



**AUSTRALIE – CERTAINES MESURES CONCERNANT LES MARQUES DE
FABRIQUE OU DE COMMERCE ET AUTRES PRESCRIPTIONS EN
MATIÈRE D'EMBALLAGE NEUTRE APPLICABLES AUX
PRODUITS DU TABAC ET À LEUR EMBALLAGE**

COMMUNICATION DU GROUPE SPÉCIAL

La communication ci-après, datée du 22 octobre 2014, a été reçue du Président du Groupe spécial, qui a demandé qu'elle soit distribuée à l'Organe de règlement des différends (ORD).

Le 7 mai 2014, l'Australie a présenté au Groupe spécial une demande de décision préliminaire concernant la compatibilité de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine (WT/DS434/11) avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

Le 19 août 2014, le Groupe spécial a remis la décision préliminaire ci-jointe aux parties et tierces parties.

Après avoir consulté les parties au différend, le Groupe spécial a décidé d'informer l'Organe de règlement des différends (ORD) de la teneur de sa décision préliminaire. Je vous serais donc reconnaissant de bien vouloir distribuer la présente lettre et la décision préliminaire ci-jointe aux membres de l'ORD.

DÉCISION PRÉLIMINAIRE DU GROUPE SPÉCIAL

1 CONTEXTE PROCÉDURAL	2
2 DEMANDE DE DÉCISION PRÉLIMINAIRE PRÉSENTÉE PAR L'AUSTRALIE.....	2
3 INTRODUCTION D'ALLÉGATIONS NOUVELLES DANS LA DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL	3
3.1 Principaux arguments des parties	3
3.1.1 Australie.....	3
3.1.2 Ukraine	6
3.2 Principaux arguments des tierces parties	8
3.3 Évaluation par le Groupe spécial	11
3.3.1 Relation entre les allégations formulées dans la demande de consultations et celles qui figurent dans la demande d'établissement d'un groupe spécial	11
3.3.2 Question de savoir si les allégations additionnelles de l'Ukraine au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC modifient l'essence de la plainte.....	13
4 INDICATION DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PLAINTÉ	15

1 CONTEXTE PROCÉDURAL

1.1. Le 7 mai 2014, l'Australie a présenté au Groupe spécial une demande de décision préliminaire concernant la compatibilité de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine avec le Mémoire d'accord.

1.2. L'Australie a demandé au Groupe spécial de rendre une décision préliminaire sur ces questions le plus tôt possible (et en particulier de rendre sa décision préliminaire avant le dépôt des premières communications écrites des parties). Elle a aussi demandé d'avoir la possibilité de répondre à toutes communications de l'Ukraine en relation avec cette demande de décision préliminaire.

1.3. Le 11 juin 2014, l'Ukraine a répondu aux demandes de l'Australie. Également le 11 juin 2014, le Groupe spécial a ménagé aux tierces parties la possibilité de formuler des observations sur la demande de décision préliminaire de l'Australie. Le 17 juin 2014, le Groupe spécial a reçu des observations de l'Union européenne. Le 18 juin 2014, il a reçu des observations de l'Argentine, du Brésil, du Canada, du Guatemala, du Honduras et de la République dominicaine.

1.4. Le 1^{er} juillet 2014, le Groupe spécial a reçu de l'Australie des observations sur la réponse de l'Ukraine à sa demande de décision préliminaire. Le 8 juillet, le Groupe spécial a reçu de l'Ukraine des observations sur les observations de l'Australie.

2 DEMANDE DE DÉCISION PRÉLIMINAIRE PRÉSENTÉE PAR L'AUSTRALIE

2.1. L'Australie demande au Groupe spécial de rendre une décision préliminaire selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine est incompatible avec les prescriptions du Mémoire d'accord en ce qui concerne l'allégation de l'Ukraine au titre de l'article premier du GATT de 1994. Elle formule cet argument sur deux bases, dont une à titre subsidiaire:

- a. L'allégation de l'Ukraine au titre de l'article premier ne figurait pas dans la demande de consultations qu'elle a présentée, et son inclusion dans la demande d'établissement d'un groupe spécial équivaut à un élargissement indu du champ du différend.

- b. À titre subsidiaire, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine ne contient pas un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui soit suffisant pour énoncer clairement le problème, ce qui est contraire aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

2.2. L'Australie fait également valoir que si l'Ukraine entend faire figurer dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial une allégation relative au traitement de la nation la plus favorisée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, cette allégation devrait aussi être exclue du mandat du Groupe spécial.

2.3. Nous examinons d'abord la demande de décision de l'Australie concernant l'introduction par l'Ukraine d'allégations nouvelles dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, puis sa demande de décision sur le point de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine énonce clairement le problème, conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

3 INTRODUCTION D'ALLÉGATIONS NOUVELLES DANS LA DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL

3.1. L'Australie fait valoir tout d'abord que les allégations de l'Ukraine relatives au traitement de la nation la plus favorisée (NPF) au titre de l'article premier du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC ne sont pas soumises à bon droit au Groupe spécial parce que leur inclusion dans la demande d'établissement d'un groupe spécial équivaut à un élargissement indu du champ du différend.

3.2. Nous exposerons d'abord les arguments des parties et des tierces parties avant de procéder à notre évaluation de la demande de l'Australie.

3.1 Principaux arguments des parties

3.1.1 Australie

3.3. L'Australie estime qu'en tant que partie défenderesse elle est en droit de connaître l'argumentation à laquelle elle doit répondre. Elle déclare que les lacunes de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine ont porté préjudice, et continuent de porter préjudice, à la préparation de sa défense, violant ainsi son "droit fondamental à une procédure régulière en l'espèce".¹

3.4. L'Australie déclare que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine "contient une allégation fondamentalement nouvelle qui n'était pas indiquée dans sa demande de consultations".² Elle fait observer que "l'Ukraine allègue maintenant dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial que la mesure de l'Australie est incompatible avec l'article premier du GATT de 1994 – l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée".³ Elle dit aussi que "[l']on ne voit pas très bien si, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Ukraine prétend également alléguer que la mesure de l'Australie est incompatible avec la prescription relative au traitement de la nation la plus favorisée énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC (étant donné en particulier que l'Ukraine n'a pas formulé d'allégation parallèle relative au traitement de la nation la plus favorisée au titre de l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC)".⁴ L'Australie note que, "[d]ans sa demande de consultations, l'Ukraine a limité son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC à l'incompatibilité alléguée de la mesure de l'Australie avec "la prescription relative au *traitement national* énoncée à [l'article 2.1] en n'accordant pas des possibilités de concurrence égales aux produits du tabac importés et aux détenteurs de droits de marque étrangers par rapport aux produits du tabac similaires nationaux

¹ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 4.

² Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphes 11 à 13.

³ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 13.

⁴ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 13.

et aux détenteurs de droits de marque nationaux".⁵ L'Australie note également que, "dans les déclarations qu'elle a faites devant l'Organe de règlement des différends au moment de demander l'établissement d'un groupe spécial dans cette affaire, l'Ukraine a explicitement fait référence à son allégation relative au traitement national mais n'a fait mention d'aucune plainte en ce qui concerne les obligations de l'Australie en matière de traitement de la nation la plus favorisée".⁶

3.5. L'Australie fait valoir que l'adjonction par l'Ukraine d'une allégation relative au traitement de la nation la plus favorisée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial l'"a pris[e] par surprise"⁷ parce que l'Ukraine ne lui a fait part d'aucune préoccupation concernant des obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée pendant les consultations formelles tenues le 12 avril 2012. Durant la période de près de 18 mois entre avril 2011, lorsque l'Australie a notifié sa mesure à l'OMC, et août 2012, lorsque l'Ukraine a déposé sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Ukraine n'a fait part à l'Australie d'aucune préoccupation selon laquelle la mesure concernant l'emballage neutre du tabac était incompatible avec les obligations de l'Australie relatives au traitement de la nation la plus favorisée.⁸ L'Australie fait valoir qu'il ne lui a été ménagé aucune possibilité de tenir des consultations avec l'Ukraine sur l'allégation de celle-ci concernant le traitement de la nation la plus favorisée, ou d'évaluer si cette allégation pouvait faire l'objet d'une solution mutuellement convenue, avant que l'Ukraine ne poursuive la procédure de règlement des différends.

3.6. L'Australie fait valoir que l'Ukraine a tenté d'introduire sa "nouvelle" allégation relative au traitement de la nation la plus favorisée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial "en la combinant avec son allégation initiale, formulée dans la demande de consultations, selon laquelle la mesure de l'Australie était incompatible avec ses obligations de traitement national". Elle fait valoir que l'inclusion de cette allégation juridique fondamentalement nouvelle "élargit manifestement le champ du présent différend et modifie l'essence de la plainte formulée par l'Ukraine lors des consultations".⁹ Elle fait observer que les obligations de traitement de la nation la plus favorisée et de traitement national non seulement sont distinctes mais constituent des piliers séparés du système commercial multilatéral et visent à remédier à des comportements fondamentalement ou essentiellement différents.¹⁰ En outre, l'Australie fait valoir qu'une allégation de traitement moins favorable *parmi* des produits importés en provenance de "certains pays" par rapport à ceux "d'autres pays" soulève des questions juridiques et relatives aux preuves essentiellement différentes de celles qui sont liées à une allégation de traitement moins favorable de produits importés en provenance d'un plaignant par rapport aux produits *nationaux*.¹¹

3.7. L'Australie note qu'elle ne soutient pas que la demande de consultations et la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine doivent partager une "identité précise et exacte", mais que "l'inclusion par l'Ukraine dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial d'une allégation nouvelle, relative au traitement de la nation la plus favorisée, qu'elle n'avait pas formulée dans sa demande de consultations ni durant les consultations, élargit indûment le champ du présent différend et modifie l'essence de la plainte exposée à l'encontre de l'Australie lors des consultations".¹² L'Australie demande que "le Groupe spécial exclue de son mandat l'allégation juridique nouvelle de l'Ukraine selon laquelle sa mesure est incompatible avec son obligation

⁵ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 13 (citant la demande de consultations de l'Ukraine). (italique dans l'original)

⁶ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 13 (citant les déclarations de l'Ukraine à la réunion du 31 août 2012 de l'Organe de règlement des différends (WT/DSB/M/321, 7 novembre 2012, paragraphe 78) et du 28 septembre 2012 (WT/DSB/M/322, 23 novembre 2012, paragraphe 67)).

⁷ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 14.

⁸ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 14 (citant la notification de l'Australie au *Comité des obstacles techniques au commerce*, 8 avril 2011, G/TBT/N/AUS/67).

⁹ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 15.

¹⁰ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 16.

¹¹ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 17.

¹² Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 18.

d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée conformément à l'article premier du GATT de 1994" afin d'"empêcher qu'il soit porté atteinte à l'objet et au but du Mémoire d'accord et de faire en sorte que la régularité de la procédure soit assurée dans le présent différend". Elle demande aussi, pour les mêmes raisons, que, si l'Ukraine prétend inclure dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial une allégation relative au traitement de la nation la plus favorisée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, cette allégation soit également exclue du mandat du Groupe spécial.¹³

3.8. L'Australie note que l'Ukraine fait valoir que l'adjonction d'allégations NPF dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial "est un simple prolongement" de ses allégations relatives au *traitement national* et n'en a pas modifié l'essence.¹⁴ Elle répond que l'Ukraine cherche à occulter le fait que les obligations de traitement NPF et de traitement national constituent des obligations séparées et juridiquement distinctes. Elle fait valoir que même si l'une et l'autre proscrivent le traitement discriminatoire, il est clair que chacune a une nature ou "essence" différente parce qu'elles proscrivent différentes formes de traitement discriminatoire et que les allégations de violation sont déterminées sur des bases juridiques et factuelles différentes, par référence à des points de comparaison différents.¹⁵

3.9. L'Australie fait valoir que "l'objectif fondamental de l'obligation de traitement national est d'éviter le protectionnisme" et qu'en conséquence l'"essence" d'une allégation relative au traitement national au titre du GATT de 1994 et de l'Accord OTC concerne la mesure dans laquelle un Membre établit une discrimination entre les produits importés et les produits nationaux similaires de manière à favoriser la production nationale. Elle déclare que le fondement juridique et factuel d'une allégation relative au traitement national au titre de ces accords exige donc une comparaison entre le traitement accordé aux produits importés et celui qui est accordé aux produits nationaux similaires pour déterminer si un traitement moins favorable a été accordé aux premiers par rapport aux seconds. L'Australie fait sienne l'opinion de l'Union européenne selon laquelle l'"essence" d'une allégation relative au traitement national est la différence de fond quant au traitement accordé à chaque groupe de produits, et non l'un ou l'autre des points de comparaison examiné isolément.¹⁶

3.10. L'Australie fait valoir que l'objectif fondamental de l'obligation NPF est, à l'opposé, d'éviter qu'un traitement préférentiel soit accordé à certains partenaires commerciaux par rapport à d'autres, et qu'en conséquence l'essence d'une allégation NPF au titre du GATT de 1994 et de l'Accord OTC concerne la mesure dans laquelle un Membre établit une discrimination entre ses partenaires commerciaux en ce qui concerne des produits similaires de manière à favoriser les produits en provenance d'un pays particulier. Elle estime que le fondement juridique et factuel d'une allégation NPF au titre de ces accords exige donc une comparaison entre le traitement accordé aux produits en provenance d'un Membre et celui qui est accordé aux produits en provenance de tout autre pays pour déterminer si un traitement moins favorable a été accordé aux produits en provenance d'un Membre par rapport à ceux d'un autre partenaire commercial. L'Australie déclare que l'"essence" d'une allégation NPF est la *différence* de fond *entre* les traitements accordés à chaque groupe de produits, et non l'un ou l'autre des points de comparaison examiné isolément.¹⁷

3.11. L'Australie souscrit à l'explication de l'Union européenne selon laquelle, même si une allégation relative au traitement national et une allégation NPF peuvent avoir un point de comparaison en commun (à savoir le traitement accordé aux produits importés en provenance du

¹³ Demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 18.

¹⁴ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 8.

¹⁵ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 9 (citant les rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.79).

¹⁶ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 10 (citant les observations de l'Union européenne sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 18).

¹⁷ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 11 (citant les observations de l'Union européenne sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 19).

Membre plaignant), il ne s'ensuit pas que l'essence des deux allégations est la même.¹⁸ Elle note que, dans le contexte du présent différend, on ne voit pas clairement si les allégations de l'Ukraine relatives au traitement national et ses nouvelles allégations NPF auraient même ce point de comparaison en commun (à savoir le traitement accordé aux produits importés d'Ukraine), étant donné que l'Ukraine n'exporte pas de produits du tabac vers l'Australie.¹⁹

3.12. L'Australie fait aussi valoir que, contrairement à ce que l'Ukraine laisse entendre, "il est évident que la nature de l'obligation de traitement national et celle de l'obligation NPF sont distinctes même si ces deux obligations sont l'une et l'autre énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC".²⁰ Bien que cela ne signifie pas qu'une même mesure ne peut pas donner lieu à la violation de ces deux obligations, une telle infraction concomitante "peut *uniquement* se produire lorsqu'une mesure accorde à certains produits importés un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires nationaux et aux produits similaires originaires d'autres pays".²¹ En effet, en raison des différences "essentielles" entre ces deux obligations, déterminer si une mesure viole l'obligation de traitement national est, tant juridiquement que factuellement, un exercice séparé et distinct de l'action de déterminer si une mesure viole l'obligation NPF – un manquement à une obligation ne présuppose ni n'établit un manquement à l'autre. En conséquence, les différends ne concernent généralement qu'une de ces obligations, y compris les différends relatifs à l'article 2.1 de l'Accord OTC.²²

3.13. L'Australie ajoute que, à l'encontre de la jurisprudence de l'Organe d'appel, "une constatation en faveur de l'Ukraine signifierait que tout plaignant entendait formuler des allégations concernant à la fois le traitement national et le traitement NPF aurait uniquement besoin d'indiquer *une* de ces allégations dans sa demande de consultations, ce qui lui permettrait d'ajouter ultérieurement l'autre allégation dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, sans qu'il y ait une possibilité de consultations sur cette nouvelle allégation".²³

3.1.2 Ukraine

3.14. L'Ukraine demande au Groupe spécial de rejeter la demande de l'Australie et de constater que toutes les allégations qu'elle formule dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial relèvent à bon droit du mandat du Groupe spécial. Elle fait valoir que sa demande d'établissement d'un groupe spécial n'élargit pas le champ de la question portée devant le Groupe spécial au-delà de ce qui était indiqué dans la demande de consultations.

3.15. L'Ukraine fait observer que, conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord, le mandat d'un groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial, et non par la demande de consultations.²⁴ Elle note que, bien qu'il importe que des consultations aient lieu sur la question faisant l'objet d'une demande d'établissement d'un groupe spécial, il est bien établi qu'une identité précise et exacte entre les allégations formulées dans la demande de consultations et dans la demande d'établissement d'un groupe spécial n'est pas nécessaire.²⁵

¹⁸ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 12 (citant les observations de l'Union européenne sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 20).

¹⁹ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 12.

²⁰ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 13.

²¹ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 14 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 299). (italique dans l'original)

²² Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 14.

²³ Observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 16.

²⁴ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 4 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 124).

²⁵ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 4 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 293).

3.16. L'Ukraine fait aussi valoir que, conformément à l'article 4:4 du Mémorandum d'accord, une demande de consultations "doit seulement indiquer la mesure en cause et comprendre "une indication" du fondement juridique de la plainte", et que l'important est que la mesure indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial soit "essentiellement la même que la mesure au sujet de laquelle les consultations ont été tenues".²⁶ Selon l'Ukraine, les allégations formulées dans une demande d'établissement d'un groupe spécial ne doivent pas nécessairement se limiter à celles qui sont indiquées dans la demande de consultations, pour autant que l'essence de la plainte n'ait pas été modifiée par un élargissement du champ du différend.²⁷ L'Ukraine estime que les Membres disposent d'une certaine flexibilité lorsqu'ils formulent des plaintes dans des demandes d'établissement d'un groupe spécial postérieures aux consultations.²⁸ En conséquence, un plaignant est en droit de réviser la liste des dispositions conventionnelles avec lesquelles il est allégué que la mesure est incompatible, y compris en ajoutant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de nouvelles dispositions qui ne figuraient pas dans la demande de consultations.²⁹ En outre, l'Ukraine fait observer que l'un des objectifs des consultations est précisément de mieux comprendre la mesure et ses incidences juridiques et pratiques, de sorte qu'il est "tout naturel que le fondement juridique de la plainte puisse se prolonger au-delà de celui de la demande de consultations".

3.17. L'Ukraine fait valoir que la référence à l'article premier du GATT de 1994 et à l'aspect NPF de l'article 2.1 de l'Accord OTC n'a pas modifié l'essence de sa plainte ni élargi le champ du différend. Elle déclare qu'en fait ces allégations sont le prolongement des allégations de non-discrimination figurant dans la demande de consultations. Elle dit que l'essence de son allégation, telle que celle-ci est formulée à la fois dans sa demande de consultations et dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, est (entre autres choses) que les mesures australiennes enfreignent la prescription de non-discrimination du GATT de 1994 et de l'Accord OTC en n'accordant pas des possibilités de concurrence égales à certains produits du tabac importés. L'Ukraine fait valoir que tant l'article I^{er} que l'article III du GATT de 1994 imposent aux Membres de l'OMC des obligations de non-discrimination fondamentales.³⁰ En outre, l'article 2.1 de l'Accord OTC (que l'Ukraine a mentionné dans sa demande de consultations comme dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial) inclut "les deux types" de non-discrimination (à savoir les obligations de traitement NPF et de traitement national). Par ailleurs, l'Ukraine note que l'article 2.1 de l'Accord OTC est une obligation générale de "non-discrimination"³¹ et que, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel n'a pas spécifié si le préjudice causé par la mesure en cause concernait les produits nationaux, d'autres produits importés ou les deux catégories de produits.³²

3.18. L'Ukraine fait valoir que par conséquent elle "a simplement clarifié la nature de son allégation de non-discrimination et n'a pas modifié l'essence de sa plainte relative à la discrimination résultant du traitement moins favorable accordé à certains produits importés". Elle dit que les allégations NPF figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial "sont ...

²⁶ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 5 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 132).

²⁷ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 6 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 138; les rapports des Groupes spéciaux *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.115; *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 7.24; et *Chine – Produits à base de poulet de chair*, paragraphe 7.223).

²⁸ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 5 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 136).

²⁹ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 6 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 138).

³⁰ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 7 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82).

³¹ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 8 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 93).

³² Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 8 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 298).

le prolongement naturel" des allégations qui figuraient déjà dans la demande de consultations et ont fait l'objet des consultations "et leur sont intrinsèquement liées".³³

3.19. L'Ukraine note en outre que l'Australie ne conteste pas que les mesures indiquées dans la demande de consultations et la demande d'établissement d'un groupe spécial sont les mêmes, et qu'il est incontestable que l'Ukraine a formulé des allégations de traitement moins favorable tant dans sa demande de consultations que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, y compris en faisant référence à l'article 2.1 de l'Accord OTC. Elle estime donc qu'elle a uniquement ajouté une référence à l'article premier du GATT de 1994 dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial à des fins de clarification, et qu'elle n'a ni élargi le champ ni modifié l'essence de la plainte. Elle fait valoir que l'Australie demande au Groupe spécial d'imposer une "approche indûment rigide" de la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui ferait en fait de la demande de consultations "le document régissant le mandat du différend". L'Ukraine fait valoir qu'une telle approche n'est étayée ni par les articles 6 ou 7 du Mémoire d'accord, ni par la jurisprudence de l'OMC.³⁴

3.2 Principaux arguments des tierces parties

3.20. L'**Argentine** estime que, "en règle générale", les demandes d'établissement d'un groupe spécial ne devraient pas inclure les dispositions des accords visés qui ne figuraient pas dans la demande de consultations correspondante et n'ont donc pas fait l'objet des consultations. Elle déclare qu'en incluant l'article I:1 du GATT de 1994 l'Ukraine introduit "une question totalement nouvelle qui ... aurait dû faire l'objet des consultations", parce que "la disposition ... ne contient pas une explication plus détaillée d'une autre règle invoquée précédemment, mais est une disposition centrale et de fond du système commercial multilatéral qui aurait mérité d'être dûment prise en considération dans le processus de consultation".³⁵ L'Argentine ajoute que, bien qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial puisse contenir certaines dispositions juridiques non indiquées dans la demande de consultations dans le cadre du "prolongement naturel du processus de consultation", ce processus naturel doit être limité par la nécessité de protéger le droit de la partie défenderesse à une procédure régulière et les droits de la défense.³⁶

3.21. Le **Brésil**³⁷ déclare que, pour satisfaire aux conditions de fond de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, la demande d'établissement d'un groupe spécial doit indiquer les mesures ciblées dans le différend et contenir un bref exposé du fondement juridique des allégations. Ces deux prescriptions délimitent la compétence des organes juridictionnels de l'OMC mais elles permettent aussi aux parties et aux tierces parties d'obtenir des renseignements suffisants sur l'allégation pour pouvoir répondre à l'argumentation du plaignant. Le Brésil ajoute qu'après avoir mieux compris le fonctionnement de la mesure en cause le plaignant peut ajouter de nouvelles allégations dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, à condition que ces allégations ne modifient pas l'essence du différend.³⁸

3.22. Le **Canada** fait valoir que le groupe spécial doit faire preuve de prudence lorsqu'il s'agit de déterminer si une demande d'établissement d'un groupe spécial élargit indûment le champ du différend ou modifie l'essence de la plainte formulée lors des consultations. Une interprétation étroite de ce qui constitue un élargissement du différend ou une modification de l'essence de la plainte pourrait amener les plaignants à citer une liste inutilement longue de dispositions dans leurs demandes de consultations et avoir pour effet de réduire les consultations à un exercice de pure forme qui ne donnerait pas la possibilité de définir et circonscrire le champ du différend. Le Canada fait aussi valoir qu'une interprétation trop large de ce qui constitue un élargissement du différend ou une modification de l'essence de la plainte pourrait amener les plaignants à omettre

³³ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 9.

³⁴ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec sa demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 10.

³⁵ Observations de l'Argentine en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 28 et 29.

³⁶ Observations de l'Argentine en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 30.

³⁷ Observations du Brésil en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 2.

³⁸ Observations du Brésil en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 3 à 8.

des allégations dans la demande de consultations pour les formuler dans la demande d'établissement d'un groupe spécial afin d'obtenir un avantage stratégique sur la partie défenderesse. Un tel résultat porterait atteinte à la régularité de la procédure. Le Canada demande que le groupe spécial examine attentivement la meilleure façon d'équilibrer les intérêts en jeu et de préserver la flexibilité qui est nécessaire au bon fonctionnement du processus de règlement des différends.³⁹

3.23. La **République dominicaine** convient avec l'Ukraine que les allégations NPF de celle-ci représentent le prolongement raisonnable des allégations relatives au traitement national formulées dans la demande de consultations, étant donné l'objectif fondamental commun des deux types d'obligation de non-discrimination. Elle note que l'observation de l'Organe d'appel selon laquelle "les articles I:1 et III:4 [du GATT de 1994] ... [visent chacun], fondamentalement, à prohiber les mesures discriminatoires en exigeant, dans le contexte de l'article I:1, l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires en provenance de tous les Membres et, dans le contexte de l'article III:4, l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés et les produits nationaux similaires".⁴⁰ Par conséquent, la République dominicaine estime qu'il est logique que l'Ukraine, après des consultations avec l'Australie, considère que les mesures affectent également l'égalité des possibilités de concurrence parmi les produits importés similaires, outre qu'elles entraînent une disparité des possibilités de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux similaires. Elle note aussi que, étant donné les similitudes fondamentales dans la nature de ces allégations, on ne peut dire que l'inclusion d'allégations NPF "modifie l'essence" de la plainte de l'Ukraine.⁴¹

3.24. La République dominicaine note également que l'article 4:6 du Mémoire d'accord protège la confidentialité des consultations, et qu'à ce titre le Groupe spécial devrait se prononcer sur les exceptions préliminaires soulevées par l'Australie sans se référer au contenu des consultations dans les différends respectifs.⁴²

3.25. L'**Union européenne** dit que, en ce qui concerne l'article premier du GATT de 1994 et l'article 2.1 de l'Accord OTC (pour ce qui est du traitement NPF) et la relation entre la demande de consultations et la demande d'établissement d'un groupe spécial, "la position de l'Ukraine ... dépend de la qualification de ce qui s'est passé comme étant un "prolongement" qui ne modifie pas l'"essence" de la question".⁴³

3.26. L'Union européenne fait observer que dans une allégation de discrimination en matière de traitement national, la mesure en cause est la différence de fond entre le traitement accordé aux produits nationaux et le traitement accordé aux produits importés. La mesure en cause n'est pas le traitement accordé aux produits nationaux considéré isolément, ni le traitement accordé aux produits importés considéré isolément. Ainsi, l'"essence" de la question est la différence de fond, et non l'un quelconque des points de comparaison considéré isolément.⁴⁴ Dans une allégation NPF, l'essence de la question est la différence de fond entre le traitement accordé aux produits en provenance d'un Membre et le traitement accordé aux produits en provenance d'un autre Membre, et non l'un quelconque des points de comparaison considéré isolément.⁴⁵ Ainsi, de l'avis de l'Union européenne, même si une allégation relative au traitement national et une allégation NPF peuvent avoir un point de comparaison en commun (en particulier le traitement accordé aux produits importés en provenance du Membre plaignant), il ne s'ensuit pas que l'essence des allégations est la même (et les justifications avancées pour ces mesures peuvent être très différentes). L'Union

³⁹ Observations du Canada en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 9.

⁴⁰ Observations de la République dominicaine en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 27 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82, et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 93).

⁴¹ Observations de la République dominicaine en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 28.

⁴² Observations de la République dominicaine en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 29.

⁴³ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 16.

⁴⁴ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 17 et 18.

⁴⁵ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 19.

européenne fait aussi observer que, si l'Ukraine a raison, cela signifierait que, entre une demande de consultations et une demande d'établissement d'un groupe spécial, toute allégation relative au traitement national au titre de tout accord visé pourrait "se prolonger" en une allégation NPF au titre du même accord ou de tout autre accord visé, et inversement.⁴⁶

3.27. En outre, l'Union européenne fait observer qu'il apparaît que l'allégation de l'Ukraine est une allégation *de facto* et que, même si les Membres plaignants peuvent formuler des allégations d'infraction *de facto* à l'article premier du GATT de 1994 et à l'article 2.1 de l'Accord OTC, ces allégations ne devraient pas être formulées ni admises à la légère. Elle met donc en garde contre une supposition générale selon laquelle les allégations *de facto* ou les allégations contre des mesures non écrites peuvent être réputées constituer "le prolongement" d'autres allégations au titre d'autres dispositions.⁴⁷ L'Union européenne fait également plusieurs observations à l'appui de l'affirmation selon laquelle la question de savoir si une allégation relative au traitement national énoncée dans une demande de consultations peut ou non "se prolonger" en une allégation NPF dans une demande d'établissement d'un groupe spécial est quelque chose qui peut dépendre de toutes les circonstances factuelles entourant une affaire particulière.⁴⁸ En l'espèce, elle n'exprime pas d'opinion sur le point de savoir si ces circonstances sont ou non présentes. Elle considère plutôt que, si le Groupe spécial devait donner raison à l'Australie, il sera peut-être en mesure d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle pour ce qui est de savoir si l'Ukraine indique le fondement juridique de sa plainte.⁴⁹

3.28. Le **Guatemala** fait observer que l'Ukraine n'a pas, dans sa demande de consultations, mentionné des obligations de "non-discrimination" en général mais qu'elle a en fait limité ses allégations à la question du traitement national. Il déclare qu'il peut difficilement comprendre comment une allégation limitée au traitement national pourrait se prolonger en une allégation comprenant une obligation NPF étant donné que, bien que les obligations de traitement national et de traitement NPF renvoient au concept de "non-discrimination", les allégations au titre de ces obligations sont très différentes.⁵⁰ Le Guatemala juge néanmoins prématurée la demande de décision préliminaire de l'Australie car il est difficile d'évaluer si l'Australie "a subi un préjudice" à ce stade, étant donné que l'Ukraine n'a même pas eu la possibilité de présenter sa première communication écrite et d'expliquer ses allégations. Il pense qu'il serait approprié de reporter la décision sur cette exception à un stade ultérieur de la procédure.⁵¹

3.29. Le **Honduras** fait valoir que les allégations NPF de l'Ukraine peuvent être considérées comme étant le prolongement raisonnable de l'allégation relative au traitement national formulée dans la demande de consultations de l'Ukraine, car il y a une étroite proximité de fond entre les obligations de traitement national et de traitement NPF. Spécifiquement, le Honduras fait valoir que les deux allégations comportent des allégations de discrimination (qu'il définit comme étant des distinctions injustifiées entre des groupes de produits et le traitement différencié de ces groupes de produits), qu'elles nécessitent l'une et l'autre des étapes analytiques semblables et qu'elles sont si semblables quant au fond que les rédacteurs des Accords OTC et SPS les ont énoncées dans la même phrase d'une disposition (à savoir l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article 2:3 de l'Accord SPS), indiquant ainsi qu'ils ne considéraient pas qu'elles étaient d'essence fondamentalement différente.⁵² Le Honduras ajoute que l'essence des allégations de l'Ukraine est que les mesures australiennes enfreignent la prescription de non-discrimination du GATT de 1994

⁴⁶ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 21.

⁴⁷ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 22.

⁴⁸ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 23 à 29.

⁴⁹ Observations de l'Union européenne en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 32.

⁵⁰ Observations du Guatemala en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 3.1 à 3.4.

⁵¹ Observations du Guatemala en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 3.7.

⁵² Observations du Honduras en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphes 29 à 32.

et de l'Accord OTC, de sorte que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial l'Ukraine n'a fait que clarifier la nature de son allégation de non-discrimination.⁵³

3.3 Évaluation par le Groupe spécial

3.30. La question que nous devons examiner ici est de savoir si les allégations de l'Ukraine au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC (en relation avec le traitement NPF) nous sont soumises à bon droit ou si nous devrions, comme l'Australie le demande, les exclure de l'analyse au motif qu'elles ne relèvent pas à bon droit de notre mandat parce qu'elles n'ont pas fait l'objet de consultations.

3.31. Le fondement de cette partie de la demande de l'Australie est le fait que ces allégations ne figuraient pas dans la demande de consultations de l'Ukraine. La question dont nous sommes saisis concerne donc la relation entre la demande de consultations et la demande d'établissement d'un groupe spécial. Nous examinons d'abord cette question, et les dispositions juridiques applicables, avant d'évaluer la demande de l'Australie à la lumière de ces prescriptions.

3.3.1 Relation entre les allégations formulées dans la demande de consultations et celles qui figurent dans la demande d'établissement d'un groupe spécial

3.32. Nous notons en premier lieu que notre mandat, conformément à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, est le suivant:

Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les parties au différend, la question portée devant l'ORD par l'Ukraine dans le document WT/DS434/11; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.⁵⁴

3.33. Notre mandat est donc défini par référence à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine.

3.34. Comme l'Organe d'appel l'a déclaré, conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord, le mandat d'un groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial, et l'article 6:2 du Mémoire d'accord énonce les prescriptions applicables à ces demandes.⁵⁵ L'article 6:2, quant à lui, dispose ce qui suit:

La demande d'établissement d'un groupe spécial sera présentée par écrit. Elle *précisera si des consultations ont eu lieu*, indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. (pas d'italique dans l'original)

3.35. Nous notons que, bien que l'article 6:2 exige que le plaignant précise dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial "si des consultations ont eu lieu", il ne prescrit pas que les mesures et allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial comme fondement de la plainte soient *identiques* à celles qui sont indiquées dans la demande de consultations. Les articles 4:4 et 6:2 mentionnent l'un et l'autre l'indication des mesures et allégations en cause, mais n'imposent pas exactement les mêmes prescriptions à cet égard: une demande de consultations au titre de l'article 4:4 doit comprendre une "*indication* des mesures en cause et du fondement juridique de la plainte" alors que la demande d'établissement d'un groupe spécial qui suit doit "*indiquer[] les mesures spécifiques en cause et [contenir] un bref exposé du fondement juridique de la plainte*". (pas d'italique dans l'original)

3.36. Comme l'Organe d'appel l'a expliqué, "les articles 4 et 6 ... définissent un processus selon lequel une partie plaignante doit demander des consultations, et des consultations doivent avoir lieu, avant qu'une question puisse être portée devant l'ORD en vue de l'établissement d'un groupe

⁵³ Observations du Honduras en tant que tierce partie sur les demandes de décisions préliminaires de l'Australie, paragraphe 33.

⁵⁴ *Constitution du groupe spécial établi à la demande de l'Ukraine*, Note du Secrétariat, WT/DS434/13.

⁵⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphes 124 et 125.

spécial".⁵⁶ Comme l'Organe d'appel l'a également précisé, on peut s'attendre à ce que les renseignements obtenus au cours des consultations puissent permettre au plaignant de préciser la portée de la question au sujet de laquelle il demande l'établissement d'un groupe spécial.⁵⁷ À cet égard, nous prenons note de l'observation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Mexique – Mesures antidumping visant le riz* en ce qui concerne l'expression "fondement juridique" employée tant à l'article 4:4 qu'à l'article 6:2 du Mémoire d'accord:

Ce n'est toutefois pas parce que la même expression est utilisée dans les deux dispositions que les allégations formulées au moment de la demande d'établissement d'un groupe spécial doivent être identiques à celles qui sont indiquées dans la demande de consultations. De fait, au lieu de suivre une approche aussi rigide, nous considérons que le mécanisme de règlement des différends, qui exige de manière générale qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial soit précédée de consultations, ménage aux Membres un degré de flexibilité pour ce qui est de formuler ultérieurement des plaintes dans des demandes d'établissement d'un groupe spécial.⁵⁸

3.37. Nous notons également que l'Organe d'appel a aussi déclaré ce qui suit:

Une lecture du Mémoire d'accord ... qui limite le fondement juridique exposé dans la demande d'établissement d'un groupe spécial à ce qui était indiqué dans la demande de consultations, ignorerait une raison d'être importante de la prescription imposant de tenir des consultations – à savoir l'échange de renseignements nécessaires pour préciser les contours du différend, qui sont ensuite exposés dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Eu égard à cela, nous considérons qu'il n'est pas nécessaire que les dispositions visées dans la demande de consultations soient identiques à celles qui sont indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, à condition que *l'on puisse raisonnablement dire* que le "fondement juridique" exposé dans la demande d'établissement d'un groupe spécial est le *prolongement du "fondement juridique" qui constituait l'objet des consultations*. En d'autres termes, *l'adjonction de dispositions ne doit pas avoir pour effet de modifier l'essence de la plainte*.⁵⁹ (pas d'italique dans l'original)

3.38. En résumé, le Mémoire d'accord n'exige pas une "identité précise et exacte"⁶⁰ entre les mesures ou allégations indiquées dans la demande de consultations et celles qui sont indiquées ultérieurement dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, et il est légitime que les allégations constituant le fondement juridique de la plainte aient un prolongement du fait des consultations. Néanmoins, les allégations ajoutées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ne doivent pas "avoir pour effet de modifier l'essence de la plainte".⁶¹ Tel ne sera pas le cas si l'on peut raisonnablement dire que ces allégations additionnelles sont le prolongement du fondement juridique indiqué dans la demande de consultations.

3.39. Nous notons que les parties ont toutes deux fait référence aux décisions citées plus haut dans leur analyse de cette question et que, comme l'Australie le fait observer, il n'apparaît pas que le cadre juridique de l'examen des demandes de l'Australie concernant les "allégations nouvelles" soit contesté.⁶² Toutefois, les parties ne sont pas d'accord sur le point de savoir si, dans les circonstances du présent différend, les allégations additionnelles de l'Ukraine ont pour effet de modifier l'essence de la plainte.

3.40. Ayant ces considérations à l'esprit, nous examinons ci-après si les allégations additionnelles introduites par l'Ukraine dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial ont pour effet de "modifier l'essence de la plainte".

⁵⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 131.

⁵⁷ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 132.

⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 136.

⁵⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 138. Nous notons que cette décision a par la suite été invoquée par les groupes spéciaux *Chine – Publications et produits audiovisuels* (paragraphe 7.115), *CE – Éléments de fixation (Chine)* (paragraphe 7.24), *Chine – Produits à base de poulet de chair* (paragraphe 7.223) et *UE – Chaussures* (paragraphe 7.61).

⁶⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 132.

⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *Mexique – Mesures antidumping visant le riz*, paragraphe 138.

⁶² Voir les observations de l'Australie sur les réponses à ses demandes de décisions préliminaires, paragraphe 5.

3.3.2 Question de savoir si les allégations additionnelles de l'Ukraine au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC modifient l'essence de la plainte

3.41. Comme il est dit plus haut, bien que le Mémoire d'accord ne prescrive pas une "identité précise" entre la question indiquée dans la demande de consultations et celle qui est indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, on s'attend à ce que les allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial aient pour l'essentiel trait à la même question, de manière que "l'essence de la plainte" ne soit pas modifiée.

3.42. La demande de consultations de l'Ukraine comprenait les allégations suivantes:

l'article III:4 du GATT de 1994, l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.1 de l'Accord OTC parce que les mesures ne respectent pas la prescription en matière de traitement national énoncée dans ces dispositions en n'accordant pas des possibilités de concurrence égales aux produits du tabac importés et aux titulaires de marques de fabrique ou de commerce étrangers par rapport aux produits du tabac similaires d'origine nationale et aux titulaires de marques de fabrique ou de commerce nationaux.⁶³

3.43. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, l'Ukraine a modifié la formulation du paragraphe pertinent afin qu'il se lise comme suit:

les articles I^{er} et III:4 du GATT de 1994, l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 2.1 de l'Accord OTC parce que les mesures ne respectent pas les prescriptions relatives à la *non-discrimination* qui sont énoncées dans ces dispositions *en accordant aux produits importés en provenance de certains pays un traitement moins favorable que celui qui est accordé à des produits similaires d'origine australienne et à des produits similaires originaires d'autres pays*, et en n'accordant pas, *par conséquent*, des possibilités de concurrence égales à *tous* les produits du tabac importés *de la même manière*, et à *tous* les détenteurs étrangers de droits sur les marques *de la même manière*, par rapport aux produits du tabac *importés et nationaux* similaires et aux détenteurs de droits sur les marques nationaux et étrangers similaires.⁶⁴ (pas d'italique dans l'original)

3.44. Comme il a été dit plus haut, l'Australie considère que les dispositions additionnelles en cause introduisent dans le champ du différend des obligations nouvelles et distinctes qui n'ont pas été portées à sa connaissance avant la demande d'établissement d'un groupe spécial. Elle fait valoir que l'obligation de traitement national et l'obligation NPF sont distinctes, "constituent des piliers séparés du système commercial multilatéral, et visent à remédier à des comportements fondamentalement ou "essentiellement" différents". Elle fait aussi valoir que les questions juridiques et relatives aux éléments de preuve sont différentes pour une allégation de traitement moins favorable des produits importés en provenance de "certains pays" par rapport à ceux "d'autres pays" et pour une allégation de traitement moins favorable des produits importés en provenance d'un plaignant par rapport aux produits nationaux. L'Ukraine répond que tant l'article I^{er} que l'article III du GATT de 1994 imposent aux Membres de l'OMC des obligations de non-discrimination fondamentales et que, comme l'Organe d'appel l'a noté dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, "nonobstant les différences textuelles, chaque disposition vise, fondamentalement, à prohiber les mesures discriminatoires en exigeant ... l'égalité des possibilités de concurrence ...". Elle considère que, par conséquent, elle a simplement précisé la nature de son allégation de non-discrimination et n'a pas modifié l'essence de sa plainte relative à la discrimination résultant du traitement moins favorable accordé à certains produits importés.⁶⁵

3.45. Les allégations introduites par l'Ukraine dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial sont une allégation au titre de l'article premier du GATT de 1994 (concernant le traitement NPF) et une référence au traitement NPF en relation avec l'article 2.1 de l'Accord OTC (qui vise à la fois l'obligation NPF et l'obligation de traitement national). En ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC, la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine mentionne uniquement

⁶³ Demande de consultations présentée par l'Ukraine, WT/DS434/1, page 3.

⁶⁴ Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine, WT/DS434/11, page 4.

⁶⁵ Réponse de l'Ukraine à la demande de décision préliminaire de l'Australie en relation avec la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, paragraphe 9.

l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC, relatif au traitement national, comme fondement juridique de cette allégation.

3.46. Nous notons tout d'abord que, comme l'Ukraine l'explique à juste titre, l'obligation de traitement national et l'obligation NPF sont l'une et l'autre des obligations de "non-discrimination". Alors que le traitement national a généralement trait à une comparaison entre le traitement accordé aux produits importés et celui qui est accordé aux produits nationaux, l'obligation NPF a généralement trait à une comparaison entre les traitements accordés aux importations de provenances différentes. Les deux types d'obligations concernent donc des formes différentes de discrimination.

3.47. Dans le GATT de 1994, les articles III:4 et I^{er} (au paragraphe 1) emploient des termes différents pour définir les obligations respectives qu'ils énoncent. Le libellé de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui définit les obligations en matière de traitement national et de traitement NPF dans la même phrase, est très similaire à celui de l'article III:4 du GATT de 1994.⁶⁶ La description de ces allégations par l'Ukraine dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial est fondée sur le libellé de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et non sur le libellé de l'article I:1 du GATT de 1994.

3.48. Nous notons que l'Organe d'appel a récemment donné une analyse détaillée, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, de la relation entre les obligations énoncées dans ces trois dispositions. Dans ce contexte, il a constaté, entre autres, ce qui suit:

Premièrement, bien que les obligations de traitement de la nation la plus favorisée (NPF) et de traitement national énoncées aux articles I:1 et III:4 soient toutes deux des obligations de non-discrimination fondamentales prévues par le GATT de 1994, leurs points de comparaison, pour déterminer si une mesure établit une discrimination entre des produits similaires, ne sont pas les mêmes. D'une part, l'obligation NPF énoncée à l'article I:1 proscriit, en ce qui concerne les mesures entrant dans son champ d'application, le traitement discriminatoire *entre et parmi* les produits similaires d'origines différentes. D'autre part, l'obligation de traitement national énoncée à l'article III:4 proscriit, en ce qui concerne les mesures entrant dans son champ d'application, le traitement discriminatoire des produits *importés* par rapport aux produits *nationaux* similaires.

...

Enfin, nous observons que, nonobstant les différences textuelles entre les articles I:1 et III:4, chaque disposition vise, fondamentalement, à prohiber les mesures discriminatoires en exigeant, dans le contexte de l'article I:1, l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires en provenance de tous les Membres et, dans le contexte de l'article III:4, l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés et les produits nationaux similaires. C'est pour cette raison que ni l'article I:1 ni l'article III:4 n'exigent une démonstration des effets *réels* sur le commerce d'une mesure spécifique.⁶⁷

3.49. L'analyse de l'Organe d'appel confirme que tant l'obligation de traitement national que l'obligation NPF prévues aux articles III:4 et I:1 du GATT de 1994 peuvent être considérées comme des "obligations de non-discrimination fondamentales" visant à prohiber les mesures discriminatoires en exigeant l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés. Elle confirme également que leurs "points de comparaison" ne sont pas les mêmes car s'agissant du traitement national, la comparaison se fait entre les produits nationaux et les produits similaires importés, alors que les allégations NPF impliquent une comparaison entre certains produits importés et des importations d'autres provenances. Les deux séries d'obligations sont donc distinctes, bien qu'elles ne soient pas sans lien. À l'article 2.1 de l'Accord OTC, les deux obligations coexistent dans une disposition unique.

⁶⁶ Comme l'Organe d'appel l'a expliqué récemment, les critères juridiques applicables au titre des deux dispositions sont toutefois distincts. Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.84 à 5.126.

⁶⁷ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.79 à 5.82.

3.50. Passant à l'examen du fondement juridique qui a fait l'objet des consultations dans le présent différend, nous notons que la demande de consultations de l'Ukraine mentionnait l'article 3:1 de l'Accord sur les ADPIC (qui a trait au traitement national), l'article III:4 du GATT de 1994 (qui a également trait au traitement national) et l'article 2.1 de l'Accord OTC (qui vise à la fois l'obligation de traitement national et l'obligation NPF). Nous notons également que l'Ukraine décrit expressément cet aspect de son allégation comme concernant le "traitement national", et non, plus généralement, la "non-discrimination". La formulation par l'Ukraine de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC dans sa demande de consultations était donc plus étroite que ce que le champ d'application de la disposition pertinente aurait pu autoriser. De ce fait, par ses termes exprès, la demande de consultations de l'Ukraine aurait signalé à l'Australie que les allégations de non-discrimination formulées concernaient spécifiquement le traitement national, à l'exclusion du traitement NPF, l'autre forme de non-discrimination également visée par l'une des dispositions invoquées.

3.51. Nous notons en outre que la description des mesures en cause et de leur fonctionnement dans la demande de consultations de l'Ukraine ne donne aucune indication évidente, à première vue, qui aurait clarifié le fondement factuel des allégations NPF de l'Ukraine et permis de comprendre comment ce point pouvait raisonnablement être considéré comme faisant partie de la question constituant la base des consultations, même en l'absence d'invocation expresse, à ce stade de la procédure, d'obligations spécifiques en relation avec le traitement NPF. L'Ukraine n'a pas non plus signalé des aspects, outre la nature juridique liée des obligations en cause, qui expliqueraient comment, dans les circonstances de l'espèce, ses allégations NPF pouvaient en fait raisonnablement être considérées comme étant "le prolongement" de la question faisant l'objet des consultations.

3.52. En raison de ce contexte, il est difficile, à notre avis, de considérer que l'on peut "raisonnablement dire" que l'élargissement aux aspects NPF des allégations de l'Ukraine au titre du GATT de 1994 et de l'Accord OTC "est le prolongement du fondement juridique qui constituait l'objet des consultations" dans les circonstances de l'espèce. En fait, la limitation expresse de l'allégation initiale de l'Ukraine au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC aux aspects du traitement national, conjuguée à l'absence de référence spécifique à des circonstances factuelles susceptibles de clarifier le type de traitement discriminatoire en cause au titre d'allégations NPF, aurait bien pu amener l'Australie à supposer de bonne foi que des allégations NPF n'étaient spécifiquement pas en cause.⁶⁸ Même si nous admettons que les obligations juridiques en cause ne sont pas sans lien, elles sont aussi clairement distinctes. Nous ne voyons aucune raison de supposer, dans les circonstances de l'espèce, que l'invocation de dispositions relatives au traitement national serait ou pourrait être réputée, *ipso facto*, aboutir à l'invocation d'allégations NPF dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ultérieure.

3.53. À la lumière de ces éléments, nous constatons que les allégations NPF de l'Ukraine au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC ne peuvent pas raisonnablement être considérées comme étant le "prolongement" du fondement juridique qui constituait l'objet des consultations et qu'elles "modifient l'essence de la plainte".

3.54. Nous constatons en conséquence que ces allégations ne nous ont pas été soumises à bon droit et ne relèvent pas de notre mandat dans la présente procédure.

4 INDICATION DU FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PLAINTÉ

4.1. L'Australie fait également valoir que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine n'énonce pas clairement le problème en ce qui concerne les allégations NPF de l'Ukraine au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC, et elle demande au Groupe spécial de décider que ces allégations ne relèvent donc pas de son mandat.

⁶⁸ Nous notons à cet égard la situation analogue examinée par le Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, dans laquelle un instrument juridique spécifique avait été expressément mentionné dans la demande d'établissement d'un groupe spécial en relation avec une série d'allégations mais non avec une autre. Dans ces circonstances, le Groupe spécial a estimé "raisonnable que la Chine infère que l'exclusion ... était délibérée" compte tenu de son inclusion explicite dans une autre partie de la demande. Le Groupe spécial a donc constaté que l'instrument en cause n'était pas visé par les allégations en relation avec lesquelles il n'était pas expressément indiqué. Voir le rapport du Groupe spécial *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 7.60.

4.2. La question que le Groupe spécial doit examiner ici est de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine contient "un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui soit suffisant pour énoncer clairement le problème", conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, en ce qui concerne ses allégations NPF au titre des articles premier du GATT de 1994 et 2.1 de l'Accord OTC.

4.3. Comme nous avons déterminé que ces allégations ne nous étaient pas soumises à bon droit, il ne nous est pas nécessaire d'examiner en outre si la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine "énonce le problème clairement" en relation avec ces allégations. Nous n'examinerons donc pas cette question plus avant.

4.4. Les présentes décisions préliminaires feront partie intégrante du rapport du Groupe spécial, sous réserve d'éventuelles modifications ou d'un éventuel développement du raisonnement, que ce soit dans une décision ultérieure ou dans le rapport du Groupe spécial, compte tenu des observations reçues des parties au cours de la procédure.
