

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS320/16
12 novembre 2008

(08-5502)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – MAINTIEN DE LA SUSPENSION D'OBLIGATIONS DANS LE DIFFÉREND CE – HORMONES

Communication des États-Unis au sujet de certaines préoccupations relatives au rapport de l'Organe d'appel

La communication ci-après, datée du 7 novembre 2008, est distribuée à la demande de la délégation des États-Unis.

1. L'Organe d'appel a remis son rapport sur l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones* ("*États-Unis – Sanctions relatives aux hormones*") le 16 octobre 2008. Le fait que l'Organe d'appel a infirmé les constatations et conclusions du Groupe spécial relatives à l'article 23 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* ("*Mémoire d'accord*") constitue une correction appropriée et judicieuse du point de vue juridique et factuel des erreurs concernant l'article 23 du *Mémoire d'accord* figurant dans le rapport du Groupe spécial dans la présente procédure. Cependant, d'autres aspects du rapport de l'Organe d'appel, en particulier la façon dont l'Organe d'appel conçoit apparemment la relation appropriée entre son rôle s'agissant de contribuer à régler les différends et celui des Membres s'agissant d'établir les règles et procédures applicables au règlement des différends ainsi que le traitement par l'Organe d'appel de certaines autres dispositions du *Mémoire d'accord*, suscitent de sérieuses préoccupations systémiques et juridiques qui devraient être débattues par tous les Membres de l'OMC. Ces préoccupations sont présentées et résumées ci-après.

2. Tout d'abord il est utile de rappeler le rôle que les Membres ont donné à l'Organe d'appel lorsqu'ils sont convenus de son établissement. Les Membres sont expressément convenus que l'Organe d'appel jouait un rôle limité. En particulier, le "système de règlement des différends de l'OMC" "a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public".¹ Les "constatations et ... recommandations" de l'Organe d'appel "ne pourront pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés".² Parallèlement, la "Conférence ministérielle et le Conseil général auront le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations du présent accord et des Accords commerciaux multilatéraux".³ En outre, les éventuels amendements au *Mémoire d'accord* "[seront décidés] uniquement par consensus et lesdits amendements prendront effet à l'égard de tous les Membres dès qu'ils auront été approuvés par la Conférence ministérielle".⁴

¹ Article 3:2 du *Mémoire d'accord*.

² Article 19:2 du *Mémoire d'accord*.

³ Article IX:2 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.

⁴ Article X:8 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.

3. Il est donc clair que l'Organe d'appel peut clarifier, mais pas interpréter ou amender, l'un quelconque des accords visés, y compris le Mémoire d'accord.

4. Malheureusement, il apparaît que le rapport de l'Organe d'appel non seulement clarifie le Mémoire d'accord, mais aussi propose des amendements et des interprétations, et propose ainsi d'accroître ou de diminuer les droits et obligations des Membres.

Processus à suivre une fois que l'ORD a accordé l'autorisation de suspendre des concessions

5. En appel, la question a été présentée de savoir si, en vertu de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, les États-Unis étaient tenus d'engager une procédure de groupe spécial de la mise en conformité en réponse à l'allégation de mise en conformité des Communautés européennes. L'Organe d'appel a conclu à juste titre que les États-Unis n'étaient pas tenus de le faire et a donc rejeté l'allégation des CE selon laquelle ils avaient enfreint l'article 21:5. Il n'était pas nécessaire que l'Organe d'appel aille plus loin.

6. Or l'Organe d'appel est allé plus loin. Il a entrepris de donner son opinion, d'une manière étonnamment longue et détaillée, sur le processus que les Membres devraient suivre dans la situation où l'ORD a autorisé un Membre à suspendre des concessions à l'égard du Membre concerné, et où le Membre concerné allègue ultérieurement qu'il s'est conformé aux recommandations et décisions de l'ORD en cause (la "situation d'après suspension").

7. L'Organe d'appel a considéré que le recours à une procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 (dans laquelle la préférence est accordée aux membres du groupe spécial initial et le calendrier est accéléré) constituait le moyen exclusif pour résoudre une situation d'après suspension.⁵ Par ailleurs, l'Organe d'appel a jugé que soit le défendeur initial, soit le plaignant initial avait la responsabilité de faire en sorte que la suspension de concessions ne soit pas appliquée indéfiniment.⁶ De ce fait, l'une ou l'autre partie doit engager une procédure de groupe spécial de la mise en conformité dès que possible.⁷ Toutefois, reconnaissant qu'une procédure engagée uniquement par la partie défenderesse initiale pourrait poser un certain nombre de problèmes, l'Organe d'appel a considéré que dans le cas où une procédure est engagée d'abord par la partie défenderesse initiale, le plaignant initial pouvait alors engager sa propre procédure de la mise en conformité séparée et que l'on pouvait tout simplement supposer que les deux procédures permettraient "d'examiner toutes les questions".⁸ Le plaignant initial devrait agir "dès que possible" après l'adoption d'une mesure de mise en œuvre ou après le dépôt de la demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 par le défendeur initial, de sorte que les deux questions puissent être soumises au groupe spécial initial chaque fois que cela serait possible.⁹ L'Organe d'appel a ensuite exposé les règles qui, selon lui, s'appliqueraient en ce qui concerne l'attribution et le déplacement de la charge de la preuve.¹⁰

8. Les procédures suggérées par l'Organe d'appel sont profondément troublantes en ce qui concerne tant la base textuelle supposée sur laquelle il s'est appuyé que la gravité des problèmes que posent les procédures elles-mêmes.

9. Selon l'Organe d'appel, il faut donner de l'article 21:5 du Mémoire d'accord une lecture qui limite les options procédurales à la disposition des Membres de sorte qu'un Membre puisse recourir uniquement à une procédure de groupe spécial de la mise en conformité accélérée. L'Organe

⁵ Paragraphe 345 du rapport de l'Organe d'appel.

⁶ Paragraphe 348 du rapport de l'Organe d'appel.

⁷ Paragraphe 348 du rapport de l'Organe d'appel.

⁸ Paragraphe 355 du rapport de l'Organe d'appel.

⁹ Paragraphe 354 du rapport de l'Organe d'appel.

¹⁰ Paragraphes 360 à 365 du rapport de l'Organe d'appel.

d'appel a dit ce qui suit: "aux termes de l'article 21:5, la procédure de groupe spécial prévue par cette disposition doit constituer la procédure qu'il faut suivre pour se prononcer sur le motif d'action tel qu'il est énoncé dans sa clause introductive".¹¹ L'Organe d'appel fonde son interprétation sur le terme anglais "*shall*" ainsi que sur les termes "les présentes procédures de règlement des différends" employés à l'article 21:5. Toutefois, l'interprétation de l'Organe d'appel pose de nombreux problèmes.

10. Premièrement, l'Organe d'appel ne tient pas compte du fait que l'article 21:5 précise que "les présentes procédures de règlement des différends" incluent le "recours au groupe spécial initial". Autrement dit, la procédure de groupe spécial de la mise en conformité accélérée n'est qu'une des "procédures" disponibles au titre de l'article 21:5. L'Organe d'appel donne une lecture de l'article 21:5 qui exclut les termes "y compris". Au lieu de cela, il paraît interpréter les termes "y compris" comme signifiant "sauf que"; autrement dit, l'Organe d'appel voudrait que le Mémorandum d'accord s'applique, sauf que la seule procédure disponible est une procédure de groupe spécial de la mise en conformité.¹²

11. Mais l'Organe d'appel n'est même pas cohérent dans son interprétation. Il juge aussi que "les présentes procédures de règlement des différends" incluent les formes consensuelles¹³ du règlement des différends.¹⁴ L'Organe d'appel ne peut pas faire coexister les deux cas de figure – soit la référence dans l'article 21:5 aux "présentes procédures de règlement des différends" ne renvoie qu'à la procédure de groupe spécial de la mise en conformité accélérée, soit elle renvoie à toute une série de procédures. Rien dans l'article 21:5 ne dispose que l'expression "les présentes procédures de règlement des différends" désigne la procédure de groupe spécial de la mise en conformité accélérée plus les formes consensuelles de règlement des différends.

12. Deuxièmement, si "les présentes procédures de règlement des différends" limitaient réellement les procédures à la seule procédure de groupe spécial de la mise en conformité accélérée visée à l'article 21:5, la procédure de groupe spécial de la mise en conformité ne ferait pas l'objet d'un appel. Les termes sur lesquels l'Organe d'appel s'est appuyé ne permettent nulle part d'inclure un appel dans "les présentes procédures de règlement des différends". Par conséquent, selon le raisonnement de l'Organe d'appel, l'article 21:5 exclut les appels. Or il y a eu de nombreux appels de procédures de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5.

13. Troisièmement, la constatation de l'Organe d'appel concernant le caractère exclusif de la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 pour résoudre les différends d'après suspension est aussi en contradiction avec la décision de l'arbitre au titre de l'article 22:6 dans l'affaire *CE – Hormones*. Selon l'arbitre, tant la procédure de groupe spécial "ordinaire" que la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 pourraient constituer des voies légitimes ouvertes aux CE pour contester la suspension de concessions opérée par les États-Unis. Comme l'arbitre l'a expressément expliqué aussi dans sa décision:

"Nous notons qu'en cas de différend ultérieur à ce sujet, les CE pourraient engager des procédures normales – voire des procédures accélérées – au titre du Mémorandum

¹¹ Paragraphe 336 du rapport de l'Organe d'appel.

¹² Par exemple, à la note de bas de page 772 de son rapport, l'Organe d'appel envisage que l'on puisse avoir recours à l'article 9, qui n'est pas une procédure au titre de l'article 21:5.

¹³ Par exemple les bons offices, la conciliation ou la médiation au titre de l'article 5 du Mémorandum d'accord, ou l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord.

¹⁴ Voir le paragraphe 340 du rapport de l'Organe d'appel.

d'accord pour contester la compatibilité du niveau de la suspension des États-Unis avec l'article 22:4."¹⁵

Dans cette procédure, les CE suivaient l'une des procédures expressément approuvées par l'arbitre. La décision de l'arbitre est "définitive"¹⁶, et, dans ce sens, elle se situe institutionnellement à un niveau égal à celui d'un rapport de l'Organe d'appel. Or l'Organe d'appel a maintenant expliqué que les CE ne pouvaient pas recourir à cette procédure. L'Organe d'appel a donc introduit une contradiction dans le système de règlement des différends de l'OMC.

14. Quatrièmement, le problème va plus loin que ce qui a été dit jusqu'ici. La lecture de l'article 21:5 que donne l'Organe d'appel contredit également sa propre constatation selon laquelle le Groupe spécial *Hormones – Sanctions*, qui a été établi en tant que groupe spécial "ordinaire", était compétent pour examiner le fond de l'allégation de mise en conformité des CE. En fait, selon la propre interprétation de l'Organe d'appel, s'il avait considéré qu'il était en mesure de compléter l'analyse relative à la mise en conformité, il aurait été possible de parvenir à un règlement définitif de la question au moyen de cette procédure. Là encore, il y a une contradiction inhérente au raisonnement de l'Organe d'appel.¹⁷

15. Il s'agit là de certains des vices juridiques du raisonnement de l'Organe d'appel. Cependant, il y a en outre de nombreux problèmes en ce qui concerne la procédure effective recommandée par l'Organe d'appel. Par exemple, l'approche de l'Organe d'appel empêcherait un Membre d'engager une procédure de groupe spécial "ordinaire" conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord pour régler des questions qui posent problème avec un autre Membre. De nombreuses procédures ont été engagées pour savoir jusqu'où s'étendait la limitation du champ d'une procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5. Jusqu'à présent, une partie plaignante conservait toujours la possibilité d'éviter ces questions de compétence complexes (par exemple dans une situation où on ne voit pas bien si une mesure est une "mesure prise pour se conformer") et d'engager une procédure de groupe spécial ordinaire à la place (moyennant, bien entendu, le renoncement au calendrier accéléré mentionné à l'article 21:5). Selon l'approche de l'Organe d'appel, un Membre serait forcé de choisir entre deux options:

- 1) faire valoir qu'une mesure est une "mesure prise pour se conformer" (et par conséquent il ne serait possible de contester cette mesure qu'au moyen d'une procédure au titre de l'article 21:5), et risquer une constatation à la fin du processus selon laquelle en fait la mesure n'est pas une "mesure prise pour se conformer" puis être obligé d'entamer une procédure de groupe spécial "ordinaire" entièrement nouvelle, ou
- 2) inversement, contester la mesure dans le cadre d'une procédure de groupe spécial ordinaire, tout cela pour risquer de découvrir à la fin qu'il s'agissait d'une "mesure prise pour se conformer" et le Membre serait donc obligé de tout reprendre à zéro et

¹⁵ Décision des arbitres, Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage, WT/DS26/ARB, distribuée le 12 juillet 1999, paragraphe 82.

¹⁶ Article 22:7 du Mémoire d'accord.

¹⁷ Cette contradiction pourrait être résolue si l'on considérait que l'opinion de l'Organe d'appel est censée établir une nouvelle règle, à savoir que si d'autres voies avaient été ouvertes jusqu'à présent – y compris dans le présent différend – désormais, la seule voie offerte aux parties dans une situation d'après suspension est une procédure au titre de l'article 21:5 engagée par l'une des deux parties ou les deux qui suit la procédure détaillée régissant les allégations et contre-allégations et le dispositif spécifique en matière de charge de la preuve envisagé par l'Organe d'appel dans ce rapport. Cependant, une telle interprétation ne ferait que souligner à quel point l'Organe d'appel agirait en dehors de son mandat et "établirait des règles de droit" au lieu de clarifier l'application des règles existantes.

d'engager une procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 en ce qui concerne cette mesure.

L'un ou l'autre résultat irait de pair avec tous les frais et retards liés au fait d'avoir à engager deux procédures. De plus, même dans les cas où il pourrait être logique de contester une mesure conjointement avec d'autres mesures connexes qui ne sont manifestement pas des "mesures prises pour se conformer", l'approche de l'Organe d'appel interdirait à un groupe spécial d'examiner les diverses mesures connexes ensemble.

16. Dans son rapport, l'Organe d'appel a bien identifié certains des problèmes potentiels en ce qui concerne le mandat dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 21:5.¹⁸ Cependant, la suggestion de l'Organe d'appel selon laquelle il serait possible d'engager deux procédures distinctes au titre de l'article 21:5 pour éviter les problèmes, l'une engagée par le Membre concerné et l'autre par la partie plaignante, ne résoudrait pas forcément ces problèmes et ne ferait qu'en créer d'autres. Par exemple, il n'y a rien dans l'article 21:5 qui prévoit de regrouper ou d'harmoniser les procédures de groupe spécial de la mise en conformité¹⁹ et l'ORD pourrait en définitive adopter des rapports de groupes spéciaux de la mise en conformité s'excluant ou se contredisant mutuellement. Les Membres ont déjà fait l'expérience de certaines des difficultés qui se posent lorsque plusieurs groupes spéciaux entreprennent d'examiner les mêmes questions ou des questions similaires.

17. Il existe d'autres difficultés et questions pratiques qui ont été identifiées et analysées par les Membres dans les négociations sur les procédures dans une situation d'après suspension. L'approche proposée par l'Organe d'appel n'en tient pas compte et paraît trop simpliste.

18. Les Membres ont passé plusieurs années à s'efforcer de parvenir à un accord sur le processus qu'ils devraient suivre dans une situation d'après suspension, mais ils ne sont pas encore parvenus à un consensus sur les procédures qui seraient d'application.²⁰ On peut supposer que l'Organe d'appel sait que les Membres sont en train de mener ces négociations, et pourtant il a entrepris de donner son opinion sur la question. L'Organe d'appel n'explique pas dans son rapport pourquoi il a choisi d'agir ainsi. Il est possible qu'il ait jugé que ses suggestions sur la manière de procéder pourraient être utiles pour les Membres. Malheureusement, si bien intentionné qu'il ait pu être cet avis, l'opinion de l'Organe d'appel sur la voie procédurale appropriée pour résoudre les différends dans une situation d'après suspension est un avis consultatif donné en dehors du mandat correct de l'Organe d'appel dans le présent différend et en dehors de la compétence que lui confère le système de règlement des différends de l'OMC.

19. Il est de notoriété publique que le Mémorandum d'accord manque de précision sur les procédures applicables dans une situation d'après suspension. De fait, ce manque de précision a été constaté depuis longtemps par les Membres et constitue un motif essentiel des négociations mentionnées ci-dessus. Les négociations des Membres sur ce problème ont montré que les questions présentées étaient complexes et qu'il fallait que les Membres tranchent une série de questions complexes concernant le meilleur fonctionnement possible pour le système. En dépit de la solidité de l'analyse de l'Organe d'appel concernant l'article 23 et quelles que soient les bonnes intentions qu'il ait pu avoir s'agissant de son analyse additionnelle du Mémorandum d'accord, il est allé trop loin; les règles qu'il a énoncées comme étant applicables dans une situation d'après suspension ne correspondent pas à ce que les Membres, quels qu'ils soient, ont suggéré ni à ce sur quoi ils se sont mis d'accord. Cela entraîne des conséquences négatives pour le système de règlement des différends et pour les Membres.

¹⁸ Voir les paragraphes 353 et 354 du rapport de l'Organe d'appel.

¹⁹ Cela est particulièrement vrai lorsqu'en raison de différences dans le calendrier des procédures de groupe spécial, ou parce que les Membres qui sont tierces parties aux procédures sont différents, on pourrait avoir des personnes différentes siégeant à chaque groupe spécial.

²⁰ Voir par exemple le document TN/DS/W/32, daté du 22 janvier 2003.

20. Par ailleurs, bien que les précisions données par l'Organe d'appel sur les règles et procédures applicables dans une situation d'après suspension ne soient prévues nulle part dans le Mémoire d'accord, il a curieusement "constaté" que les deux parties devaient suivre exclusivement la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 engagée par l'une ou l'autre partie, ou les deux, et il est même allé jusqu'à indiquer la manière dont on pourrait harmoniser les procédures séparées si les deux parties devaient les engager²¹, ainsi qu'un dispositif détaillé pour appliquer et déplacer la charge de la preuve, qui s'appliquerait d'une manière générale aux différends d'après suspension.

21. En agissant ainsi, l'Organe d'appel ne fait rien moins que d'établir des règles, ce qui ne relève pas de son mandat. Cette façon de faire, en elle-même et à elle seule, est une source de graves préoccupations, même si tous les Membres estimaient que les suggestions de l'Organe d'appel sur la manière d'aborder une situation d'après suspension constituaient une approche judicieuse d'un point de vue tant juridique que pratique. Malheureusement, ce n'est pas le cas.

22. En conclusion, l'approche proposée par l'Organe d'appel ne relève pas de son mandat, n'a pas de fondement juridique dans le texte du Mémoire d'accord, soulève un certain nombre de problèmes pratiques et ne tient pas compte des nombreux travaux déjà entrepris par les Membres dans leurs négociations visant à clarifier et améliorer le Mémoire d'accord.

Critère indéfendable de "l'indépendance et l'impartialité"

23. L'Organe d'appel a aussi conclu que la désignation et la consultation par le Groupe spécial de deux conseillers-experts scientifiques portaient atteinte aux droits "des CE" en matière de régularité de la procédure.²² Ces deux experts étaient directement impliqués dans les évaluations des risques effectuées par le Comité mixte FAO/OMS d'experts des additifs alimentaires ("JECFA"), l'organisme international qui procède aux évaluations des risques, rend des avis, formule des recommandations à la Commission du Codex Alimentarius ("Codex"), l'organisme international à activité normative que les Membres ont expressément avalisé dans l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* pour les hormones en cause. Selon l'Organe d'appel, ce fait, conjugué au rôle particulier qu'avaient les évaluations du JECFA en l'espèce, constituait une base objective pour conclure que l'indépendance ou l'impartialité de ces deux experts serait probablement affectée. Selon l'Organe d'appel, la désignation de ces deux experts par le Groupe spécial compromettrait donc l'indépendance et l'impartialité du Groupe spécial et constituait une atteinte aux droits des CE en matière de régularité de la procédure.

24. Le critère de l'Organe d'appel concernant l'indépendance et l'impartialité des conseillers-experts est une source de grande préoccupation. Il pourrait avoir comme conséquence que ceux qui ont les plus grandes compétences techniques et qui connaissent le mieux un problème, une question ou une controverse soient frappés d'incapacité. Les deux experts en question avaient une compréhension très pointue du problème et étaient parfaitement en mesure d'exposer des questions d'une complexité technique, scientifique et conceptuelle extrême, du fait qu'ils connaissaient très bien les évaluations des risques en cause.

²¹ Voir la note de bas de page 772 du rapport de l'Organe d'appel. Bien que dans cette note, l'Organe d'appel s'appuie en partie sur l'article 9 du Mémoire d'accord, cet article, de par ses propres termes, ne s'appliquerait apparemment pas à la situation envisagée.

²² L'Organe d'appel n'a pas expliqué pourquoi seules les CE jouissaient des droits "en matière de régularité de la procédure" en cause. On peut supposer que toutes les parties à un différend ont un intérêt ou un "droit" "en matière de régularité de la procédure" à s'assurer que le processus par lequel un groupe spécial reçoit les avis d'experts garantit la régularité de la procédure.

25. D'autre part, le Groupe spécial savait très bien que les experts avaient précédemment participé au processus du Codex et pouvait en tenir compte en évaluant leurs avis. Là encore, cela est d'autant plus surprenant que le Groupe spécial était tout à fait en mesure de tenir compte de la participation des experts aux processus antérieurs du JECFA. De fait, il importe de rappeler que ce sont les groupes spéciaux, et non pas les experts, qui formulent des constatations de fait. Les groupes spéciaux sont censés évaluer la valeur probante de toute source de renseignements pour formuler des constatations de fait, y compris bien entendu tout renseignement communiqué par un expert, en tenant compte de leur participation à des processus antérieurs pertinents pour les questions considérées et ayant une incidence sur celles-ci. Les groupes spéciaux sont parfaitement capables de faire ces déterminations, et sont censés les faire, et c'est ainsi qu'ils agissent dans chaque différend particulier pour lequel ils sont établis.

26. Dans d'autres contextes dans le cadre du règlement des différends de l'OMC, une bonne connaissance des questions faisant l'objet du différend et des compétences techniques en la matière sont des atouts considérés d'une manière très favorable dans le choix des personnes appelées à rendre une décision. Dans la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5, par exemple, la préférence est accordée aux membres du groupe spécial initial pour constituer le groupe spécial de la mise en conformité. Comme l'a expliqué l'Organe d'appel dans son rapport, les membres du groupe spécial initial "connaiss[ent] bien le contexte du différend et les incompatibilités avec les accords visés qu'ils avaient constatées" et seraient en mesure "d'examiner si les incompatibilités ... ont été corrigées ... [La] procédure [du groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5] bénéficierait des connaissances et des compétences techniques qu'ils ont acquises en tant que membres du [g]roupe spécial dans [la procédure du groupe spécial initial], et donnerait lieu à une décision dans un délai plus court qu'une procédure de groupe spécial ordinaire".²³ Le fait que les décisions de ces membres du groupe spécial puissent avoir été infirmées en appel et qu'ils examinent les mêmes questions ou des questions similaires dans la phase de mise en conformité ne préoccupe apparemment aucunement l'Organe d'appel et ne pose aucun problème en ce qui concerne leur impartialité ou leur indépendance.

27. Cependant, selon le raisonnement de l'Organe d'appel, le même type de bonne connaissance des faits, du contexte et des conclusions issues d'un exercice de délibération antérieur devrait être considéré comme frappant d'incapacité les experts scientifiques parce que cette expérience antérieure serait susceptible de compromettre la capacité des individus de considérer une situation modifiée avec indépendance et impartialité.

28. De même, l'avis de l'Organe d'appel au sujet de l'impartialité et l'indépendance signifierait qu'aucun membre de l'Organe d'appel ou membre du Secrétariat ne pourrait participer à un appel concernant un rapport de groupe spécial faisant intervenir des questions semblables à celles qui auraient été examinées dans un rapport antérieur de l'Organe d'appel auquel aurait participé le membre de l'Organe d'appel ou le membre du Secrétariat. Sinon, l'Organe d'appel n'aurait pas l'impartialité et l'indépendance nécessaires et porterait atteinte aux droits d'au moins une des parties au différend en matière de régularité de la procédure.²⁴ Or cela ne cadre pas avec les vues apparentes de l'Organe d'appel dans ce type de situation.

29. En conclusion, le raisonnement de l'Organe d'appel et son critère de l'impartialité et l'indépendance des conseillers-experts auprès des groupes spéciaux paraissent être fondamentalement confus et en contradiction avec les principes qui guident le choix des personnes appelées à rendre une décision dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.

²³ Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 344.

²⁴ On peut supposer que dans le cadre de l'approche de l'Organe d'appel, une situation dans laquelle le groupe spécial exprimerait son désaccord avec un rapport antérieur de l'Organe d'appel auquel aurait participé ce membre de l'Organe d'appel serait un sujet de préoccupation encore plus important.

"Recommandation" juridiquement viciée

30. Les Membres sont expressément convenus de ce qui suit: "Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné la rende conforme audit accord."²⁵ Autrement dit, la seule situation dans laquelle un groupe spécial ou l'Organe d'appel est autorisé à formuler une recommandation est lorsqu'un groupe spécial ou l'Organe d'appel a conclu qu'une mesure entrant dans le champ d'application de la procédure est incompatible avec un accord visé.

31. Dans le présent appel, l'Organe d'appel a conclu qu'il n'y avait pas de mesure qui était incompatible avec un accord visé. L'Organe d'appel n'est donc pas habilité à formuler une quelconque "recommandation" dans le présent appel. C'est pourquoi il paraît peu judicieux de sa part d'avoir choisi le terme²⁶ "recommandons" dans son rapport.²⁷ Toute autre interprétation serait contraire au Mémorandum d'accord.

32. Une autre difficulté qu'il y a à considérer que la "recommandation" de l'Organe d'appel est censée avoir le statut juridique d'une recommandation au sens de l'article 19:1 du Mémorandum d'accord est qu'elle n'est pas adressée uniquement aux États-Unis en tant que partie défenderesse dans le différend, mais qu'elle est aussi adressée aux Communautés européennes, qui étaient la partie plaignante dans la présente procédure. Il n'y a aucun élément dans le Mémorandum d'accord qui permette d'adresser une "recommandation" à une partie plaignante.

33. Une telle interprétation soulève encore une autre difficulté, à savoir que l'Organe d'appel emploie l'expression "sans retard", bien que rien dans l'article 19 du Mémorandum d'accord ne l'habilite à préciser un délai pour mettre en œuvre une "recommandation" et, de fait, un tel pouvoir serait en contradiction avec d'autres éléments du Mémorandum d'accord, tels que l'article 21:3.

34. Outre ces manquements fondamentaux aux règles juridiques qu'entraîne le fait de considérer la "recommandation" de l'Organe d'appel comme étant censée avoir le statut juridique d'une recommandation au sens de l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, il y aurait aussi un certain nombre de difficultés pratiques. Par exemple, les États-Unis et les CE auraient-ils chacun un "délai raisonnable" pour se conformer à une telle "recommandation"? Ces délais seraient-ils les mêmes? Comment l'article 22 s'appliquerait-il en l'absence de "mesure" jugée incompatible avec un accord visé?

35. En conclusion, même si la formulation est celle d'une "recommandation" dans l'esprit des recommandations adressées par l'Organe d'appel conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord dans le cadre de différends antérieurs, l'emploi du terme "recommandons" est tout au mieux un choix peu judicieux de la part de l'Organe d'appel.

²⁵ Article 19:1 du Mémorandum d'accord.

²⁶ La question des choix de termes peu judicieux est l'un des types de questions qui pourraient être traités si l'Organe d'appel devait ménager aux parties la possibilité de formuler des observations sur un rapport intérimaire de l'Organe d'appel.

²⁷ Paragraphe 737 du rapport de l'Organe d'appel ("Compte tenu des obligations découlant de l'article 22:8 du Mémorandum d'accord, nous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande aux États-Unis et aux Communautés européennes d'engager une procédure au titre de l'article 21:5 sans retard afin de régler leur désaccord sur le point de savoir si les Communautés européennes ont éliminé la mesure jugée incompatible dans l'affaire *CE – Hormones* et si l'application de la suspension de concessions par les États-Unis reste juridiquement valable.").