrence

	GBGC			Recettes par employé		
	Perte de recettes	Contribution d'Antigua-et-Barbuda à la part de 2001	Perte de recettes ajustée	Perte de recettes	Contribution d'Antigua-et-Barbuda à la part de 2001	Perte de recettes ajustée
	<i>(en millions de dollars)</i>	<i>(en pourcentage)</i>	<i>(en millions de dollars)</i>	<i>(en millions de dollars)</i>	<i>(en pourcentage)</i>	<i>(en millions de dollars)</i>
2002	-50	94	-48	245	94	231
2003	356	65	232	208	65	135
2004	388	54	211	186	54	101
2005	394	52	204	138	52	71
2006	435	51	221	204	51	103
Moyenne	304		164	196		128

Source: GBGC, octobre 2007, et réponse d'Antigua à la question n° 21 de l'arbitre, pages 18 et 19 et pièce AB-17.