



**RUSSIE – MESURES AFFECTANT L'IMPORTATION DE MATÉRIELS
FERROVIAIRES ET LEURS PARTIES**

AB-2018-7

Rapport de l'Organe d'appel

Table des matières

1 INTRODUCTION	10
2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS	14
3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS.....	14
4 QUESTIONS SOULEVÉES.....	14
5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL	15
5.1 Allégations de la Russie concernant la décision préliminaire du Groupe spécial	15
5.1.1 Constatations du Groupe spécial.....	16
5.1.2 Allégations et arguments présentés en appel.....	18
5.1.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant dans sa décision préliminaire que la Russie n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord.....	21
5.1.3.1 Liens entre les mesures et le fondement juridique de la plainte.....	23
5.1.3.2 Indication de la troisième mesure	25
5.1.4 Conclusion	28
5.2 Allégations de la Russie concernant les constatations du Groupe spécial relatives à la troisième mesure.....	28
5.2.1 Constatations du Groupe spécial.....	28
5.2.2 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant l'existence de la troisième mesure.....	32
5.2.2.1 Arguments présentés en appel.....	32
5.2.2.2 Analyse	33
5.2.2.3 Conclusion	36
5.2.3 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en libérant l'Ukraine de la nécessité d'établir <i>prima facie</i> que la troisième mesure existait en tant que mesure unique	37
5.2.3.1 Arguments présentés en appel.....	37
5.2.3.2 Analyse	38
5.2.3.3 Conclusion	39
5.2.4 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la troisième mesure relevait de son mandat	39
5.2.4.1 Arguments en appel	39
5.2.4.2 Analyse	41
5.2.4.3 Conclusion	42
5.2.5 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations concernant la condition relative à l'enregistrement alléguée	42
5.2.5.1 Arguments présentés en appel.....	42
5.2.5.2 Analyse	43
5.2.5.3 Conclusion	47
5.3 Allégation de l'Ukraine au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.....	47
5.3.1 Constatations du Groupe spécial.....	47
5.3.2 Allégations et arguments présentés en appel.....	50

5.3.3	Interprétation par le Groupe spécial de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC	51
5.3.4	Application par le Groupe spécial de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC	57
5.3.5	Action de compléter l'analyse juridique.....	62
5.3.6	Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord	62
5.3.7	Conclusion	63
5.4	Allégation de l'Ukraine au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.....	63
5.4.1	Constatations du Groupe spécial.....	64
5.4.2	Allégations et arguments présentés en appel.....	67
5.4.3	Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne la quatrième mesure de rechange.....	70
5.4.4	Action de compléter l'analyse juridique.....	79
5.4.5	Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne les autres mesures de rechange	79
5.4.6	Conclusion	81
5.5	Allégation de l'Ukraine concernant l'existence d'un empêchement systématique de l'importation.....	81
5.5.1	Constatations du Groupe spécial.....	82
5.5.2	Allégations et arguments présentés en appel.....	84
5.5.3	Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord	87
5.5.4	Conclusion	95
6	CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS	96
6.1	Décision préliminaire du Groupe spécial.....	96
6.2	Troisième mesure en tant que prescription "générale" en matière de non-reconnaissance	96
6.3	Troisième mesure en tant que mesure unique	96
6.4	Troisième mesure et mandat du Groupe spécial.....	96
6.5	Troisième mesure et condition relative à l'enregistrement local	96
6.6	Article 5.1.1 de l'Accord OTC.....	97
6.7	Article 5.1.2 de l'Accord OTC.....	97
6.8	Empêchement systématique des importations.....	98
6.9	Recommandation.....	98

ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Abréviation	Désignation
Accord d'association	Accord d'association de l'Ukraine avec l'Union européenne
Accord OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
Accord SPS	Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires
AGCS	Accord général sur le commerce des services
ART	Agence fédérale du transport ferroviaire de la Russie
Demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine	Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine, WT/DS499/2
GATT de 1994	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994
HCDH	Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme
IBF	Institution budgétaire fédérale
Mémorandum d'accord	Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends
MOT	Ministère des transports de la Fédération de Russie
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORD	Organe de règlement des différends
PLC	prescriptions liées au commerce
Procédures de travail	Procédures de travail pour l'examen en appel
Rapport du Groupe spécial	Rapport du Groupe spécial <i>Russie – Mesures Affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties</i>
Rapport FIRA	Rapport final d'analyse de risques à l'importation concernant les pommes en provenance de Nouvelle-Zélande de novembre 2006
RCC	renseignements commerciaux confidentiels
Traité de l'UEE	Traité instituant l'Union économique eurasiatique
Union douanière	Union économique eurasiatique établie conformément au Traité instituant l'Union économique eurasiatique du 29 mai 2014 (anciennement l'union douanière entre la République du Bélarus, la République du Kazakhstan et la Fédération de Russie)

PIÈCES PRÉSENTÉES AU GROUPE SPÉCIAL CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT*

Numéro de la pièce	Désignation
RUS-23	Organization Standard CTO PC-FZT 08-2013 "Procedure of organization and implementation of inspection control of certified products"
RUS-62 (RCC)	Documents of the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC [RCC]
RUS-63 (RCC)	Documents of the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC [RCC]
RUS-64 (RCC)	Documents of the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC [RCC]
RUS-65 (RCC)	Documents of the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC [RCC]
RUS-66 (RCC)	Documents of the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC [RCC]
RUS-67 (RCC)	Letter dated 23 May 2016 from [RCC] to the FBO
RUS-68 (RCC)	Letter dated 13 June 2013 from [RCC] to the Deputy Minister of the MOT
RUS-69 (RCC)	Letter dated 3 December 2015 from [RCC] to the FBO
RUS-70 (RCC)	Letter dated 17 February 2013 from [RCC] to the FBO
UKR-3 (Corr.)	Rules of the Certification System for Federal Railway Transport. Procedure for organizing and conducting an inspection control. (CS FRT 12-2003)
UKR-18 (RCC) (Corr.)	Letter [RCC] from PJSC [RCC] to FBO
UKR-48 (RCC)	Letter from the Federal Agency for Railway Transport of the MOT to JSC [RCC] accompanied to Protocol No. A 4-3 of 20 January 2015 of the MOT regarding issuance by the certification authority of the CU of the certificates of conformity for products manufactured by third countries
UKR-49 (RCC)	Letter dated 4 February 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to [RCC] on validity of certificates
UKR-141 (RCC)	Letter dated 10 August 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to JSC [RCC] on validity of certificates
UKR-151 (RCC)	Act of inspection dated 23 January 2014 of certified products produced by PJSC [RCC]
UKR-152 (RCC)	Act of inspection dated 24 January 2014 of certified products produced by PJSC [RCC]

* RCC supprimés, comme indiqué **[RCC]**. Voir aussi au paragraphe 1.13.

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Argentine – Mesures à l'importation</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises</i> , WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R, adoptés le 26 janvier 2015
<i>Argentine – Mesures à l'importation</i>	Rapports du Groupe spécial <i>Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises</i> , WT/DS438/R et Add.1 / WT/DS444/R et Add.1 / WT/DS445/R et Add.1, adoptés le 26 janvier 2015, modifié (WT/DS438/R) et confirmés (WT/DS444/R / WT/DS445/R) par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R
<i>Australie – Pommes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande</i> , WT/DS367/AB/R, adopté le 17 décembre 2010
<i>Australie – Pommes</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande</i> , WT/DS367/R, adopté le 17 décembre 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS367/AB/R
<i>Australie – Saumons</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Australie – Mesures visant les importations de saumons</i> , WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998
<i>Brésil – Noix de coco desséchée</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée</i> , WT/DS22/AB/R, adopté le 20 mars 1997
<i>Brésil – Pneumatiques rechapés</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Brésil – Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés</i> , WT/DS332/AB/R, adopté le 17 décembre 2007
<i>Canada – Exportations de blé et importations de grains</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés</i> , WT/DS276/AB/R, adopté le 27 septembre 2004
<i>Canada – Périodiques</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Certaines mesures concernant les périodiques</i> , WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997
<i>Canada – Produits laitiers (article 21:5 – États-Unis et Nouvelle-Zélande II)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Canada – Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers – Deuxième recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, adopté le 17 janvier 2003
<i>CE – Bananes III</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes</i> , WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997
<i>CE – Certaines questions douanières</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Certaines questions douanières</i> , WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006
<i>CE – Éléments de fixation (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures antidumping définitives visant certains éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine</i> , WT/DS397/AB/R, adopté le 28 juillet 2011
<i>CE – Hormones</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998
<i>CE – Morceaux de poulet</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés</i> , WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, adopté le 27 septembre 2005, et Corr.1
<i>CE – Produits dérivés du phoque</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque</i> , WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014
<i>CE – Sardines</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines</i> , WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs</i> , WT/DS316/AB/R, adopté le 1 ^{er} juin 2011
CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)	Rapport de l'Organe d'appel <i>Communautés européennes et certains États membres – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS316/AB/RW et Add.1, adopté le 28 mai 2018
Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles – Recours de l'Argentine à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS207/AB/RW, adopté le 22 mai 2007
Chine – HP SSST (Japon) / Chine – HP SSST (UE)	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP SSST") en provenance du Japon / Chine – Mesures imposant des droits antidumping sur les tubes, sans soudure, en acier inoxydable haute performance ("HP SSST") en provenance de l'Union européenne</i> , WT/DS454/AB/R et Add.1 / WT/DS460/AB/R et Add.1, adoptés le 28 octobre 2015
Chine – Matières premières	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières</i> , WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012
Chine – Pièces automobiles	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles</i> , WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009
Chine – Publications et produits audiovisuels	Rapport de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures affectant les droits de commercialisation et les services de distribution pour certaines publications et certains produits de divertissement audiovisuels</i> , WT/DS363/AB/R, adopté le 19 janvier 2010
Chine – Terres rares	Rapports de l'Organe d'appel <i>Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène</i> , WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014
Colombie – Textiles	Rapport de l'Organe d'appel <i>Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures</i> , WT/DS461/AB/R et Add.1, adopté le 22 juin 2016
Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée</i> , WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001
Corée – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers</i> , WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000
Corée – Radionucléides	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides</i> , WT/DS495/AB/R et Add.1, adopté le 26 avril 2019
Corée – Valves pneumatiques (Japon)	Rapport de l'Organe d'appel <i>Corée – Droits antidumping visant les valves pneumatiques en provenance du Japon</i> , WT/DS504/AB/R et Add.1, adopté le 30 septembre 2019
États-Unis – Acier au carbone	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne</i> , WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2 ^{ème} plainte)	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)</i> , WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012
États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Article 211 de la Loi générale de 1998 portant ouverture de crédits</i> , WT/DS176/AB/R, adopté le 1 ^{er} février 2002
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde</i> , WT/DS33/AB/R, adopté le 23 mai 1997, et Corr.1
États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle</i> , WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Coton upland</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland</i> , WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005
<i>États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008
<i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Droits antidumping et droits compensateurs définitifs visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS379/AB/R, adopté le 25 mars 2011
<i>États-Unis – EPO</i>	Rapports du Groupe spécial <i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)</i> , WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptés le 23 juillet 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R
<i>États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)</i>	Rapports de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptés le 29 mai 2015
<i>États-Unis – Gluten de froment</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes</i> , WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
<i>États-Unis – Jeux</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris</i> , WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, et Corr.1
<i>États-Unis – Maintien de la réduction à zéro</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro</i> , WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009
<i>États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS437/AB/R, adopté le 16 janvier 2015
<i>États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine</i> , WT/DS449/AB/R et Corr.1, adopté le 22 juillet 2014
<i>États-Unis – Méthodes antidumping (Chine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Certaines méthodes et leur application aux procédures antidumping visant la Chine</i> , WT/DS471/AB/R et Add.1, adopté le 22 mai 2017
<i>États-Unis – Réduction à zéro (CE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de dumping ("réduction à zéro")</i> , WT/DS294/AB/R, adopté le 9 mai 2006, et Corr.1
<i>États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures relatives à la réduction à zéro et aux réexamens à l'extinction – Recours du Japon à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS322/AB/RW, adopté le 31 août 2009
<i>États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon</i> , WT/DS244/AB/R, adopté le 9 janvier 2004
<i>États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Réexamens à l'extinction des mesures antidumping visant les produits tubulaires pour champs pétrolifères en provenance d'Argentine</i> , WT/DS268/AB/R, adopté le 17 décembre 2004
<i>États-Unis – Thon II (Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon</i> , WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012
<i>États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS381/AB/RW et Add.1, adopté le 3 décembre 2015

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>États-Unis – Viande d'agneau</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie</i> , WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adopté le 16 mai 2001
<i>Guatemala – Ciment I</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Guatemala – Enquête antidumping concernant le ciment Portland en provenance du Mexique</i> , WT/DS60/AB/R, adopté le 25 novembre 1998
<i>Indonésie – Poulet</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Indonésie – Mesures concernant l'importation de viande de poulet et de produits à base de poulet</i> , WT/DS484/R et Add.1, adopté le 22 novembre 2017
<i>Indonésie – Produits en fer ou en acier</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Indonésie – Mesure de sauvegarde concernant certains produits en fer ou en acier</i> , WT/DS490/AB/R, WT/DS496/AB/R, et Add.1, adopté le 27 août 2018
<i>Japon – DRAM (Corée)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Droits compensateurs visant les mémoires RAM dynamiques en provenance de Corée</i> , WT/DS336/AB/R et Corr.1, adopté le 17 décembre 2007
<i>Japon – Produits agricoles II</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Japon – Mesures visant les produits agricoles</i> , WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999
<i>République dominicaine – Importation et vente de cigarettes</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur</i> , WT/DS302/AB/R, adopté le 19 mai 2005
<i>Russie – Matériels ferroviaires</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Russie – Mesures affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties</i> , WT/DS499/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 30 juillet 2018
<i>Russie – Porcins (UE)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Fédération de Russie – Mesures visant l'importation de porcins vivants, de viande de porc et d'autres produits du porc en provenance de l'Union européenne</i> , WT/DS475/AB/R et Add.1, adopté le 21 mars 2017
<i>Russie – Traitement tarifaire</i>	Rapport du Groupe spécial <i>Russie – Traitement tarifaire de certains produits agricoles et manufacturés</i> , WT/DS485/R, Add.1, Corr.1, et Corr.2, adopté le 26 septembre 2016
<i>Russie – Véhicules utilitaires</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Russie – Droits antidumping sur les véhicules utilitaires légers en provenance d'Allemagne et d'Italie</i> , WT/DS479/AB/R et Add.1, adopté le 9 avril 2018
<i>Thaïlande – Poutres en H</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Thaïlande – Droits antidumping sur les profilés en fer ou en aciers non alliés et les poutres en H en provenance de Pologne</i> , WT/DS122/AB/R, adopté le 5 avril 2001
<i>UE – Biodiesel (Argentine)</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>Union européenne – Mesures antidumping visant le biodiesel en provenance d'Argentine</i> , WT/DS473/AB/R et Add.1, adopté le 26 octobre 2016

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

**Russie – Mesures affectant l'importation
de matériels ferroviaires et leurs parties**

AB-2018-7

Section de l'Organe d'appel

Ukraine, *appellant/intimé*
Fédération de Russie, *autre appellant/intimé*

Graham, Président de la Section
Servansing, Membre
Zhao, Membre

Canada, *participant tiers*
Chine, *participant tiers*
États-Unis, *participant tiers*
Inde, *participant tiers*
Indonésie, *participant tiers*
Japon, *participant tiers*
Singapour, *participant tiers*
Union européenne, *participant tiers*

1 INTRODUCTION

1.1. L'Ukraine et la Fédération de Russie (Russie) font chacune appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Russie – Mesures affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties*¹ (rapport du Groupe spécial).

1.2. Devant le Groupe spécial, l'Ukraine a contesté certaines mesures prises, selon les allégations, par la Russie s'agissant des procédures d'évaluation de la conformité des produits ferroviaires qui se rapportaient aux fournisseurs ukrainiens. Spécifiquement, la contestation de l'Ukraine portait sur les trois catégories de mesures suivantes:

- a. le fait d'empêcher systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie en suspendant des certificats valides délivrés pour des produits ferroviaires, en refusant de délivrer de nouveaux certificats pour des produits ferroviaires et en ne reconnaissant pas les certificats délivrés par les autorités compétentes des pays membres de l'Union économique eurasiatique établie conformément au Traité instituant l'Union économique eurasiatique du 29 mai 2014 (anciennement l'union douanière entre la République du Bélarus, la République du Kazakhstan et la Fédération de Russie) (l'Union douanière) autres que la Russie, ce qui, d'après l'Ukraine, était attesté par les instructions et les décisions énumérées dans les annexes I, II et III de sa demande d'établissement d'un groupe spécial² (empêchement systématique de l'importation);
- b. les suspensions de certificats et les rejets de demandes de nouveaux certificats à l'égard des producteurs ukrainiens de produits ferroviaires, qui sont énumérés dans les annexes I et II de la demande d'établissement d'un groupe spécial (suspensions et rejets); et
- c. la non-reconnaissance par la Russie des certificats délivrés en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière à des fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires dans les autres pays de l'Union douanière, constatée dans les documents énumérés dans l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial (non-reconnaissance des certificats).³

1.3. Dans son rapport, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) le 30 juillet 2018, le Groupe spécial a fait les constatations suivantes qui sont pertinentes pour le présent appel:

¹ WT/DS499/R, 30 juillet 2018.

² Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Ukraine, WT/DS499/2 (demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine).

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.225.

-
- a. en ce qui concerne la demande de décision préliminaire du Groupe spécial qu'elle avait présentée, la Russie n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (Mémoire d'accord)⁴;
 - b. en ce qui concerne les instructions suspendant des certificats:
 - i. l'Ukraine n'avait pas établi, pour aucune des 14 instructions en cause, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC)⁵; et
 - ii. l'Ukraine n'avait pas établi, pour aucune des 14 instructions en cause, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2, première et deuxième phrases, de l'Accord OTC⁶;
 - c. en ce qui concerne les décisions rejetant des demandes de certificats:
 - i. l'Ukraine n'avait pas établi, s'agissant des deux décisions au moyen desquelles l'Institution budgétaire fédérale (IBF) – Registre de certification concernant le transport ferroviaire fédéral avait "renvoyé sans les examiner" des demandes de certificats présentées par des producteurs ukrainiens au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, et s'agissant de la décision au moyen de laquelle l'IBF avait "annulé" des demandes de certificats présentées par un producteur ukrainien au titre du Règlement technique n° 003/2011 de l'Union douanière, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC⁷; et
 - ii. l'Ukraine n'avait pas établi, s'agissant des deux décisions au moyen desquelles l'IBF avait "renvoyé sans les examiner" des demandes de certificats présentées par un producteur ukrainien au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière (décision 1 dans la mesure où elle concerne un des produits visés par la demande D3 et la demande D4, et décision 2), et s'agissant de la décision au moyen de laquelle l'IBF avait "annulé" des demandes de certificats présentées par un producteur ukrainien au titre du Règlement technique n° 003/2011 de l'Union douanière, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2, première et deuxième phrases, de l'Accord OTC⁸;
 - d. en ce qui concerne la non-reconnaissance des certificats délivrés dans les pays de l'Union douanière autres que la Russie:
 - i. la prescription en matière de non-reconnaissance était soumise à bon droit au Groupe spécial⁹;
 - ii. l'Ukraine avait établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article I:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (GATT de 1994)¹⁰; et
 - iii. l'Ukraine avait établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994¹¹; et
 - e. en ce qui concerne l'empêchement systématique de l'importation, l'Ukraine n'avait pas établi le bien-fondé de ses allégations d'incompatibilité avec les articles I:1, XI:1 et XIII:1

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.43, 7.104 et 8.1.a.i.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.394 et 8.1.b.i.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.544 et 8.1.b.ii.

⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.638 et 8.1.c.i.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.728, 7.764 et 8.1.c.iii.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.823, 7.829 et 8.1.d.i.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.907 et 8.1.d.iv.

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.928 et 8.1.d.v.

du GATT de 1994, parce qu'elle n'avait pas démontré l'existence de l'empêchement systématique de l'importation.¹²

1.4. En outre, le Groupe spécial a formulé un certain nombre de constatations qui n'ont pas fait l'objet d'un appel. En particulier: i) en ce qui concerne 13 des 14 instructions suspendant des certificats, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine avait établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.2.2, troisième obligation, de l'Accord OTC¹³; ii) en ce qui concerne 1 des 3 décisions rejetant des demandes de certificats (décision 1 dans la mesure où elle concerne les demandes D1 et D2 et 1 des produits visés par la demande D3), le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine avait établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.1.2, première et deuxième phrases, de l'Accord OTC¹⁴; iii) en ce qui concerne les 3 décisions rejetant des demandes de certificats en cause, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.2.2, deuxième obligation, de l'Accord OTC¹⁵; iv) en ce qui concerne 2 des 3 décisions rejetant des demandes de certificats en cause, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine avait établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.2.2, troisième obligation, de l'Accord OTC¹⁶; v) le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que la prescription en matière de non-reconnaissance entrerait dans le champ d'application de l'article 2.1 de l'Accord OTC¹⁷; et vi) en ce qui concerne la non-reconnaissance des certificats délivrés dans les pays de l'Union douanière autres que la Russie, le Groupe spécial n'a pas formulé de constatations concernant les allégations de l'Ukraine au titre de l'article 5.1.1 et 5.1.2 de l'Accord OTC et de l'article X:3 a) du GATT de 1994.¹⁸

1.5. En résumé, le Groupe spécial a constaté que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 et 5.2.2 de l'Accord OTC et des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994, et qu'elle avait en conséquence annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Ukraine de ces dispositions. Conformément à l'article 19:1 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial a donc recommandé que l'Organe de règlement des différends (ORD) demande à la Russie de rendre ses mesures en cause conformes à ses obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.¹⁹

1.6. Le 27 août 2018, l'Ukraine a notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'appel²⁰ et une communication d'appelant conformément aux règles 20 et 21, respectivement, des Procédures de travail pour l'examen en appel²¹ (Procédures de travail). Le 3 septembre 2018, la Russie a notifié à l'ORD, conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémoire d'accord, son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, et a déposé une déclaration d'un autre appel²² et une communication d'autre appelant, conformément à la règle 23 des Procédures de travail. Le 14 septembre 2018, l'Ukraine et la Russie ont chacune déposé une communication d'intimé.²³ Le 17 septembre 2018, le Canada, le Japon et l'Union européenne (UE), ont chacun déposé une communication de participant tiers.²⁴ La Chine, les États-Unis et

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.995 et 8.1.e.i.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.591 et 8.1.b.iii. S'agissant de la seule instruction suspendant des certificats restante, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.2.2 de l'Accord OTC. (*Ibid.*, paragraphes 7.591 et 8.1.b.iv)

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.727 et 8.1.c.ii.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.806 et 8.1.c.iv.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.785 et 8.1.c.v. S'agissant de la seule décision rejetant des demandes de certificats restante en cause, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.2.2, troisième obligation, de l'Accord OTC. (*Ibid.*, paragraphes 7.785 et 8.1.c.vi)

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.885 et 8.1.d.ii.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.826, 7.940, 8.1.d.iii et 8.1.d.vi.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.2.

²⁰ WT/DS499/6.

²¹ WT/AB/WP/6, 16 août 2010.

²² WT/DS499/7.

²³ Conformément aux règles 22 et 23 4) des Procédures de travail.

²⁴ Conformément à la règle 24 1) des Procédures de travail.

Singapour ont chacun notifié leur intention de comparaître à l'audience en tant que participant tiers.²⁵

1.7. Le 28 septembre 2018, les participants et participants tiers ont été informés que, conformément à la règle 15 des Procédures de travail, le Président de l'Organe d'appel avait notifié à la Présidente de l'ORD la décision de l'Organe d'appel d'autoriser M. Shree Baboo Chekitan Servansing, membre de l'Organe d'appel, à achever l'examen du présent appel, auquel il avait été affecté avant la fin de son mandat. Le 9 décembre 2019, les participants et participants tiers ont été informés que, conformément à la règle 15 des Procédures de travail, la Présidente de l'Organe d'appel avait informé le Président de l'ORD que M. Thomas R. Graham achèverait l'examen du présent appel, auquel il avait été affecté avant la fin de son mandat et dans lequel l'audience avait eu lieu avant cette date.²⁶

1.8. Le 24 octobre 2018, le Président de l'Organe d'appel a notifié à la Présidente de l'ORD que l'Organe d'appel ne serait pas en mesure de distribuer son rapport concernant le présent appel dans le délai de 60 jours prévu à l'article 17:5 du Mémoire d'accord, ni dans le délai de 90 jours prévu dans la même disposition.²⁷ Pour les raisons exposées dans la lettre, les travaux concernant le présent appel n'ont pu s'intensifier qu'en juin 2019. Le 9 décembre 2019, la Présidente de l'Organe d'appel a informé le Président de l'ORD que le rapport concernant la présente procédure serait distribué au plus tard le 4 février 2020.²⁸

1.9. Le 13 septembre 2019, l'Organe d'appel a reçu de l'Ukraine une communication dans laquelle elle demandait que la Section prolonge les durées maximales fixées pour les déclarations liminaires à l'audience. Le même jour, la Section connaissant de l'appel a invité la Russie et les participants tiers à présenter d'éventuelles observations sur la demande de l'Ukraine pour le 16 septembre 2019. La Russie a donné son approbation et a demandé que les mêmes conditions soient ménagées à la Russie et à l'Ukraine dans le cas où la Section déciderait d'accéder à la demande de l'Ukraine. Aucune observation n'a été reçue des participants tiers. Après avoir examiné la demande de l'Ukraine et les observations de la Russie, la Section a informé les participants et les participants tiers, par une lettre du 16 septembre, des durées maximales prolongées pour les déclarations liminaires des participants.

1.10. L'audience dans le présent appel a eu lieu les 17 et 18 septembre 2019. Les participants et plusieurs participants tiers ont fait des déclarations orales et ont répondu aux questions posées par les membres de la Section de l'Organe d'appel connaissant de l'appel.

1.11. À l'audience, les participants ont conjointement demandé à la Section connaissant de l'appel de continuer en appel aussi à traiter comme confidentiels les renseignements que le Groupe spécial avait désignés comme étant des renseignements commerciaux confidentiels (RCC) conformément à ses procédures de travail additionnelles pour la protection des RCC. En particulier, l'Ukraine a mentionné la protection de l'identité de producteurs particuliers, de renseignements concernant les certificats et des numéros spécifiques des décisions en cause.²⁹ Aucun participant tiers n'a formulé d'objection concernant cette demande.

1.12. Nous rappelons que toutes procédures additionnelles adoptées par l'Organe d'appel pour protéger des renseignements sensibles doivent être conformes à la prescription de la règle 16 1) des Procédures de travail voulant que ces procédures ne soient pas incompatibles avec le Mémoire d'accord, les autres accords visés ou les Procédures de travail elles-mêmes.³⁰ En outre, en adoptant ces procédures, l'Organe d'appel doit faire en sorte qu'un équilibre approprié soit trouvé entre la nécessité de préserver d'un risque de préjudice qui pourrait résulter de la divulgation de renseignements particulièrement sensibles, d'une part, et l'intégrité de la procédure

²⁵ Conformément à la règle 24 2) des Procédures de travail.

²⁶ WT/DSB/79.

²⁷ Le Président de l'Organe d'appel a mentionné la taille du dossier du Groupe spécial et la complexité des questions faisant l'objet de l'appel et a en outre noté que, compte tenu de l'accumulation d'appels en cours et du chevauchement dans la composition de l'ensemble des sections résultant en partie du nombre réduit des membres de l'Organe d'appel, la Section ne pourrait pas se concentrer sur l'examen du présent appel ni compter avec le personnel nécessaire pendant quelque temps. (WT/DS499/8)

²⁸ WT/DS499/9.

²⁹ Ukraine, réponse aux questions posées à l'audience (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.222).

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États-Unis)*, annexe D-1, Décision procédurale du 25 octobre 2016, paragraphe 10.

juridictionnelle, les droits de participation des participants tiers, et les droits et les intérêts systémiques de l'ensemble des Membres de l'OMC, d'autre part.³¹ Cela signifie, entre autres considérations, que l'Organe d'appel devrait garder à l'esprit le besoin de transparence et "les droits des tierces parties et des autres Membres de l'OMC au titre des diverses dispositions du Mémoire d'accord" et faire en sorte que la version publique de son rapport qui est distribuée à tous les Membres de l'OMC soit compréhensible.³²

1.13. Dans les circonstances du présent appel, nous estimons que traiter les renseignements pertinents comme confidentiels n'affecte pas indûment notre capacité de rendre une décision concernant le présent différend ni les droits de participation des participants tiers ou les droits et intérêts de l'ensemble des Membres de l'OMC. Nous notons à cet égard l'absence d'observations des participants tiers concernant la demande conjointe des participants, ainsi que les renseignements relativement limités désignés comme RCC. Eu égard à ce qui précède, nous accédons à la demande conjointe des participants visant à ce que nous traitions les renseignements désignés comme RCC par le Groupe spécial comme confidentiels en appel conformément à la règle 16 1) des Procédures de travail. En conséquence, le présent rapport de l'Organe d'appel ne contient pas de renseignement désigné comme RCC par le Groupe spécial.

2 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS

2.1. Les allégations et arguments des participants sont exposés dans les résumés analytiques de leurs communications écrites qu'ils ont fournis à l'Organe d'appel.³³ Les déclarations d'appel et d'un autre appel, ainsi que les résumés analytiques des allégations et arguments des participants, figurent dans les annexes A et B de l'addendum au présent rapport, WT/DS499/AB/R/Add.1.

3 ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS

3.1. Les arguments des participants tiers qui ont déposé une communication écrite (Canada, Japon et Union européenne) sont exposés dans les résumés analytiques de leurs communications écrites qu'ils ont fournis à l'Organe d'appel³⁴, et figurent dans l'annexe C de l'addendum au présent rapport, WT/DS499/AB/R/Add.1.

4 QUESTIONS SOULEVÉES

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

- a. s'agissant de la décision préliminaire du Groupe spécial (question soulevée par la Russie):
 - i. si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la Russie n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord;
- b. s'agissant des constatations du Groupe spécial concernant la non-reconnaissance des certificats délivrés dans les pays de l'Union douanière autres que la Russie, que le Groupe spécial a appelée la "troisième mesure" (question soulevée par la Russie):
 - i. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant l'existence de la troisième mesure en tant que prescription générale en matière de non-reconnaissance découlant du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière;

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 5.3 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, annexe III, Décision procédurale du 10 août 2010, paragraphe 15).

³² Rapport de l'Organe d'appel *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 279.

³³ Conformément à la communication de l'Organe d'appel concernant les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" (WT/AB/23, 11 mars 2015).

³⁴ Conformément à la communication de l'Organe d'appel concernant les "Résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" et les "Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites dans les procédures d'appel" (WT/AB/23, 11 mars 2015).

- ii. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que la troisième mesure était susceptible d'être contestée au titre du Mémorandum d'accord en tant que mesure unique;
- iii. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les articles 6:2, 7:1 et 11 du Mémorandum d'accord en constatant que la troisième mesure relevait de son mandat; et
- iv. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en formulant des constatations concernant un aspect relatif à la troisième mesure dont il avait auparavant constaté qu'il ne relevait pas de son mandat;
- c. si le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application, et a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, dans le cadre de son analyse concernant l'existence d'une "situation comparable" au regard de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC et en constatant que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 (question soulevée par l'Ukraine);
- d. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas établi que les solutions de rechange moins restrictives pour le commerce proposées étaient raisonnablement disponibles et que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC (question soulevée par l'Ukraine); et
- e. si le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord dans son évaluation de l'existence d'un empêchement systématique de l'importation en ce qui concerne les allégations de l'Ukraine au titre des articles I:1, XI:1 et XIII:1 du GATT de 1994 (question soulevée par l'Ukraine).

5 ANALYSE DE L'ORGANE D'APPEL

5.1 Allégations de la Russie concernant la décision préliminaire du Groupe spécial

5.1. La Russie nous demande d'infirmer la conclusion faite par le Groupe spécial dans sa décision préliminaire, selon laquelle elle n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.³⁵ La Russie allègue que, en parvenant à cette conclusion, le Groupe spécial a fait erreur à deux égards: premièrement, en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine établissait de manière appropriée un lien entre les mesures en cause et le fondement juridique de sa plainte³⁶; et, deuxièmement, en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait de manière appropriée la troisième mesure en cause.³⁷

5.2. Pour sa part, l'Ukraine nous demande de confirmer les conclusions faites par le Groupe spécial dans sa décision préliminaire.³⁸ Selon elle, premièrement, la demande d'établissement d'un groupe spécial établit un lien entre les mesures en cause et le fondement juridique de la plainte d'une manière suffisante pour énoncer clairement le problème³⁹ et, deuxièmement, elle indiquait avec suffisamment de clarté la troisième mesure en cause dans le présent différend.⁴⁰

³⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 162 d) (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.a.i). De plus, la Russie demande que, par voie de conséquence, nous infirmions aussi les conclusions du Groupe spécial concernant les mesures qui n'avaient pas été indiquées de manière appropriée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.1.d.iv et 8.1.d.v)

³⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 3 à 11 (faisant référence, entre autres, à la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.43).

³⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 12 à 43 (faisant référence, entre autres, à la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.104).

³⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 16, 37, 39, 69, 70 et 188.

³⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 16 et 19.

⁴⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 45 à 47.

5.1.1 Constatations du Groupe spécial

5.3. La Russie a demandé une décision préliminaire au Groupe spécial, alléguant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine ne contenait pas le fondement juridique de la plainte de celle-ci, et que la demande d'établissement d'un groupe spécial n'était donc pas suffisante pour énoncer clairement le problème, comme l'exigeait l'article 6:2 du Mémoire d'accord. La Russie a allégué, entre autres choses, que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine n'indiquait pas de lien entre, d'une part, les mesures contestées par l'Ukraine et, d'autre part, les obligations dans le cadre de l'OMC qui, d'après les allégations, avaient été violées, et qu'elle n'indiquait pas de manière appropriée la troisième mesure en cause.⁴¹ L'Ukraine a demandé au Groupe spécial de rejeter la demande de la Russie. D'après l'Ukraine, sa demande d'établissement d'un groupe spécial établissait explicitement un lien entre les mesures en cause et les obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC et indiquait clairement la troisième mesure comme l'exigeait l'article 6:2.⁴²

5.4. Le Groupe spécial a remis aux parties ses conclusions concernant la demande de la Russie le 17 juillet 2017.⁴³ Il a conclu que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine n'était pas incompatible avec l'article 6:2 et il a, par conséquent, rejeté les allégations de la Russie à cet égard. Il a indiqué qu'il présenterait un exposé détaillé des raisons étayant ses conclusions à une date ultérieure, et au plus tard dans le rapport intérimaire. Le rapport du Groupe spécial contient l'exposé détaillé de ses raisons concernant ses conclusions sur la demande de la Russie, et les conclusions distribuées aux parties (ainsi qu'aux tierces parties pour information) le 17 juillet 2017 font également partie intégrante du rapport du Groupe spécial.⁴⁴

5.5. Premièrement, s'agissant de l'allégation de la Russie selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine n'indiquait pas de lien entre les mesures contestées par l'Ukraine, d'une part, et les obligations dans le cadre de l'OMC qui, d'après les allégations, avaient été violées, d'autre part, le Groupe spécial a noté qu'elle concernait toutes les mesures et toutes les allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.⁴⁵ Il a rappelé que l'Organe d'appel avait estimé que l'article 6:2 du Mémoire d'accord exigeait une clarté suffisante en ce qui concerne le fondement juridique de la plainte, parce qu'une partie défenderesse avait le droit de savoir à quelle argumentation elle devait répondre et quelles violations avaient été alléguées afin qu'elle puisse commencer à préparer sa défense.⁴⁶ Le Groupe spécial a également fait référence à la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle, "afin d'annoncer clairement le problème", au sens de l'article 6:2, une demande d'établissement d'un groupe spécial [devait] "établir explicitement un lien" entre la ou les mesures contestées et la ou les dispositions dont il [était] allégué qu'elles [avaient] été enfreintes afin qu'un défendeur puisse "savoir à quelle argumentation [il devait] répondre et ... commencer à préparer sa défense".⁴⁷

5.6. Le Groupe spécial a ensuite examiné dans le détail la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine. Il a noté que la demande d'établissement d'un groupe spécial était divisée en quatre sections. La section I donne un aperçu du contexte du différend. La section II décrit les

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2, 7.11, 7.12 et 7.87. Dans sa demande de décision préliminaire, la Russie a soulevé quatre questions additionnelles concernant la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine et l'obligation, au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, d'"énoncer clairement le problème". L'appel de la Russie concernant la décision préliminaire du Groupe spécial ne s'étend pas aux constatations du Groupe spécial concernant ces allégations d'erreur additionnelles.

⁴² Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 28 et 47.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.6. Le même jour, les conclusions du Groupe spécial ont aussi été distribuées aux tierces parties pour information.

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.6 et 7.7.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.11.

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.22 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 88; faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 168).

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.22 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.39, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 4.8, qui cite le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 162).

mesures en cause. La section III décrit le cadre juridique pertinent de la Russie. La section IV contient le fondement juridique de la plainte.⁴⁸

5.7. S'agissant de la section II de la demande, le Groupe spécial a observé qu'elle contenait trois paragraphes descriptifs sur les mesures en cause, suivis de la liste numérotée des mesures, laquelle comportait des renvois aux annexes I, II et III de la demande d'établissement d'un groupe spécial. Il a aussi noté que cette section se terminait par un paragraphe de conclusion décrivant les effets des mesures contestées sur le commerce.⁴⁹ Le Groupe spécial a ensuite exposé brièvement la façon dont il comprenait chacune des mesures contestées.⁵⁰

5.8. S'agissant de la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, le Groupe spécial a noté qu'elle commençait par un paragraphe d'introduction qui indiquait que: "les mesures décrites dans la section II ... [étaient] incompatibles avec les obligations de la ... Russie au titre des dispositions suivantes du GATT de 1994 et de l'Accord OTC" et que ce paragraphe était suivi d'une liste de 10 dispositions – 5 de l'Accord OTC et 5 du GATT de 1994 –, chacune d'elles étant accompagnée d'une brève description de la manière dont elle était, d'après les allégations, enfreinte.⁵¹

5.9. Le Groupe spécial a ensuite examiné chaque point de la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, en gardant à l'esprit la description des 3 mesures en cause figurant dans la section II de la demande d'établissement, afin de déterminer si celle-ci établissait de manière appropriée un lien entre les mesures contestées et les 10 dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes.⁵² Le rapport du Groupe spécial contient un tableau indiquant les liens entre les allégations formulées par l'Ukraine et les mesures en cause.⁵³

5.10. Deuxièmement, s'agissant de l'allégation de la Russie selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine n'était pas conforme à l'article 6:2 du Mémoire d'accord parce qu'elle ne contenait pas une indication appropriée de la troisième mesure en cause⁵⁴, le Groupe spécial a commencé par noter que le texte de l'article 6:2 indiquait clairement qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial devait, entre autres choses, indiquer la mesure ou les mesures spécifiques en cause, et que les mesures qui n'étaient pas indiquées de manière appropriée ne relevaient pas du mandat d'un groupe spécial et ne pouvaient pas faire l'objet des constatations ou recommandations d'un groupe spécial.⁵⁵

5.11. Le Groupe spécial a rappelé que, en ce qui concerne la prescription imposant d'indiquer les mesures spécifiques en cause, l'Organe d'appel avait dit que "les mesures en cause [devaient] être indiquées avec suffisamment de précision pour que ce qui [était] soumis au processus juridictionnel d'un groupe spécial puisse être déterminé d'après la demande d'établissement d'un groupe spécial"⁵⁶, et qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial satisferait à cette prescription lorsqu'elle indiquerait la ou les mesures en cause "avec le niveau de détail suffisant pour dévoiler la nature de la mesure et l'essentiel de ce qui [était] en cause".⁵⁷ De plus, le Groupe spécial a noté qu'"il [pouvait] y avoir des circonstances dans lesquelles une partie décri[vait] une mesure d'une manière plus générique, qui perm[ettait] toutefois de déterminer cette mesure"⁵⁸ et qu'"[u]ne évaluation de la question de savoir si une partie plaignante [avait] indiqué les mesures spécifiques

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.24 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial).

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.25 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, pages 2 et 3).

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.27 à 7.29.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.30 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, page 3).

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.31 à 7.38.

⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.39, tableau 1.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.2 et 7.87.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 90 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 120; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 790).

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 168).

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.91 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 169).

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)*, paragraphe 116).

en cause [pouvait] dépendre du contexte particulier dans lequel ces mesures exist[aient] et fonctionn[aient]."⁵⁹ D'après le Groupe spécial, cela donnait à penser qu'il n'existait pas une manière unique selon laquelle une mesure contestée devait être indiquée.⁶⁰

5.12. En ce qui concerne plus spécifiquement la question de savoir si la troisième mesure avait été indiquée de manière appropriée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, le Groupe spécial a noté que cette mesure était traitée dans le troisième paragraphe descriptif, les trois points numérotés et l'annexe III et que ces diverses références devaient être lues conjointement.⁶¹ En définitive, le Groupe spécial a conclu que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait la mesure contestée d'une manière qui satisfaisait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord et a donc rejeté la demande de la Russie visant à obtenir une constatation différente.⁶²

5.1.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.13. En appel, la Russie affirme que le Groupe spécial a fait erreur à deux égards: premièrement, en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine établissait de manière appropriée un lien entre les mesures en cause et le fondement juridique de sa plainte⁶³; et deuxièmement, en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait de manière appropriée la troisième mesure en cause.⁶⁴

5.14. S'agissant du premier point, la Russie dit que le Groupe spécial a fait une lecture erronée des rapports de l'Organe d'appel sur l'affaire *Chine – Matières premières*. En particulier, elle conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle "la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine contient la liste des dix dispositions de l'OMC dont il est allégué qu'elles ont été enfreintes, accompagnées d'une explication de la raison pour laquelle l'Ukraine juge chaque disposition incompatible avec les mesures en cause."⁶⁵ La Russie allègue que la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial en cause n'établit pas de manière appropriée un lien entre les obligations spécifiques dans le cadre de l'OMC et les mesures qui y correspondent.

5.15. De plus, la Russie appelle l'attention sur les déclarations du Groupe spécial selon lesquelles certains éléments de la section III de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine "*pourraient* avoir rapport" à une mesure correspondante figurant à la section II de la demande d'établissement d'un groupe spécial ou "*pourraient* concerner" cette mesure.⁶⁶ Selon la Russie, l'emploi de "verbes auxiliaires faibles" par le Groupe spécial révèle que, en fait, les liens entre les mesures et les obligations juridiques n'étaient pas aussi clairs que le Groupe spécial l'avait constaté.⁶⁷ Si l'Ukraine avait établi explicitement un lien entre les mesures contestées et les dispositions des accords visés dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes, le Groupe spécial n'aurait pas eu besoin de recourir à un libellé "laissant indûment place à des hésitations et spéculations".⁶⁸

5.16. La Russie allègue également que le Groupe spécial a mal compris son argument concernant le fait que l'Ukraine avait finalement abandonné certaines allégations. Elle ne cherchait pas à restreindre le droit de l'Ukraine de décider quelles allégations maintenir au cours du différend. Cependant, combinée à un manque de clarté concernant le lien entre les mesures en cause et les obligations juridiques concernées, la décision de l'Ukraine de ne pas maintenir certaines allégations a fait que la Russie n'a vu clairement ce sur quoi le différend portait en réalité qu'au moment de la

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 641).

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92.

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93.

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.104.

⁶³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 3 à 11 (faisant référence, entre autres, à la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.43).

⁶⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 12 à 43 (faisant référence, entre autres, à la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 7.104).

⁶⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 8 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.42).

⁶⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 9 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.32). (italique dans l'original)

⁶⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 9.

⁶⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 9.

présentation de la première communication écrite au Groupe spécial. Même si la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine "décri[va]it] sans doute les contours possibles du différend, la question soulevée et visée par l'Ukraine n'était pas claire [parce que] le champ final différait largement de ce que la demande d'établissement d'un groupe spécial laissait entendre".⁶⁹

5.17. S'agissant du deuxième point, c'est-à-dire la question de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial indiquait de manière appropriée la troisième mesure en cause, la Russie allègue en appel que le Groupe spécial n'a pas examiné la description de la troisième mesure figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine telle qu'elle était libellée et en a fait à la place une "interprétation contextuelle".⁷⁰ Elle affirme que le Groupe spécial n'a pas examiné, dans son analyse, la signification du troisième point numéroté dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, lu tel qu'il était libellé, et comparé aux deux autres points numérotés de la section II de ladite demande.⁷¹ Elle note que le texte des deux premiers points numérotés de la demande d'établissement d'un groupe spécial fait référence à "certaines actions alléguées" de la Russie, alors que le troisième point numéroté de la demande d'établissement énumère certains documents, et elle estime que, par conséquent, la troisième mesure en cause couvre des documents spécifiques, et non certaines actions alléguées.⁷²

5.18. La Russie ne souscrit pas non plus à la déclaration du Groupe spécial affirmant qu'il n'existe pas une manière unique selon laquelle une mesure contestée doit être invariablement indiquée. En fait, le Groupe spécial aurait dû s'appuyer sur le sens courant du texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine et constater que la troisième mesure était le Règlement technique n° 001/2011 en tant que tel, lu conjointement avec le Protocole du Ministère des transports de la Fédération de Russie (MOT) et les instructions mentionnées à l'annexe III.⁷³

5.19. La Russie affirme que, afin de confirmer le sens des termes utilisés dans une demande d'établissement d'un groupe spécial, et dans le cadre de l'évaluation du point de savoir s'il a été porté atteinte à la capacité du défendeur de se défendre, il est possible de consulter les communications et déclarations présentées au cours de la procédure du groupe spécial, en particulier la première communication écrite de la partie plaignante.⁷⁴ Elle note que l'Ukraine a décrit la troisième mesure de trois manières différentes dans sa première communication écrite au Groupe spécial et fait valoir que le manque de cohérence dans la manière dont l'Ukraine a désigné cette mesure démontre que sa première communication écrite ne confirme pas les termes utilisés dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et que cette demande n'est pas suffisamment spécifique pour indiquer la mesure précise en cause.⁷⁵ De plus, la Russie allègue que le Groupe spécial n'a pas dûment pris en considération le fait que le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière indiqué par l'Ukraine en tant qu'élément de la troisième mesure était un instrument juridique complexe. Faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, elle soutient que chaque fois qu'un document complexe et long est contesté, une demande d'établissement d'un groupe spécial doit dûment contenir une référence à des parties, sections ou questions particulières et que l'Ukraine était donc tenue d'être plus spécifique en indiquant ce qu'elle souhaitait contester devant le Groupe spécial.⁷⁶

5.20. L'Ukraine, pour sa part, nous demande de confirmer les constatations du Groupe spécial contestées par la Russie.⁷⁷ Premièrement, elle estime que, contrairement à ce que la Russie fait valoir, sa demande d'établissement d'un groupe spécial établit un lien entre les mesures en cause et le fondement juridique de la plainte de manière suffisante pour énoncer clairement le problème.⁷⁸ En particulier, la section II de la demande d'établissement d'un groupe spécial décrit les "actes ou

⁶⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 6. (italique dans l'original)

⁷⁰ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 14.

⁷¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 15.

⁷² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 18 et 19.

⁷³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 21 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92).

⁷⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 23 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 127; et *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 95).

⁷⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 27.

⁷⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 33 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.1449).

⁷⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 16, 37, 39, 69, 70 et 188.

⁷⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 16 et 19.

omissions" attribuables à la Russie, et indique "les sources et les éléments de preuve" s'y rapportant, tandis que la section IV explique quels actes ou omissions ... violent quelles dispositions [de l'OMC] et sur quelle base".⁷⁹ D'après l'Ukraine, l'allégation de la Russie selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial n'établit pas explicitement un lien entre les mesures contestées et les dispositions pertinentes est fondée sur une lecture incorrecte de la section IV indépendamment du reste de la demande d'établissement d'un groupe spécial.⁸⁰ Si la Russie avait lu la demande d'établissement d'un groupe spécial dans son ensemble, elle aurait aisément compris comment les allégations formulées se rapportaient aux obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC.⁸¹

5.21. En réponse à la contestation par la Russie de l'emploi par le Groupe spécial de "verbes auxiliaires faibles", l'Ukraine dit que le "choix des termes" ou l'emploi de "verbes auxiliaires" fait par le Groupe spécial est dénué de pertinence pour une détermination de la question de savoir si le Groupe spécial a commis ou non une erreur de droit dans l'interprétation et l'application de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.⁸² L'Ukraine ne souscrit pas non plus à l'avis de la Russie selon lequel la portée des allégations telles qu'elles ont été formulées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial a changé tout au long de la procédure, et en particulier dans la première communication écrite de l'Ukraine.⁸³ Selon elle, le fait qu'un plaignant abandonne certaines allégations au cours de la procédure de groupe spécial est sans importance pour la question de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial de ce plaignant indique de manière appropriée les mesures contestées et établit clairement un lien entre celles-ci et les obligations pertinentes dans le cadre de l'OMC.⁸⁴

5.22. Deuxièmement, l'Ukraine ne souscrit pas à l'allégation de la Russie selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial n'indique pas clairement la troisième mesure en cause dans le présent différend. La section II de la demande d'établissement d'un groupe spécial, intitulée "Mesures en cause", énumère non seulement les trois mesures, mais fournit aussi une explication pour chacune d'elles.⁸⁵ En particulier, le "texte même" du troisième alinéa indique clairement que la troisième mesure est constituée par "la décision" des autorités russes de ne pas reconnaître la validité des certificats de conformité délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière, ainsi que "l'explication et les renseignements relatifs aux décisions prises à cet égard".⁸⁶ Même s'il n'est pas possible de "remédier" aux lacunes d'une demande d'établissement d'un groupe spécial dans les communications et déclarations ultérieures d'un plaignant, il est toutefois possible de prendre en considération ces communications et déclarations afin de "confirmer le sens des termes" utilisés dans la demande d'établissement.⁸⁷ D'après l'Ukraine, sa première communication écrite confirmait plutôt qu'elle n'altérerait l'indication de la troisième mesure telle qu'elle apparaissait dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.⁸⁸

5.23. L'Ukraine fait valoir que, contrairement à ce que la Russie allègue, le Groupe spécial a dûment évalué la demande d'établissement d'un groupe spécial telle qu'elle était libellée.⁸⁹ Selon l'Ukraine, la Russie interprète de manière erronée la troisième mesure comme étant limitée au Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière⁹⁰, alors que, en fait, la mesure est constituée par ce règlement "*lu conjointement avec*" le Protocole n° A 4-3 et trois lettres mentionnées à l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial.⁹¹ Si l'Ukraine avait eu l'intention de contester uniquement le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, elle n'aurait pas inclus, dans la description de la mesure spécifique en cause, un protocole et des décisions individuelles adoptées par le MOT.

⁷⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 20. Voir aussi *ibid.*, paragraphes 21, 22, 27 et 28.

⁸⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 27.

⁸¹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 28.

⁸² Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 36.

⁸³ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 29.

⁸⁴ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 30.

⁸⁵ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 45.

⁸⁶ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 46. (italique omis)

⁸⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 48 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127, qui fait référence aux rapports de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 127; et *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 95).

⁸⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 49.

⁸⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 51.

⁹⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 54.

⁹¹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 55. (italique dans l'original)

5.24. Enfin, contrairement à ce que la Russie fait valoir, selon l'Ukraine, la situation en l'espèce n'est pas semblable ou comparable à celle de l'affaire *Australie – Pommes*. Dans cette affaire, en raison de la complexité et de la longueur de l'instrument juridique et en l'absence de référence à des parties spécifiques du document contesté, le défendeur n'était pas en mesure de comprendre quels éléments spécifiques de l'instrument juridique étaient en cause; en l'espèce les instruments constituant le fondement juridique de la troisième mesure ont été clairement indiqués dans la demande d'établissement d'un groupe spécial et pouvaient donc être discernés.⁹² L'Ukraine indique également que, en tout état de cause, l'Organe d'appel a dit que le processus de consultations donnait aux parties la possibilité de définir et de circonscrire la portée du différend.⁹³ Puisque, dans la présente affaire, tous les documents pertinents avaient été introduits à ce stade de la procédure, la Russie ne pouvait pas alléguer en appel que l'Ukraine n'avait pas indiqué des parties particulières de documents censées être examinées et que l'on ne savait donc pas très bien ce que l'Ukraine contestait.

5.1.3 Question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant dans sa décision préliminaire que la Russie n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord

5.25. Pour examiner l'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en formulant la décision préliminaire selon laquelle la Russie n'avait pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord⁹⁴, nous notons que l'article 6:2 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. Dans le cas où la partie requérante demande l'établissement d'un groupe spécial dont le mandat diffère du mandat type, sa demande écrite contiendra le texte du mandat spécial proposé.

5.26. L'article 6:2 du Mémoire d'accord énonce deux prescriptions principales, à savoir l'indication des mesures spécifiques en cause et la présentation d'un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème.⁹⁵ L'appel de la Russie concerne les deux prescriptions. En particulier, l'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine établissait un lien entre les mesures en cause et le fondement juridique de la plainte se rapporte à l'obligation de contenir un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème. L'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la troisième mesure avait été indiquée de manière appropriée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, quant à elle, se rapporte à l'obligation d'indiquer de manière appropriée les mesures spécifiques en cause.

5.27. L'Organe d'appel a dit que les prescriptions spécifiées à l'article 6:2 étaient importantes parce que, conformément à l'article 7 du Mémoire d'accord, le mandat d'un groupe spécial était déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial⁹⁶, et que, par conséquent, une demande d'établissement d'un groupe spécial délimitait le domaine de compétence du groupe spécial et contribuait à réaliser, du point de vue de la régularité de la procédure, l'objectif de notification au défendeur et aux tierces parties de la nature de l'argumentation du plaignant.⁹⁷ Pour qu'une demande d'établissement d'un groupe spécial "énonce clairement le problème", elle devait établir

⁹² Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 65 et 66.

⁹³ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 68 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.10).

⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.a.i.

⁹⁵ De plus, l'article 6:2 contient les prescriptions additionnelles voulant que la demande soit présentée par écrit et qu'elle précise si des consultations ont eu lieu. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 120.

⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 124.

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 639 et 640 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 126, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 23). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphe 155; et *États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)*, paragraphe 108.

explicitement un lien entre les mesures contestées et les dispositions des accords visés dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes, afin que la partie défenderesse soit informée du fondement de l'incompatibilité alléguée des mesures en cause avec les accords visés.⁹⁸ Ce n'est qu'avec un tel lien entre les mesures et les dispositions pertinentes qu'un défendeur peut "savoir à quelle argumentation [il] doit répondre et ... commencer à préparer sa défense".⁹⁹ Dans le même ordre d'idées, par exemple, les demandes d'établissement d'un groupe spécial présentées dans l'affaire *Chine – Matières premières* n'énonçaient pas clairement le problème, parce qu'elles n'établissaient pas de lien entre les différentes mesures et les diverses obligations qui y étaient énumérées.¹⁰⁰

5.28. En même temps, la prescription imposant d'énoncer clairement le problème ne comporte pas d'obligation pour le plaignant de fournir des arguments à l'appui de son allégation.¹⁰¹ En fait, le "bref exposé" du fondement juridique de la plainte exigé par l'article 6:2 du Mémoire d'accord vise à expliquer succinctement comment ou pourquoi la mesure en cause est considérée par le Membre plaignant comme contraire à l'obligation en question dans le cadre de l'OMC.¹⁰² Alors que l'indication de la disposition conventionnelle dont il est allégué qu'elle a été violée par le défendeur est "toujours nécessaire" et est une "condition minimale", cette indication peut ne pas être suffisante pour satisfaire à la prescription énoncée à l'article 6:2 en fonction des circonstances particulières d'une affaire, y compris la nature de la mesure en cause et la manière dont elle est décrite dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, ainsi que la nature des dispositions des accords visés dont il est allégué qu'elles ont été violées.¹⁰³

5.29. L'Organe d'appel a également dit que, pour déterminer si une demande d'établissement d'un groupe spécial était conforme à l'article 6:2, un groupe spécial devait examiner soigneusement cette demande, lue dans son ensemble, et d'après le libellé utilisé dedans.¹⁰⁴ En outre, un groupe spécial doit déterminer la conformité avec l'article 6:2 d'après le texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial telle qu'elle existait au moment du dépôt.¹⁰⁵ Les communications et déclarations ultérieures des parties au cours de la procédure du groupe spécial ne peuvent pas "remédier" à des lacunes d'une demande d'établissement d'un groupe spécial¹⁰⁶, mais elles peuvent être consultées

⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 162.

⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphe 162 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 88).

¹⁰⁰ Ces demandes d'établissement d'un groupe spécial énuméraient 37 instruments juridiques en tant que mesures en cause et il y était allégué qu'ils étaient incompatibles avec 13 dispositions des accords visés. Néanmoins, on ne savait pas très bien quelles allégations d'erreur se rapportaient à telle ou telle mesure particulière indiquée dans les demandes d'établissement d'un groupe spécial. (Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 227. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 229.)

¹⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Valves pneumatiques (Japon)*, paragraphe 5.31 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – HP-SSST (Japon) / Chine – HP-SSST (UE)*, paragraphe 5.14, qui citent le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 139). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 5.125; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphe 4.9.

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 130.

¹⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Valves pneumatiques (Japon)*, paragraphe 5.9 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – HP-SSST (Japon) / Chine – HP-SSST (UE)*, paragraphe 5.14, qui citent le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 124).

¹⁰⁴ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 142; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 641; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 161; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphe 4.7; *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 562; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphes 164 et 169; *États-Unis – Réduction à zéro (Japon) (article 21:5 – Japon)*, paragraphe 108.

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Produits en fer ou en acier*, paragraphe 5.79 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 787; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 161; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *Chine – HP-SSST (Japon) / Chine – HP-SSST (UE)*, paragraphe 5.13).

¹⁰⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Produits en fer ou en acier*, paragraphe 5.79 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 220; *CE – Bananes III*, paragraphe 143; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 787; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 4.9).

dans la mesure où elles peuvent confirmer ou clarifier le sens des mots employés dans cette demande.¹⁰⁷

5.1.3.1 Liens entre les mesures et le fondement juridique de la plainte

5.30. Nous passons maintenant à l'examen de l'analyse effectuée par le Groupe spécial dans le cadre de sa détermination préliminaire au sujet de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. Pour commencer, nous notons l'observation du Groupe spécial selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était divisée en quatre sections: la section I donnant un aperçu du contexte du différend; la section II décrivant les mesures en cause; la section III décrivant le cadre juridique pertinent de la Russie; et la section IV contenant le fondement juridique de la plainte.¹⁰⁸ Le Groupe spécial a porté son attention sur les sections II et IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine et a examiné, pour chaque point de la section IV de la demande, et en gardant à l'esprit la description des 3 mesures en cause figurant dans la section II de la demande, si celle-ci établissait un lien entre les mesures contestées et les 10 dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes.¹⁰⁹

5.31. Le Groupe spécial a analysé les liens entre les mesures contestées par l'Ukraine et les dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes, sur la base du texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial, y compris en faisant des inférences, par exemple, concernant les allégations de l'Ukraine au titre de l'article X:3 a) du GATT de 1994. À cet égard, le Groupe spécial a fait le raisonnement suivant:

Le point 8 de la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial contient les allégations de l'Ukraine au titre de l'article X:3 a) du GATT de 1994. Ces allégations concernent l'application uniforme, impartiale et raisonnable des lois, règlements et décisions d'application générale. La mesure 1 et la mesure 3 sont des mesures d'application générale qui pourraient relever de l'article X:3 a). Ce n'est toutefois pas le cas des trois éléments de la mesure 2 qui se rapportent tous à des cas d'application particuliers. Nous considérons donc qu'il y a un lien entre les allégations de l'Ukraine au titre de l'article X:3 a) et les mesures 1 et 3. Nous considérons également qu'il n'y a pas de lien entre les allégations de l'Ukraine au titre de l'article X:3 a) et la mesure 2.¹¹⁰

Par conséquent, le Groupe spécial a expliqué quels étaient, selon lui, les liens établis dans la demande d'établissement d'un groupe spécial et, en fin de compte, a résumé¹¹¹ ses constatations dans un tableau qui indiquait pour chaque mesure la disposition au titre de laquelle l'Ukraine avait soulevé une allégation.

5.32. La Russie conteste ce qu'elle décrit comme étant l'emploi par le Groupe spécial de "verbes auxiliaires faibles", tels que "*pourraient* avoir rapport" ou "*pourraient* concerner", et affirme que ces libellés révèlent que les liens entre les mesures et les obligations juridiques n'étaient pas aussi clairs que le Groupe spécial l'avait constaté.¹¹² Selon nous, l'emploi de ces libellés est dû à l'approche analytique utilisée par le Groupe spécial, consistant, *d'abord*, à définir la portée potentielle d'une allégation particulière, et *deuxièmement*, à indiquer les limites de la portée de l'allégation sur la base du libellé employé dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Les déclarations du Groupe spécial indiquées par la Russie en relation avec cet argument représentent des étapes intermédiaires dans le raisonnement du Groupe spécial qui, en relation avec d'autres éléments de son analyse, constituent le fondement de sa conclusion concernant les liens entre les mesures contestées par l'Ukraine et les dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes. Les déclarations indiquées par la Russie ne décrivent pas de manière concluante la qualité

¹⁰⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Produits en fer ou en acier*, paragraphe 5.79 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 220; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 642; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 4.9).

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.23 à 7.39.

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.30 à 7.39.

¹¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.37.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.39, tableau 1.

¹¹² Russie, communication en tant qu'autre appellant, paragraphe 9.

des liens entre les mesures et les dispositions en cause et, donc, prises isolément, ces déclarations ne peuvent pas être considérées comme décrivant la qualité de ces liens.

5.33. De plus, la Russie affirme que le Groupe spécial a fait erreur en ne reconnaissant pas qu'il y avait des similitudes entre les lacunes de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans la présente affaire et celles des demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*, ces dernières ayant été jugées insuffisantes par l'Organe d'appel.¹¹³ Nous notons que le Groupe spécial a effectivement examiné les parallèles établis par la Russie entre la demande d'établissement d'un groupe spécial en cause et les demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières* de manière assez détaillée dans son rapport.¹¹⁴ Toutefois, le Groupe spécial a observé des différences notables entre les demandes d'établissement d'un groupe spécial dans la présente affaire et dans l'affaire *Chine – Matières premières*. Il a noté que, premièrement, les paragraphes descriptifs de la section II des demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières* mentionnaient plusieurs types de mesures distincts et contenaient des allégations de violation de 13 dispositions différentes des accord visés. À la suite des paragraphes descriptifs, les demandes d'établissement d'un groupe spécial contenaient une liste d'au moins 37 instruments juridiques qui allaient de codes ou de chartes entiers à des mesures administratives spécifiques, sans qu'il soit fait référence à des sections ou à des dispositions spécifiques de l'un quelconque des instrument énumérés. Le Groupe spécial a observé que les paragraphes descriptifs de ces demandes d'établissement d'un groupe spécial contenaient une brève description de différentes allégations de violation se rapportant à différents types de restrictions, mais qu'ils n'établissaient pas de lien entre elles et la multitude d'instruments juridiques énumérés dans la section suivante. Il a opposé cela à la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine en cause et a noté que les paragraphes descriptifs de la section II indiquaient trois mesures en cause et fournissaient une description qui permettait de discerner la nature de chacune d'elles. Il a également expliqué que, en particulier, le troisième paragraphe descriptif de la section II, dans lequel la non-reconnaissance d'autres certificats de l'Union douanière était décrite, fournissait une indication claire des instruments juridiques concernés par cette mesure (par exemple le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière). En outre, il a noté que les instruments juridiques décrits dans la section III de la demande d'établissement d'un groupe spécial en cause étaient limités à neuf, dont les cinq premiers se rapportaient clairement aux mesures contestées décrites dans la section II et les quatre autres se rapportaient au contexte du cadre juridique applicable aux procédures russes d'évaluation de la conformité.¹¹⁵ De plus, il a noté que le paragraphe final de la section III des demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières* contenait une liste de 13 dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes, sans indiquer comment l'une quelconque des mesures en cause avait entraîné l'une quelconque des violations alléguées. Le Groupe spécial a noté que les paragraphes descriptifs de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans la présente affaire fournissaient par contre de telles explications.¹¹⁶ En particulier, il a expliqué que la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine contenait une liste des 10 dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes, accompagnées d'une explication de la raison pour laquelle l'Ukraine considérait que les mesures indiquées étaient incompatibles avec les obligations de la Russie.¹¹⁷

5.34. En conséquence, le Groupe spécial a en fait examiné l'argument de la Russie concernant les parallèles entre la demande d'établissement d'un groupe spécial en cause et les demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*. Toutefois, il a donné une explication détaillée de la raison pour laquelle il ne voyait pas de similitudes suffisantes entre la demande d'établissement d'un groupe spécial dans la présente affaire et les demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*. En appel, la Russie avance pour l'essentiel le même argument que devant le Groupe spécial, fondé sur ce qu'elle considère comme étant des parallèles entre ces demandes d'établissement d'un groupe spécial. Donc, plutôt que de démontrer une erreur dans l'application par le Groupe spécial de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, la Russie ne souscrit simplement pas aux raisons données par le Groupe spécial pour le rejet de son argument concernant certains parallèles entre la demande

¹¹³ Russie, communication en tant qu'autre appellant, paragraphes 7 et 8.

¹¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.40.

¹¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.41 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, page 3).

¹¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.42 (faisant référence aux documents WT/DS394/7, pages 7 à 10; WT/DS395/7, pages 7 à 10; WT/DS398/6, pages 7 à 10).

¹¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.42 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, pages 3 et 4).

d'établissement d'un groupe spécial en cause et les demandes d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Chine – Matières premières*.

5.35. À la lumière des considérations qui précèdent, nous constatons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son évaluation du point de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était d'une clarté suffisante pour établir explicitement un lien entre les dispositions de l'OMC dont il était allégué qu'elles avaient été enfreintes et les mesures en cause.

5.1.3.2 Indication de la troisième mesure

5.36. Ensuite, nous examinons l'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait la troisième mesure de l'Ukraine d'une manière qui satisfaisait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.¹¹⁸ La Russie allègue que le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il n'a pas examiné la description de la troisième mesure figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial "telle qu'elle était libellée" et en a fait à la place une "interprétation contextuelle".¹¹⁹

5.37. Cette allégation d'erreur se rapporte à l'analyse que le Groupe spécial a faite aux paragraphes 7.87 à 7.104 de son rapport, dans laquelle il a constaté que la mesure en cause indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial comme étant la troisième mesure était la prescription alléguée selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits ferroviaires certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière.¹²⁰ En particulier, le Groupe spécial a dit dans son raisonnement que "la troisième mesure en cause [était] traitée dans le troisième paragraphe descriptif, les trois points numérotés et l'annexe III", et que ces diverses références devaient être lues conjointement.¹²¹ Il a ensuite examiné chacun de ces éléments et a conclu que la troisième mesure contestée par l'Ukraine était la prescription alléguée dont les autorités russes estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, conformément à laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière, si les produits certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière.¹²²

5.38. Nous avons indiqué plus haut que, pour déterminer si une demande d'établissement d'un groupe spécial était conforme à l'article 6:2, un groupe spécial devait examiner soigneusement la demande d'établissement d'un groupe spécial, lue dans son ensemble, et d'après le libellé utilisé dedans.¹²³ En outre, un groupe spécial doit déterminer la conformité avec l'article 6:2 d'après le texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial telle qu'elle existait au moment du dépôt.¹²⁴

5.39. Nous observons que, dans la présente affaire, le Groupe spécial a commencé son analyse en indiquant quels éléments de la demande d'établissement d'un groupe spécial se rapportaient à la troisième mesure.¹²⁵ Le Groupe spécial a examiné ces éléments un par un et a expliqué la manière dont il les comprenait.¹²⁶ Ensuite, il a examiné les divers éléments "dans leur contexte". Nous

¹¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.104.

¹¹⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 14.

¹²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.103.

¹²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93 (faisant référence au texte de la section II de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine tel que reproduit par le Groupe spécial au paragraphe 7.139, tableau 2).

¹²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.99 et 7.103.

¹²³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 142; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 641; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 161; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphe 4.7; *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 562; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphes 164 et 169; *États-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (article 21:5 – Japon), paragraphe 108.

¹²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Produits en fer ou en acier*, paragraphe 5.79 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 787; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 161; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *Chine – HP-SSST (Japon) / Chine – HP-SSST (UE)*, paragraphe 5.13).

¹²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93.

¹²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.94 à 7.98.

comprenons que le Groupe spécial a donc évalué la demande d'établissement d'un groupe spécial "dans son ensemble", conformément à l'approche exposée plus haut.

5.40. La Russie fait valoir que le texte des deux premiers points numérotés de la demande d'établissement d'un groupe spécial fait référence à "certaines actions alléguées" de la Russie, alors que le troisième point numéroté de la demande énumère certains documents.¹²⁷ Selon la Russie, il faut donner sens à cette différence intentionnelle dans la description de la mesure en cause, de sorte que la troisième mesure en cause couvre des documents spécifiques, et non certaines actions alléguées.¹²⁸ La Russie soutient que le Groupe spécial a fait erreur en faisant abstraction de cette différence dans la description des mesures en cause, et au lieu de cela s'est efforcé de deviner ce que le plaignant pouvait avoir voulu dire. L'Ukraine répond que la Russie demande pour l'essentiel à l'Organe d'appel de lire la liste numérotée de la section IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial indépendamment du reste de cette section, des autres sections de la demande et du texte des Accords visés. Selon l'Ukraine, la liste numérotée et les explications données dans la section IV, lues conjointement avec le paragraphe d'introduction de cette liste, étayaient les constatations du Groupe spécial dans la décision préliminaire.¹²⁹

5.41. Nous n'estimons pas que le Groupe spécial a fait abstraction des différences dans la description des mesures en cause comme l'allègue la Russie. Un examen des paragraphes 7.65 à 7.99 du rapport du Groupe spécial révèle que, pour chacune des trois mesures en cause, le Groupe spécial a utilisé une approche analytique différente dans son évaluation des parties pertinentes de la demande d'établissement d'un groupe spécial. La première mesure avait été indiquée par l'Ukraine comme étant la "non-reconnaissance" des certificats, et le Groupe spécial a considéré qu'il s'agissait là de la première mesure sans effectuer d'analyse plus approfondie. S'agissant de la deuxième mesure, le Groupe spécial a noté que l'Ukraine avait fait référence aux refus de reconnaître les certificats, à la suspension des certificats et aux rejets. Il a ensuite "inféré que l'Ukraine [avait] cherch[é] à indiquer que ces instructions particulières [étaient] des éléments distincts de la mesure 2".¹³⁰ En ce qui concerne la troisième mesure, le Groupe spécial a noté que le troisième point numéroté indiquait le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, lu conjointement avec le Protocole du MOT et les instructions mentionnées à l'annexe III. Il a ensuite expliqué que, pour mieux comprendre la troisième mesure, il était instructif d'étudier le troisième paragraphe descriptif de la section II. Il a observé que les autorités russes compétentes avaient conclu que les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière n'étaient pas valides sur le territoire de la Russie et que les produits concernés ne pouvaient pas être importés ou enregistrés. En d'autres termes, selon l'Ukraine, les autorités russes ont conclu que ces certificats ne pouvaient pas être reconnus.

5.42. Cela démontre que, contrairement à ce que la Russie allègue, le Groupe spécial n'a pas fait abstraction des différences dans la description des mesures en cause. Au contraire, alors qu'il a noté que la teneur de la première mesure était claire d'après le libellé même de la mesure, il a fait certaines inférences pour déterminer la teneur de la deuxième mesure, et a pris en considération des éléments contextuels figurant dans d'autres parties de la demande d'établissement d'un groupe spécial pour déterminer la teneur de la troisième mesure.

5.43. De plus, la Russie conteste la déclaration du Groupe spécial affirmant qu'il n'existe pas une manière unique selon laquelle une mesure contestée doit être indiquée, et soutient qu'en fait, le Groupe spécial aurait dû s'appuyer sur le sens courant du texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine et constater que la troisième mesure était le Règlement technique n° 001/2011 en tant que tel, lu conjointement avec le Protocole du MOT et les instructions mentionnées à l'annexe III.¹³¹ L'Ukraine ne souscrit pas à l'avis de la Russie selon lequel le Groupe spécial n'a pas pris en considération le libellé figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial telle qu'elle était libellée¹³², et estime que le Groupe spécial a dûment pris en considération la demande d'établissement d'un groupe spécial dans son ensemble.

¹²⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 18.

¹²⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 19.

¹²⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 27 et 28.

¹³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.96.

¹³¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 21 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92).

¹³² Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 51.

5.44. Comme nous l'avons exposé plus haut, il est bien établi que, dans une analyse au titre de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux doivent examiner soigneusement la demande d'établissement d'un groupe spécial, lue dans son ensemble, et d'après le libellé utilisé dedans.¹³³ La lecture de la demande d'établissement d'un groupe spécial proposée par la Russie ne tiendrait pas compte de la description de la mesure figurant dans le troisième paragraphe de la section II de cette demande et elle ne constituerait donc pas une lecture "dans son ensemble". De plus, nous souscrivons à l'avis du Groupe spécial selon lequel la référence au "Règlement technique n° 001/2011 sur la sécurité du matériel ferroviaire roulant, *lu conjointement avec* le Protocole ... du Ministère des transports de la Fédération de Russie concernant la délivrance par l'autorité de certification de l'Union douanière des certificats de conformité pour les produits fabriqués par des pays tiers"¹³⁴ indique que l'Ukraine ne contestait pas le Règlement technique n° 001/2011 "en tant que tel", mais plutôt une mesure particulière établie dans ce règlement technique lorsqu'il était *lu conjointement avec* le Protocole pertinent du MOT.¹³⁵

5.45. Enfin, la Russie allègue aussi que le Groupe spécial n'a pas dûment pris en considération le fait que le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière indiqué par l'Ukraine en tant qu'élément de la troisième mesure était un instrument juridique complexe, et que, par conséquent, l'Ukraine était tenue de spécifier des parties particulières qu'elle souhaitait contester devant le Groupe spécial.¹³⁶ À l'appui de cet argument, la Russie dit que le Groupe spécial *Australie – Pommes* a constaté que, chaque fois qu'un document complexe et long était contesté, une demande d'établissement d'un groupe spécial devait dûment contenir une référence à des parties, sections ou questions particulières afin de permettre au défendeur de comprendre clairement le problème.

5.46. Nous notons que le Groupe spécial a évalué la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine en tenant compte des constatations du Groupe spécial *Australie – Pommes*. Il a observé que la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Nouvelle-Zélande contenait une référence générale aux mesures spécifiées dans le Rapport final d'analyse de risques à l'importation concernant les pommes en provenance de Nouvelle-Zélande de novembre 2006 (Rapport FIRA), ainsi qu'une liste de 17 mesures spécifiques énoncées dans le Rapport FIRA.¹³⁷ Il a été constaté que l'indication des 17 éléments dans le Rapport FIRA était suffisamment précise pour indiquer les mesures spécifiques en cause, conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord.¹³⁸ Toutefois, le Groupe spécial *Australie – Pommes* a aussi constaté que, étant donné la longueur et la complexité du Rapport FIRA, une référence générale à celui-ci était insuffisante en tant qu'indication d'une mesure en cause au sens de l'article 6:2.¹³⁹

5.47. Dans son analyse, le Groupe spécial a relevé des différences notables entre la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine dans la présente affaire et la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire *Australie – Pommes*. Il a noté que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait la mesure en cause dans différentes parties de la section II et qu'elle le faisait avec suffisamment de clarté pour permettre au lecteur de discerner que la mesure était la prescription alléguée selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière. Le Groupe spécial a également expliqué que les références faites par l'Ukraine au Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et au Protocole du MOT dans certaines parties de la demande d'établissement d'un groupe spécial semblaient destinées à signaler les instruments juridiques dont

¹³³ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 142; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 641; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127; *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 161; *États-Unis – Mesures compensatoires (Chine)*, paragraphe 4.7; *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 562; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères*, paragraphes 164 et 169; *États-Unis – Réduction à zéro (Japon)* (article 21:5 – Japon), paragraphe 108.

¹³⁴ Demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, section II 3). (pas d'italique dans l'original)

¹³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.93.

¹³⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 33 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.1449).

¹³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.1446).

¹³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.1449).

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.101 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.1449).

découlait la mesure contestée. En revanche, dans l'affaire *Australie – Pommes*, la Nouvelle-Zélande a tenté de présenter la mesure en cause comme étant le Rapport FIRA, un instrument juridique complexe et long.¹⁴⁰

5.48. En conséquence, le Groupe spécial a bien examiné l'argument de la Russie fondé sur les constatations du Groupe spécial *Australie – Pommes*. En définitive, il a conclu que les caractéristiques de la présente demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine étaient différentes de celles de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Australie – Pommes*. Plutôt que de démontrer une erreur dans l'application par le Groupe spécial de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, la Russie ne souscrit pas aux raisons données par le Groupe spécial pour le rejet de son argument concernant certains parallèles entre la demande d'établissement d'un groupe spécial en cause et la demande d'établissement d'un groupe spécial dans l'affaire *Australie – Pommes*.

5.1.4 Conclusion

5.49. La Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en déterminant la portée de son mandat en l'espèce. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 8.1.a.i, 8.1.d.iv et 8.1.d.v de son rapport, selon laquelle la Russie n'a pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

5.2 Allégations de la Russie concernant les constatations du Groupe spécial relatives à la troisième mesure

5.50. En appel, la Russie formule quatre allégations concernant les constatations du Groupe spécial relatives à la troisième mesure. Premièrement, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur au regard des articles 6:2, 7:1 et 11 du Mémoire d'accord en constatant que la troisième mesure telle qu'il l'avait décrite relevait de son mandat.¹⁴¹ Deuxièmement, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant des constatations concernant la condition alléguée relative à l'enregistrement local après avoir constaté que cet aspect tel qu'il se rapportait à la troisième mesure ne relevait pas de son mandat.¹⁴² Troisièmement, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en libérant l'Ukraine de "la nécessité d'établir des éléments *prima facie*" concernant l'existence de la troisième mesure en tant que mesure unique susceptible d'être contestée au titre du Mémoire d'accord.¹⁴³ Enfin, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que la troisième mesure était de nature "générale" et "découlait du" Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, et qu'il avait été démontré que cette mesure existait.¹⁴⁴

5.51. Nous commençons par un résumé des constatations pertinentes formulées par le Groupe spécial et des arguments présentés en appel par la Russie et l'Ukraine. Nous évaluons ensuite les allégations de la Russie concernant les constatations du Groupe spécial relatives à la troisième mesure.

5.2.1 Constatations du Groupe spécial

5.52. Devant le Groupe spécial, l'Ukraine a contesté la décision des autorités russes de ne pas reconnaître sur leur territoire la validité des certificats délivrés aux producteurs de produits ferroviaires ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière en tant que mesure, que le Groupe spécial a appelée la troisième mesure.¹⁴⁵ À titre d'élément de preuve établissant l'existence de cette mesure, elle a présenté au Groupe spécial certaines lettres émises par l'Agence fédérale du transport ferroviaire de la Russie (ART), à savoir¹⁴⁶: i) la lettre de janvier 2015, à laquelle était joint le

¹⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102.

¹⁴¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, section 3.

¹⁴² Russie, communication en tant qu'autre appelant, section 4.

¹⁴³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, section 5.

¹⁴⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, section 6.

¹⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.811 (faisant référence à l'Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 373). Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.808.

¹⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.811 et 7.841. Voir aussi Letter from the Federal Agency for Railway Transport of the MOT to JSC [RCC] accompanied to Protocol No. A 4-3 of 20 January 2015 of the

Protocole n° A 4-3 du MOT (la lettre de janvier 2015); ii) la lettre envoyée le 4 février 2016 (la lettre de février 2016); et iii) la lettre du 10 août 2016 (la lettre d'août 2016).¹⁴⁷ Sur la base de ces lettres, elle a fait valoir devant le Groupe spécial que la décision de ne pas reconnaître la validité des certificats délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays était fondée sur l'interprétation donnée par les autorités russes compétentes du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.¹⁴⁸ Spécifiquement, elle a fait valoir que les autorités russes compétentes interprétaient le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière comme établissant les deux prescriptions suivantes: i) la prescription exigeant que seuls les produits fabriqués sur le territoire de l'Union douanière puissent faire l'objet d'une certification en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière (la condition relative à la production locale); et ii) la prescription exigeant que seules les entités enregistrées dans le même pays que l'organisme de certification pertinent puissent demander la certification (la condition relative à l'enregistrement local).¹⁴⁹

5.53. En réponse, la Russie a dit que ce que la demande d'établissement d'un groupe spécial indiquait en tant que troisième mesure était le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, et non la décision de ne pas reconnaître la validité des certificats délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays.¹⁵⁰ Elle a donc fait valoir devant le Groupe spécial que la troisième mesure contestée par l'Ukraine dans sa première communication écrite au Groupe spécial était "différente de la mesure indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial [de l'Ukraine]" et ne relevait donc pas du mandat du Groupe spécial.¹⁵¹ Sur cette base, elle a également soutenu qu'il avait été porté atteinte à son droit en matière de régularité de la procédure de connaître la cause qu'elle devait défendre.¹⁵²

5.54. Le Groupe spécial a considéré que la question dont il était saisi était celle de savoir si la troisième mesure décrite dans les communications écrites de l'Ukraine était "différente de celle qui [était] indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial".¹⁵³ Il a rappelé que dans sa décision préliminaire, il avait déjà rejeté l'allégation de la Russie selon laquelle l'Ukraine n'avait pas indiqué la troisième mesure de façon suffisamment claire dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Il a noté que la troisième mesure décrite dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine concernait "une prescription alléguée dont les autorités russes estim[ai]ent qu'elle découl[ait] du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière".¹⁵⁴ En vertu de cette prescription, les autorités russes ne doivent pas reconnaître les certificats délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière, à moins que la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local ne soient remplies. En ce qui concerne la condition relative à la production locale, le Groupe spécial a observé que le troisième paragraphe descriptif de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine

MOT regarding issuance by the certification authority of the CU of the certificates of conformity for products manufactured by third countries (pièce UKR-48 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 4 February 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to **[RCC]** on validity of certificates (pièce UKR-49 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 10 August 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to JSC **[RCC]** on validity of certificates (pièce UKR-141 (RCC) présentée au Groupe spécial). Nous nous référons aux traductions anglaises des pièces présentées au Groupe spécial.

¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.841, tableau 7. Voir aussi Letter from the Federal Agency for Railway Transport of the MOT to JSC **[RCC]** accompanied to Protocol No. A 4-3 of 20 January 2015 of the MOT regarding issuance by the certification authority of the CU of the certificates of conformity for products manufactured by third countries (pièce UKR-48 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 4 February 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to **[RCC]** on validity of certificates (pièce UKR-49 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 10 August 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to JSC **[RCC]** on validity of certificates (pièce UKR-141 (RCC) présentée au Groupe spécial). La lettre de janvier 2015 (ainsi que le Protocole n° A 4-3) et la lettre de février 2016 ont été énumérées dans l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial (voir Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, annexe III), tandis que la lettre d'août 2016 a été communiquée par l'Ukraine avec sa deuxième communication écrite (voir Ukraine, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 444 et note de bas de page 462 y relative).

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.812.

¹⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.813 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 375 et 376; réponses aux questions n° 23, 26 et 36 du Groupe spécial).

¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.818.

¹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.809, 7.818 et 7.819.

¹⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.819.

¹⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.822.

¹⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.823.

indiquait spécifiquement cette condition comme fondement de l'allégation de l'Ukraine.¹⁵⁵ En conséquence, il a constaté qu'il apparaissait "clairement d'après l'analyse de la demande d'établissement d'un groupe spécial ... que toute contestation de la prescription alléguée selon laquelle les autorités russes ne [devaient] pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits certifiés n'[avaient] pas été produits dans un pays de l'Union douanière rel[evait] de [son] mandat".¹⁵⁶ Toutefois, il a noté que la condition relative à l'enregistrement local n'était pas expressément mentionnée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine.¹⁵⁷ Il a estimé que la demande d'établissement d'un groupe spécial n'avisait pas de façon adéquate la Russie et les tierces parties de l'allégation de l'Ukraine concernant la condition relative à l'enregistrement local. Partant, il a conclu que l'allégation de l'Ukraine concernant la non-reconnaissance résultant du non-respect de la condition alléguée relative à l'enregistrement local ne relevait pas de son mandat.¹⁵⁸

5.55. Le Groupe spécial a ensuite examiné la différence alléguée entre les descriptions de la troisième mesure figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine et celles figurant dans ses communications écrites dans le contexte de la définition du mandat du Groupe spécial. Il a noté que la description de la troisième mesure figurant dans les communications écrites de l'Ukraine au Groupe spécial "différ[ait] quelque peu" de la description figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.¹⁵⁹ Toutefois, il a considéré que "ce qui import[ait] aux fins de [son] évaluation de[] ... la troisième mesure, ce [n'étaient] pas tellement les termes que l'Ukraine [avait] employés", mais c'était plutôt de savoir "si l'Ukraine [avait] démontré l'existence de la mesure qu'elle [avait] indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial".¹⁶⁰ À cet égard, il a noté que la référence à la décision de la Russie concernant le sens et le champ du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière faite dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait que la non-reconnaissance alléguée trouvait son fondement dans ce règlement tel qu'interprété par la Russie. De ce fait, il a compris que la troisième mesure dans la demande d'établissement d'un groupe spécial s'entendait de "la prescription alléguée en matière de non-reconnaissance *découlant du* Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière".¹⁶¹

5.56. Ayant précisé le champ de son mandat concernant la troisième mesure, le Groupe spécial a ensuite examiné si l'Ukraine avait démontré l'existence de la mesure dont il avait constaté qu'elle avait été indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.¹⁶² Sur la base de son analyse des trois lettres communiquées par l'Ukraine en tant qu'éléments de preuve indiquant l'existence de la troisième mesure, il a constaté que les autorités russes "[avaient] décidé que les certificats pertinents délivrés par l'organisme de certification du Bélarus n'étaient pas valides sur le territoire de la Russie".¹⁶³ Il a noté que chacune des décisions figurant dans les trois lettres "était fondée explicitement sur les dispositions du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière" telles qu'interprétées par les autorités russes et appliquées aux certificats en cause, selon lesquelles un certificat ne pouvait pas être valablement délivré au titre des articles 1 1) et 6 9) du règlement

¹⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.823 (faisant référence à l'Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, page 2).

¹⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.823. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 8.1.d.i.

¹⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.824.

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.825.

¹⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.827.

¹⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.828.

¹⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.828. (pas d'italique dans l'original)

¹⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.829.

¹⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.846. Les autorités russes ont dit dans la lettre de janvier 2015 et le Protocole n° A 4-3 qui lui était joint que le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière s'appliquait aux produits fabriqués sur le territoire de l'Union douanière. Dans la lettre de février 2016 et la lettre d'août 2016, elles ont indiqué que les articles 1 1) et 6 9) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière prévoyaient la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local, respectivement, et que certains certificats délivrés par les autorités biélorusses pour des importations ukrainiennes violaient ledit règlement technique. Pour ces raisons, elles ont décidé que les certificats en cause dans les trois lettres n'étaient pas valables sur le territoire de la Russie. (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.841 et tableau 7; Letter from the Federal Agency for Railway Transport of the MOT to JSC [RCC] accompanied to Protocol No. A 4-3 of 20 January 2015 of the MOT regarding issuance by the certification authority of the CU of the certificates of conformity for products manufactured by third countries (pièce UKR-48 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 4 February 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to [RCC] on validity of certificates (pièce UKR-49 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 10 August 2016 from the Federal Agency for Railway Transport to JSC [RCC] on validity of certificates (pièce UKR-141 (RCC) présentée au Groupe spécial).)

en question, à moins qu'il n'ait été satisfait, respectivement, à la condition relative à la production locale et à la condition relative à l'enregistrement local.¹⁶⁴ L'interprétation du Groupe spécial était confirmée par deux des lettres, qui "indiqu[ai]ent explicitement que les certificats pertinents [avaient] été délivrés par le Bélarus en "violation" du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière parce que le Bélarus n'avait pas appliqué les deux prescriptions".¹⁶⁵ De l'avis du Groupe spécial, les éléments de preuve communiqués par l'Ukraine indiquaient que les autorités russes n'avaient pas "décidé" de manière indépendante d'établir une nouvelle prescription générale en matière de non-reconnaissance. Au lieu de cela, les prescriptions découlaient du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel que les autorités russes l'avaient interprété.¹⁶⁶ Le Groupe spécial a constaté que cela était compatible avec la troisième mesure décrite dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

5.57. Le Groupe spécial a rejeté l'argument de la Russie selon lequel le Protocole n° A 4-3 était un document non contraignant qui consignait simplement les avis des représentants de divers organismes ferroviaires russes. Il a considéré que le Protocole n° A 4-3 révélait que les autorités compétentes "[étaient] parvenu[es] à un point de vue particulier sur le champ du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière" et avaient pris des "décisions" et mené des actions spécifiques concernant les certificats en cause sur la base de ce point de vue.¹⁶⁷ De plus, il a jugé infondé l'argument de la Russie selon lequel ni le MOT ni l'ART fédérale russe n'étaient autorisés à se prononcer sur la reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière ou à interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière au regard du droit russe. Pour le Groupe spécial, la question de savoir si les autorités compétentes avaient agi dans les limites des compétences que leur conférait le droit interne était sans pertinence pour son analyse, qui était plutôt articulée sur la question de savoir "ce que les[dites] autorités [avaient] fait ou n'[avaient] pas fait effectivement".¹⁶⁸

5.58. En outre, le Groupe spécial a jugé infondé l'argument de la Russie selon lequel le Protocole n° A 4-3 et les lettres concernaient les produits de deux producteurs ukrainiens seulement et selon lequel, par conséquent, ces documents n'étaient pas d'application générale. Il a rappelé que le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière était un règlement d'application générale et il a constaté qu'"[i]l n'y [avait] rien dans le Protocole ou les lettres ..." qui permettait de penser que l'interprétation donnée par les autorités russes du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière "ne serait pas d'application générale et s'appliquerait seulement aux produ[its] ukrainiens".¹⁶⁹ Il a rappelé aussi que le Protocole n° A 4-3 "indiqu[ait] ... que la réunion correspondante concernait les "certificats de conformité pour les produits fabriqués par les pays tiers", lesquels pays compr[enaient], mais non exclusivement, l'Ukraine".¹⁷⁰ Il a considéré que ces constatations étayaient son point de vue selon lequel les documents pertinents fournissaient une "interprétation générale"¹⁷¹, en vertu de laquelle les autorités russes ne reconnaîtraient pas un certificat délivré en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans un autre pays de l'Union douanière, à moins que les conditions relatives à la production locale et à l'enregistrement local ne soient remplies.¹⁷²

5.59. La Russie a également fait référence à l'article 53 du Traité instituant l'Union économique eurasiatique (Traité de l'UEE) à l'appui de son argument selon lequel elle n'appliquait pas la condition relative à la production locale. Selon elle, cette disposition prévoit qu'un produit qui est conforme aux règlements techniques de l'Union douanière doit être autorisé à circuler librement sur le territoire de l'Union douanière. De l'avis de Groupe spécial, toutefois, les lettres qu'il avait examinées indiquaient explicitement que les certificats délivrés par le Bélarus l'avaient été en violation des règlements techniques de l'Union douanière. Bien qu'il ait reconnu qu'il y avait en effet des éléments de preuve indiquant que la Russie avait elle-même *délivré* des certificats en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière à des producteurs situés dans des pays tiers, le Groupe spécial a constaté qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve indiquant que la Russie avait effectivement *reconnu* un certificat délivré en vertu dudit règlement technique par un autre pays de

¹⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.846 et 7.847.

¹⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.847.

¹⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.854.

¹⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.843.

¹⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.845.

¹⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.850.

¹⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.850.

¹⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.850.

¹⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.853.

l'Union douanière à des producteurs à l'extérieur de l'Union douanière pendant la période pertinente. Il a donc constaté que la Russie n'avait pas réfuté les éléments de preuve de l'Ukraine concernant la *non-reconnaissance* qui montraient qu'une condition relative à la production locale avait été appliquée.¹⁷³

5.60. À la lumière des considérations qui précèdent, le Groupe spécial a conclu qu'"il [avait] été démontré que la troisième mesure existait".¹⁷⁴ En particulier, il a constaté que les autorités russes compétentes appliquaient "une prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont [elles] estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient", selon laquelle elles ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans les autres pays de l'Union douanière à moins que la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local n'aient été remplies.¹⁷⁵ Toutefois, il a également noté que "la prescription en matière de non-reconnaissance rel[evait] du mandat du Groupe spécial seulement dans la mesure où elle exig[eait] la non-reconnaissance dans les situations où les produits certifiés n'[avaient] pas été produits dans un pays de l'Union douanière."¹⁷⁶

5.2.2 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant l'existence de la troisième mesure

5.2.2.1 Arguments présentés en appel

5.61. En appel, la Russie demande que nous infirmions la constatation du Groupe spécial selon laquelle il a été démontré que la troisième mesure existait et selon laquelle les éléments de preuve versés au dossier étayaient la conclusion que les autorités russes compétentes appliquaient une prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont elles estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient.¹⁷⁷ Elle estime que pour parvenir à cette constatation, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.62. À l'appui de sa position, la Russie indique que l'application du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière n'est pas limitée aux produits fabriqués dans l'Union douanière mais qu'il s'applique également aux produits fabriqués à l'extérieur de l'Union douanière. En outre, elle soutient qu'elle avait présenté au Groupe spécial des éléments de preuve démontrant que ce règlement technique avait en fait été appliqué aux importations de produits ferroviaires fabriqués dans des pays tiers.¹⁷⁸ Elle estime que la prescription alléguée en matière de non-reconnaissance n'avait pas pu découler de ce règlement technique et ne pouvait pas être de nature générale.¹⁷⁹

5.63. En outre, la Russie affirme que du fait que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine faisait référence au Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans la description de la troisième mesure, le Groupe spécial était tenu de procéder à un examen détaillé du Règlement, en commençant par son texte. Comme il n'a pas suffisamment étudié le texte du Règlement, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question.¹⁸⁰ La Russie fait valoir que le texte du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière est "neutre quant à l'origine" et ne comporte aucune disposition exigeant des autorités russes qu'elles ne reconnaissent pas les certificats délivrés par les autorités des autres pays de l'Union douanière pour des produits fabriqués à l'extérieur de l'Union douanière.¹⁸¹ Selon elle, cela était étayé aussi par l'article 53 du Traité de l'UEE, dont le Groupe spécial et l'Ukraine avaient tous deux reconnu qu'il prescrivait que les produits visés par les règlements techniques de l'Union douanière soient mis en circulation sur le territoire de l'Union douanière tout entière sans prescriptions ni procédures d'évaluation de la

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.856.

¹⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.861.

¹⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.861.

¹⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.862.

¹⁷⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 159 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.861).

¹⁷⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 149.

¹⁷⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 154 et 157.

¹⁸⁰ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 133.

¹⁸¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 148. (italique omis)

conformité additionnelles.¹⁸² Enfin, la Russie allègue que le Groupe spécial n'a pas pris en considération son argument selon lequel les autorités russes qui avaient envoyé les lettres sur lesquelles il s'est appuyé n'étaient pas compétentes pour interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.¹⁸³

5.64. L'Ukraine demande que nous confirmions la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure, telle que décrite par le Groupe spécial comme étant une prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont les autorités russes estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient, existait.¹⁸⁴ Premièrement, s'agissant de l'argument de la Russie selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la troisième mesure "découl[ait] du" Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, l'Ukraine ne souscrit pas au point de vue de la Russie selon lequel le Groupe spécial a constaté de sa propre initiative que la troisième mesure découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière. Elle affirme que les autorités russes compétentes ont *elles-mêmes* interprété le Règlement comme établissant la prescription en matière de non-reconnaissance.¹⁸⁵

5.65. S'agissant de l'argument de la Russie selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en n'examinant pas le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, l'Ukraine fait valoir que puisque la troisième mesure n'était pas le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière "en soi"¹⁸⁶, le Groupe spécial n'avait pas l'obligation d'examiner ce document séparément du Protocole n° A 4-3 et des autres instruments.¹⁸⁷ En tout état de cause, elle affirme que le Groupe spécial a effectivement examiné ledit règlement technique, même s'il ne l'a pas fait dans le cadre de son analyse de la troisième mesure.¹⁸⁸

5.66. De plus, l'Ukraine affirme que le Groupe spécial n'était pas tenu d'examiner si les autorités russes avaient interprété correctement ou avaient le pouvoir, en vertu du droit russe, d'interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.¹⁸⁹ Pour elle, le Groupe spécial a eu raison de ne pas traiter la question de savoir si le MOT ou l'ART fédérale russe étaient ou non compétents pour interpréter ce règlement technique. De fait, ce qui importait pour l'analyse du Groupe spécial, c'était que la prescription en matière de non-reconnaissance "était effectivement rendue exécutoire dans la pratique à l'égard des producteurs ukrainiens par suite de la décision prise par les autorités russes".¹⁹⁰

5.2.2.2 Analyse

5.67. Dans le cadre de son évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, un groupe spécial doit "passer au crible la mesure dont il est saisi, tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en déterminer les principales caractéristiques".¹⁹¹ Cela implique d'identifier "toutes les caractéristiques pertinentes [de la mesure]", en reconnaissant "celles qui constitu[ent] l'essence de la mesure elle-même", et "celles auxquelles il [faut] accorder

¹⁸² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 151. Spécifiquement, la Russie fait valoir que conformément à l'article 53 du Traité de l'UEE, les produits qui sont visés par les règlements techniques de l'Union douanière sont mis en circulation sur le territoire de l'Union douanière tout entière après achèvement de la procédure nécessaire d'évaluation de la conformité et que les pays de l'Union douanière doivent assurer la circulation des produits conformes aux règlements techniques de l'Union douanière sur leurs territoires respectifs, sans introduire aucune prescription additionnelle par rapport à celles qui sont prévues dans les règlements techniques de l'Union douanière ni aucune procédure additionnelle d'évaluation de la conformité. (*Ibid.*)

¹⁸³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 155 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851).

¹⁸⁴ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 176, 177, 186 et 187.

¹⁸⁵ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 167 et 168.

¹⁸⁶ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 171.

¹⁸⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 172.

¹⁸⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 170 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.592 à 7.595 et 7.619).

¹⁸⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 180.

¹⁹⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 181.

¹⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 586 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171).

le plus d'importance afin de qualifier [la mesure] pertinente".¹⁹² Ce qui est requis exactement pour qu'un groupe spécial puisse faire cela varie nécessairement en fonction des circonstances de chaque affaire, des éléments de preuve présentés par les parties et de la nature de la mesure elle-même.¹⁹³ À cet égard, les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire pour structurer leur évaluation comme ils l'entendent, à condition qu'ils procèdent "sur la base d'une analyse correctement structurée"¹⁹⁴, fournissent "des explications motivées et adéquates et un raisonnement cohérent"¹⁹⁵, fondent leurs constatations sur une "base d'éléments de preuve suffisante"¹⁹⁶, traitent les éléments de preuve avec "impartialité"¹⁹⁷ et procèdent à une "évaluation globale" de tous les éléments pertinents avant d'arriver à leurs conclusions.¹⁹⁸

5.68. En outre, l'Organe d'appel ne peut pas fonder une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion qu'il aurait pu aboutir à une constatation de fait différente de celle à laquelle le groupe spécial est arrivé.¹⁹⁹ Il ne suffit donc pas qu'un participant qui formule une allégation au titre de l'article 11 se borne à ne pas être d'accord avec un groupe spécial.²⁰⁰ De plus, l'Organe d'appel a dit que toute erreur dans l'appréciation d'un élément de preuve particulier n'équivaudrait pas à un manquement du groupe spécial à l'obligation de s'acquitter de ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Pour constater qu'un groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11, l'Organe d'appel devrait être convaincu que les erreurs du groupe spécial, prises conjointement ou isolément, compromettent l'objectivité de son évaluation de la question dont il était saisi.²⁰¹

5.69. Ayant ces considérations à l'esprit, nous examinons l'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant l'existence de la troisième mesure en tant que prescription "générale" en matière de non-reconnaissance qui "découl[ait] du" Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.

5.70. Nous examinons d'abord l'argument de la Russie selon lequel "[l]a demande d'établissement d'un groupe spécial [de l'Ukraine] définit la question comme étant le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et le Groupe spécial a donc l'obligation d'examiner le règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, y compris sa teneur".²⁰² Il apparaît que cette affirmation est fondée sur l'idée que la troisième mesure est constituée par le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière en tant que tel.²⁰³ Or, comme nous l'avons constaté plus haut, la troisième mesure indiquée par l'Ukraine était la décision alléguée des autorités russes compétentes de ne pas reconnaître la validité des certificats délivrés pour les produits ferroviaires ukrainiens par des organismes de certification dans les autres pays de l'Union douanière à moins que les produits

¹⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 586 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171). (italique dans l'original) Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *UE – Biodiesel (Argentine)*, paragraphe 6.156.

¹⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157. Voir aussi, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.110.

¹⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.20 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 127).

¹⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293). Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Russie – Véhicules utilitaires*, paragraphes 5.76 et 5.77.

¹⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.

¹⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292).

¹⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *UE – Biodiesel (Argentine)*, paragraphe 6.156.

¹⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1317 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; *CE – Sardines*, paragraphe 299; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151).

²⁰⁰ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 992; *Chine – Terres rares*, paragraphes 5.178 et 5.179.

²⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1318.

²⁰² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 134. (italique dans l'original)

²⁰³ Par exemple, en avançant cet argument, la Russie souligne que "la demande d'établissement d'un groupe spécial définit la question comme étant le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière." (Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 134)

n'aient été fabriqués dans l'Union douanière.²⁰⁴ Le Groupe spécial a examiné les trois lettres communiquées par l'Ukraine comme éléments de preuve concernant cette mesure et il a formulé une constatation de fait selon laquelle ces documents montraient que les autorités russes compétentes *elles-mêmes* interprétaient l'article 1 1) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière comme imposant la prescription en matière de non-reconnaissance, sur la base, entre autres choses, de la condition relative à la production locale, et l'appliquaient aux importations de produits ferroviaires ukrainiens pour prendre la décision de ne pas reconnaître les certificats délivrés pour ces produits ukrainiens importés dans les autres pays de l'Union douanière.²⁰⁵ Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas interprété le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière de sa propre initiative pour constater que la troisième mesure "découl[ait]" *en fait* de ce règlement. En revanche, il a constaté, d'un point de vue factuel sur la base de son examen des trois lettres, que les autorités russes compétentes elles-mêmes indiquaient que le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière était la source de la troisième mesure indiquée par l'Ukraine dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁰⁶

5.71. Nous examinons ensuite l'invocation par la Russie de l'article 53 du Traité de l'UEE.²⁰⁷ La Russie soutient que cette disposition prescrit que les produits visés par les règlements techniques de l'Union douanière soient mis en circulation sur le territoire de l'Union douanière tout entière sans prescriptions ni procédures d'évaluation de la conformité additionnelles. Pour la Russie, cela démontre que la prescription en matière de non-reconnaissance contestée par l'Ukraine n'existe pas.²⁰⁸ À cet égard, nous notons que le Groupe spécial a examiné les trois lettres fournies par l'Ukraine comme éléments de preuve concernant la troisième mesure et a constaté que les autorités russes compétentes avaient décidé que les certificats pertinents délivrés par l'organisme de certification biélorusse n'étaient pas valides sur le territoire de la Russie. Cette décision était expressément fondée sur les dispositions du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, que les autorités russes interprétaient comme imposant la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local.²⁰⁹ À notre avis, le Groupe spécial a donc constaté que la prescription en matière de non-reconnaissance contestée par l'Ukraine existait bel et bien en fait, nonobstant l'argument de la Russie selon lequel une telle prescription enfreindrait l'article 53 du Traité de l'UEE. Par conséquent, pour le Groupe spécial, les éléments de preuve relatifs à la question de savoir si la troisième mesure était autorisée ou non au titre de l'article 53 du Traité de l'UEE n'étaient pas probants s'agissant de déterminer si la troisième mesure existait en réalité.

5.72. Nous passons maintenant à l'affirmation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial n'a pas examiné son argument selon lequel ni le MOT ni l'ART fédérale russe n'avaient le pouvoir d'interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.²¹⁰ Nous observons que le Groupe spécial a effectivement traité cet argument.²¹¹ En particulier, il a explicitement pris acte de l'argument de la Russie selon lequel ni le MOT ni l'ART fédérale russe n'avaient le pouvoir d'interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.²¹² Il a ensuite rappelé le Protocole n° A 4-3 et les lettres et a constaté qu'il ressortait clairement de ces documents que les autorités russes étaient arrivées à une conclusion au sujet du sens et du champ de certaines dispositions du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et avaient fondé leurs décisions sur cette conclusion.²¹³ En présence d'éléments de preuve indiquant ce que les autorités russes avaient effectivement fait selon ces lettres, il a conclu que la question de savoir si les autorités russes compétentes avaient ou non le pouvoir d'interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et l'avaient ou non interprété correctement n'était pas pertinente pour son analyse. En revanche, il a constaté que ce qui était pertinent pour son analyse, c'était ce que les autorités russes avaient ou n'avaient pas fait effectivement²¹⁴, ce qu'il a déterminé d'après le Protocole n° A 4-3 et les lettres. D'après notre examen de son analyse, nous n'estimons pas que le Groupe spécial "n'a pas examiné" les arguments de la Russie selon lesquels ni le MOT ni l'ART fédérale russe n'avaient le pouvoir d'interpréter le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière ou "a

²⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.811 à 7.813.

²⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.847.

²⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.828, 7.846 et 7.847.

²⁰⁷ Voir plus haut le paragraphe 5.60.

²⁰⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 151.

²⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.846 et 7.847.

²¹⁰ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 155.

²¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851.

²¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851.

²¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851.

²¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.851.

fait abstraction" de ces arguments. De fait, le Groupe spécial a effectivement examiné ces arguments à la lumière de sa constatation concernant ce que les autorités russes compétentes avaient fait effectivement.

5.73. De plus, nous ne considérons pas que la Russie ait établi que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que la compétence du MOT et de l'ART fédérale russe en matière d'interprétation du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière n'était pas pertinente aux fins de l'évaluation de l'existence de la troisième mesure. Nous rappelons que la troisième mesure en cause n'incluait pas le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière en soi mais était constituée par la prescription alléguée en matière de non-reconnaissance dont les autorités russes compétentes elles-mêmes estimaient qu'elle découlait dudit règlement technique selon leur interprétation. De ce fait, nous ne voyons pas la pertinence de la compétence des autorités russes compétentes en matière d'interprétation du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière s'agissant de déterminer si la troisième mesure existe.

5.74. Enfin, nous passons à l'argument de la Russie selon lequel il n'existait pas de prescription "générale" en matière de non-reconnaissance qui "découl[ait] du" Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière parce que c'était ce règlement technique (par opposition à la prescription alléguée en matière de non-reconnaissance) qui s'appliquait à tous les produits indépendamment de leur lieu de fabrication.²¹⁵ L'affirmation de la Russie est fondée sur les éléments de preuve indiquant la délivrance par la Russie de certificats en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière à des producteurs à l'extérieur du territoire de l'Union douanière.²¹⁶ À cet égard, nous rappelons que la mesure visée par l'examen du Groupe spécial était la *non-reconnaissance* par la Russie des certificats déjà délivrés en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière pour des produits fabriqués dans les autres pays de l'Union douanière.²¹⁷ Le Groupe spécial a dit que la troisième mesure en cause concernait "seulement la non-reconnaissance par la Russie des certificats déjà délivrés à des producteurs ukrainiens en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans les autres pays de l'Union douanière" mais qu'"[e]lle ne concern[ait] pas la non-certification par la Russie"²¹⁸, c'est-à-dire la délivrance de certificats en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière par les autorités russes. Toutefois, les éléments de preuve communiqués par la Russie se rapportent à la *délivrance* par celle-ci de certificats en vertu de ce règlement technique. Spécifiquement, la Russie a indiqué au Groupe spécial qu'elle avait délivré des certificats en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et de ses modifications ultérieures à des producteurs situés en Allemagne, en Autriche, en Espagne, en Hongrie, en Italie, au Japon, dans la République tchèque, au Royaume-Uni et en Suisse.²¹⁹ Alors que le Groupe spécial a reconnu qu'"il y [avait] en effet des éléments de preuve montrant que la Russie [avait] elle-même délivré des certificats en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière à des producteurs situés dans des pays tiers", il a constaté en dernière analyse qu'"il n'y [avait] pas d'élément de preuve indiquant qu[e] ... la Russie [avait] effectivement permis l'enregistrement et l'importation de produits produits en dehors de l'Union douanière et couverts par un certificat délivré en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière par un autre pays de l'Union douanière."²²⁰ Nous pensons comme le Groupe spécial que "[l]a Russie n'[avait] donc pas réfuté les éléments de preuve de l'Ukraine concernant la non-reconnaissance qui montr[aient] qu'une condition relative à la production [avait] été appliquée" sur la base des éléments de preuve relatifs à la *délivrance* par les autorités russes de nouveaux certificats.²²¹

5.2.2.3 Conclusion

5.75. La Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que la troisième mesure était de nature "générale" et découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.861 de son rapport, selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure, en tant que prescription générale en matière

²¹⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 150.

²¹⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 149 et 150.

²¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.829.

²¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.829.

²¹⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 149 (faisant référence à Russie, réponse à la question n° 107 du Groupe spécial).

²²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.856.

²²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.856.

de non-reconnaissance dont les autorités russes compétentes estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, existait.

5.2.3 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en libérant l'Ukraine de la nécessité d'établir *prima facie* que la troisième mesure existait en tant que mesure unique

5.2.3.1 Arguments présentés en appel

5.76. La Russie nous demande d'infirmar la constatation du Groupe spécial selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure existait. Elle affirme que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en libérant de manière inadmissible l'Ukraine du devoir d'établir des éléments *prima facie* concernant l'existence d'une "mesure unique composée de plusieurs documents différents".²²² S'appuyant sur les rapports de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, la Russie affirme qu'un plaignant qui conteste une telle mesure aura "normalement besoin de présenter des éléments de preuve montrant comment les différents composants fonctionnent ensemble dans le cadre d'une mesure unique et comment une mesure unique existe en étant distincte de ses composants".²²³ Ainsi, selon la Russie, l'Ukraine était tenue d'établir des éléments *prima facie* concernant l'existence de la troisième mesure en tant que mesure unique.²²⁴ La Russie soutient que l'Ukraine s'est appuyée sur une "présomption non étayée de l'existence d'une mesure unique susceptible d'être contestée".²²⁵ Elle fait aussi valoir que les différents documents indiqués dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine, à savoir le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et les lettres, ont des valeurs juridiques et des champs d'application différents et que l'Ukraine était donc tenue d'expliquer comment ces différents instruments fonctionnaient ensemble en tant que mesure unique.²²⁶

5.77. En réponse, l'Ukraine soutient qu'elle a fourni des éléments de preuve et arguments suffisants pour établir *prima facie* que la troisième mesure existait en tant que mesure unique.²²⁷ Selon elle, la décision de ne pas reconnaître la validité des certificats délivrés pour les produits ferroviaires ukrainiens par les autres pays de l'Union douanière figure dans le Protocole n° A 4-3 et dans les lettres énumérées à l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial. L'Ukraine soutient que ces documents "démontrent clairement que la Fédération de Russie imposait des prescriptions additionnelles", à savoir la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local, et que les autorités russes elles-mêmes s'appuyaient sur le texte du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière en tant que source de ces prescriptions additionnelles.²²⁸ En outre, elle affirme que les instructions mentionnées à l'annexe III de sa demande d'établissement d'un groupe spécial "illustrent l'application pratique de la mesure unique".²²⁹ En ce qui concerne l'argument de la Russie fondé sur les différences alléguées de valeur juridique et de champ d'application entre les différents documents, l'Ukraine soutient que la décision de ne pas accepter sur le territoire de la Russie la validité des certificats d'évaluation de la conformité délivrés dans les autres pays de l'Union douanière était explicitement prescrite dans les lettres indiquées à l'annexe III de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, indépendamment de la nature de ces documents.²³⁰

²²² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 112 et 113. (soulignage omis)

²²³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 108 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.108).

²²⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 112.

²²⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 114.

²²⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 115 et 116.

²²⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 154 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 351 à 378; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 320 à 381).

²²⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 155 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 373).

²²⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 162.

²³⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 163.

5.2.3.2 Analyse

5.78. Pour commencer, nous rappelons que "tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC peut être une mesure de ce Membre aux fins d'une procédure de règlement des différends".²³¹ Pour identifier une mesure et ses caractéristiques, nous avons fait référence plus haut au critère prévu à l'article 11 du Mémoire d'accord, qui exige qu'un groupe spécial "passe[] au crible la mesure dont il [est] saisi, tant dans sa conception que dans son fonctionnement, et en détermine[] les principales caractéristiques".²³² Ce qui est requis exactement pour qu'un groupe spécial puisse faire cela varie nécessairement en fonction des circonstances de chaque affaire.²³³ Les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire pour structurer leur évaluation comme ils l'entendent, et ils ne font erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord que s'ils outrepassent leur pouvoir en tant que juge des faits.²³⁴ S'agissant de la question de savoir si un plaignant a établi des éléments *prima facie* montrant les caractéristiques pertinentes de la mesure, un plaignant n'a pas besoin de convaincre définitivement un groupe spécial de la solidité de sa position. En revanche, un plaignant s'acquitte de la charge *prima facie* qui lui incombe en présentant des arguments et éléments de preuve suffisants "pour établir une présomption en faveur de [son] allégation".²³⁵

5.79. Dans la présente affaire, le Groupe spécial a constaté que la contestation de l'Ukraine visait la décision de la Russie de ne pas reconnaître la validité des certificats délivrés pour les produits ferroviaires ukrainiens par des organismes de certification dans les autres pays de l'Union douanière. Il a examiné l'affirmation de l'Ukraine selon laquelle cette décision figurait dans le Protocole n° A 4-3 et dans deux décisions individuelles contenues dans les lettres énumérées à l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine. Le Groupe spécial a également considéré que l'Ukraine faisait valoir que la Russie fondait ses décisions alléguées contenues dans le Protocole n° A 4-3 et les lettres sur son interprétation du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.²³⁶ Il a ensuite effectué son propre examen des éléments de preuve pour évaluer les arguments et éléments de preuve présentés par l'Ukraine. Spécifiquement, il a examiné le Protocole n° A 4-3 et les lettres en cause et a observé qu'ils indiquaient que les autorités russes avaient décidé que les certificats pertinents délivrés par l'organisme de certification du Bélarus n'étaient pas valides sur le territoire de la Russie.²³⁷ Les documents en cause indiquaient aussi que ces décisions découlaient de l'interprétation faite par les autorités russes du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, selon laquelle un certificat ne pouvait pas être valablement délivré au titre du Règlement à moins que, entre autres choses, les produits aient été fabriqués sur le territoire de l'Union douanière.²³⁸ Selon le Groupe spécial, les décisions en cause étaient explicitement fondées sur le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'interprété par les autorités russes elles-mêmes.

5.80. Contrairement à ce que la Russie affirme en appel, le Groupe spécial n'a pas fondé sa constatation selon laquelle la troisième mesure existait sur une présomption non étayée de l'existence d'une mesure unique susceptible d'être contestée. En revanche, il a évalué les relations et interactions entre les différents instruments en cause et a confirmé que: i) les décisions alléguées de ne pas reconnaître les certificats délivrés au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans les autres pays de l'Union douanière pour les produits fabriqués à l'extérieur du territoire de l'Union douanière figuraient dans le Protocole n° A 4-3 et les lettres communiquées par l'Ukraine comme éléments de preuve; et ii) ces décisions étaient fondées sur l'interprétation faite par les autorités russes du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière. Le Groupe

²³¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 81. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Pommes*, paragraphe 171.

²³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 586 (citant les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171).

²³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157. Voir aussi, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.110.

²³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

²³⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Produits laitiers (article 21:5 – Nouvelle-Zélande et États-Unis II)*, paragraphe 66. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 134.

²³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.811 et 7.812 (faisant référence à l'Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 4, 315, 373, 377 et 398; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 339).

²³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.846.

²³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.847.

spécial a donc évalué les arguments et éléments de preuve que l'Ukraine avait présentés pour établir *prima facie* que la troisième mesure existait en tant que mesure unique.

5.81. En tout état de cause, nous observons que l'allégation de la Russie repose sur son affirmation selon laquelle les différences de valeur juridique et de champ d'application entre les différents documents présentés comme éléments de preuve de l'existence d'une mesure unique *doivent* être prises en considération, eu égard à la décision du Groupe spécial *États-Unis – EPO*.²³⁹ Or nous n'estimons pas que la déclaration de ce groupe spécial corrobore l'affirmation avancée par la Russie. En particulier, la question dont le Groupe spécial *États-Unis – EPO* était saisi était celle de savoir s'il fallait traiter plusieurs prescriptions ou dispositions comme une mesure unique ou comme de multiples mesures, et elle diffère donc de la question à laquelle nous devons répondre ici, qui est de savoir quels arguments et éléments de preuve sont nécessaires pour établir des éléments *prima facie* concernant l'existence d'une mesure unique.²⁴⁰ En outre, s'agissant de la question de savoir s'il faut traiter plusieurs prescriptions ou dispositions comme une mesure unique ou comme de multiples mesures, le Groupe spécial *États-Unis – EPO* n'a établi aucun critère spécifique, mais a souligné que l'analyse devait porter sur des considérations propres à l'affaire.²⁴¹

5.2.3.3 Conclusion

5.82. La Russie n'a pas établi que l'Ukraine ne s'était pas acquittée de la charge *prima facie* qui lui incombait d'établir l'existence de la troisième mesure en tant que mesure unique. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.861 de son rapport, selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure existait.

5.2.4 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la troisième mesure relevait de son mandat

5.2.4.1 Arguments en appel

5.83. La Russie nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la troisième mesure, telle que décrite dans son rapport, relevait de son mandat. D'après la Russie, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les articles 6:2 et 7:1 du Mémoire d'accord en constatant que la troisième mesure, telle que l'Ukraine l'avait définie dans sa première communication écrite au Groupe spécial et telle que le Groupe spécial en avait déterminé l'existence, relevait de son mandat.²⁴² La Russie soutient que, par conséquent, la mesure évaluée par le Groupe spécial n'était pas la troisième mesure qui relevait de son mandat et que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en élargissant indûment son domaine de compétence ainsi qu'en examinant cette mesure et en se prononçant à son sujet.

5.84. Premièrement, la Russie fait valoir que les descriptions de la troisième mesure figurant dans les communications écrites de l'Ukraine au Groupe spécial étaient "différentes quant à leur description, leur nature, leur champ d'application et leur teneur" de la troisième mesure indiquée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁴³ À cet égard, elle allègue que le Groupe spécial s'est indûment appuyé sur le troisième paragraphe descriptif de la section II de la demande d'établissement d'un groupe spécial dans son analyse du point de savoir si la troisième mesure décrite par l'Ukraine dans sa première communication écrite au Groupe spécial relevait de son mandat.²⁴⁴ Selon la Russie, "le sens courant du texte de la troisième mesure indique que l'Ukraine contestait le Règlement technique n° 001/2011 [de l'Union douanière] en tant que tel, lu conjointement avec [le Protocole n° A 4-3] et les instructions mentionnées à l'annexe III."²⁴⁵ La Russie note que, en revanche, l'Ukraine a décrit la troisième mesure dans sa première communication écrite comme étant "la *décision* de la Fédération de Russie de ne pas accepter sur son territoire la validité des certificats d'évaluation de la conformité délivrés aux producteurs

²³⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 109 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.50); déclaration liminaire à l'audience.

²⁴⁰ Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.50.

²⁴¹ Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.50.

²⁴² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 44.

²⁴³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 69.

²⁴⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 61 et 65.

²⁴⁵ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 77. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 70.

ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière"²⁴⁶; des "*prescriptions* additionnelles", à savoir la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local²⁴⁷; "les *procédures d'évaluation de la conformité*" établies à l'article 6 9) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, lu conjointement avec un certaine lettre figurant à l'annexe III²⁴⁸; et l'"*administration*" du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, lu conjointement avec le Protocole n° A 4-3 et les décisions figurant à l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁴⁹ Pour la Russie, ces différentes variantes de la description de la troisième mesure dans les premières communications écrites de l'Ukraine au Groupe spécial constituent des mesures *séparées*.

5.85. Deuxièmement, la Russie fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en faisant référence à la troisième mesure comme étant "la prescription alléguée en matière de non-reconnaissance découlant du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière".²⁵⁰ De plus, elle allègue que le Groupe spécial a fait référence à cette mesure d'une manière différente de celle dont elle lui avait été présentée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine. D'après la Russie, ni la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine ni sa première communication écrite au Groupe spécial n'indiquaient la troisième mesure dont le Groupe spécial a constaté l'existence. La Russie soutient que la qualification par le Groupe spécial de la troisième mesure était erronée parce que "[l]a description faite par le Groupe spécial de la mesure ne correspond[ait] *pas* à la manière dont l'Ukraine [avait] présenté sa *propre compréhension* de la troisième mesure" dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁵¹ Par conséquent, "la constatation du Groupe spécial selon laquelle c'était l'Ukraine qui avait indiqué la troisième mesure [telle que le Groupe spécial l'avait décrite] [était] clairement fausse"²⁵², et en fait, "le Groupe spécial a endossé le rôle d'une partie plaignante consistant à "indiquer[] la mesure spécifique en cause" à un stade ultérieur de la procédure" en adoptant une description de la mesure que l'Ukraine n'avait pas présentée.²⁵³

5.86. En réponse, l'Ukraine nous demande de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la troisième mesure contestée dans ses communications écrites relevait du mandat du Groupe spécial.²⁵⁴ Elle soutient que le Groupe spécial a correctement indiqué la troisième mesure en lisant la liste des instruments figurant dans la section II de sa demande d'établissement d'un groupe spécial conjointement avec les paragraphes descriptifs.²⁵⁵ En conséquence, l'Ukraine insiste sur le fait que sa demande d'établissement d'un groupe spécial "indiqu[ait] clairement et correctement la mesure spécifique" en cause et satisfaisait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.²⁵⁶ En outre, elle rappelle que le Groupe spécial a constaté qu'il n'existait pas une manière unique selon laquelle une mesure contestée devait être indiquée.²⁵⁷ D'après elle, cela tient au fait que la question de savoir si une demande d'établissement d'un groupe spécial indique de manière adéquate les mesures spécifiques en cause dépend du contexte particulier dans lequel ces mesures existent et fonctionnent.²⁵⁸ Dans la présente affaire, l'Ukraine soutient que le Groupe spécial a considéré à juste titre que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait suffisamment la mesure en cause et satisfaisait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.²⁵⁹ S'agissant de l'allégation de la Russie au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, elle soutient que le Groupe spécial a procédé à une analyse détaillée des arguments présentés par la Russie.²⁶⁰ Notant qu'une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 ne peut pas être fondée simplement sur la conclusion que l'Organe d'appel aurait pu aboutir à une constatation de fait différente de celle à laquelle le groupe spécial est arrivé²⁶¹,

²⁴⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 70. (pas d'italique dans l'original)

²⁴⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 71.

²⁴⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 72.

²⁴⁹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 73.

²⁵⁰ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 85.

²⁵¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 87. (italique dans l'original)

²⁵² Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 87.

²⁵³ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 92.

²⁵⁴ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 121.

²⁵⁵ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 74.

²⁵⁶ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 74.

²⁵⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 81 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.92).

²⁵⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 80 et 81.

²⁵⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 82.

²⁶⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 84.

²⁶¹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 83 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151).

l'Ukraine soutient que la Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11.²⁶²

5.87. D'après l'Ukraine, sur la base d'une lecture correcte de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la troisième mesure indiquée dans ladite demande est la "*décision* [de la Russie] de ne pas accepter sur son territoire la validité des certificats d'évaluation de la conformité délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière et de ne pas enregistrer ces producteurs en vue de l'exercice d'activités sur son territoire".²⁶³ Eu égard à cela, l'Ukraine considère que la troisième mesure indiquée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial n'avait pas été modifiée dans ses communications ultérieures²⁶⁴, et que la description faite par le Groupe spécial de la troisième mesure était aussi conforme à la troisième mesure telle qu'indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁶⁵ Sur la base des considérations qui précèdent, l'Ukraine demande également que nous rejetions l'allégation de la Russie selon laquelle il a été porté atteinte à ses droits en matière de régularité de la procédure.²⁶⁶

5.88. S'agissant de l'allégation de la Russie selon laquelle les différentes variantes de la troisième mesure figurant dans les communications écrites de l'Ukraine constituent des "mesures" différentes, l'Ukraine note d'abord que les parties du rapport du Groupe spécial que la Russie conteste ne font qu'"expliqu[er] le contexte de la troisième mesure ... et ... ne contiennent pas de signification ou de définitions additionnelles" de la troisième mesure.²⁶⁷ Elle soutient qu'elle n'a pas allégué que les diverses variantes de la troisième mesure étaient des mesures séparées, mais qu'elles représentaient des "éléments constitutifs" et l'"application pratique" de la troisième mesure.²⁶⁸ S'agissant de l'allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial avait modifié la troisième mesure par rapport à la manière dont elle avait été présentée par l'Ukraine, l'Ukraine a rappelé que la troisième mesure, interprétée correctement d'après la demande d'établissement d'un groupe spécial, était "la décision de la Fédération de Russie de ne pas accepter sur son territoire la validité des certificats d'évaluation de la conformité délivrés aux producteurs ukrainiens dans les autres pays de l'Union douanière".²⁶⁹ Cette "décision" figure dans le Protocole n° A 4-3 auquel il est explicitement fait référence dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, et elle établit la condition relative à la production locale sur la base de l'interprétation donnée par les autorités du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.²⁷⁰ Par conséquent, l'Ukraine soutient que la description faite par le Groupe spécial de la troisième mesure en tant que "prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont [les autorités russes compétentes] estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient" était correcte.²⁷¹

5.2.4.2 Analyse

5.89. Les participants ne sont pas d'accord sur la question de savoir si la troisième mesure que l'Ukraine a contestée, et que le Groupe spécial a interprétée et évaluée pour en déterminer la conformité avec les accords visés, était la troisième mesure que l'Ukraine avait indiquée dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. En particulier, le Groupe spécial a constaté que la troisième mesure indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial était la prescription alléguée selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits ferroviaires certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière.²⁷² Il a ensuite constaté que les autorités russes compétentes appliquaient une "prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont [elles] estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient", selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés en vertu du Règlement dans les autres pays de l'Union douanière si les produits certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière.²⁷³ Pour sa part, la Russie soutient que ce que

²⁶² Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 85.

²⁶³ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 95. (italique dans l'original)

²⁶⁴ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 97.

²⁶⁵ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 106 et 107.

²⁶⁶ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 117 à 119.

²⁶⁷ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 115.

²⁶⁸ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 116.

²⁶⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 124.

²⁷⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 124 et 125.

²⁷¹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 127.

²⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.103.

²⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.861.

l'Ukraine avait indiqué comme étant la troisième mesure dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, c'est le "Règlement technique n° 001/2011 [de l'Union douanière] ... lu conjointement avec [le Protocole n° A 4-3 et les lettres énumérées à l'annexe III de la demande d'établissement d'un groupe spécial]".²⁷⁴ Donc, selon la Russie, ni la troisième mesure dont le Groupe spécial avait constaté l'existence ni la troisième mesure contestée par l'Ukraine ne relevaient du mandat du Groupe spécial.

5.90. S'agissant de l'allégation séparée de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans sa décision préliminaire, plus haut dans la section 5.1, nous n'avons pas souscrit à l'avis de la Russie selon lequel le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que la troisième mesure indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était la prescription alléguée selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits ferroviaires certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière.²⁷⁵ En particulier, nous avons constaté que le Groupe spécial avait eu raison d'examiner la demande d'établissement d'un groupe spécial dans son ensemble, y compris le troisième paragraphe descriptif de sa section II. Ici, la Russie allègue que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les articles 6:2 et 7:1 du Mémorandum d'accord en constatant que la troisième mesure, telle que décrite par l'Ukraine dans sa première communication écrite au Groupe spécial et telle que déterminée par le Groupe spécial, relevait de son mandat. Cette allégation est fondée sur l'hypothèse même que nous avons rejetée dans notre analyse des allégations de la Russie concernant la décision préliminaire du Groupe spécial, à savoir que le Groupe spécial avait fait erreur en constatant que la troisième mesure était constituée par une prescription selon laquelle les autorités russes ne devaient pas reconnaître les certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière si les produits ferroviaires certifiés n'avaient pas été produits dans un pays de l'Union douanière. Ayant rejeté cette affirmation, nous devons pour la même raison également rejeter l'affirmation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la troisième mesure, telle que l'Ukraine l'avait définie dans sa première communication écrite au Groupe spécial et telle que le Groupe spécial en avait déterminé l'existence, relevait de son mandat.

5.2.4.3 Conclusion

5.91. L'allégation de la Russie concernant le mandat relatif à la troisième mesure est fondée sur l'hypothèse que le Groupe spécial a fait erreur dans sa décision préliminaire. Nous avons rejeté cette allégation d'erreur et confirmé la décision préliminaire du Groupe spécial. En conséquence, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.823 et 8.1.d.i de son rapport, selon laquelle la prescription en matière de non-reconnaissance fondée sur la condition relative à la production locale lui était soumise à bon droit.

5.2.5 Allégation de la Russie selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations concernant la condition relative à l'enregistrement alléguée

5.2.5.1 Arguments présentés en appel

5.92. La Russie nous demande d'infirmer les "constatations" erronées du Groupe spécial concernant la condition relative à l'enregistrement local.²⁷⁶ Elle rappelle que le Groupe spécial a constaté que "[l]a non-reconnaissance résultant du non-respect de la condition relative à l'enregistrement alléguée n'[était] ... pas une mesure relevant de [son] mandat." Par conséquent, il a conclu qu'il "ne formuler[ait] pas de constatations au sujet des allégations de l'Ukraine relatives à la non-reconnaissance qui concern[aient] la condition relative à l'enregistrement alléguée".²⁷⁷ La Russie soutient que, malgré cette constatation, le Groupe spécial a continué à formuler des constatations concernant la condition relative à l'enregistrement alléguée et a pris ces constatations

²⁷⁴ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 70 (citant Ukraine, demande d'établissement d'un groupe spécial, page 2).

²⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.103.

²⁷⁶ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphes 105 et 106. D'après la Russie, ces "constatations" figurent aux paragraphes 7.847, 7.849, 7.850 (troisième et quatrième phrases), 7.853, 7.854, 7.861, 7.897, 7.899, 7.917 et 7.926 du rapport du Groupe spécial. (*Ibid.*, paragraphe 106)

²⁷⁷ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 102 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.825).

en compte. Elle allègue que cela constitue une erreur au regard de l'article 11 du Mémorandum d'accord.²⁷⁸

5.93. L'Ukraine, pour sa part, nous demande de confirmer les constatations du Groupe spécial contestées par la Russie.²⁷⁹ D'après elle, le Groupe spécial n'a pas outrepassé son mandat en faisant référence à la condition relative à l'enregistrement local.²⁸⁰

5.2.5.2 Analyse

5.94. La Russie allègue que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi parce qu'il "[a] considér[é] la condition relative à l'enregistrement [local] alléguée comme si cet élément de la troisième mesure telle que décrite dans la [première communication écrite] de l'Ukraine relevait de son mandat".²⁸¹ Donc, la question dont nous sommes saisis est celle de savoir si les paragraphes contestés du rapport du Groupe spécial concernant la condition relative à l'enregistrement local constituent l'évaluation d'une question dont le Groupe spécial n'était pas saisi.

5.95. L'article 11 du Mémorandum d'accord dispose qu'un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la "question" dont il est saisi. Le terme "question" figure à l'article 7 du Mémorandum d'accord. L'Organe d'appel a dit que "[l]es mesures et les allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial constitu[ai]ent la "question portée devant l'ORD", qui ser[va]it de fondement pour le mandat du groupe spécial au titre de l'article 7:1 du Mémorandum d'accord".²⁸² L'article 11 du Mémorandum d'accord fait aussi référence à la "question" dont le Groupe spécial est saisi, et il exige qu'un groupe spécial procède à une évaluation objective de cette "question".²⁸³ Plus spécifiquement, l'article 11 exige que les groupes spéciaux procèdent à une évaluation objective, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions. Toute erreur dans l'appréciation des éléments de preuve n'équivaudra pas nécessairement à un manquement du groupe spécial à l'obligation de s'acquitter de ses devoirs au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Par exemple, quelques inexactitudes sans conséquence ne constitueront pas nécessairement une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord dès lors qu'elles ne compromettent pas le reste de l'analyse du groupe spécial.²⁸⁴ Seules les erreurs qui sont si importantes que, "prises conjointement ou isolément", elles compromettent l'objectivité de l'évaluation de la question par le groupe spécial entraînent une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord.²⁸⁵ L'Organe d'appel a également constaté que les groupes spéciaux n'avaient pas outrepassé leur mandat lorsqu'ils avaient formulé certaines observations purement descriptives qui n'équivalaient pas à des constatations ou conclusions juridiques.²⁸⁶

5.96. Gardant cela à l'esprit, nous évaluons maintenant si, en examinant la condition relative à l'enregistrement local, le Groupe spécial a outrepassé son mandat et a ainsi agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord. La Russie conteste les déclarations suivantes formulées par le Groupe spécial. Premièrement, les paragraphes 7.847 et 7.849, figurant dans la section intitulée "Existence de la [troisième] mesure en cause" du rapport du Groupe spécial, contiennent l'examen factuel effectué par le Groupe spécial des trois lettres adressées par l'ART fédérale russe aux producteurs ukrainiens, que l'Ukraine avait soumises à titre d'éléments de preuve. Deuxièmement, les paragraphes 7.850 (troisième et quatrième phrases), 7.853 et 7.854, apparaissent également dans la même section, et le Groupe spécial a indiqué dans ces paragraphes

²⁷⁸ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 101.

²⁷⁹ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphe 150.

²⁸⁰ Ukraine, communication en tant qu'intimé, paragraphes 147 et 149.

²⁸¹ Russie, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 105.

²⁸² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Radionucléides*, paragraphe 5.113 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Guatemala – Ciment I*, paragraphes 72 et 73; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 125; *Australie – Pommes*, paragraphe 416; *Chine – Matières premières*, paragraphe 219).

²⁸³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Radionucléides*, paragraphe 5.113.

²⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Morceaux de poulet*, paragraphes 185 et 186.

²⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 992 (citant les rapports de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 499; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1318). Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphes 5.178 et 5.179.

²⁸⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 110; *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 20.

comment il comprenait la "prescription en matière de non-reconnaissance" et l'interprétation donnée par les autorités russes du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière. Troisièmement, le paragraphe 7.861 constitue la conclusion de la section relative à l'"Existence de la [troisième] mesure en cause", dans laquelle le Groupe spécial a constaté qu'il avait été démontré que la troisième mesure existait. Enfin, les paragraphes 7.897, 7.899, 7.917 et 7.926 apparaissent dans les sections traitant des allégations de l'Ukraine au titre des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 concernant la troisième mesure. Plus spécifiquement, ces paragraphes apparaissent dans le contexte de l'évaluation par le Groupe spécial de la question de savoir si les produits ferroviaires ukrainiens et certaines autres marchandises étaient "similaires" et si la Russie avait traité les produits ferroviaires ukrainiens moins favorablement.

5.97. S'agissant du premier groupe de paragraphes du rapport du Groupe spécial contestés par la Russie dans le cadre de la présente allégation, à savoir les paragraphes 7.847 et 7.849 du rapport du Groupe spécial, le Groupe spécial a décrit la teneur du Protocole n° A 4-3 et des lettres présentées par l'Ukraine en tant qu'éléments de preuve concernant la troisième mesure. Au paragraphe 7.847, le Groupe spécial a noté que les autorités russes avaient fourni leur interprétation des articles 1 1) et 6 9) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière dans le Protocole n° A 4-3 et les lettres. D'après cette interprétation, un certificat ne peut pas être valablement délivré en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, à moins qu'il n'ait été satisfait à la condition relative à la production locale et à la condition relative à l'enregistrement local. Au paragraphe 7.849, le Groupe spécial a continué à décrire la teneur du Protocole n° A 4-3 et des lettres, et a précisé que la référence à la condition relative à l'enregistrement local se trouvait dans seulement deux des lettres, mais pas dans le Protocole.

5.98. Selon nous, ces remarques du Groupe spécial sont des observations descriptives concernant les éléments de preuve présentés par l'Ukraine au sujet de la troisième mesure en cause. D'après l'examen fait par le Groupe spécial des éléments de preuve, en particulier les lettres de 2016, la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local étaient toutes les deux mentionnées ensemble dans chaque lettre. Ainsi, la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local faisaient partie des *mêmes* éléments de preuve présentés au Groupe spécial par l'Ukraine pour prouver l'existence de la troisième mesure. Dans ce contexte, nous ne considérons pas que le Groupe spécial a outrepassé son mandat en décrivant simplement la teneur des éléments de preuve dont il disposait. Comme il a été noté plus haut, en formulant des observations descriptives sur un élément de preuve, un groupe spécial n'outrepasse pas nécessairement son mandat, spécialement dans les cas où ces déclarations n'équivalent pas à des constatations ou conclusions juridiques.

5.99. Nous passons maintenant au deuxième groupe de paragraphes du rapport du Groupe spécial contestés par la Russie dans le cadre de la présente allégation. Dans la troisième et la quatrième phrase du paragraphe 7.850, le Groupe spécial a examiné l'argument de la Russie selon lequel les lettres concernaient les produits de deux producteurs ukrainiens seulement et n'étaient pas d'application générale. En réponse à cet argument, il a observé dans la troisième phrase que rien dans le Protocole ou les lettres ne permettait de penser que l'interprétation donnée par les autorités russes des articles 1 1) et 6 9) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière ne serait pas d'application générale et s'appliquerait seulement aux producteurs ukrainiens. Dans la quatrième phrase, le Groupe spécial a conclu que "les documents pertinents fourniss[aient] une interprétation générale" sur la base de son examen du Protocole n° A 4-3 et des lettres. Passant ensuite aux paragraphes 7.853 et 7.854, nous notons que le Groupe spécial, au paragraphe 7.853, a considéré que le Protocole n° A 4-3 et les lettres étayaient son point de vue selon lequel les autorités russes appliquaient une prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont elles estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient. Au paragraphe 7.854, le Groupe spécial a souligné que les éléments de preuve indiquaient que la prescription en matière de non-reconnaissance découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'"interprété" par les autorités russes. En conséquence, le Groupe spécial a constaté que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine indiquait correctement le Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, tel qu'interprété et appliqué par la Russie dans le Protocole et les lettres, comme étant la source de la prescription en matière de non-reconnaissance.

5.100. Nous n'estimons pas que le Groupe spécial a formulé des constatations concernant la condition relative à l'enregistrement local en soi dans ces paragraphes. En particulier, il n'y a aucune mention de la condition relative à l'enregistrement local. Même si les paragraphes 7.853 et 7.854

font référence à la "prescription en matière de non-reconnaissance", qui, d'après l'examen des éléments de preuve fait par le Groupe spécial dans les paragraphes précédents, comprend la condition relative à l'enregistrement local, cette prescription comprend aussi la condition relative à la production locale, dont le Groupe spécial a constaté qu'elle relevait de son mandat. De même, au paragraphe 7.850, le Groupe spécial a conclu que "[l]es documents pertinents fourniss[aient] une interprétation générale." Cette interprétation inclut non seulement l'interprétation de l'article 6 9) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière qui concerne la condition relative à l'enregistrement local, mais aussi l'interprétation de l'article 1 1) du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière qui concerne la condition relative à la production locale. Selon nous, le Groupe spécial a examiné la "prescription en matière de non-reconnaissance" et l'interprétation du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière fournie dans les documents en cause *dans leur ensemble*, et a extrapolé les caractéristiques pertinentes pour préciser sa compréhension de la troisième mesure en cause. Par exemple, au paragraphe 7.853, le Groupe spécial a considéré que le Protocole n° A 4-3 et les lettres montraient qu'une "prescription en matière de non-reconnaissance" générale était appliquée, avant de conclure que "[l]es situations dans lesquelles cette prescription était appliquée comprenaient celles dans lesquelles un certificat avait été délivré dans un autre pays de l'Union douanière en violation de la condition relative à la production." Aux paragraphes 7.850 et 7.854, le Groupe spécial conclut que la "prescription en matière de non-reconnaissance" découle du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière et que les documents fournissent une interprétation "générale", qui sous-tend la compréhension qu'il a de la *troisième mesure*, à savoir qu'elle est de nature générale et découle du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.²⁸⁷ Selon nous, dans les paragraphes contestés de son rapport, le Groupe spécial a examiné des éléments de preuve concernant la condition relative à la production locale et la troisième mesure en cause, mais il n'a formulé aucune constatation concernant la condition relative à l'enregistrement local en soi.

5.101. Au paragraphe 7.861, le Groupe spécial a conclu qu'il avait été démontré que la troisième mesure existait. Pour ce faire, il a constaté que la troisième mesure était constituée par la prescription en matière de non-reconnaissance, dont les autorités russes estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient, pour les produits ne remplissant pas la condition relative à la production locale ou la condition relative à l'enregistrement local. Dans ce contexte, le Groupe spécial a fait une référence à la condition relative à l'enregistrement local lorsqu'il a décrit la teneur de la "prescription en matière de non-reconnaissance". Cependant, de notre point de vue, cette référence à la condition relative à l'enregistrement local fait partie du *raisonnement* du Groupe spécial lié à sa constatation concernant l'existence de la troisième mesure. À cet égard, nous rappelons que le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve, à savoir le Protocole n° A 4-3 et les lettres, contenaient à la fois la condition relative à la production locale et la condition relative à l'enregistrement local. En tant que tels, ces documents étayaient la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la Russie appliquait la "prescription en matière de non-reconnaissance" comprenant les deux conditions, qui constituait elle-même le fondement de la constatation du Groupe spécial selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure existait. Donc, nous ne constatons pas que le Groupe spécial a formulé une quelconque "constatation" concernant la condition relative à l'enregistrement local en soi, mais plutôt qu'il a fondé sa conclusion relative à l'existence de la troisième mesure sur son examen des éléments de preuve dont il disposait.

5.102. De plus, la référence du Groupe spécial à la condition relative à l'enregistrement local dans la section relative à l'"Existence de la [troisième] mesure en cause" devrait être considérée à la lumière de la conclusion qu'il a formulée dans cette section, au paragraphe 7.862, selon laquelle "la prescription en matière de non-reconnaissance rel[evait] du mandat du Groupe spécial seulement dans la mesure où elle exig[ait] la non-reconnaissance dans les situations où les produits certifiés n'[avaient] pas été produits dans un pays de l'Union douanière."²⁸⁸ La conclusion du Groupe spécial démontre qu'il était conscient des limites de son mandat et, en particulier, du fait que son mandat n'incluait pas la condition relative à l'enregistrement local. Selon nous, le paragraphe 7.862 précise donc les constatations du Groupe spécial relatives à l'existence de la troisième mesure dans le sens

²⁸⁷ Le Groupe spécial a constaté qu'il "[avait] été démontré que la troisième mesure existait" sur la base du fait que les éléments de preuve étayaient la conclusion que les autorités russes compétentes "appliquaient une prescription générale en matière de non-reconnaissance, dont ces autorités estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière tel qu'elles l'interprétaient". Ultérieurement, il a précisé que la troisième mesure relevant de son mandat concernait seulement la condition relative à la production locale. (Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.861 et 7.862)

²⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.862.

où ces constatations concernent cette mesure seulement pour ce qui est de la condition relative à la production locale.

5.103. Nous passons maintenant au troisième groupe de paragraphes du rapport du Groupe spécial contestés par la Russie dans le cadre de l'allégation selon laquelle le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en formulant des "constatations" concernant la condition relative à l'enregistrement local, à savoir les paragraphes 7.897, 7.899, 7.917 et 7.926 du rapport du Groupe spécial. Les paragraphes 7.897 et 7.899 se trouvent dans l'analyse faite par le Groupe spécial des produits importés similaires dans le contexte de l'allégation de l'Ukraine au titre de l'article I:1 du GATT de 1994 concernant la troisième mesure. Au paragraphe 7.897, le Groupe spécial a examiné l'argument de l'Ukraine²⁸⁹ selon lequel la troisième mesure établissait une distinction entre les produits fondée uniquement sur l'origine du produit. Il a commencé son analyse en rappelant que, au titre de la "prescription en matière de non-reconnaissance", les autorités russes ne reconnaîtraient pas un certificat délivré en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière par d'autres pays de l'Union douanière pour un produit fabriqué en Ukraine. Le Groupe spécial a comparé un produit ukrainien, d'une part, et un produit biélorussien ou kazakh, d'autre part. En faisant cette comparaison, il a supposé que les requérants, dans chaque cas, étaient enregistrés dans le pays des autorités responsables de la conformité pertinentes, autrement dit qu'ils remplissaient la condition relative à l'enregistrement local. Sur la base de cette analyse, le Groupe spécial a conclu que le seul fondement de la différence de traitement entre les produits était le lieu où ils avaient été produits. En conséquence, il a constaté que la prescription en matière de non-reconnaissance, dans certaines situations, établissait une distinction fondée sur l'origine des produits. Au paragraphe 7.899, le Groupe spécial, sur la base de son analyse, a conclu que "la prescription en matière de non-reconnaissance aboutissait à une distinction entre les produits ferroviaires importés qui était fondée sur l'origine, [et que] la similarité des produits [pouvait] être présumée."²⁹⁰

5.104. Les paragraphes 7.917 et 7.926 du rapport du Groupe spécial se trouvent dans la section contenant l'analyse par le Groupe spécial de la troisième mesure dans le cadre de l'allégation de l'Ukraine au titre de l'article III:4 du GATT de 1994. Au paragraphe 7.197, le Groupe spécial a examiné si les produits importés et nationaux étaient "similaires". Comme pour son analyse au titre de l'article I:1, il a commencé par rappeler que, au titre de la prescription en matière de non-reconnaissance, les autorités russes ne reconnaîtraient pas un certificat délivré en vertu du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière par d'autres pays de l'Union douanière pour un produit fabriqué en Ukraine. Le Groupe spécial a ensuite comparé un produit ukrainien avec un produit russe. En faisant cette comparaison, il a supposé que les requérants, dans chaque cas, étaient enregistrés dans le pays des autorités responsables de la conformité pertinentes, autrement dit qu'ils remplissaient la condition relative à l'enregistrement local. Sur la base de cette analyse, le Groupe spécial a conclu que, dans certaines situations, les produits ukrainiens et les produits nationaux (russes) étaient traités différemment sur la seule base du lieu où ils avaient été produits. Au paragraphe 7.926, le Groupe spécial a examiné s'il y avait un traitement "moins favorable" au sens de l'article III:4. Il a rappelé que, au titre de la prescription en matière de non-reconnaissance, un produit produit en Ukraine et un produit produit dans le pays (en Russie) seraient traités différemment dans certaines situations, à savoir lorsque les deux produits satisfaisaient à la condition relative à l'enregistrement local. En conséquence, le Groupe spécial a conclu que "dans certaines situations (lorsque le requérant demandant la certification [était] enregistré à l'endroit où l'organisme de certification [était] également situé), la prescription en matière de non-reconnaissance fauss[ait] les conditions de concurrence au détriment d'une sous-catégorie de produits importés qui [était] constituée des produits qui n'[étaient] pas produits dans un pays de l'Union douanière". En outre, il a déterminé que la prescription en matière de non-reconnaissance soumettait ces produits importés à un traitement "moins favorable" par rapport aux produits nationaux similaires.²⁹¹

²⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.896.

²⁹⁰ Le Groupe spécial a rappelé que ces situations se produisaient lorsque: deux produits ferroviaires importés [avaient] été certifiés dans un pays de l'Union douanière, l'un produit dans l'Union douanière, l'autre en dehors de l'Union douanière, et que le requérant [avait] été dans chaque cas enregistré dans le pays de l'Union douanière où il [avait] demandé la certification.

(Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.899)

²⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.926.

5.105. Selon nous, ces constatations du Groupe spécial concernaient la troisième mesure telle qu'elle se rapportait à la condition relative à la production locale. Spécifiquement, comme cela a été résumé plus haut, dans ces paragraphes, le Groupe spécial a constaté que les produits ukrainiens étaient traités différemment sur la base du lieu où ils avaient été *produits*. Il n'a pas formulé de constatations concernant le traitement sur la base du fait qu'une société requérante était enregistrée ou non dans le pays de l'autorité responsable de l'évaluation de la conformité. Il est vrai que le Groupe spécial a formulé des remarques concernant la condition relative à l'enregistrement local, mais elles n'avaient pour but que d'isoler l'incidence de la condition relative à la production locale. En d'autres termes, si le Groupe spécial n'avait pas supposé que les produits en cause étaient comparables à tous égards hormis leur lieu de fabrication, il n'aurait pas pu établir une constatation concernant l'incidence de la condition relative à la production locale. Donc, nous considérons que ces remarques ne constituent pas des constatations en soi, et que le Groupe spécial décrivait des aspects de son analyse comparative. Par conséquent, nous ne considérons pas que ces remarques sur la condition relative à l'enregistrement local constituent une évaluation ou une "constatation" concernant cette condition en soi.

5.2.5.3 Conclusion

5.106. Les déclarations du Groupe spécial contestées par la Russie au motif qu'elles constituaient des "constatations" concernant la condition relative à l'enregistrement local soit étaient simplement des déclarations descriptives soit concernaient la troisième mesure relevant du mandat du Groupe spécial. En conséquence, nous constatons que la Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en continuant à formuler des constatations concernant une question qui ne relevait pas de son mandat.

5.3 Allégation de l'Ukraine au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC

5.107. Nous examinons maintenant l'allégation de l'Ukraine selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC et n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. L'Ukraine nous demande d'infirmar les conclusions formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.1.b.i et 8.1.c.i de son rapport.²⁹²

5.3.1 Constatations du Groupe spécial

5.108. Le Groupe spécial a noté que l'article 5.1.1 de l'Accord OTC établissait les obligations d'accorder le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne l'accès des fournisseurs d'autres Membres aux procédures d'évaluation de la conformité visées des Membres importateurs.²⁹³ À son avis, un Membre importateur agissait d'une manière incompatible avec l'article 5.1.1 si trois éléments étaient établis: i) les fournisseurs d'un autre Membre auxquels un accès moins favorable avait été accordé étaient des fournisseurs de produits qui étaient "similaires" aux produits de fournisseurs nationaux ou de fournisseurs de tout autre pays auxquels un accès plus favorable avait été accordé; ii) le Membre importateur (au moyen de l'élaboration, de l'adoption ou de l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité visée) "accord[ait] accès" à des fournisseurs de produits d'un autre Membre "à des conditions moins favorables" que celles qui étaient accordées aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits de tout autre pays; et iii) le Membre importateur accordait accès à des conditions moins favorables aux fournisseurs de produits similaires "dans une situation comparable".²⁹⁴

5.109. S'agissant du premier élément, le Groupe spécial a considéré que les critères qui étaient appliqués pour déterminer si des produits étaient "similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC étaient applicables dans le contexte de l'article 5.1.1.²⁹⁵ En ce qui concerne l'expression "conditions non moins favorables", le Groupe spécial a observé que des conditions d'accès différenciées seraient pertinentes au titre de l'article 5.1.1 si elles modifiaient les conditions de concurrence, ou les possibilités de concurrence, entre les fournisseurs concernés de produits

²⁹² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 175 et 258.

²⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

²⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.251.

²⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.254.

similaires au détriment des fournisseurs du Membre plaignant.²⁹⁶ Le Groupe spécial a rappelé que l'Ukraine contestait non pas l'élaboration ou l'adoption d'une procédure d'évaluation de la conformité (c'est-à-dire pas une procédure d'évaluation de la conformité en tant que telle), mais l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité à des fournisseurs ukrainiens particuliers (c'est-à-dire des cas individuels d'application de la procédure).²⁹⁷ Selon lui, dans une contestation de ce genre, il existait des conditions d'accès moins favorables "dans les cas où le Membre importateur ni[ait] ou limit[ait] le droit ou la possibilité pour un fournisseur d'un autre Membre de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées selon les règles de la procédure d'évaluation de la conformité applicable, soit pour l'ensemble de la procédure d'évaluation de la conformité, soit pour une quelconque de ses parties pertinentes, mais ne ni[ait] ni ne limit[ait] le droit ou la possibilité d'accès d'un autre fournisseur d'un produit similaire du Membre importateur ou de tout autre pays."²⁹⁸

5.110. Par ailleurs, le Groupe spécial a tenu compte du fait que, à la différence de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le texte de l'article 5.1.1 précisait les obligations de non-discrimination en incluant le membre de phrase "dans une situation comparable".²⁹⁹ À son avis, ce membre de phrase "confirm[ait] que l'article 5.1.1 autoris[ait] des conditions d'accès différenciées dans les cas où les situations en question n[étaient] pas comparables" et "ménage[ait] au Membre importateur un certain degré de flexibilité pour concevoir et appliquer ses procédures d'évaluation de la conformité d'une manière qui [était] appropriée à la situation".³⁰⁰ Le Groupe spécial n'était donc pas convaincu de la nécessité d'inclure dans l'article 5.1.1 le critère élaboré par l'Organe d'appel pour la détermination de l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.³⁰¹

5.111. En ce qui concerne l'interprétation de l'expression "dans une situation comparable", le Groupe spécial a noté qu'elle "précis[ait] la partie précédente de la première phrase de l'article 5.1.1, c'est-à-dire la prescription imposant d'accorder accès à des conditions non moins favorables".³⁰² Il a considéré que "ce membre de phrase justif[ait] la comparaison de conditions d'accès différenciées en vue de déterminer si des conditions d'accès moins favorables [étaient] accordées alors que la situation [était] comparable."³⁰³ Pour le Groupe spécial, le contexte pertinent s'agissant d'évaluer si une situation était comparable, auquel cas des conditions d'accès non moins favorables devaient être accordées, était l'évaluation de la conformité selon les règles de la procédure et la conduite d'activités d'évaluation de la conformité. Renvoyant à la définition des procédures d'évaluation de la conformité figurant à l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a conclu que "les aspects d'une situation qui [avaient] une incidence, par exemple, sur la capacité du membre importateur de mener de telles activités selon les règles de la procédure avec une assurance suffisante sembleraient, en principe, pertinents" et que "les aspects pertinents d'une situation comprendraient des aspects spécifiques aux fournisseurs dont il [était] allégué qu'ils [s'étaient] vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs."³⁰⁴

5.112. Passant à l'application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux 14 instructions au moyen desquelles l'IBF avait suspendu des certificats valides détenus par des producteurs ukrainiens de produits ferroviaires, le Groupe spécial a considéré que l'Ukraine "[avait] la charge de démontrer que la Russie appliquait sa procédure d'évaluation de la conformité des produits ferroviaires de manière que les fournisseurs de produits similaires originaires d'Ukraine y aient accès à des conditions moins favorables que celles qui étaient accordées aux fournisseurs de produits similaires russes ou de produits similaires d'autres pays, dans une situation comparable".³⁰⁵ Aux fins de l'examen des éléments nécessaires à la démonstration d'une incompatibilité avec l'article 5.1.1, le Groupe spécial a supposé que les fournisseurs ukrainiens concernés étaient des fournisseurs de

²⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.260.

²⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

²⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

²⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.271.

³⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.272.

³⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.273.

³⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282. (note de bas de page omise)

³⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.286 et 7.287.

produits ferroviaires "similaires" à ceux des fournisseurs russes et d'autres fournisseurs étrangers dont l'Ukraine alléguait qu'ils bénéficiaient de meilleures conditions d'accès.³⁰⁶

5.113. S'agissant de la question de savoir si la Russie avait accordé à des fournisseurs spécifiques de produits d'un autre Membre accès à des conditions moins favorables, le Groupe spécial a considéré que les contrôles d'inspection en cause relevaient de la définition des "procédures d'évaluation de la conformité" figurant à l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC.³⁰⁷ Les éléments de preuve présentés au Groupe spécial démontraient que, au moyen des 14 instructions, l'IBF avait suspendu des certificats valides détenus par les 5 fournisseurs affectés de produits ferroviaires ukrainiens parce que les conditions nécessaires au contrôle d'inspection n'étaient pas réunies au moment où l'instruction correspondante avait été émise et, par conséquent, "n'[avait] pas accordé aux fournisseurs affectés de produits ferroviaires ukrainiens l'accès au contrôle d'inspection, qui [faisait] partie de la procédure russe d'évaluation de la conformité des produits ferroviaires".³⁰⁸ En même temps, l'IBF avait accordé à des fournisseurs de produits ferroviaires russes et européens accès à ce contrôle d'inspection.³⁰⁹ Pour le Groupe spécial, cette différence modifiait les conditions de concurrence s'agissant de l'accès à la procédure russe d'évaluation de la conformité des produits ferroviaires au détriment de chacun des fournisseurs ukrainiens affectés.³¹⁰ Le Groupe spécial a donc constaté que "la Russie, en émettant les 14 instructions contestées, [avait] appliqué sa procédure d'évaluation de la conformité de manière que les fournisseurs concernés de produits ferroviaires ukrainiens y aient accès à des conditions moins favorables que celles qui étaient accordées aux fournisseurs de produits ferroviaires russes et européens."³¹¹

5.114. S'agissant de la question de savoir si les fournisseurs ukrainiens et ceux d'autres Membres étaient "dans une situation comparable", le Groupe spécial a été d'avis que "procéder à une évaluation objective de la question suppos[ait] d'examiner tant les explications fournies dans les instructions contestées que les explications fournies par la Russie dans la présente procédure" sur la base des éléments de preuve versés au dossier.³¹² Dans son évaluation globale des éléments de preuve versés au dossier, le Groupe spécial a souligné que, alors que les Membres importateurs ne devraient pas être autorisés à la légère à invoquer une incapacité de mener à bien certaines parties de leur procédure d'évaluation de la conformité, car cela pourrait compromettre des engagements en matière d'accès aux marchés, des inspections étaient souvent réalisées à l'étranger par des fonctionnaires gouvernementaux du Membre importateur, dont la vie ou la santé pourraient, dans certaines situations, être exposées à des risques.³¹³ Pour le Groupe spécial, dans les circonstances spécifiques du différend, "le Membre importateur qui appliqu[ait] l'article 5.1.1 [pouvait] être confronté à la nécessité de soupeser et mettre en balance les intérêts des fournisseurs de produits originaires du territoire d'autres Membres dans le cadre d'une évaluation de la conformité et son intérêt s'agissant de protéger la santé ou la vie de ses employés lorsque ceux-ci [menaient] des activités d'évaluation de la conformité, telles que des inspections, à l'étranger."³¹⁴

5.115. Sur la base des éléments de preuve dont il disposait, le Groupe spécial a considéré qu'il pouvait être justifié pour l'IBF de craindre pour la vie ou la santé de tout employé qu'elle envoyait en Ukraine pour procéder à des inspections. Spécifiquement, il a été d'avis que la situation "pendant la période pertinente [avait] été marquée par l'instabilité et l'imprévisibilité, ce qui ressortait également des conseils aux voyageurs que le Ministère russe des affaires étrangères diffusait à l'intention des citoyens russes".³¹⁵ En résumé, il a constaté que, "pendant la période pertinente, l'IBF n'[avait] pas outrepassé sa marge discrétionnaire en mettant en balance les intérêts des fournisseurs ukrainiens et ceux des employés de l'IBF, puis en préférant assurer la sécurité de ces derniers et en déterminant que les conditions nécessaires à la réalisation du contrôle d'inspection en Ukraine n'étaient pas remplies."³¹⁶ Il a donc dit que, "dans ce cas, qui concern[ait] les risques pour la vie et la santé des inspecteurs de l'IBF, pendant la période examinée plus haut, la situation en Ukraine

³⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.292.

³⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.298.

³⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.301.

³⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.302.

³¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.305.

³¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.306.

³¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.314.

³¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.374 et 7.375.

³¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.376.

³¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.380.

³¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.384.

n'était pas comparable à celle d'autres pays."³¹⁷ Sur cette base, il a conclu que, "entre avril 2014 et décembre 2016, les fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires [s'étaient] vu nier un accès non moins favorable dans une situation qui n'était pas comparable à celle dans laquelle la Russie [avait] accordé accès aux fournisseurs de produits ferroviaires russes et aux fournisseurs de produits ferroviaires d'autres pays."³¹⁸

5.3.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.116. En appel, l'Ukraine nous demande d'infirmar les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles elle n'a pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.³¹⁹ À son avis, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application du membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 en n'explicitant pas ce qui devait exactement être comparé. Spécifiquement, l'Ukraine considère que le Groupe spécial a donné une interprétation très limitée du membre de phrase "dans une situation comparable" et n'a pas précisé si une évaluation de la situation d'un pays dans son ensemble ou de celle des fournisseurs concernés était exigée.³²⁰ Elle fait également valoir que, lorsque le Groupe spécial a appliqué cette disposition aux faits de la cause, il s'est centré sur le risque pesant sur la vie ou la santé des *inspecteurs* russes, et non sur des aspects spécifiques aux *fournisseurs* en cause ou à l'emplacement des installations des fournisseurs.³²¹ Par ailleurs, elle conteste une analogie faite par le Groupe spécial entre l'objectif des procédures d'évaluation de la conformité au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC, d'une part, et l'objectif légitime consistant à protéger la santé et la vie des personnes au titre de l'article 2.2 de cet accord, d'autre part. Selon elle, le membre de phrase "dans une situation comparable" ne peut pas être considéré comme une base permettant à un Membre importateur d'agir pour la protection des intérêts reconnus dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC sans que la protection de ces intérêts soit directement liée à la situation des fournisseurs visés par les mesures en cause en ce qui concerne les conditions d'accès à la procédure d'évaluation de la conformité.³²²

5.117. L'Ukraine affirme en outre que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dans le cadre de son analyse de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC pour les raisons suivantes: i) il n'a pas déterminé avec exactitude la charge de la preuve adéquate; ii) il n'a pas appliqué le critère d'examen correct; et iii) il n'a pas effectué une évaluation objective des éléments de preuve de la Russie concernant la situation en matière de sécurité en Ukraine dans le cadre de son examen de la question de savoir si la Russie avait accordé aux fournisseurs ukrainiens un accès à des conditions moins favorables dans une situation comparable.

5.118. En réponse, la Russie nous demande de confirmer les conclusions du Groupe spécial au titre de l'article 5.1.1.³²³ Elle affirme que le Groupe spécial a correctement interprété et appliqué l'expression "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.³²⁴ En particulier, elle fait valoir que l'évaluation de la comparabilité "par fournisseur" proposée par l'Ukraine constitue une lecture excessivement littérale de l'article 5.1.1. De l'avis de la Russie, l'historique de la négociation de l'article 5.1.1 donne fortement à penser que ce sont les situations dans des pays particuliers qui devraient être comparées et non celles de fournisseurs particuliers.³²⁵ La Russie considère que, ayant affirmé que "le point de savoir si une situation [était] comparable [devait] être évalué au cas par cas"³²⁶ et ayant examiné minutieusement les éléments de preuve versés au dossier dans leur intégralité, le Groupe spécial est arrivé à la conclusion correcte que

³¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387.

³¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387.

³¹⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 175 et 258 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.387, 7.393, 7.394, 8.1.b.i et 8.1.c.i).

³²⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 236 et 257. Voir aussi Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 4.

³²¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 247, 248 et 255 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.283 et 7.284).

³²² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 252 à 254. Voir aussi Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 20.

³²³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 218 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.387, 8.1.b.i et 8.1.c.i).

³²⁴ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 203.

³²⁵ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 213 (faisant référence à Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 240 et 242).

³²⁶ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 215 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283).

"dans ce cas, qui concerne les risques pour la vie et la santé des inspecteurs de l'IBF, ... la situation en Ukraine n'était pas comparable à celle d'autres pays."³²⁷ En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en établissant une analogie avec l'objectif légitime visé à l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Russie signale que l'Ukraine n'a pas fait référence à des paragraphes particuliers du rapport du Groupe spécial dans lesquels celui-ci fondait sa décision sur la similitude entre les articles 2.2 et 5.1.1.³²⁸ De plus, selon la Russie, une telle analogie ne peut pas être inférée de manière implicite du raisonnement du Groupe spécial, dans la mesure où le lien entre ces deux dispositions dans l'analyse est trop ténu pour qu'il soit considéré que le Groupe spécial a appliqué l'objectif légitime visé à l'article 2.2 à l'article 5.1.1 par analogie.³²⁹

5.3.3 Interprétation par le Groupe spécial de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC

5.119. La partie pertinente de l'article 5.1 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

Article 5

Procédures d'évaluation de la conformité appliquées par des institutions du gouvernement central

5.1 Dans les cas où il est exigé une assurance positive de la conformité à des règlements techniques ou à des normes, les Membres feront en sorte que les institutions de leur gouvernement central appliquent les dispositions ci-après aux produits originaires du territoire d'autres Membres:

5.1.1 les procédures d'évaluation de la conformité seront élaborées, adoptées et appliquées de manière que les fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres y aient accès à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays, dans une situation comparable; l'accès comporte le droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure d'évaluation, y compris, lorsque cette procédure le prévoit, la possibilité de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées dans des installations et de recevoir la marque du système[.]

5.120. Le titre de l'article 5 de l'Accord OTC indique que la disposition se rapporte aux procédures d'évaluation de la conformité. Les obligations qui y sont énoncées s'appliquent en ce qui concerne les "institutions du gouvernement central" d'un Membre dans les cas où le Membre exige "une assurance positive de la conformité" à des règlements techniques ou à des normes. Les procédures d'évaluation de la conformité sont définies à l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC comme étant "[t]oute procédure utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées". Conformément à la note explicative relative à l'Annexe 1.3, les procédures d'évaluation de la conformité "comprennent, entre autres, les procédures d'échantillonnage, d'essai et d'inspection; les procédures d'évaluation, de vérification et d'assurance de la conformité; les procédures d'enregistrement, d'accréditation et d'homologation; et leurs combinaisons".

5.121. L'article 5.1.1 de l'Accord OTC est constitué de deux clauses. La première clause établit une obligation de traitement national et une obligation de traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les conditions d'accès des fournisseurs de produits similaires à une évaluation de la conformité. En particulier, la première clause de l'article 5.1.1 précise que les procédures d'évaluation de la conformité doivent être élaborées, adoptées et appliquées de manière que les fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres y aient accès à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays, dans une situation comparable. L'article 5.1.1 régit l'élaboration, l'adoption et l'application de procédures d'évaluation de la conformité. Quant à la deuxième clause, elle définit l'"accès" aux fins des obligations énoncées à l'article 5.1.1 comme

³²⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 216 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387).

³²⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 210.

³²⁹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 211.

comportant "le droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure d'évaluation, y compris, lorsque cette procédure le prévoit, la possibilité de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées dans des installations et de recevoir la marque du système".

5.122. À la différence d'autres obligations de non-discrimination, comme celles figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 et à l'article 2.1 de l'Accord OTC, les obligations énoncées à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC se rapportent aux *fournisseurs* de produits par opposition au produit lui-même. Par ailleurs, l'article 5.1 prescrit que toutes les dispositions figurant à l'article 5 s'appliquent "aux produits" originaires du territoire d'autres Membres. Ainsi, alors que c'est aux *fournisseurs* que devrait être accordé l'accès à l'évaluation de la conformité au titre de l'article 5.1.1, ce sont les *produits* qui reçoivent "une assurance positive de la conformité à des règlements techniques ou à des normes". Par ailleurs, le fait que l'adjectif "similaires" se rapporte au substantif "produits" et non aux "fournisseurs" montre bien que la prescription de "similarité" figurant à l'article 5.1.1 se rapporte aux produits. De fait, la "similarité" des produits en cause est déterminante pour la définition de la portée des obligations de non-discrimination énoncées à l'article 5.1.1, de sorte qu'il n'y a pas d'obligation de donner accès à l'évaluation de la conformité à des conditions non moins favorables si les produits fournis ne sont pas "similaires". En d'autres termes, les produits en cause doivent être dans un rapport de concurrence sur le marché. Par conséquent, la détermination de la similarité au titre de l'article 5.1.1 implique "une détermination concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits en cause".³³⁰

5.123. Comme la deuxième clause de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC le montre bien, les obligations de non-discrimination énoncées à l'article 5.1.1 portent sur les *conditions d'accès* à une évaluation de la conformité accordées aux fournisseurs, c'est-à-dire sur les facteurs ou circonstances en fonction desquels la possibilité de bénéficier d'une évaluation de la conformité est ménagée à ces fournisseurs. L'article 5.1.1 interdit d'accorder accès à l'évaluation de la conformité à des conditions moins favorables aux fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres, par rapport aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays.³³¹ Il exige donc une évaluation du point de savoir si les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre qui réglemente aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits de pays tiers modifient les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs de produits importés similaires.³³²

5.124. De plus, les obligations de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée énoncées à l'article 5.1.1 sont précisées par le membre de phrase "dans une situation comparable". Le terme "comparable" est défini comme suit: "[a]ble to be compared, capable of comparison" (qui peut être comparé, qui peut faire l'objet d'une comparaison).³³³ Deux choses peuvent être considérées comme comparables "lorsqu'il y a suffisamment de similitude entre les choses qui sont comparées pour que la comparaison soit valable ou significative".³³⁴ Passant au terme "situation", nous rappelons que les obligations énoncées à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC concernent les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité aux fournisseurs de produits similaires. Par conséquent, quand bien même le terme "situation" pourrait recouvrir un grand nombre de facteurs sur la base desquels une comparaison pourrait être faite, les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" au titre de l'article 5.1.1 seraient ceux qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité dans un cas particulier.³³⁵ Par ailleurs, la deuxième clause de l'article 5.1.1 décrit l'accès comme étant "le

³³⁰ Voir, pour l'article 2.1 de l'Accord OTC, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 120.

³³¹ Tout comme l'article I:1 du GATT de 1994, l'article 5.1.1 étend la prescription en matière de non-discrimination à l'octroi d'un accès à des conditions non moins favorables aux fournisseurs d'un Membre de l'OMC comme aux fournisseurs de produits similaires de "tout autre pays".

³³² Voir, pour l'article III:4 du GATT de 1994, le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

³³³ Oxford English Dictionary online, définition de "comparable", <http://www.oed.com/view/Entry/37424>.

³³⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 476.

³³⁵ Dans le contexte du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994, l'Organe d'appel a, d'une façon analogue, observé que, quand bien même le terme "conditions" "pourrait ... recouvrir un certain nombre de circonstances auxquelles un pays serait confronté", dans le contexte spécifique dans lequel ce terme apparaissait dans le texte introductif "seules les "conditions" qui [étaient] pertinentes aux fins de l'établissement d'une discrimination arbitraire ou injustifiable à la lumière du caractère spécifique de la mesure en cause et des circonstances propres à une affaire particulière devraient être prises en considération".

droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité *selon les règles de la procédure d'évaluation*".³³⁶ Comme cette procédure énonce les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité dans un cas particulier, ses règles seront également pertinentes pour la définition de l'ensemble des situations devant être comparées.

5.125. Du fait qu'elle apparaît à la fin de la première clause de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC et est séparée par une virgule du reste de la clause, l'expression "dans une situation comparable" se rapporte à la totalité du membre de phrase "de manière que les fournisseurs ... y aient accès à des conditions non moins favorables", et pas seulement aux membres de phrase "de tout autre pays" ou "aux fournisseurs de produits similaires". Par conséquent, l'expression "dans une situation comparable" n'apporte pas juste une précision concernant uniquement les fournisseurs de produits similaires ou les pays dont ces produits sont originaires, mais précise la prescription tout entière imposant d'accorder aux fournisseurs de produits similaires un accès à des conditions non moins favorables. Cela montre que la question de savoir si une situation est "comparable" aux fins de l'article 5.1.1 devrait être évaluée par rapport à la mesure en cause accordant aux fournisseurs de produits similaires accès à l'évaluation de la conformité et à la lumière des circonstances particulières de chaque cas. En outre, nous considérons que la fonction des procédures d'évaluation de la conformité, qui est de déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées, comme il est indiqué à l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC, donne des indications pour la détermination d'une "situation comparable".³³⁷ Compte tenu de cette fonction, les facteurs qui influent sur la capacité des Membres d'établir une détermination selon laquelle les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées peuvent être pertinents pour l'examen d'"une situation comparable".

5.126. Nous notons en outre que les obligations énoncées à l'article 5.1.1 concernent le fait que les "fournisseurs de produits similaires ... aient accès"³³⁸ à l'évaluation de la conformité. Par ailleurs, la deuxième clause de l'article 5.1.1 définit l'"accès" comme étant "le droit pour les *fournisseurs* à une évaluation de la conformité".³³⁹ Ce sont donc les fournisseurs de produits similaires qui ont droit à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure et à des conditions non moins favorables. La deuxième clause de l'article 5.1.1 précise en outre que cela inclut, lorsque la procédure d'évaluation de la conformité en cause le prévoit, "la possibilité de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées dans des installations et de recevoir la marque du système". Ce libellé de la deuxième clause de l'article 5.1.1 confirme que la disposition met l'accent sur les fournisseurs et les modalités de leur droit d'accès à l'évaluation de la conformité. L'accent sur la situation des fournisseurs mis à l'article 5.1.1 diffère par rapport à des dispositions renfermant un libellé analogue, par exemple la référence aux "pays où les mêmes conditions existent" dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et la référence aux "Membres où existent des conditions identiques ou similaires" à l'article 2:3 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS), qui précisent toutes deux des prescriptions voulant que les mesures ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable. Alors que le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 se rapporte à des "pays" et que l'article 2:3 de l'Accord SPS se rapporte à des "Membres", l'article 5.1.1 de l'Accord OTC fait spécifiquement référence à des "fournisseurs".³⁴⁰ Le texte de l'article 5.1.1 montre donc clairement que la comparabilité des situations doit être évaluée par rapport aux "fournisseurs", et tient ainsi compte du fait que les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité peuvent varier à l'intérieur d'un pays.

(Rapports de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.299 (italique dans l'original; caractères gras omis))

³³⁶ Pas d'italique dans l'original.

³³⁷ Nous notons que, à la différence des règlements techniques ou des normes, qui peuvent poursuivre divers objectifs légitimes, les procédures d'évaluation de la conformité ont pour fonction de garantir que les règlements techniques ou les normes sous-jacents sont respectés. Le fait que la fonction des procédures d'évaluation de la conformité se limite à garantir le respect est également confirmé par l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, qui exige que les procédures d'évaluation de la conformité ne soient pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire "pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables".

³³⁸ Pas d'italique dans l'original.

³³⁹ Pas d'italique dans l'original.

³⁴⁰ Nous notons en outre que, alors que l'article 5.1.1 de l'Accord OTC impose des obligations positives aux Membres en ce qui concerne les procédures d'évaluation de la conformité, l'article XX du GATT de 1994 établit des exceptions aux obligations énoncées dans cet accord.

5.127. Nous prenons note de l'avis de la Russie selon lequel l'historique de la négociation de l'article 5.1.1 donne à penser que ce sont les situations dans *des pays particuliers* qui devraient être comparées et *non les fournisseurs*.³⁴¹ Spécifiquement, la Russie signale que les projets initiaux d'article 5.1.1 ne contenaient pas le membre de phrase apportant une précision "dans une situation comparable", qui a été introduit ultérieurement au cours des négociations et spécifiquement après l'expression "de tout autre pays".³⁴² Selon elle, cela "met en évidence l'intention d[es] rédacteur[s] de préciser et restreindre le champ d'application des dispositions relatives au traitement non moins favorable" figurant à l'article 5.1.1³⁴³ et implique que "ce sont les situations dans des pays particuliers qui devraient être comparées et non les fournisseurs".³⁴⁴ Nous convenons avec la Russie que le membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 précise la portée des obligations énoncées dans cette disposition concernant l'octroi de conditions d'accès non moins favorables à l'évaluation de la conformité. Toutefois, l'introduction de ce membre de phrase pour préciser les obligations énoncées à l'article 5.1.1 ne suggère pas une analyse de la comparabilité à l'échelle du pays ou par fournisseur. Comme il a été observé plus haut, nous considérons que le membre de phrase "dans une situation comparable", inséré après la virgule dans la première clause de l'article 5.1.1, limite la portée des obligations de non-discrimination en exigeant une évaluation des facteurs relatifs aux *fournisseurs* de produits similaires, aux fins de la détermination du point de savoir si un accès a été accordé à des conditions non moins favorables. Par conséquent, bien que des facteurs relatifs à un pays tout entier puissent être pertinents pour la détermination de l'existence d'une "situation comparable", le texte de l'article 5.1.1 indique clairement que ces facteurs à l'échelle du pays doivent affecter les fournisseurs spécifiques en cause. À notre avis, si les rédacteurs avaient eu l'intention de prescrire une évaluation d'une "situation comparable" par rapport uniquement à la situation dans un pays, à l'exclusion de la situation des fournisseurs, ils n'auraient pas inséré la virgule dans le texte de la première clause de l'article 5.1.1. Par conséquent, bien que l'analyse de la "situation comparable" puisse faire fond sur des facteurs à l'échelle du pays, ces facteurs devraient en définitive s'appliquer aux fournisseurs en cause, afin d'être pertinents pour la question de savoir si les "*fournisseurs* de produits similaires [se sont vu accorder] accès"³⁴⁵ à des conditions moins favorables.

5.128. Compte tenu de ce qui précède, l'évaluation de la question de savoir si l'accès est accordé à des conditions non moins favorables "dans une situation comparable" au sens de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC devrait être centrée sur des facteurs qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité dans ce cas spécifique et sur la capacité du Membre qui réglemente de garantir la conformité avec les prescriptions figurant dans le règlement technique ou la norme sous-jacent. Dans un cas particulier, cette évaluation peut comporter l'analyse de divers facteurs, y compris les règles de la procédure d'évaluation de la conformité; la question de savoir si son élaboration, adoption ou application est contestée; la nature des produits en cause; et la situation dans un pays ou concernant un fournisseur particulier. Néanmoins, les facteurs pertinents pour la détermination de l'existence d'une "situation comparable" devraient en définitive se rapporter à la capacité d'un Membre de fournir une assurance positive de la conformité en ce qui concerne les fournisseurs spécifiques de produits similaires en cause, de sorte que si aucune situation comparable n'existait pour ces fournisseurs, l'obligation d'accorder un accès non discriminatoire à l'évaluation de la conformité ne s'appliquerait pas à eux. Dans tous les cas, cette analyse doit être faite au cas par cas compte tenu de la mesure en cause et des circonstances particulières de l'affaire.

5.129. Nous examinons maintenant l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. S'agissant de l'interprétation du Groupe spécial, l'Ukraine fait valoir que le Groupe spécial n'a pas explicité ce qui devait exactement être comparé aux fins de l'interprétation du membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1. Spécifiquement, elle considère que le Groupe spécial a donné une interprétation très limitée du membre de phrase et n'a pas précisé si une évaluation de la situation d'un pays dans son ensemble ou de celle des fournisseurs concernés était exigée.³⁴⁶

³⁴¹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 213 (faisant référence à Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 240 et 242).

³⁴² Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 158 et 159. (note de bas de page omise)

³⁴³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 159.

³⁴⁴ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 160.

³⁴⁵ Pas d'italique dans l'original.

³⁴⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 236 et 257. Voir aussi Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 4.

5.130. Le Groupe spécial a commencé son analyse en notant que l'article 5.1.1 établissait les obligations d'accorder le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne l'accès des fournisseurs d'autres Membres aux procédures d'évaluation de la conformité visées des Membres importateurs.³⁴⁷ S'agissant de l'analyse des "produits similaires", il a observé que le texte de l'article 5.1.1 définissait le champ des produits visés par les obligations de non-discrimination et il a considéré que les critères qui étaient appliqués pour déterminer si des produits étaient "similaires" dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC étaient applicables dans le contexte de l'article 5.1.1.³⁴⁸ En ce qui concerne la question de savoir si le Membre importateur accorde accès à des fournisseurs à des conditions moins favorables, le Groupe spécial a noté que des conditions d'accès différenciées seraient pertinentes au titre de l'article 5.1.1 si elles modifiaient les conditions de concurrence, ou les possibilités de concurrence, entre les fournisseurs concernés de produits similaires au détriment des fournisseurs du Membre plaignant.³⁴⁹ Il a rappelé que l'Ukraine avait contesté uniquement l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité à des fournisseurs ukrainiens particuliers, et non la procédure en tant que telle.³⁵⁰ Ainsi, selon lui, il existerait des conditions d'accès moins favorables "dans les cas où le Membre importateur nie[rait] ou limite[rait] le droit ou la possibilité pour un fournisseur d'un autre Membre de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées selon les règles de la procédure d'évaluation de la conformité applicable, soit pour l'ensemble de la procédure d'évaluation de la conformité, soit pour une quelconque de ses parties pertinentes, mais ne nie[rait] ni ne limite[rait] le droit ou la possibilité d'accès d'un autre fournisseur d'un produit similaire du Membre importateur ou de tout autre pays".³⁵¹

5.131. Enfin, le Groupe spécial a noté que le membre de phrase "dans une situation comparable" précisait la partie précédente de la première clause de l'article 5.1.1 et, de ce fait, "justifi[ait] la comparaison de conditions d'accès différenciées en vue de déterminer si des conditions d'accès moins favorables [étaient] accordées alors que la situation [était] comparable".³⁵² En ce qui concerne les facteurs pertinents rendant une situation comparable ou non, il a observé que la deuxième clause de l'article 5.1.1 montrait bien que le contexte pertinent du membre de phrase était l'évaluation de la conformité selon les règles de la procédure et la conduite d'activités d'évaluation de la conformité. Il a également examiné le contexte de l'article 5.1.2 et 5.2.7 et de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC. En conséquence, pour le Groupe spécial, "les aspects d'une situation qui ont une incidence, par exemple, sur la capacité du membre importateur de mener de telles activités selon les règles de la procédure avec une assurance suffisante sembleraient, en principe, pertinents." À son avis, "les aspects pertinents d'une situation comprendraient des aspects spécifiques aux fournisseurs dont il est allégué qu'ils se sont vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs." Le Groupe spécial a conclu que, "[e]n tout état de cause, le point de savoir si une situation [était] comparable [devait] être évalué au cas par cas et à la lumière des règles pertinentes de la procédure d'évaluation de la conformité et d'autres éléments de preuve versés au dossier".³⁵³

5.132. Nous commençons par noter que l'interprétation donnée par le Groupe spécial des "produits similaires" et de l'"accès à des conditions non moins favorables" cadre avec l'interprétation que nous avons donnée plus haut. Spécifiquement, comme il a été indiqué, même si l'obligation énoncée à l'article 5.1.1 se rapporte aux *fournisseurs* de produits, par opposition au produit lui-même, la "similarité" des produits en cause est déterminante pour la définition de la portée des obligations de non-discrimination énoncées à l'article 5.1.1. Par conséquent, la détermination de la similarité au titre de l'article 5.1.1, tout comme celle au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC, implique une détermination de la nature et de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits en cause. Nous avons également noté que l'article 5.1.1 exigeait une évaluation du point de savoir si les *conditions d'accès* à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre qui réglementait aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits de

³⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.248.

³⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.254.

³⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.260.

³⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

³⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.261.

³⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

pays tiers modifiaient les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs de produits importés similaires.³⁵⁴

5.133. La constatation du Groupe spécial selon laquelle le membre de phrase "dans une situation comparable" contient une précision concernant l'obligation d'accorder aux fournisseurs accès aux procédures d'évaluation de la conformité à des conditions non moins favorables³⁵⁵ est également compatible avec notre interprétation de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial a reconnu à juste titre que, pour déterminer si une situation était comparable, auquel cas des conditions d'accès non moins favorables devaient être accordées, "il [était] nécessaire d'identifier les facteurs pertinents qui rend[aien]t une situation comparable ou non."³⁵⁶ Comme il l'a fait observer, le contexte pertinent pour cette évaluation est l'évaluation de la conformité selon les règles de la procédure et la conduite d'activités d'évaluation de la conformité.³⁵⁷ Plus haut, nous avons pareillement constaté que, quand bien même le terme "situation" pourrait recouvrir un grand nombre de facteurs sur la base desquels une comparaison pourrait être faite, les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" seraient ceux qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité dans un cas particulier. Le Groupe spécial a en outre noté que les facteurs pertinents comprendraient la capacité du Membre importateur de mener des activités d'évaluation de la conformité selon les règles de la procédure avec une assurance suffisante. De fait, compte tenu de la fonction des procédures d'évaluation de la conformité qui est de garantir que le règlement technique ou la norme sous-jacent est respecté, les facteurs pouvant influencer sur la capacité du Membre importateur d'établir une telle détermination seraient pertinents pour l'examen d'"une situation comparable". Nous pensons également comme le Groupe spécial que les aspects pertinents d'une situation comprendraient "des aspects spécifiques aux fournisseurs dont il est allégué qu'ils se sont vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs".³⁵⁸ Dans l'analyse que nous avons faite plus haut, nous avons pareillement conclu que, conformément à l'article 5.1.1, c'étaient les fournisseurs de produits similaires qui avaient droit à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure et à des conditions non moins favorables.

5.134. L'Ukraine fait valoir que "si la situation des fournisseurs dans un pays présente des éléments communs et n'est pas "totalement" différente de celle des fournisseurs dans un autre pays, ces situations doivent être considérées comme "comparables" au titre de l'article 5.1.1."³⁵⁹ À cet égard, elle s'appuie sur la déclaration faite par l'Organe d'appel dans le contexte de l'article 5:5 de l'Accord SPS.³⁶⁰ À notre avis, en déclarant que "[s]i les situations qu'il [était] envisagé d'examiner [étaient] *totalement* différentes les unes des autres, elle ne seraient pas rationnellement comparables"³⁶¹, l'Organe d'appel ne traitait pas ce qui constituait une situation "comparable", mais expliquait plutôt quand il ne serait pas possible de commencer à examiner si deux situations différentes étaient comparables. Il ne découle pas de cette déclaration que des situations qui ne sont pas totalement différentes sont nécessairement comparables. Par ailleurs, l'expression "situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC n'équivaut pas à l'expression "situations différentes" figurant à l'article 5:5 de l'Accord SPS.³⁶²

³⁵⁴ Voir, pour l'article III:4 du GATT de 1994, le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.

³⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.282.

³⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283. (note de bas de page omise)

³⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³⁵⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 242 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276).

³⁶⁰ Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a observé que "[l]es situations faisant apparaître des niveaux de protection différents ne [pouvaient] ... être comparées que si elles [étaient] comparables, c'est-à-dire si elles présent[aien]t un ou plusieurs éléments communs suffisants pour les rendre comparables", et que "[s]i les situations qu'il [était] envisagé d'examiner [étaient] *totalement* différentes les unes des autres, elles ne seraient pas rationnellement comparables et les différences dans les niveaux de protection ne pourraient pas être examinées pour en déterminer le caractère arbitraire." (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 217 (italique dans l'original))

³⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 217. (italique dans l'original)

³⁶² La première phrase de l'article 5:5 de l'Accord SPS dispose ce qui suit: "En vue d'assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux, chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il

5.135. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que, dans son interprétation de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a exposé un certain nombre de facteurs pouvant être pertinents pour la détermination de l'existence d'une "situation comparable" et, en particulier, a reconnu la pertinence de facteurs spécifiques aux fournisseurs en cause. Par ailleurs, il a conclu à juste titre que le point de savoir si une situation était comparable devait être évalué au cas par cas et à la lumière des règles pertinentes de la procédure d'évaluation de la conformité et d'autres éléments de preuve versés au dossier.³⁶³ À notre avis, le Groupe spécial a donc exposé de manière adéquate le cadre interprétatif de l'article 5.1.1 et nous ne pensons pas que, dans son interprétation de cet article, il se soit "complètement rallié" aux arguments du défendeur³⁶⁴ ou ait "formulé une conclusion incomplète concernant [l'expression] "dans une situation comparable"".³⁶⁵

5.136. En résumé, nous ne considérons pas que le Groupe spécial ait fait erreur dans son interprétation du membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC en n'explicitant pas ce qu'il fallait comparer pour établir l'existence d'une situation comparable.

5.3.4 Application par le Groupe spécial de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC

5.137. L'Ukraine fait valoir que, dans son analyse, le Groupe spécial s'est appuyé sur des considérations générales concernant la situation politique ou la situation en matière de sécurité intérieure en Ukraine qui n'avaient aucune incidence sur la situation des fournisseurs concernés dont les certificats avaient été suspendus ou rejetés.³⁶⁶ Elle conteste spécifiquement le fait que l'évaluation du Groupe spécial était centrée sur le risque pesant sur la vie ou la santé des *inspecteurs* russes, et non sur des aspects spécifiques aux fournisseurs en cause ou à l'emplacement des installations des fournisseurs.³⁶⁷ À son avis, le Groupe spécial aurait dû comparer les situations des fournisseurs spécifiques dont les certificats avaient été suspendus ou dont les demandes avaient été rejetées par l'IBF avec les situations de fournisseurs de produits similaires originaires de Russie et d'autres pays, au lieu d'admettre la pertinence de considérations générales concernant la situation en matière de sécurité en Ukraine qui n'avaient aucune incidence sur la situation des fournisseurs concernés.³⁶⁸ Par ailleurs, elle conteste une analogie faite par le Groupe spécial entre la fonction des procédures d'évaluation de la conformité au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC, d'une part, et l'objectif légitime consistant à protéger la santé et la vie des personnes au titre de l'article 2.2 de cet accord, d'autre part. Selon elle, le membre de phrase "dans une situation comparable" ne peut pas être considéré comme une base permettant à un Membre importateur d'agir pour la protection des intérêts reconnus dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC à moins que la protection de ces intérêts ne soit directement liée à la situation des fournisseurs visés par les mesures en cause.³⁶⁹

5.138. Le Groupe spécial a examiné les raisons que la Russie avait fournies à l'appui de son point de vue selon lequel la situation des fournisseurs de produits ferroviaires ukrainiens n'était pas comparable à celle des fournisseurs de produits ferroviaires russes ni à celle des fournisseurs de produits ferroviaires d'autres pays.³⁷⁰ En particulier, il a examiné les arguments et éléments de preuve suivants présentés par les parties à l'appui de leurs affirmations concernant l'existence d'une incertitude pesant sur la sûreté et la sécurité des employés de l'IBF voyageant en Ukraine pour réaliser des inspections: i) incidents en plusieurs lieux d'Ukraine et sentiment antirusse; ii) ressortissants russes s'étant rendus en Ukraine entre 2013 et 2016; iii) rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH); iv) visites en Ukraine d'inspecteurs d'autres pays entre 2014 et 2017; v) conseils aux voyageurs du Ministère russe des affaires étrangères concernant l'Ukraine; vi) déclaration des employés de l'IBF ayant refusé de se rendre en Ukraine; et vii) communications adressées par des producteurs ukrainiens à l'IBF pour

considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international."

³⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³⁶⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 255.

³⁶⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 257.

³⁶⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 247, 248 et 255. Voir aussi Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 8.

³⁶⁷ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 247 et 248.

³⁶⁸ Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 8.

³⁶⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 252 à 254. Voir aussi Ukraine, déclaration liminaire à l'audience, paragraphe 20.

³⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.314.

proposer des conditions de sécurité renforcée.³⁷¹ Au terme de son examen de divers éléments de preuve, le Groupe spécial a procédé à l'évaluation globale des éléments de preuve et a en définitive constaté que "dans ce cas, qui concern[ait] les risques pour la vie et la santé des inspecteurs de l'IBF, pendant la période examinée plus haut, la situation en Ukraine n'était pas comparable à celle d'autres pays."³⁷²

5.139. Plus haut, nous avons constaté que la question au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC était de savoir si "les *fournisseurs* de produits similaires [s'étaient vu accorder] accès" à des conditions moins favorables, et que l'"accès" était défini comme étant "le droit des *fournisseurs* à une évaluation de la conformité".³⁷³ Comme ce sont les fournisseurs de produits similaires qui sont en droit d'avoir accès à une évaluation de la conformité à des conditions non moins favorables, et même si des facteurs s'appliquant plus généralement à un pays tout entier peuvent être pertinents pour l'examen de la question de savoir si une "situation comparable" existe, ces facteurs devraient en définitive viser ou affecter les fournisseurs spécifiques de produits similaires auxquels les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre importateur se rapportent. Ayant ces considérations à l'esprit, nous passons à l'application par le Groupe spécial de l'article 5.1.1 aux faits de la cause en l'espèce.

5.140. Nous observons que, bien que dans son interprétation de l'article 5.1.1 le Groupe spécial ait clairement dit que les aspects pertinents d'une situation comprendraient des aspects spécifiques aux fournisseurs dont il était allégué qu'ils s'étaient vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs³⁷⁴, dans son évaluation des éléments de preuve versés au dossier le Groupe spécial n'a fait que des références limitées aux facteurs pertinents se rapportant aux fournisseurs spécifiques en cause, comme l'emplacement des installations des fournisseurs. Fait important, bien que le Groupe spécial ait centré son analyse sur la situation en matière de sécurité en Ukraine en général, il n'a pas évalué les éléments de preuve versés au dossier en vue de déterminer de quelle façon la situation en matière de sécurité se rapportait aux fournisseurs spécifiques en cause. En fait, c'est uniquement lorsqu'il a examiné la série d'articles de presse faisant état d'incidents en plusieurs lieux d'Ukraine et du sentiment antirusse que le Groupe spécial a fait référence aux régions des fournisseurs concernés.³⁷⁵ Toutefois, même dans ce contexte, et lorsqu'il a tiré des conclusions des éléments de preuve figurant dans les articles de presse, le Groupe spécial n'a pas établi de distinction claire entre les incidents survenus dans les régions où les fournisseurs concernés étaient situés et les incidents survenus dans d'autres régions.³⁷⁶ Le reste de l'analyse du Groupe spécial s'appuyait sur l'existence de préoccupations en matière de sécurité et d'un sentiment antirusse en Ukraine en général et non dans les régions spécifiques où les fournisseurs pertinents étaient situés.³⁷⁷ Ainsi, lorsqu'il a appliqué l'article 5.1.1 aux faits de la cause et examiné les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" dans les circonstances particulières en cause, le Groupe spécial ne s'est en fait pas centré, comme il l'a dit dans son interprétation, sur "des aspects spécifiques aux fournisseurs dont il [était] allégué qu'ils [s'étaient] vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs", et s'est plutôt appuyé sur des renseignements versés au dossier concernant la situation générale en matière de sécurité en Ukraine.³⁷⁸

5.141. D'après nous, des éléments de preuve concernant un pays tout entier peuvent constituer une base permettant de conclure qu'une procédure d'évaluation de la conformité ne peut être effectuée dans aucune partie du pays, par exemple lorsque tout le territoire de ce pays est touché par une catastrophe naturelle ou un conflit armé qui influe sur la situation des fournisseurs spécifiques. Des éléments de preuve concernant un risque pour la sécurité d'employés gouvernementaux, par opposition à des incidents réels ayant trait à la sécurité de ces employés,

³⁷¹ Rapport du Groupe spécial, section 7.3.2.2.4.2. Le Groupe spécial a aussi examiné les arguments de la Russie concernant l'existence de restrictions à l'entrée des ressortissants russes en Ukraine (c'est-à-dire les poursuites automatiques en Ukraine des ressortissants russes qui s'étaient rendus en Crimée après avril 2014 et la restriction à l'entrée en Ukraine des ressortissants russes de sexe masculin âgés de 16 à 60 ans). (*Ibid.*, section 7.3.2.2.4.3) Toutefois, le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve dont il disposait ne confirmaient pas l'existence de ces restrictions. (*Ibid.*, paragraphes 7.361 et 7.369)

³⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.387.

³⁷³ Pas d'italique dans l'original.

³⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³⁷⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.329 à 7.331 et 7.335.

³⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.336.

³⁷⁷ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.337 à 7.356.

³⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

peuvent aussi avoir un caractère probant à cet égard. Toutefois, comme il a été indiqué plus haut, le texte de l'article 5.1.1 montre clairement que la comparabilité des situations doit être évaluée par rapport aux "fournisseurs", tenant ainsi compte du fait que les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité peuvent varier à l'intérieur d'un pays. Par conséquent, l'existence d'une "situation comparable" doit être établie sur la base d'éléments de preuve concernant les fournisseurs spécifiques de produits similaires auxquels les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre importateur se rapportent. En l'espèce, nous ne pensons pas que, en faisant cette évaluation, le Groupe spécial ait suffisamment considéré la situation des fournisseurs spécifiques en cause ou des régions où les fournisseurs concernés se trouvaient, ou ait expliqué de quelle façon les éléments de preuve versés au dossier concernant l'existence de préoccupations en matière de sécurité et d'un sentiment antirusse en Ukraine en général se rapportaient à ces régions et fournisseurs.

5.142. Par ailleurs, dans son évaluation globale des éléments de preuve, le Groupe spécial a fait référence à l'importance de la protection de la santé et de la vie des personnes et a noté que "des gouvernements compréhensifs et responsables [pouvaient] tenir compte de ces intérêts vitaux de leurs citoyens lorsqu'ils détermin[aient] si leurs fonctionnaires gouvernementaux [pouvaient] procéder à des inspections à l'étranger."³⁷⁹ En particulier, il a observé ce qui suit:

[D]ans les circonstances spécifiques d'un différend tel que celui dont nous sommes saisis, le Membre importateur qui applique l'article 5.1.1 peut être confronté à la nécessité de soupeser et mettre en balance les intérêts des fournisseurs de produits originaires du territoire d'autres Membres dans le cadre d'une évaluation de la conformité et son intérêt s'agissant de *protéger la santé ou la vie de ses employés* lorsque ceux-ci mènent des activités d'évaluation de la conformité, telles que des inspections, à l'étranger. Comme il a été noté, la protection de la santé et de la vie des personnes est un *intérêt vital*. Toutefois, il doit y avoir un lien rationnel entre la nécessité de protéger la santé et la vie des inspecteurs se rendant à l'étranger et la situation qui existe dans le pays où les inspections doivent être réalisées. À notre avis, le Membre importateur bénéficie en principe d'une *marge discrétionnaire* pour procéder à ce soupesage et cette mise en balance des intérêts, selon qu'il est approprié en fonction des circonstances, qui comprennent l'importance des intérêts en jeu.³⁸⁰

5.143. Nous notons que le Groupe spécial a reconnu qu'il devait y avoir "un lien rationnel entre la nécessité de protéger la santé et la vie des inspecteurs se rendant à l'étranger et la situation qui exist[ait] dans le pays où les inspections [devaient] être réalisées".³⁸¹ Selon nous, le Groupe spécial ne s'est donc pas appuyé sur la protection de la santé et de la vie des personnes en tant qu'objectif légitime pertinent au titre de l'article 5.1.1 en général, mais a plutôt considéré que cet objectif était un facteur pertinent pour la détermination de l'existence d'une "situation comparable" dans les circonstances de l'espèce, dans la mesure où cela avait une incidence sur cette situation. Comme il a été indiqué plus haut, aux termes de l'article 5.1.1, les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" sont ceux qui se rapportent aux conditions d'octroi de l'"accès" à l'évaluation de la conformité aux fournisseurs spécifiques de produits similaires, c'est-à-dire le droit des fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure. En outre, les facteurs qui influent sur la capacité des Membres d'établir une détermination selon laquelle les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées, et de garantir ainsi la conformité avec ces prescriptions, seraient pertinents pour l'examen. Dans le présent différend, l'Ukraine n'a contesté que l'application de la procédure d'évaluation de la conformité de la Russie. Conformément à ces procédures, des inspections annuelles sur site devaient être effectuées, qui visaient à garantir le maintien de la conformité des produits ferroviaires importés avec les règlements techniques russes pertinents. Dans ces circonstances, la capacité des inspecteurs russes d'établir une détermination selon laquelle les prescriptions du règlement technique étaient respectées en effectuant une inspection sur site, et de garantir ainsi l'accès des fournisseurs de produits ferroviaires ukrainiens à cette partie de la procédure d'évaluation de la conformité de la Russie, pouvait être affectée par la situation en matière de sécurité en Ukraine.

³⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.375.

³⁸⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.376. (pas d'italique dans l'original)

³⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.376.

5.144. Par ailleurs, nous sommes préoccupés par l'approche suivie par le Groupe spécial pour évaluer l'existence d'une "situation comparable" dans les circonstances de l'espèce. La question dont le Groupe spécial était saisi était celle de savoir si une situation comparable existait dans le présent différend. L'existence d'une "situation comparable" peut dépendre d'un certain nombre de facteurs spécifiques à la mesure en cause et aux circonstances de l'affaire. En particulier, ces facteurs devraient avoir une incidence sur *les conditions d'octroi de l'accès* à l'évaluation de la conformité dans un cas particulier et devraient viser ou affecter *les fournisseurs spécifiques* de produits similaires auxquels ces conditions se rapportent. Il s'ensuit que l'intérêt de protection de la santé et de la vie des employés gouvernementaux ne peut constituer une considération pertinente pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" que dans la mesure où il se rapporte aussi à la situation applicable aux fournisseurs en cause.

5.145. En outre, nous ne souscrivons pas à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il était nécessaire de "sopeser et mettre en balance" les intérêts en matière d'accès au marché des fournisseurs de produits originaires du territoire d'autres Membres et l'intérêt de protection de la santé et de la vie des employés gouvernementaux.³⁸² Le Groupe spécial a également tenu compte du caractère restrictif de la mesure en notant qu'"en l'espèce, l'IBF [avait] choisi la suspension, et non le retrait ou l'annulation des certificats de conformité pertinents, ce qui aurait été plus strict."³⁸³ Bien que ce critère de mise en balance puisse être approprié quand il s'agit d'évaluer si une mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, telle n'est pas la question au titre de l'article 5.1.1. Nous ne voyons pas non plus de base permettant au Groupe spécial de dire que le Membre importateur bénéficie d'une "marge discrétionnaire" pour effectuer ce soupesage et cette mise en balance des intérêts des fournisseurs et des employés.³⁸⁴ Nous sommes bien d'accord pour dire qu'une menace pour la santé et la vie d'employés gouvernementaux lors de l'exécution d'une partie de la procédure d'évaluation de la conformité peut être un facteur pertinent pour la comparaison des situations aux fins de l'article 5.1.1 dans un cas particulier. Nous admettons en outre que l'impossibilité pour des employés gouvernementaux de mener à bien une partie de la procédure d'évaluation de la conformité, comme les inspections sur site à l'étranger, en raison d'un *risque* pour leur sécurité, pourrait ne pas nécessiter des éléments de preuve concernant des *incidents réels*. Néanmoins, l'existence d'une "situation comparable" devrait être établie de façon objective et sur la base d'éléments de preuve concernant les fournisseurs en cause. Par conséquent, la question soumise au Groupe spécial était de savoir si, compte tenu de tous les éléments de preuve versés au dossier, la situation en matière de sécurité en Ukraine telle qu'elle s'appliquait aux fournisseurs concernés de produits ferroviaires ukrainiens affectait les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité à ces fournisseurs, de sorte que les situations relatives à ces fournisseurs et aux fournisseurs d'autres pays ne pouvaient plus être considérées comme comparables.

5.146. Du fait qu'il a centré son analyse sur le point de savoir si l'IBF avait "outrepass[é] sa marge discrétionnaire en mettant en balance les intérêts des fournisseurs ukrainiens et ceux des employés de l'IBF"³⁸⁵, le Groupe spécial n'a pas examiné la façon dont l'intérêt de protection de la santé et de la vie des employés de l'IBF se rapportait aux fournisseurs de produits ferroviaires ukrainiens en cause, et n'a donc pas traité la question de savoir si la situation en matière de sécurité en Ukraine, telle qu'elle se rapportait aux fournisseurs en cause, était comparable à la situation en matière de sécurité visant d'autres pays et fournisseurs. Par exemple, bien que le Groupe spécial ait reconnu qu'"[i]l n'[était] pas évident qu'il était probable que les employés de l'IBF iraient nécessairement là où des mouvements de protestation ou des manifestations avaient lieu ou là où des troubles civils avaient éclaté", il a également considéré que "la situation pendant la période pertinente [avait] été marquée par l'instabilité et l'imprévisibilité."³⁸⁶ En particulier, il a été d'avis que, [d]u *point de vue de l'IBF*, il n'était donc *pas aisé* de savoir si une zone donnée du pays était suffisamment sûre, ou si elle le resterait, pour procéder à une visite d'inspection."³⁸⁷ Ainsi, pour évaluer l'existence d'une "situation comparable", le Groupe spécial a apparemment "mis en balance" les éléments de preuve versés au dossier concernant l'existence objective de préoccupations en matière de sécurité et d'un sentiment antirusse en Ukraine en général, d'une part, et la perception du Membre importateur quant à l'existence de ces préoccupations et de ce sentiment, d'autre part. Comme il a été indiqué,

³⁸² Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.376 et 7.383.

³⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.383.

³⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.376, 7.383 et 7.384.

³⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.384.

³⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.380.

³⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.380. (pas d'italique dans l'original)

toutefois, ce soupesage et cette mise en balance n'ont pas de base dans le libellé de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.

5.147. Dans le même ordre d'idées, pour déclarer qu'il semblait "raisonnable que les employés de l'IBF, et la direction de l'IBF, aient pu arriver à la même conclusion" que les ressortissants russes décidant de ne pas se rendre en Ukraine³⁸⁸, et que la décision de l'IBF de prendre en considération le risque que pouvait comporter l'envoi de fonctionnaires gouvernementaux en Ukraine n'apparaissait pas "déraisonnable compte tenu des circonstances et de la période spécifiques"³⁸⁹, le Groupe spécial a examiné l'existence d'une situation comparable non pas du point de vue des fournisseurs de produits ferroviaires ukrainiens concernés, mais du point de vue du gouvernement russe. C'est également de cette façon que nous interprétons la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle "pendant la période pertinente, l'IBF n'a pas outrepassé sa marge discrétionnaire en mettant en balance les intérêts des fournisseurs ukrainiens et ceux des employés de l'IBF, puis en préférant assurer la sécurité de ces derniers et en déterminant que les conditions nécessaires à la réalisation du contrôle d'inspection en Ukraine n'étaient pas remplies."³⁹⁰ En mettant en avant la marge discrétionnaire de l'IBF, au lieu d'examiner si et en quoi les éléments de preuve versés au dossier étaient pertinents pour la situation des fournisseurs spécifiques, le Groupe spécial n'a pas appliqué l'article 5.1.1 aux faits de la cause et, spécifiquement, n'a pas examiné l'existence d'une "situation comparable" sur la base d'éléments de preuve objectifs concernant suffisamment les fournisseurs spécifiques en cause, à savoir les fournisseurs auxquels les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre importateur se rapportaient. En fait, il s'est appuyé sur l'"incertitude" générale concernant la situation en matière de sécurité des ressortissants russes en Ukraine pour formuler la conclusion de grande portée selon laquelle l'ensemble du territoire ukrainien était peu sûr pour la conduite d'inspections sur site concernant tous les fournisseurs en cause et pendant toute la période pertinente allant d'avril 2014 à décembre 2016.

5.148. Enfin, nous observons que l'erreur commise par le Groupe spécial dans l'application du cadre juridique correct pour l'examen de l'existence d'une "situation comparable" transparaît également dans le recours du Groupe spécial à des éléments de preuve qui ou bien étaient de nature générale et ne se rapportaient pas à l'existence de préoccupations en matière de sécurité et d'un sentiment antirusse dans les régions spécifiques où les fournisseurs concernés étaient situés (comme les statistiques concernant le nombre de ressortissants russes qui s'étaient rendus en Ukraine entre 2013 et 2016³⁹¹), ou bien reflétaient la situation dans des régions autres que celles des fournisseurs (comme les conseils aux voyageurs du Ministère russe des affaires étrangères concernant l'Ukraine³⁹²). Par ailleurs, certains des éléments de preuve sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé (par exemple le rapport du HCDH³⁹³) faisaient explicitement référence au fait que le conflit armé était circonscrit aux régions ukrainiennes du Donbass et de la Crimée, c'est-à-dire des régions différentes de celles où les fournisseurs concernés étaient situés. Le Groupe spécial a néanmoins jugé ces éléments de preuve pertinents pour son analyse de la situation comparable, sans expliquer comment ils se rapportaient aux régions où les fournisseurs en cause étaient situés. En fait, il a spécifiquement observé que des fonctionnaires du Bélarus, de l'Union européenne, de l'Inde, du Kazakhstan et du Pakistan s'étaient rendus en Ukraine "en dépit des troubles, rassemblements et manifestations qui [avaient] eu lieu dans différentes zones de l'Ukraine comme l'attest[aient] les éléments de preuve susmentionnés, et en dépit du conflit armé dans l'est du pays".³⁹⁴ Il a de ce fait reconnu que la situation en matière de sécurité en Ukraine constituait un danger pour la santé et la vie des employés du gouvernement russe uniquement, dans la mesure où les éléments de preuve versés au dossier démontraient l'existence d'un sentiment antirusse. Dans ces circonstances, il était particulièrement important que le Groupe spécial analyse la comparabilité des situations en ce qui concernait les fournisseurs spécifiques de produits ferroviaires ukrainiens en cause, afin d'être en mesure de répondre à la question de savoir si la situation en matière de sécurité dans certaines régions de l'Ukraine, conjuguée à l'existence d'un sentiment antirusse dans ces mêmes régions et pendant la période comprise entre 2014 et 2016, se traduisait par l'absence d'une "situation

³⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.381.

³⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.382.

³⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.384.

³⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.337 à 7.339.

³⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.346 à 7.350.

³⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.340 à 7.342.

³⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.345.

comparable" en ce qui concernait les fournisseurs situés dans ces régions et aux fins de la conduite d'inspections sur site par des employés russes de l'IBF pendant la période pertinente.³⁹⁵

5.149. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que, entre avril 2014 et décembre 2016, les fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires s'étaient vu nier un accès non moins favorable dans une situation qui n'était pas comparable à celle dans laquelle la Russie avait accordé accès aux fournisseurs de produits ferroviaires russes et aux fournisseurs de produits ferroviaires d'autres pays.

5.3.5 Action de compléter l'analyse juridique

5.150. L'Organe d'appel a complété l'analyse juridique en vue de faciliter le règlement rapide et la résolution efficace des différends lorsque les constatations de fait du groupe spécial³⁹⁶ et/ou les données de fait non contestées versées au dossier du groupe spécial³⁹⁷ fournissaient une base factuelle suffisante pour le faire.³⁹⁸

5.151. En l'espèce, l'Ukraine ne nous a pas demandé de compléter l'analyse juridique. De plus, comme il a été indiqué plus haut, l'évaluation du Groupe spécial était centrée sur les éléments de preuve concernant l'existence de préoccupations en matière de sécurité et d'un sentiment antirusse en Ukraine en général, et non sur la façon dont ces éléments de preuve se rapportaient aux régions où les fournisseurs concernés étaient situés. De ce fait, le Groupe spécial n'a pas évalué la façon dont les éléments de preuve versés au dossier, pris individuellement ou collectivement, se rapportaient à la situation en matière de sécurité en Ukraine telle qu'elle s'appliquait aux fournisseurs concernés de produits ferroviaires ukrainiens. En conséquence, il n'y a pas de constatations de fait spécifiques concernant ces fournisseurs, lesquelles seraient nécessaires pour permettre de compléter l'analyse juridique et nous ne pouvons donc pas nous appuyer sur les constatations de fait formulées par le Groupe spécial pour compléter l'analyse juridique. Spécifiquement, nous ne sommes pas en mesure d'évaluer si la situation en matière de sécurité en Ukraine affectait les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité aux fournisseurs spécifiques en cause pendant la période pertinente, de sorte que cette situation n'était plus comparable à la situation applicable à d'autres pays et fournisseurs de produits similaires. En outre, il apparaît que la pertinence et le poids à accorder à certains éléments de preuve donnent lieu à une controverse entre les participants. Dans ces circonstances, nous n'estimons pas disposer de suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial ou de données de fait non contestées dans le dossier du Groupe spécial sur lesquelles nous pouvons nous appuyer pour compléter l'analyse juridique.

5.3.6 Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord

5.152. Comme nous avons constaté que le Groupe spécial avait fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que la situation en Ukraine n'était pas comparable à celle d'autres pays, il n'est pas nécessaire que nous examinions

³⁹⁵ Nous notons qu'à l'audience, l'Ukraine a exprimé des préoccupations concernant la période pertinente choisie par le Groupe spécial pour son évaluation des éléments de preuve versés au dossier. D'après elle, comme les dates des 14 instructions suspendant des certificats se situaient entre avril 2014 et août 2015, le Groupe spécial n'aurait pas dû prolonger cette période jusqu'à la date de son établissement, le 16 décembre 2016. Le Groupe spécial a expliqué sa décision par le fait qu'il ne disposait pas d'éléments de preuve indiquant que, jusqu'à la date de son établissement le 16 décembre 2016, l'IBF avait émis des instructions déterminant que les conditions de la suspension des certificats n'existaient plus. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.377) À notre avis, indépendamment de la période précise, le Groupe spécial devait déterminer si la situation relative aux producteurs concernés de produits ferroviaires ukrainiens était ou non comparable à la situation relative à des producteurs d'autres pays tant: i) au moment où les suspensions avaient été opérées; que ii) pendant la période postérieure aux suspensions.

³⁹⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, pages 26 et 27; *Australie – Saumons*, paragraphes 117 à 119; *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 1250.

³⁹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphes 150 et 172; *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, paragraphes 343 à 345; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1178; *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 1250 et 1251.

³⁹⁸ Rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.30; *États Unis – Méthodes antidumping (Chine)*, paragraphe 5.146; *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 5.141; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs (article 21:5 – États Unis)*, paragraphe 5.745.

plus avant l'allégation de l'Ukraine selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne la même constatation.

5.3.7 Conclusion

5.153. Aux termes de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC, l'évaluation de la question de savoir si l'accès est accordé à des conditions non moins favorables "dans une situation comparable" devrait être centrée sur des facteurs qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité aux fournisseurs de produits similaires et sur la capacité du Membre qui réglemente de garantir la conformité avec les prescriptions figurant dans le règlement technique ou la norme sous-jacent. Ainsi, les facteurs pertinents pour l'examen de la question de savoir si une "situation comparable" existe doivent affecter les fournisseurs spécifiques auxquels les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre importateur se rapportent.

5.154. Nous estimons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation du membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. Toutefois, lorsqu'il a examiné les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" dans les circonstances particulières de l'espèce, le Groupe spécial s'est trop appuyé sur des renseignements concernant la situation en matière de sécurité en Ukraine en général et ne s'est pas centré suffisamment sur les aspects spécifiques aux fournisseurs dont il était allégué qu'ils s'étaient vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs. Nous constatons donc que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que, entre avril 2014 et décembre 2016, les fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires s'étaient vu nier un accès non moins favorable dans une situation qui n'était pas comparable à celle dans laquelle la Russie avait accordé accès aux fournisseurs de produits ferroviaires russes et aux fournisseurs de produits ferroviaires d'autres pays. Pour les mêmes raisons, nous constatons que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que des conditions d'accès moins favorables avaient été accordées aux fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires dans une situation qui n'était pas comparable dans le contexte également des deux décisions au moyen desquelles l'IBF avait rejeté les demandes présentées par des fournisseurs ukrainiens au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière (c'est-à-dire les décisions 1 et 2).

5.155. En conséquence, nous infirmos la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.394 et 8.1.b.i de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, pour aucune des 14 instructions contestées suspendant des certificats, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.

5.156. Nous infirmos également la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.638 et 8.1.c.i de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, s'agissant des deux décisions au moyen desquelles l'IBF avait "renvoyé sans les examiner" des demandes de certificats présentées par des producteurs ukrainiens au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, c'est-à-dire les décisions 1 et 2, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.

5.4 Allégation de l'Ukraine au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC

5.157. Nous passons maintenant à l'allégation de l'Ukraine selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en procédant à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que les solutions de rechange moins restrictives pour le commerce proposées étaient raisonnablement disponibles et que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC. L'Ukraine nous demande d'infirmes les conclusions figurant aux paragraphes 8.1.b.ii et 8.1.c.iii du rapport du Groupe spécial et de constater que celui-ci n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas établi, en ce qui concerne chacune des 14 instructions, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.³⁹⁹ À son avis, l'évaluation des faits effectuée par le Groupe spécial

³⁹⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 177 et 226.

à cet égard "[est] dénué[e] d'objectivité et d'un raisonnement et d'explications adéquats, et [n'est] pas impartia[le]", et le Groupe spécial a accepté des "affirmations non étayées" de la Russie.⁴⁰⁰

5.4.1 Constatations du Groupe spécial

5.158. Le Groupe spécial a d'abord exposé son interprétation de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC. Il a observé que l'article 5.1.2 énonçait, dans sa première phrase, l'obligation générale de ne pas élaborer, adopter ni appliquer de procédures d'évaluation de la conformité avec pour objet ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. En outre, la deuxième phrase de l'article 5.1.2 donne un exemple de situation dans laquelle il y aurait incompatibilité avec cette obligation générale.⁴⁰¹ S'agissant de la première phrase, le Groupe spécial a conclu que la référence figurant à l'article 5.1.2 aux "obstacles non nécessaires au commerce international"⁴⁰² faisait référence à la notion de "nécessité" et que, à cet égard, elle présentait une certaine similitude avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Dans le même temps, l'article 5.1.2 et l'article 2.2 de l'Accord OTC diffèrent pour ce qui est de la relation entre la première phrase et la deuxième phrase de ces deux dispositions. Spécifiquement, de l'avis du Groupe spécial, contrairement à ce qui se passe à l'article 2.2, la deuxième phrase de l'article 5.1.2 ne précise pas le libellé de la première phrase. Le Groupe spécial a donc conclu qu'une constatation d'incompatibilité avec la première phrase de l'article 5.1.2 pouvait reposer entièrement sur des constatations formulées en ce qui concerne la deuxième phrase de l'article 5.1.2.⁴⁰³

5.159. S'agissant de la deuxième phrase de l'article 5.1.2, le Groupe spécial a examiné les similitudes et différences entre cette disposition et la deuxième phrase de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Il a considéré que les deux dispositions concernaient la notion de "nécessité", et il a donc jugé utile d'examiner les constatations de l'Organe d'appel relatives à la deuxième phrase de l'article 2.2.⁴⁰⁴ Il a noté en outre que, alors que la deuxième phrase de l'article 2.2 utilisait le membre de phrase "nécessaire pour réaliser un objectif légitime", la deuxième phrase de l'article 5.1.2 utilisait le membre de phrase "nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables". À son avis, cette différence textuelle indiquait que la deuxième phrase de l'article 5.1.2 était limitée à l'objectif consistant à donner au Membre importateur une assurance suffisante de la conformité.⁴⁰⁵

5.160. En outre, le Groupe spécial a noté que la deuxième phrase de l'article 2.2 faisait référence au concept de "caractère restrictif pour le commerce", alors que l'article 5.1.2 faisait référence aux concepts de *caractère strict* ou d'*application stricte*.⁴⁰⁶ À son avis, une procédure d'évaluation de la conformité qui est plus restrictive pour le commerce (ou qui est appliquée d'une manière plus restrictive pour le commerce) qu'il n'est nécessaire constituerait une procédure d'évaluation de la conformité qui est plus stricte (ou qui est appliquée de manière plus stricte) qu'il n'est nécessaire. Toutefois, le Groupe spécial a fait le raisonnement selon lequel il pouvait y avoir d'autres cas de figure (n'impliquant pas la restriction du commerce en soi) dans lesquels une procédure d'évaluation de la conformité pourrait être plus stricte, ou être appliquée de manière plus stricte, qu'il n'était nécessaire et pourrait donc ne pas être conforme à la deuxième phrase de l'article 5.1.2.⁴⁰⁷

5.161. Le Groupe spécial a expliqué que, sur la base de ces considérations, il procéderait à un exercice global de soupesage et de mise en balance des facteurs ci-après pour déterminer si la Russie appliquait sa procédure d'évaluation de la conformité d'une manière compatible avec la deuxième phrase de l'article 5.1.2: i) la contribution de l'application par la Russie de sa procédure d'évaluation de la conformité à l'objectif de donner à la Russie l'assurance suffisante que les produits ferroviaires ukrainiens étaient conformes aux règlements techniques pertinents; ii) le caractère strict de la manière dont la Russie appliquait sa procédure d'évaluation de la conformité; et iii) la "nature et la gravité" des risques que la non-conformité entraînerait. Il a indiqué que, en outre, il comparerait la manière d'appliquer la procédure choisie par la Russie avec les autres manières d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité suggérées par l'Ukraine, sauf si la manière d'appliquer

⁴⁰⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 190.

⁴⁰¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.402.

⁴⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.412.

⁴⁰³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.413.

⁴⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.418.

⁴⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.420.

⁴⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.422.

⁴⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.422.

la procédure choisie par la Russie ne contribuait pas à lui donner une assurance suffisante de la conformité.⁴⁰⁸

5.162. S'agissant de la charge de la preuve, le Groupe spécial a examiné comment l'Organe d'appel et un groupe spécial antérieur avaient attribué la charge de la preuve au titre de l'article 2.2.⁴⁰⁹ Spécifiquement, à son avis, l'identification d'une manière d'appliquer moins stricte, à elle seule, n'est pas une base suffisante pour qu'un groupe spécial constate que la manière dont le Membre importateur applique sa procédure d'évaluation de la conformité est plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner à ce Membre une assurance suffisante de la conformité.⁴¹⁰ Le Groupe spécial a donc considéré qu'une partie plaignante qui proposait une autre manière d'appliquer une procédure d'évaluation de la conformité devait établir *prima facie* que cette autre manière d'appliquer: i) était moins stricte; ii) apportait une contribution équivalente à l'objectif de donner au Membre importateur une assurance suffisante de la conformité; et iii) était raisonnablement à la disposition du Membre importateur.⁴¹¹

5.163. Le Groupe spécial a considéré que la suspension de certificats, qui était la manière choisie par la Russie pour appliquer sa procédure d'évaluation de la conformité, contribuait substantiellement à l'objectif qui consistait à donner à la Russie une assurance suffisante du maintien de la conformité des produits ferroviaires ukrainiens visés par les 14 certificats suspendus.⁴¹² Il a constaté en outre que la suspension de certificats restreignait substantiellement le commerce, et pouvait être considérée comme une manière d'appliquer stricte, même si le retrait de certificats serait une manière encore plus stricte.⁴¹³ Enfin, à son avis, les produits ferroviaires non conformes peuvent provoquer des accidents, tels que le déraillement de trains, qui peuvent à leur tour causer des dommages considérables pour la vie et la santé des personnes et des animaux et la préservation des végétaux. Il a considéré que, étant donné les produits concernés (certain matériel ferroviaire roulant, dispositifs d'aiguillage, autres matériels ferroviaires et leurs parties, visés par les certificats suspendus), on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que les conséquences d'une défaillance de l'un de ces produits, due à sa non-conformité aux règlements techniques sous-jacents, entraînent des risques substantiels pour la vie et la santé des personnes et des animaux et la préservation des végétaux, ainsi que pour l'environnement.⁴¹⁴

5.164. S'agissant de la première solution de rechange identifiée par l'Ukraine, consistant pour les autorités russes à communiquer avec les producteurs ukrainiens, le Groupe spécial a considéré que la solution de rechange avait un résultat incertain et pourrait théoriquement conduire à une situation qui permettrait à la procédure d'évaluation de la conformité de se poursuivre, tout comme elle pourrait conduire à une situation dans laquelle elle ne se poursuivrait pas et les certificats seraient suspendus.⁴¹⁵ En outre, il a noté que les lettres dans lesquelles des producteurs ukrainiens proposaient à l'IBF des arrangements privés en matière de sécurité en vue de permettre aux inspections d'avoir lieu n'avaient pas mis fin aux préoccupations de l'IBF s'agissant de l'envoi d'inspecteurs en Ukraine pour y réaliser des inspections et les certificats sont restés suspendus.⁴¹⁶ Enfin, le Groupe spécial a observé que l'Ukraine n'avait pas précisé pourquoi il n'était pas raisonnable que l'IBF considère que les arrangements en vue de la réalisation du contrôle d'inspection en Ukraine proposés par les producteurs ukrainiens n'étaient pas satisfaisants ou suffisants, et n'avait pas non plus fourni de précisions sur le point de savoir si, en vertu du droit interne russe, l'IBF pouvait différer la suspension de certificats de produits dont le maintien de la conformité ne pouvait pas être vérifié.⁴¹⁷ En conséquence, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que

⁴⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.423.

⁴⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.428.

⁴¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.432.

⁴¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.433.

⁴¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.450.

⁴¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.453 et 7.454.

⁴¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.457.

⁴¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.468. À cet égard, le Groupe spécial a fait référence au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, dans lequel celui-ci avait infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle, avant d'imposer une mesure incompatible avec les règles de l'OMC, la partie défenderesse aurait pu engager des consultations avec la partie plaignante pour trouver des solutions de rechange. L'Organe d'appel a noté que les négociations étaient par définition un processus dont les résultats étaient incertains. (*Ibid.*, paragraphe 7.467 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 315 à 317 et 321))

⁴¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.468 (faisant référence à Letter [RCC] from PJSC [RCC] to FBO (pièce UKR-18 (RCC) présentée au Groupe spécial)).

⁴¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.469.

communiquer avec les cinq producteurs ukrainiens concernés était une manière moins stricte d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité qui aurait été raisonnablement à la disposition de la Russie.⁴¹⁸

5.165. S'agissant de la deuxième solution de rechange identifiée par l'Ukraine, consistant à charger les autorités compétentes du Kazakhstan ou du Bélarus des inspections en Ukraine, le Groupe spécial a noté qu'il n'allait pas de soi que l'IBF était habilitée à charger des autorités gouvernementales étrangères d'accomplir des tâches dont elle était chargée. De plus, il a observé que l'Ukraine n'avait fourni aucun élément de preuve attestant que l'IBF avait, dans le passé, chargé des organismes de certification d'autres pays de procéder à des inspections à l'étranger, et il a donc considéré que l'Ukraine ne s'était pas acquittée de la charge qui lui incombait d'établir que cette solution de rechange était à la disposition de la Russie.⁴¹⁹ En conséquence, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que charger les autorités compétentes du Bélarus et du Kazakhstan de procéder à des inspections en Ukraine était une manière moins stricte d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité qui aurait été raisonnablement à la disposition de la Russie.⁴²⁰

5.166. S'agissant de la troisième solution de rechange identifiée par l'Ukraine, consistant à accréditer des experts ou des organisations non russes pour procéder à des inspections en Ukraine, le Groupe spécial croyait comprendre que l'Ukraine se référait à la possibilité de nommer des experts, prévue à l'article 10 du système de certification pour le transport ferroviaire fédéral (CS FRT 01-96).⁴²¹ Toutefois, pour lui, il n'apparaissait pas clairement que cette disposition prévoyait la possibilité d'accréditer des experts non russes pour procéder à des inspections sur site. Alors que l'article 10 ne précisait pas la nationalité que les experts accrédités devaient avoir, l'Ukraine n'avait fourni aucun élément de preuve indiquant que des experts non russes avaient été accrédités. Le Groupe spécial a en outre noté que, dans le système en place, les experts demandaient l'accréditation et qu'il n'était pas prévu que le Ministère prenne contact avec des experts et leur délivre des certificats d'accréditation et des licences.⁴²² Aucun élément de preuve versé au dossier n'indiquait qu'au moment où les 14 instructions suspendant des certificats avaient été émises, des experts non russes étaient qualifiés pour procéder au contrôle d'inspection en Ukraine et détenaient des certificats d'accréditation russes valides. Enfin, le Groupe spécial a observé qu'aucun élément de preuve n'indiquait non plus que l'IBF avait, dans le passé, employé des experts accrédités pour procéder à des inspections à l'étranger.⁴²³ En conséquence, il a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi qu'accréditer des experts ou des organisations non russes était une manière moins stricte d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité qui aurait été raisonnablement à la disposition de la Russie.⁴²⁴

5.167. S'agissant de la quatrième solution de rechange identifiée par l'Ukraine, consistant à procéder à des inspections hors site, le Groupe spécial a observé que le principal point de désaccord entre les parties était la question de savoir si, en vertu de l'article 7.4.1 de la norme organisationnelle CTO PC-FZT 08-2013 intitulée "Procédure d'organisation et de mise en œuvre d'un contrôle d'inspection des produits certifiés" (PC-FZT 08-2013) (pièce RUS-23 présentée au Groupe spécial), lequel énonçait des conditions requises pour procéder à des inspections hors site, il était interdit à l'IBF de procéder à des inspections hors site pour les produits ferroviaires affectés par les 14 suspensions.⁴²⁵ Les parties ont mentionné seulement deux des conditions prévues à l'article 7.4.1, à savoir qu'il y ait: i) absence de faits de non-conformité lors du contrôle d'inspection précédent; et ii) absence de plaintes de consommateurs concernant la qualité des produits certifiés.⁴²⁶ S'agissant de la première de ces deux conditions, le Groupe spécial l'a interprétée comme signifiant qu'une inspection hors site était exclue *uniquement dans le cas des produits pour lesquels une non-conformité* les concernant ou concernant leurs processus de production connexes avait été relevée lors du *dernier contrôle d'inspection* visant ces produits.⁴²⁷

⁴¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.470.

⁴¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.474.

⁴²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.476.

⁴²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.477 et 7.480.

⁴²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.480.

⁴²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.480.

⁴²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.482.

⁴²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.496.

⁴²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.499 et 7.501.

⁴²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.513. Les autres possibilités examinées par le Groupe spécial consistaient à lire la condition en cause comme: i) englobant les non-conformités relevées lors du

5.168. S'agissant de la possibilité de procéder à des inspections hors site pour les produits ferroviaires visés par les 14 certificats suspendus, le Groupe spécial a considéré que, dans les circonstances de l'espèce, il appartenait à l'Ukraine de présenter des éléments de preuve de l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs. À son avis, l'article 7.4.1 figurait dans un instrument juridique qui était soit accessible au public ou sur demande, les producteurs ont reçu un "compte rendu d'inspection" qui indiquait les résultats de l'inspection, et l'IBF fournirait des renseignements sur les plaintes des consommateurs aux producteurs affectés. À titre subsidiaire, le Groupe spécial a noté que l'Ukraine pourrait démontrer qu'elle avait entrepris des efforts raisonnables pour obtenir de la Russie des renseignements concernant toutes non-conformités relevées lors du contrôle d'inspection précédent ou toutes plaintes de consommateurs, en expliquant pourquoi ces renseignements n'avaient pas pu être obtenus. Or l'Ukraine ne l'avait pas fait pour la plupart des produits ferroviaires visés par les certificats suspendus.⁴²⁸ Le Groupe spécial a ensuite examiné les certificats pertinents de chaque producteur ukrainien que l'IBF avait suspendus au moyen de chacune des instructions en cause.⁴²⁹ En résumé, il a conclu que l'Ukraine n'avait établi, pour aucun des certificats suspendus visés par les 14 instructions contestées, que l'inspection hors site était possible au titre de l'article 7.4.1.⁴³⁰

5.169. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi, s'agissant de chacune des 14 instructions en cause, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.⁴³¹

5.4.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.170. En appel, l'Ukraine nous demande d'infirmes les conclusions formulées aux paragraphes 8.1.b.ii et 8.1.c.iii du rapport du Groupe spécial, selon lesquelles l'Ukraine n'avait pas établi, s'agissant de chacune des 14 instructions, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.⁴³² À son avis, l'évaluation des faits effectuée par le Groupe spécial à cet égard "[est] dénué[e] d'objectivité et d'un raisonnement et d'explications adéquats, [n'est] pas impartia[le]", et le Groupe spécial a accepté des "affirmations non étayées" de la Russie".⁴³³

5.171. En particulier, en ce qui concerne la première solution de rechange consistant à "communiquer davantage avec les producteurs ukrainiens concernés", l'Ukraine rappelle que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. À cet égard, l'Ukraine conteste l'attribution de la charge de la preuve du Groupe spécial et affirme que celui-ci a fait abstraction du fait que le défendeur assume la charge de réfuter l'argumentation du plaignant pour ce qui est de la disponibilité raisonnable d'une solution de rechange particulière.⁴³⁴ De l'avis de l'Ukraine, le Groupe spécial "a plaidé la cause" de la Russie⁴³⁵ et a manqué à son devoir au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en "formulant des constatations malgré l'absence de réfutation adéquate du défendeur".⁴³⁶ De plus, selon elle, le Groupe spécial a attribué à l'Ukraine une charge de la preuve très élevée et s'attendait à ce qu'elle prouve le contraire, par exemple en constatant qu'elle n'avait pas précisé pourquoi il n'était pas raisonnable que l'IBF considère que les arrangements en vue de procéder au contrôle d'inspection en Ukraine proposés par les producteurs ukrainiens n'étaient pas satisfaisants ou suffisants.⁴³⁷

contrôle d'inspection immédiatement précédent concernant un produit ferroviaire quelconque du producteur, y compris un produit ferroviaire non visé par le contrôle d'inspection à venir; ii) s'appliquant à une non-conformité relevée lors du dernier contrôle d'inspection concernant l'un quelconque des produits ferroviaires visés par le contrôle d'inspection à venir (qui pourrait ne pas être le dernier contrôle d'inspection visant le producteur concerné); et iii) s'appliquant également aux non-conformités concernant le processus de production et non aux produits spécifiques produits. (*Ibid.*, paragraphes 7.509 à 7.512)

⁴²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.519.

⁴²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.520 à 7.534.

⁴³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.535.

⁴³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.544.

⁴³² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 177 et 226.

⁴³³ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 190.

⁴³⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 195.

⁴³⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 195.

⁴³⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 198.

⁴³⁷ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 199 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.469).

5.172. S'agissant de la deuxième solution de rechange consistant à "charger les autorités compétentes du Kazakhstan ou du Bélarus des inspections en Ukraine", l'Ukraine affirme que la possibilité d'avoir recours à cette solution de rechange ne semble pas être exclue, étant donné le système juridique unifié, en particulier le cadre juridique relatif aux règlements techniques et aux procédures d'évaluation de la conformité, dont disposent le Bélarus, le Kazakhstan et la Russie au titre du Traité portant création d'un territoire douanier commun et de l'Union douanière.⁴³⁸ En outre, l'Ukraine estime que, en constatant qu'elle n'avait pas fourni d'éléments de preuve attestant que l'IBF avait, dans le passé, chargé des organismes de certification d'autres pays de procéder à des inspections à l'étranger, le Groupe spécial a fait peser sur l'Ukraine une charge de la preuve excessive.⁴³⁹ À son avis, le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations malgré l'absence de réfutation de la Russie en ce qui concerne la deuxième mesure de rechange proposée par l'Ukraine.⁴⁴⁰

5.173. S'agissant de la troisième solution de rechange consistant à "accréditer des experts ou des organisations non russes pour procéder à des inspections en Ukraine", l'Ukraine rappelle la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'apparaît pas clairement que l'article 10 des règles CS FRT 01-96 prévoit la possibilité d'accréditer des experts non russes pour procéder à des inspections sur site. Elle soutient que puisque l'article 10 ne précise pas que les experts accrédités doivent avoir une certaine nationalité, le Groupe spécial a fait erreur en exigeant que l'Ukraine fournisse des éléments de preuve indiquant que des experts non russes avaient été accrédités par le passé.⁴⁴¹ De plus, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur en dispensant la Russie de la charge de la preuve lui incombant en concluant qu'aucun élément de preuve n'indiquait que des experts non russes étaient qualifiés pour procéder à ces inspections.⁴⁴²

5.174. S'agissant de la quatrième solution de rechange consistant à "procéder à des inspections hors site", l'Ukraine allègue que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il appartenait à l'Ukraine de présenter des éléments de preuve indiquant que les deux conditions relatives aux inspections hors site prévues à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 avaient été remplies, à savoir des éléments de preuve de l'absence de non-conformités et de plaintes des consommateurs concernant les produits ferroviaires visés par les certificats suspendus.⁴⁴³ De plus, l'Ukraine signale que le Groupe spécial a compris que la "norme PC-FZT 08-2013 était accessible au public ou sur demande", ce qui contredisait sa constatation antérieure selon laquelle l'instrument juridique n'avait "pas été officiellement publié[]".⁴⁴⁴ Elle fait aussi référence à l'absence d'explication donnée par les autorités russes aux producteurs ukrainiens quant aux raisons du refus des inspections hors site.⁴⁴⁵

5.175. Pour sa part, la Russie nous demande de confirmer les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.1.b.ii et 8.1.c.iii de son rapport.⁴⁴⁶ À titre de remarque préliminaire, la Russie estime que l'Ukraine n'a pas traité de manière significative les constatations du Groupe spécial exposées au paragraphe 8.1.c.iii de son rapport, dans la mesure où elle a simplement allégué que ses affirmations au sujet des rejets de certificats étaient semblables à celles qu'elle formulait concernant la suspension de certificats.⁴⁴⁷ À son avis, une simple affirmation est insuffisante pour établir l'existence d'une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

5.176. S'agissant de la première solution de rechange consistant à "communiquer davantage avec les producteurs ukrainiens concernés", la Russie fait valoir que le Groupe spécial a rejeté à juste titre la solution de rechange proposée par l'Ukraine.⁴⁴⁸ À son avis, l'Ukraine tente de substituer à l'obligation incombant au plaignant d'"établir des éléments *prima facie*" l'obligation incombant à une partie de "prouver le fait sur lequel elle s'appuie" et elle tente de déplacer la charge de la preuve qui

⁴³⁸ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 203, 204 et 206.

⁴³⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 209.

⁴⁴⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 210.

⁴⁴¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 212 et 216.

⁴⁴² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 215 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.480).

⁴⁴³ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 221 et 224.

⁴⁴⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 220 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.494 et 7.519).

⁴⁴⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 222.

⁴⁴⁶ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 86.

⁴⁴⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 89.

⁴⁴⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 105.

lui incombe vers la Russie.⁴⁴⁹ La Russie estime que, au titre de l'article 5.1.2, l'obligation de déterminer la disponibilité raisonnable d'une mesure moins restrictive pour le commerce fait partie de l'établissement d'éléments *prima facie* et ne remplit pas les conditions requises pour constituer une exception. Par conséquent, afin d'établir des éléments *prima facie*, l'Ukraine assume la charge de prouver tous les éléments énoncés à l'article 5.1.2. La Russie affirme en outre que l'Ukraine a reconnu la charge de la preuve lui incombant en tant que plaignant mais n'a pas avancé des arguments suffisants concernant la disponibilité raisonnable de la solution de rechange et n'a donc pas établi d'éléments *prima facie*.⁴⁵⁰ À titre subsidiaire, la Russie affirme que si l'Organe d'appel devait constater que l'Ukraine avait en fait établi des éléments *prima facie*, elle avait réussi à réfuter ces éléments *prima facie* présentés au Groupe spécial.⁴⁵¹

5.177. S'agissant de la deuxième solution de rechange consistant à "charger les autorités compétentes du Kazakhstan ou du Bélarus des inspections en Ukraine", la Russie estime que l'argument de l'Ukraine selon lequel le Groupe spécial a fait abstraction de l'absence de réfutation de la Russie est dénué de fondement.⁴⁵² Elle signale que l'Ukraine n'a fourni aucune référence à des documents de l'Union douanière, à d'autres instruments juridiques, ni à des faits montrant la disponibilité d'une telle solution de rechange au cours de la procédure du Groupe spécial. Elle considère donc que cette solution de rechange suggérée est une simple hypothèse théorique. Elle signale que la "possibilité" théorique de charger des autorités gouvernementales étrangères d'effectuer des inspections et une "solution de rechange raisonnablement disponible" au titre de l'article 5.1.2 sont deux concepts complètement différents.⁴⁵³ Selon la Russie, l'Ukraine essaie de combiner deux scénarios différents sur le plan factuel, à savoir la confiance de la Russie dans les résultats des évaluations effectuées par des fonctionnaires d'autres membres de l'Union douanière et la possibilité que la Russie requière de ces fonctionnaires des membres qu'ils effectuent des évaluations en son nom.

5.178. S'agissant de la troisième solution de rechange consistant à "accréditer des experts ou des organisations non russes pour procéder à des inspections en Ukraine", la Russie estime que le Groupe spécial a évalué objectivement l'argument de l'Ukraine et a correctement examiné la portée et le sens de l'article 10 des règles CS FRT 01-96.⁴⁵⁴ Elle rappelle que l'Ukraine assume la charge de démontrer la disponibilité de la solution de rechange mais n'a pas fourni d'éléments de preuve à l'appui de sa position. De plus, elle estime que la conclusion du Groupe spécial au sujet de cette mesure de rechange repose sur trois constatations de fait distinctes et, en conséquence, que la conclusion du Groupe spécial serait admise même s'il était constaté que le principe affirmé par l'Ukraine s'appliquait.⁴⁵⁵

5.179. S'agissant de la quatrième solution de rechange consistant à "procéder à des inspections hors site", la Russie estime que, contrairement à ce qu'affirme l'Ukraine, les éléments de preuve fournis par la Russie au cours de la procédure du Groupe spécial sont pertinents.⁴⁵⁶ S'agissant de la publication de la norme PC-FZT 08-2013, la Russie souligne la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "des tierces parties peuvent accéder à la norme et même la publier et qu'il ne s'agit pas d'un document interne confidentiel", et elle rappelle que l'Ukraine n'a pas fait objection à l'accessibilité du document pour le public au cours de la procédure du Groupe spécial.⁴⁵⁷ En réponse à l'argument de l'Ukraine selon lequel les autorités russes n'ont pas expliqué aux producteurs ukrainiens les raisons pour lesquelles elles ont refusé de procéder à des inspections hors site, la Russie affirme que, bien que cela puisse être pertinent en ce qui concerne l'article 5.2.2 de l'Accord OTC, qui ne fait pas l'objet d'un appel ici, cela n'est pas une considération pertinente au titre de l'article 5.1.2.⁴⁵⁸

⁴⁴⁹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 92.

⁴⁵⁰ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 97 et 98 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.468 et 7.469).

⁴⁵¹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 103 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.464).

⁴⁵² Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 115.

⁴⁵³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 113.

⁴⁵⁴ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 119.

⁴⁵⁵ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 123.

⁴⁵⁶ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 127.

⁴⁵⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 129.

⁴⁵⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 130.

5.4.3 Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne la quatrième mesure de rechange

5.180. L'Ukraine conteste l'attribution de la charge de la preuve faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, et en particulier la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi que chaque solution de rechange moins restrictive pour le commerce proposée était raisonnablement à la disposition de la Russie.⁴⁵⁹ Nous commençons donc notre analyse en examinant l'attribution appropriée de la charge de la preuve au titre de l'article 5.1.2 à la lumière de l'évaluation devant être effectuée au titre de cette disposition, à savoir déterminer si les procédures d'évaluation de la conformité sont plus strictes ou appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante de la conformité. Nous évaluons ensuite si, dans les circonstances de l'espèce, le Groupe spécial a manqué de procéder à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord dans son attribution de la charge de la preuve lorsqu'il a examiné les mesures de rechange proposées par l'Ukraine.

5.181. Le texte de la partie pertinente de l'article 5.1 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

Article 5

Procédures d'évaluation de la conformité appliquées par des institutions du gouvernement central

5.1 Dans les cas où il est exigé une assurance positive de la conformité à des règlements techniques ou à des normes, les Membres feront en sorte que les institutions de leur gouvernement central appliquent les dispositions ci-après aux produits originaires du territoire d'autres Membres:

...

5.1.2 l'élaboration, l'adoption ou l'application des procédures d'évaluation de la conformité n'auront ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Cela signifie, entre autres choses, que les procédures d'évaluation de la conformité ne seront pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables, compte tenu des risques que la non-conformité entraînerait.

5.182. La première phrase de l'article 5.1.2 prescrit aux Membres de l'OMC de faire en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des procédures d'évaluation de la conformité n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Selon la deuxième phrase, "[c]ela signifie, entre autres choses, que les procédures d'évaluation de la conformité ne seront pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables, compte tenu des risques que la non-conformité entraînerait". Alors que la première phrase prescrit que des procédures d'évaluation de la conformité ne créent pas "des obstacles *non nécessaires* au commerce international", la deuxième phrase précise que ces procédures "ne seront pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est *nécessaire*".

5.183. Les deux phrases de l'article 5.1.2 font donc référence à la notion de "nécessité". L'Organe d'appel a antérieurement noté que le terme "nécessaire" désignait des nécessités d'ordre différent, en fonction du contexte dans lequel il était employé.⁴⁶⁰ Dans le même ordre d'idées, nous considérons que la "nécessité" exprimée dans les première et deuxième phrases de l'article 5.1.2 doit être déterminée dans le contexte spécifique de cette disposition. Ce qui constitue un "obstacle non nécessaire au commerce international" est en outre éclairé par la deuxième phrase de l'article 5.1.2. La précision "[c]ela signifie" au début de la deuxième phrase, suivie de l'expression "entre autres choses", indique que la deuxième phrase décrit une situation dans laquelle

⁴⁵⁹ Voir Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 194, 202, 214 et 221.

⁴⁶⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 318 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 161).

l'élaboration, l'adoption ou l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité a pour objet et pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Puisque la deuxième phrase précise le sens de l'expression "non nécessaires" figurant dans la première phrase, elle fournit un contexte utile pour comprendre comment la notion de "nécessité" exprimée à l'article 5.1.2 dans son ensemble devrait être interprétée.

5.184. D'après la deuxième phrase, la question de savoir si une procédure est "plus stricte[]" ou est "appliquée[]" de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire" doit être évaluée en fonction du point de savoir si elle donne au Membre importateur une "assurance suffisante" que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables. À notre avis, cette formulation se rapporte à la fonction des procédures d'évaluation de la conformité, qui est d'assurer la conformité avec les prescriptions d'un règlement technique ou d'une norme. En outre, il doit être tenu compte "des risques que la non-conformité entraînerait". Ce qui donne au Membre importateur une "assurance suffisante" que certains produits satisfont à un règlement technique ou à une norme peut varier en fonction de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire. La question de savoir si la procédure d'évaluation de la conformité est plus stricte ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire au titre de la deuxième phrase de l'article 5.1.2 doit être évaluée par rapport à sa contribution à cette fonction consistant à donner une assurance suffisante que les produits satisfont au règlement technique ou à la norme sous-jacent. En outre, les risques qu'entraînerait la non-conformité à un règlement technique ou une norme particuliers dépendent aussi de l'objectif recherché par ce règlement technique ou cette norme particuliers. En ce sens, l'objectif du règlement technique ou de la norme peut avoir une pertinence dans l'analyse du caractère restrictif pour le commerce de la procédure d'évaluation de la conformité.

5.185. Au cours de la procédure du Groupe spécial, les deux parties et le Groupe spécial ont considéré que l'article 2.2 fournissait un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 5.1.2.⁴⁶¹ Nous notons des similitudes dans le libellé des articles 2.2 et 5.1.2 de l'Accord OTC.⁴⁶² Spécifiquement, les premières phrases des articles 2.2 et 5.1.2 contiennent une obligation imposant aux Membres de l'OMC de ne pas se livrer à "l'élaboration, l'adoption ou l'application" de règlements techniques ou de procédures d'évaluation de la conformité respectivement "[ayant] ... pour objet [ou] pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international". Dans le même temps, il existe des différences pertinentes dans les textes de ces dispositions. Par exemple, alors que la deuxième phrase de l'article 2.2 utilise l'expression "restrictifs pour le commerce", la deuxième phrase de l'article 5.1.2 utilise les expressions "plus strictes" ou "appliquées de manière plus stricte". De plus, la fonction des procédures d'évaluation de la conformité exprimée dans la deuxième phrase de l'article 5.1.2 consiste à donner une "assurance suffisante" que les produits sont conformes au règlement technique ou à la norme applicable. En revanche, la troisième phrase de l'article 2.2 contient une liste d'objectifs légitimes indicatifs que les règlements techniques pourraient permettre de réaliser. Selon nous, les articles 2.2 et 5.1.2 énoncent tous deux des obligations imposant aux Membres de l'OMC de ne pas créer des obstacles non nécessaires au commerce international en ce qui concerne les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité, respectivement, et d'identifier certains facteurs à prendre en considération dans une analyse de la nécessité. En particulier, les facteurs pertinents pour l'analyse au titre de l'article 2.2 incluent l'objectif légitime du règlement technique, son caractère restrictif pour le commerce et les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait. En vertu de l'article 5.1.2, les facteurs pertinents incluent la fonction de la procédure d'évaluation de la conformité, son caractère strict et les risques que la non-conformité au règlement technique ou à la norme sous-jacent entraînerait.⁴⁶³

⁴⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.406 à 7.413.

⁴⁶² L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose ce qui suit: "Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait."

⁴⁶³ L'Organe d'appel a indiqué que pour évaluer si un règlement technique était "plus restrictif pour le commerce qu'il n'était nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il convenait d'évaluer un certain nombre de facteurs. Un groupe spécial devrait commencer par prendre en considération des facteurs parmi lesquels: i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause; ii) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure. Dans la plupart des cas, une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles devrait être effectuée.

5.186. Sur la base de ces considérations, l'existence d'un "obstacle[] non nécessaire[]" au commerce international" en vertu des première et deuxième phrases de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, lues conjointement, peut être établie sur la base d'une analyse des facteurs suivants: i) la question de savoir si la procédure d'évaluation de la conformité fournit une assurance suffisante de la conformité au règlement technique ou à la norme sous-jacent; ii) le caractère strict de la procédure d'évaluation de la conformité ou de la manière dont elle est appliquée; et iii) la nature des risques et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-conformité au règlement technique ou à la norme. Alors que la fonction des procédures d'évaluation de la conformité consiste à assurer la conformité avec le règlement technique ou la norme sous-jacent, l'objectif légitime de ce règlement ou de cette norme serait aussi pertinent pour déterminer la nature des risques et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-conformité. D'une manière analogue à l'article 2.2, l'emploi du comparatif "plus ... que" dans la deuxième phrase de l'article 5.1.2 donne à penser que l'existence d'un "obstacle[] non nécessaire[]" au commerce international" visé à la première phrase peut être déterminée sur la base d'une analyse comparative des facteurs susmentionnés.⁴⁶⁴ Ainsi, pour établir qu'une procédure d'évaluation de la conformité est plus stricte qu'il n'est nécessaire, elle peut être comparée à des procédures de rechange possibles. À cet égard, les groupes spéciaux devraient examiner si ces mesures de rechange sont raisonnablement disponibles, sont moins strictes ou appliquées de manière moins stricte et apportent une contribution équivalente à l'objectif visant à donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables. Cette analyse comporte finalement un exercice global de soupesage et de mise en balance de tous les facteurs pertinents en ce qui concerne la procédure d'évaluation de la conformité contestée et dans le cadre de la comparaison avec des mesures de rechange proposées.⁴⁶⁵

5.187. S'agissant de la charge de la preuve d'établir l'existence d'un "obstacle[] non nécessaire[]" au commerce international" au titre de l'article 5.1.2, nous notons que l'Organe d'appel a estimé que, en règle générale, la charge de la preuve incombait à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établissait, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas de preuves suffisantes pour réfuter la présomption.⁴⁶⁶ De plus, la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une telle présomption varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre.⁴⁶⁷

5.188. L'Organe d'appel a indiqué que, par conséquent, la charge de la preuve en ce qui concerne une disposition particulière de l'OMC "ne [pouvait] pas être interprétée isolément de la logique globale de cette disposition et de la fonction qu'elle [était] censée avoir".⁴⁶⁸ À cet égard, d'une manière analogue à l'article 2.2, la charge d'établir des éléments *prima facie* au titre de l'article 5.1.2 incombe au plaignant. Contrairement aux exceptions employant le concept de nécessité, comme l'article XX du GATT de 1994 et l'article XIV de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS), la charge de la preuve en ce qui concerne la "nécessité" de la mesure incombe au défendeur.⁴⁶⁹ Afin de montrer qu'une procédure d'évaluation de la conformité ou son application est incompatible avec l'article 5.1.2, le plaignant doit établir que la mesure contestée crée un obstacle non nécessaire au commerce international sur la base de la première ou de la deuxième phrase de cette disposition. Selon la deuxième phrase, le plaignant doit présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir que la procédure d'évaluation de la conformité contestée est plus stricte ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes

En particulier, il peut être pertinent aux fins de cette comparaison d'examiner si la mesure de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce, si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent (compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait), et si elle est raisonnablement disponible. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322)

⁴⁶⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320.

⁴⁶⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.211.

⁴⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

⁴⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 16.

⁴⁶⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 286. (italique omis)

⁴⁶⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328.

applicables, compte tenu des risques que la non-conformité entraînerait. Pour établir ses éléments *prima facie*, un plaignant peut aussi s'efforcer d'indiquer une mesure de rechange possible qui est moins stricte ou appliquée de manière moins stricte, apporte une contribution équivalente à l'objectif de donner une assurance suffisante et est raisonnablement disponible.⁴⁷⁰ Il incombe alors au défendeur de réfuter les éléments *prima facie* du plaignant en présentant des éléments de preuve et arguments montrant que la procédure d'évaluation de la conformité contestée n'est pas plus stricte ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire en démontrant, par exemple, que la mesure de rechange indiquée par le plaignant n'est pas, en fait, raisonnablement disponible, n'est pas moins stricte ou appliquée de manière moins stricte ou n'apporte pas de contribution équivalente à l'objectif de donner une assurance suffisante.

5.189. Nous rappelons en outre que la charge de la preuve en ce qui concerne une disposition particulière de l'OMC "ne peut pas être interprétée isolément de la logique globale de cette disposition et de la fonction qu'elle est censée avoir".⁴⁷¹ À cet égard, l'Organe d'appel a observé que, alors que l'article XX du GATT de 1994 prévoyait des exceptions, l'article 2.2 de l'Accord OTC énonçait des obligations positives, et cette différence devait être prise en compte dans l'attribution de la charge de la preuve imposée aux défendeurs et aux plaignants dans le cadre des dispositions respectives.⁴⁷² Puisqu'au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, le plaignant a la charge d'établir les éléments d'un manquement à une obligation positive, nous considérons que l'attribution de la charge de la preuve pour les plaignants et les défendeurs au titre de cette disposition devrait être guidée par des considérations analogues à celle prévue à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Spécifiquement, comme il a été noté, alors que conformément à l'article XX du GATT de 1994, un défendeur doit établir que la mesure de rechange indiquée par le plaignant n'est en définitive *pas* raisonnablement disponible pour le défendeur, au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un plaignant doit établir *prima facie* que sa mesure de rechange proposée *est* raisonnablement disponible. En tout état de cause, le fait que les mesures de rechange sont des "outil[s] conceptuel[s]" dans l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure éclaire aussi la nature et la quantité d'éléments de preuve exigés.⁴⁷³ En particulier, ces mesures de rechange sont de nature hypothétique aux fins d'une analyse de la nécessité, parce qu'elles n'existent pas (encore), ou du moins pas sous la forme particulière proposée par le plaignant. Par conséquent, on ne peut pas s'attendre à ce que les plaignants fournissent des descriptions complètes et exhaustives des mesures de rechange qu'ils proposent.⁴⁷⁴ Compte tenu du fait que les détails spécifiques de la mise en œuvre peuvent dépendre de la capacité et des circonstances particulières du Membre mettant en œuvre en question, il apparaîtrait incongru de s'attendre à ce qu'un plaignant fournisse des renseignements détaillés concernant la manière dont une solution de rechange proposée serait mise en œuvre par le défendeur dans les faits, et des estimations précises et exhaustives des coûts que cette mise en œuvre entraînerait.⁴⁷⁵ Par conséquent, une fois qu'un plaignant a établi *prima facie* qu'une solution de rechange proposée est raisonnablement disponible, ce serait ensuite au défendeur qu'il incomberait de présenter des éléments de preuve spécifiques quant aux raisons pour lesquelles la mise en œuvre de cette solution de rechange serait effectivement irréalisable, par exemple parce qu'elle est associée à des coûts prohibitifs ou à des difficultés techniques substantielles.

5.190. Ayant ces considérations à l'esprit, nous passons à l'allégation de l'Ukraine selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant qu'il n'y avait pas de solutions de rechange moins restrictives pour le commerce à la disposition de la Russie au sens de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, et que l'Ukraine n'avait pas établi que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de cette disposition.⁴⁷⁶ Nous rappelons que, devant le Groupe spécial, l'Ukraine a présenté quatre mesures de rechange: i) communiquer davantage avec les producteurs ukrainiens

⁴⁷⁰ Voir, pour l'article 2.2 de l'Accord OTC, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 323.

⁴⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 286. (italique omis)

⁴⁷² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.333.

⁴⁷³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.334.

⁴⁷⁴ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.334.

⁴⁷⁵ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.338.

⁴⁷⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 176.

concernés; ii) charger les autorités compétentes du Kazakhstan et du Bélarus des inspections sur site en Ukraine; iii) accréditer des inspecteurs non russes, soit des experts soit des organisations, pour procéder à des inspections en Ukraine; et iv) procéder à des inspections hors site.⁴⁷⁷ Nous commençons notre analyse par l'allégation de l'Ukraine, qui conteste l'attribution de la charge de la preuve par le Groupe spécial dans le cadre de la solution de rechange consistant en la possibilité pour l'IBF de procéder à des inspections hors site.

5.191. Devant le Groupe spécial, l'Ukraine a fait valoir que la réalisation par l'IBF d'inspections hors site en Ukraine, possibilité qui existait déjà dans la législation russe, serait une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce. En appel, elle estime que le Groupe spécial a fait erreur en constatant qu'il lui incombait de présenter des éléments de preuve du respect des prescriptions légales relatives à la réalisation de ces inspections hors site en remplacement des inspections sur site, à savoir l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs concernant les produits ferroviaires visés par les certificats suspendus en cause dans la présente affaire.⁴⁷⁸ À son avis, le Groupe spécial a fait peser une charge de la preuve excessive sur elle et n'a pas procédé à une évaluation objective au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁴⁷⁹ L'Ukraine fait aussi valoir que les autorités russes n'ont pas expliqué aux producteurs ukrainiens les raisons pour lesquelles elles ont refusé de procéder aux inspections hors site et que les comptes rendus du contrôle d'inspection établis lors des précédentes inspections étaient vagues.⁴⁸⁰

5.192. Nous rappelons que, devant le Groupe spécial, l'Ukraine a fait valoir que la Russie aurait pu recourir à des inspections hors site au lieu de suspendre les certificats en raison de l'impossibilité de procéder à un contrôle d'inspection sur site. À son avis, cette mesure de rechange était raisonnablement à la disposition de la Russie parce que les inspections hors site étaient explicitement prévues à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003.⁴⁸¹ Pour sa part, la Russie a estimé que des inspections hors site pouvaient être réalisées uniquement si les conditions énoncées à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 étaient remplies.⁴⁸² En particulier, le désaccord entre les parties portait sur le point de savoir si deux des conditions énoncées à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013, à savoir l'absence de faits de non-conformité lors du contrôle d'inspection précédent et l'absence de plaintes de consommateurs concernant la qualité des produits certifiés, étaient remplies en ce qui concerne les produits ferroviaires affectés par les 14 suspensions en cause.⁴⁸³ Comme le Groupe spécial l'a expliqué, alors que "l'Ukraine a avancé des arguments en rapport avec la possibilité de procéder à des inspections hors site, d'abord au titre de l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003, et plus tard, une fois que la Russie s'était référée à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013, au titre de l'article 7.4.1"⁴⁸⁴, la Russie a fourni des éléments de preuve "pour réfuter les assertions de l'Ukraine relatives à la possibilité de procéder à des inspections hors site".⁴⁸⁵

⁴⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.459.

⁴⁷⁸ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 221.

⁴⁷⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 221 et 224.

⁴⁸⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 222 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.519 et 7.521).

⁴⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.484 (faisant référence à Rules of the Certification System for Federal Railway Transport. Procedure for organizing and conducting an inspection control. (CS FRT 12-2003) (pièce UKR-3 présentée au Groupe spécial)).

⁴⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.487 (faisant référence à PC-FZT 08-2013 (pièce RUS-23 présentée au Groupe spécial)).

⁴⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.499 et 7.501.

⁴⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.516. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.484 (faisant référence à Rules of the Certification System for Federal Railway Transport. Procedure for organizing and conducting an inspection control. (CS FRT 12-2003) (pièce UKR-3 présentée au Groupe spécial)) et 7.488 (faisant référence à Ukraine, deuxième communication au Groupe spécial, paragraphes 215 à 219 et 221 à 227; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 63).

⁴⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.517. La Russie a présenté des éléments de preuve attestant de non-conformités ou de plaintes de consommateurs pour certains des 73 certificats suspendus au moyen des 14 instructions, et l'Ukraine a présenté des éléments de preuve attestant de contrôles d'inspection précédents en ce qui concerne certains des autres certificats suspendus. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.518. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 7.516 (faisant référence à des éléments de preuve fournis par l'Ukraine, y compris des comptes rendus d'inspection concernant les produits certifiés (Act of inspection dated 23 January 2014 of certified products produced by PJSC [RCC] (pièce UKR-151 (RCC) présentée au Groupe spécial); Act of inspection dated 24 January 2014 of certified products produced by PJSC [RCC] (pièce UKR-152 (RCC) présentée au Groupe spécial)); à des éléments de preuve fournis par la Russie, y compris des documents de l'IBF indiquant des incompatibilités concernant des produits certifiés (Documents of

5.193. Le Groupe spécial a considéré qu'il appartenait à l'Ukraine de présenter des éléments de preuve de l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs concernant les produits visés par les 14 suspensions en cause. À son avis, l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 figurait dans un instrument juridique qui était soit accessible au public ou sur demande, les producteurs ont reçu de l'IBF un "compte rendu d'inspection" qui indiquait les résultats de l'inspection, et l'IBF fournirait des renseignements sur les plaintes des consommateurs aux producteurs affectés. Il a noté en outre que, pour la plupart des produits ferroviaires concernés, l'Ukraine n'avait pas démontré qu'elle avait entrepris des efforts raisonnables pour obtenir de la Russie des renseignements concernant toutes non-conformités, en expliquant pourquoi ces renseignements n'avaient pas pu être obtenus.⁴⁸⁶ Ayant examiné les certificats pertinents de chaque producteur ukrainien que l'IBF a suspendus au moyen de chacune des instructions en cause⁴⁸⁷, le Groupe spécial a conclu que l'Ukraine n'avait pas établi, pour aucun des certificats suspendus visés par les 14 instructions contestées, que l'inspection hors site était possible au titre de l'article 7.4.1.⁴⁸⁸

5.194. Nous notons que, pour le Groupe spécial, dans les cas où les éléments de preuve versés au dossier n'établissaient pas sans équivoque que les deux conditions pertinentes énoncées à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 étaient respectées, l'Ukraine n'avait pas démontré que les inspections hors site étaient raisonnablement disponibles pour les produits ferroviaires visés par les instructions pertinentes.⁴⁸⁹ La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le Groupe spécial a manqué à son obligation de procéder à une évaluation objective de la question en faisant peser à tort la charge de la preuve sur l'Ukraine pour ce qui est de fournir des éléments de preuve quant au point de savoir si les conditions énoncées à l'article 7.4.1 étaient remplies pour les produits ferroviaires visés par les certificats suspendus en cause, dans le cadre de l'argumentation *prima facie* de l'Ukraine indiquant que la solution de rechange était "raisonnablement disponible".

5.195. Nous rappelons que, pour établir *prima facie* que "l'élaboration, l'adoption ou l'application" d'une procédure d'évaluation de la conformité "n'auront ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international" au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, un plaignant peut s'efforcer d'indiquer une mesure de rechange possible. Comme il est noté plus haut, le plaignant a donc la charge d'établir qu'une telle mesure de rechange est moins restrictive pour le commerce, apporte une contribution équivalente à l'objectif pertinent et est raisonnablement disponible. Dans le même temps, compte tenu du fait que les mesures de rechange proposées sont des "outil[s] conceptuel[s]", et que les détails spécifiques de la mise en œuvre de ces mesures peuvent dépendre des circonstances particulières du Membre mettant en œuvre en question, on ne peut pas s'attendre à ce que, au titre de l'article 5.1.2, un plaignant fournisse des renseignements détaillés concernant la manière dont une solution de rechange proposée serait mise en œuvre par le défendeur dans les faits. Au lieu de cela, une fois qu'un plaignant a établi *prima facie* que la solution de rechange proposée est raisonnablement disponible, il incombe au défendeur de présenter des éléments de preuve et des arguments, pour réfuter l'argumentation *prima facie* du plaignant, en démontrant, par exemple, que la mesure de rechange n'est pas raisonnablement disponible et que sa mise en œuvre serait irréalisable, entre autres choses, parce que les coûts de mise en œuvre seraient prohibitifs ou que la solution de rechange entraînerait des difficultés techniques substantielles ou une charge indue pour le Membre en question.

5.196. Comme il est noté plus haut, en l'espèce, l'Ukraine a initialement fait valoir que la Russie aurait pu avoir recours à des inspections hors site conformément à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003.⁴⁹⁰ La Russie a confirmé la disponibilité de cette mesure au titre de sa législation,

the FBO providing for the inconsistencies of the certified products of PJSC **[RCC]** (pièces RUS-62 (RCC), RUS-63 (RCC), RUS-64 (RCC), RUS-65 (RCC), et RUS-66 (RCC) présentées au Groupe spécial)); Letter dated 23 May 2016 **[RCC]** to the FBO (pièce RUS-67 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 13 June 2013 from **[RCC]** to the Deputy Minister of the MOT (pièce RUS-68 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 3 December 2015 from **[RCC]** to the FBO (pièce RUS-69 (RCC) présentée au Groupe spécial); Letter dated 17 February 2013 from **[RCC]** to the FBO (pièce RUS-70 (RCC) présentée au Groupe spécial).)

⁴⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.519.

⁴⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.520 à 7.534.

⁴⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.535.

⁴⁸⁹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.521 à 7.534.

⁴⁹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.483 (faisant référence à Rules of the Certification System for Federal Railway Transport. Procedure for organizing and conducting an inspection control. (CS FRT 12-2003) (pièce UKR-3 présentée au Groupe spécial))

bien que sous réserve des conditions énoncées à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013.⁴⁹¹ En réponse à l'invocation de l'article 7.4.1 par la Russie, l'Ukraine a affirmé en outre que la Russie n'avait pas fourni d'éléments de preuve indiquant que l'IBF avait examiné les conditions énoncées à l'article 7.4.1 en ce qui concerne les certificats suspendus au moyen des 14 instructions contestées par l'Ukraine, avant de décider que les inspections hors site n'étaient pas possibles.⁴⁹² Nous observons que l'Ukraine a contesté uniquement l'application de la procédure d'évaluation de la conformité de la Russie aux certificats en cause, et non la procédure elle-même. Il était donc possible pour l'Ukraine d'indiquer une mesure de rechange qui coïncidait avec un instrument qui existait déjà dans le cadre législatif russe. Dans le même temps, il n'est pas nécessaire que des mesures de rechange soient déjà présentes dans la législation du Membre défendeur, même lorsqu'une procédure d'évaluation de la conformité est contestée telle qu'appliquée, et non en tant que telle. En effet, le rôle des mesures de rechange est d'aider à déterminer si une mesure d'évaluation de la conformité prise par un Membre est plus stricte ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour assurer la conformité avec l'article 5.1.2, et non d'établir positivement que les conditions énoncées dans le droit national pour l'application d'une mesure différente auraient pu être réunies. Nous notons également l'observation de l'Organe d'appel, dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, selon laquelle la nature et le degré des éléments de preuve exigés pour établir des éléments *prima facie* de la "disponibilité raisonnable" des mesures de rechange proposées devraient être éclairés par le fait que les "mesures de rechange ont un caractère hypothétique" et "n'existent pas encore dans le Membre en question, ou du moins pas sous la forme particulière proposée par le plaignant".⁴⁹³ Plus haut, nous avons exprimé l'avis selon lequel une charge de la preuve analogue s'appliquait en ce qui concerne l'évaluation de mesures de rechange au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.

5.197. Le but de cette analyse relationnelle au titre de l'article 5.1.2 est donc de comparer la mesure en cause avec une mesure de rechange, ou leurs applications respectives, pour ce qui est du caractère strict et du degré de contribution à la réalisation de l'objectif consistant à donner une assurance suffisante de la conformité. Cette comparaison ne peut pas être effectuée avec une mesure de rechange qui est de nature purement théorique, parce que, par exemple, le Membre mettant en œuvre n'est pas capable de l'adopter, ou parce qu'elle impose une charge induite à ce Membre. Dans le même temps, la comparaison de la mesure contestée avec une mesure de rechange hypothétique reste à un niveau conceptuel. Ainsi, le fait qu'une mesure dont la teneur est identique ou semblable à celle de la solution de rechange proposée existe déjà dans le cadre législatif du Membre défendeur ne change pas la fonction de la mesure de rechange en tant qu'"outil conceptuel" dans l'analyse de la nécessité. Par conséquent, dans le cadre de l'établissement d'éléments *prima facie*, le plaignant devrait donner une indication suffisante que la solution de rechange proposée serait raisonnablement à la disposition du Membre mettant en œuvre, par exemple en montrant que les coûts des solutions de rechange proposées ne seraient pas *a priori* prohibitifs, et que les difficultés techniques potentielles associées à leur mise en œuvre ne seraient pas de nature si substantielle qu'elles feraient des solutions de rechange proposées des solutions de nature purement théorique. La charge passerait ensuite au défendeur qui devrait présenter des éléments de preuve montrant que les mesures de rechange proposées étaient effectivement de nature purement théorique, ou entraînaient une charge induite, par exemple, parce qu'elles supposaient des coûts prohibitifs ou entraîneraient des difficultés techniques substantielles.⁴⁹⁴

5.198. En l'espèce, bien que la solution de rechange proposée par l'Ukraine coïncide avec une mesure qui existait déjà dans la législation russe, cette solution de rechange conservait un caractère hypothétique, dans la mesure où elle n'avait pas encore été utilisée par la Russie en ce qui concerne les suspensions en cause. La comparaison entre la mesure effectivement adoptée par la Russie et cette mesure de rechange devait donc être entreprise au niveau conceptuel aux fins d'établir des éléments *prima facie* quant à la question de savoir si la solution de rechange était raisonnablement à la disposition de la Russie. Le Groupe spécial a en revanche considéré qu'"il appartenait à l'Ukraine de présenter des éléments de preuve de l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs concernant les produits ferroviaires visés par les certificats suspendus."⁴⁹⁵ Il

⁴⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.487 (faisant référence à PC-FZT 08-2013 (pièce RUS-23 présentée au Groupe spécial)).

⁴⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.488.

⁴⁹³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.328.

⁴⁹⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.339.

⁴⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.519.

apparaît que, puisque la solution de rechange proposée coïncidait avec une mesure prévue dans la législation russe, le Groupe spécial était d'avis qu'il incombait à l'Ukraine la charge de présenter des éléments de preuve indiquant que les conditions attachées à la mesure, telle qu'elle existait dans le droit russe, auraient été remplies si la mesure avait dû être appliquée à chacune des suspensions en cause. Toutefois, comme il a été observé plus haut, la nature et le degré des éléments de preuve exigés pour établir la disponibilité raisonnable des mesures de rechange proposées ne changent pas simplement parce que ces mesures coïncident avec un instrument prévu dans la législation du Membre importateur. Au lieu de cela, la charge de la preuve continue d'être éclairée par le "caractère hypothétique" de la mesure de rechange. Ainsi, en faisant le choix d'indiquer une solution de rechange qui coïncidait avec un instrument qui existait dans le cadre législatif russe, l'Ukraine n'était pas tenue de démontrer, aux fins de montrer que la solution de rechange était *prima facie* raisonnablement disponible, si la mesure décrite à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003 et à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 aurait pu s'appliquer dans les cas spécifiques concernant les suspensions de certificats en cause. À notre avis, l'analyse du Groupe spécial amalgamait deux concepts distincts: la mesure de rechange proposée par l'Ukraine et la mesure qui existait au titre de l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003 et de l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013.

5.199. Spécifiquement, la question dont était saisi le Groupe spécial au titre de l'article 5.1.2 était de savoir s'il existait une manière d'appliquer cette procédure moins stricte, autre que la suspension des certificats, qui apporterait aussi une contribution équivalente à l'objectif de donner à la Russie une assurance suffisante que les produits ferroviaires ukrainiens étaient conformes aux règlements techniques russes, et qui serait raisonnablement à la disposition de la Russie. À cet égard, le Groupe spécial a dû évaluer si la possibilité de procéder à des inspections hors site en vertu de prescriptions telles que celles de l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 constituait une manière d'appliquer moins stricte raisonnablement disponible. Par conséquent, aux fins d'établir la disponibilité raisonnable, le Groupe spécial a dû évaluer si la solution de rechange, telle qu'elle était décrite par l'Ukraine, était de nature purement théorique et *a priori* n'entraînait aucune charge indue pour la Russie. Il aurait dû ensuite passer à l'examen du point de savoir si la Russie avait présenté des éléments de preuve réfutant l'argumentation *prima facie* de l'Ukraine en fournissant des éléments de preuve et des arguments spécifiques quant à la raison pour laquelle, dans les circonstances de l'espèce, la mesure de rechange n'était pas en réalité raisonnablement disponible. Il n'a toutefois pas traité la question de savoir si la description de la mesure fournie par l'Ukraine était suffisante pour démontrer *prima facie* que la Russie ne serait pas incapable d'adopter une telle mesure de rechange. En effet, le Groupe spécial aurait dû examiner les implications du fait que la mesure proposée existait déjà en tant que solution de rechange possible pour remplacer les inspections sur site dans la législation russe ainsi que la mesure dans laquelle ce fait en lui-même démontrait que la mesure était *prima facie* raisonnablement disponible, et non purement théorique. Au lieu de cela, il a fait le raisonnement selon lequel, puisque l'Ukraine disposait en principe de renseignements sur l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs, il lui appartenait de présenter des éléments de preuve concernant l'application de ces conditions aux produits visés par les suspensions en cause.⁴⁹⁶ La disponibilité de certains renseignements pour l'Ukraine, ainsi que la question de savoir si "elle a entrepris des efforts raisonnables pour obtenir de la Russie [ces] renseignements"⁴⁹⁷ sont, toutefois, des questions distinctes de celle de savoir quel Membre assume la charge de la preuve en ce qui concerne l'application des conditions prévues à l'article 7.4.1.

5.200. Compte tenu de ce qui précède, nous ne voyons pas en quoi, aux fins d'établir la disponibilité raisonnable de la mesure de rechange consistant à procéder à des inspections hors site, il était nécessaire que l'Ukraine fournisse des renseignements sur le respect des deux prescriptions figurant à l'article 7.4.1, à savoir l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs, en ce qui concerne les produits ferroviaires visés par les suspensions en cause. Cependant, la majorité des constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'Ukraine n'a pas démontré la possibilité de procéder à des inspections hors site au titre de l'article 7.4.1 pour les produits ferroviaires visés par les instructions 1 à 14 sont fondées sur l'absence d'éléments de preuve versés au dossier relatifs à des non-conformités et à des plaintes de consommateurs concernant ces produits.⁴⁹⁸ Il en était ainsi même dans les cas où on ne savait toujours pas très bien si les éléments de preuve sur les incompatibilités se rapportaient aux produits en cause⁴⁹⁹ ou dans les cas où les éléments de preuve ne montraient aucune non-conformité lors du dernier contrôle d'inspection mais où il n'y avait aucun

⁴⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.519.

⁴⁹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.519.

⁴⁹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.521 à 7.534.

⁴⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.521, 7.523, 7.527 et 7.528.

élément de preuve concernant des plaintes de consommateurs en ce qui concerne les mêmes produits.⁵⁰⁰ Par conséquent, la charge de la preuve que le Groupe spécial a fait peser sur l'Ukraine allait au-delà de ce qui était exigé d'elle pour établir *prima facie* qu'une mesure hypothétique, telle que la mesure prévue à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003 et à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013, aurait été raisonnablement à la disposition de la Russie dans les circonstances de l'affaire.

5.201. En résumé, nous considérons qu'en faisant peser sur l'Ukraine la charge de la preuve pour ce qui est de fournir des éléments de preuve quant à l'existence des deux conditions prévues à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 dans tous les cas individuels en l'espèce et aux fins d'établir que la mesure de rechange proposée était raisonnablement disponible, le Groupe spécial a fait erreur dans son attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC en ce qui concerne les 14 instructions suspendant les certificats dans la présente procédure.

5.202. Nous rappelons que l'Ukraine nous demande aussi d'infirmar les constatations du Groupe spécial figurant au paragraphe 8.1.c.iii de son rapport concernant les rejets par l'IBF des demandes de nouveaux certificats présentées par des producteurs ukrainiens de produits ferroviaires.⁵⁰¹ La Russie estime que l'Ukraine n'a pas traité de manière significative les constatations du Groupe spécial exposées au paragraphe 8.1.c.iii, dans la mesure où elle a simplement allégué que ses affirmations au sujet des rejets de certificats étaient semblables à celles qu'elle formulait concernant la suspension de certificats.⁵⁰² À son avis, une simple affirmation n'est pas suffisante pour prouver qu'il y a violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁵⁰³ Nous notons qu'en appel, l'Ukraine n'a pas présenté d'arguments séparés relatifs à la constatation du Groupe spécial concernant les rejets de certificats. Par conséquent, elle n'a pas étayé sa demande d'infirmation. Nous observons en outre que l'allégation présentée au Groupe spécial par l'Ukraine au sujet de ces rejets était fondée sur un cadre législatif différent, à savoir les Règlements techniques n° 001/2011, n° 002/2011 et n° 003/2011 de l'Union douanière.⁵⁰⁴ En outre, la mesure de rechange pertinente proposée par l'Ukraine dans ce contexte était différente, en ce sens qu'elle concernait la possibilité de réaliser des essais sur échantillons hors site pour les demandes présentées dans le cadre du dispositif 3c de l'annexe 6 du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.⁵⁰⁵ Point particulièrement important, s'agissant de la charge de la preuve, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

[A]ucun élément de preuve versé au dossier ne montre que la pratique de l'IBF consistant à autoriser les essais sur échantillons hors site suivant les conditions énoncées à l'article 7.4.1 lorsqu'elle traite les demandes concernant des produits ferroviaires produits en série au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière a été officiellement publiée ou est connue du public ou accessible au public. En outre, aucun élément de preuve ne montre que l'IBF a informé les producteurs situés ailleurs en Ukraine qui demandaient de nouveaux certificats au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière que les essais sur échantillons hors site étaient possibles.⁵⁰⁶

5.203. Dans ces circonstances, le Groupe spécial a considéré que pour étayer son allégation selon laquelle l'échantillonnage hors site était une manière d'appliquer moins stricte raisonnablement à la disposition de la Russie, l'Ukraine n'avait pas besoin de démontrer que les conditions énoncées à l'article 7.4.1 étaient remplies dans le cas des demandes présentées conformément au dispositif 3c.⁵⁰⁷ Compte tenu de la conclusion du Groupe spécial et en l'absence d'une quelconque justification de l'Ukraine, nous ne considérons pas que nos constatations en ce qui concerne l'attribution de la charge de la preuve par le Groupe spécial dans le contexte de l'allégation de l'Ukraine concernant les suspensions de certificats auraient une incidence pour son analyse concernant les rejets de demandes de nouveaux certificats. Ainsi, l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective dans son attribution de la charge de la preuve à cet égard.

⁵⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.524.

⁵⁰¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 226.

⁵⁰² Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 89.

⁵⁰³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 89.

⁵⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.592.

⁵⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.688 et 7.691.

⁵⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.697.

⁵⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.699.

5.4.4 Action de compléter l'analyse juridique

5.204. Nous évaluons maintenant si nous sommes en mesure de compléter l'analyse juridique et de formuler une constatation sur le point de savoir si la Russie a agi d'une manière incompatible avec l'article 5.1.2 de l'Accord OTC. Pour ce faire, nous examinons si nous disposons de suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial et de données de fait non contestées dans le dossier du Groupe spécial pour constater que l'autre manière d'appliquer les procédures d'évaluation de la conformité: i) est moins stricte; ii) apporte une contribution équivalente à l'objectif de donner au Membre importateur une assurance suffisante de la conformité; et iii) est raisonnablement à la disposition du Membre importateur.

5.205. S'agissant de la mesure de rechange consistant à procéder à des inspections hors site, le Groupe spécial a constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que la réalisation d'un contrôle d'inspection hors site était raisonnablement disponible au titre de l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013. Comme nous l'avons constaté plus haut, il a fait erreur en constatant que l'Ukraine devait démontrer qu'il n'existait aucune non-conformité et plainte de consommateurs conformément aux prescriptions de l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 en ce qui concerne les produits ferroviaires visés par les suspensions en cause. En centrant son évaluation sur le point de savoir si l'Ukraine avait présenté des éléments de preuve quant à la conformité de ces produits avec les prescriptions de l'article 7.4.1 dans chaque cas individuel, le Groupe spécial n'a pas procédé à une analyse de la question de savoir si la propre description de la mesure de rechange effectuée par l'Ukraine était suffisante pour fournir des éléments *prima facie* quant à sa disponibilité raisonnable. Le Groupe spécial n'a pas non plus évalué si l'autre manière d'appliquer proposée était moins stricte et apportait une contribution équivalente à l'objectif de donner à la Russie une assurance suffisante de la conformité. En l'absence d'une telle analyse du Groupe spécial, nous ne disposons pas de constatations de fait suffisantes sur lesquelles nous fonder pour compléter l'analyse juridique. En outre, la pertinence d'un certain nombre d'éléments de preuve est contestée par les parties.⁵⁰⁸ Enfin, en soupesant et en mettant en balance les facteurs pertinents pour l'existence d'un "obstacle[] non nécessaire[] au commerce international" au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial a donné de l'importance à sa constatation selon laquelle l'Ukraine n'avait pas démontré que des manières moins strictes d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité étaient raisonnablement à la disposition de l'IBF dans le cadre de la procédure d'évaluation de la conformité applicable.⁵⁰⁹ Compte tenu du fait que nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial en ce qui concerne la charge de la preuve en évaluant la disponibilité raisonnable de la solution de rechange proposée par l'Ukraine, nous ne pouvons pas nous appuyer sur l'analyse du Groupe spécial consistant à soupeser et à mettre en balance. Par conséquent, étant donné l'absence de suffisamment de constatations de fait du Groupe spécial et de données de fait non contestées dans le dossier du Groupe spécial, nous ne sommes pas en mesure d'effectuer une évaluation globale du point de savoir si la Russie a appliqué sa procédure d'évaluation de la conformité de manière plus stricte qu'il n'était nécessaire au sens de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.

5.4.5 Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en ce qui concerne les autres mesures de rechange

5.206. Nous allons maintenant examiner si, en ce qui concerne les trois autres mesures de rechange, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question. Nous rappelons notre constatation selon laquelle, pour déterminer l'existence de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce raisonnablement disponibles au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, il incombe au plaignant d'établir *prima facie* que la solution de rechange proposée est raisonnablement à la disposition du défendeur. Pour établir de tels éléments *prima facie* et étant donné que les mesures de rechange proposées sont des "outil[s] conceptuel[s]", on ne peut pas attendre d'un plaignant qu'il fournisse des renseignements détaillés concernant la manière dont une solution de rechange proposée serait mise en œuvre par le défendeur dans les faits. Le plaignant devrait néanmoins fournir des indications suffisantes selon lesquelles la solution de rechange

⁵⁰⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.521, 7.523, 7.527 et 7.528.

⁵⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.539.

proposée n'impose pas *a priori* une charge induite au défendeur, comme des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles, et n'est pas de nature purement théorique.⁵¹⁰

5.207. Nous examinons d'abord la solution de rechange consistant pour l'IBF à accréditer des experts ou des organisations non russes pour procéder à des inspections en Ukraine en vertu de ses règles relatives à l'accréditation et en particulier de l'article 10 des règles CS FRT 01-96.⁵¹¹ À la différence du Groupe spécial, nous ne considérons pas qu'il incombait à l'Ukraine la charge de présenter des éléments de preuve quant aux raisons pour lesquelles il aurait peut-être été irréalisable pour la Russie de mettre en œuvre cette procédure dans la pratique, par exemple parce que le Ministère n'avait pas pu lui-même prendre contact avec des experts et leur délivrer des certificats d'accréditation, et qu'il n'y avait pas d'experts non russes qualifiés pour procéder au contrôle d'inspection au moment des suspensions.⁵¹² Comme il est noté plus haut, même si l'Ukraine a fait le choix de faire référence à une solution de rechange qui était déjà présente dans le cadre législatif russe, elle n'était pas tenue de démontrer, aux fins de montrer que la solution de rechange était *prima facie* raisonnablement disponible, qu'il était satisfait aux prescriptions de la mesure existante dans la législation russe dans les cas spécifiques concernant les suspensions de certificats. Dans le même temps, nous notons que, à la différence de la solution de rechange consistant à procéder à des inspections hors site, l'article 10 des règles CS FRT 01-96 n'expose pas spécifiquement cette solution de rechange, mais ne contient simplement aucun libellé concernant la nationalité qu'un expert de l'IBF doit avoir. Ainsi, l'article 10 ne traite pas de la disponibilité raisonnable de la mesure proposée par l'Ukraine. En outre, la simple référence à la possibilité théorique de nommer des experts d'autres nationalités en raison de l'absence de toute disposition contraire n'énonce pas de manière suffisamment détaillée une autre manière d'appliquer la procédure russe d'évaluation de la conformité pour permettre au Groupe spécial d'évaluer si *a priori* la mesure imposerait une charge induite au défendeur, comme des coûts prohibitifs ou des difficultés techniques substantielles. À notre avis, en déclarant qu'"il n'apparaiss[ait] pas clairement que [l'article 10 des règles CS FRT 01-96] prév[oyait] la possibilité d'accréditer des experts non russes pour procéder à des inspections sur site", le Groupe spécial a reconnu que la description de la mesure de rechange faite par l'Ukraine n'était pas assez précise pour établir que cette solution de rechange était raisonnablement à la disposition de la Russie. Compte tenu de ce qui précède, nous pensons comme le Groupe spécial que, en faisant simplement référence aux règles russes régissant la suspension de certificats et en faisant valoir que ces règles "n'empêch[aient] pas l'accréditation d'experts non russes car elles ne prescriv[aient] pas la nationalité des experts pouvant être employés"⁵¹³, l'Ukraine ne s'est pas acquittée de sa charge en ce qui concerne la disponibilité raisonnable de cette solution de rechange.

5.208. Deuxièmement, nous passons à la mesure de rechange consistant pour l'IBF à charger les autorités compétentes du Kazakhstan ou du Bélarus des inspections concernant les produits ferroviaires ukrainiens en vertu des règles de l'union douanière existante. Nous ne voyons pas en quoi la simple existence d'une union douanière disposant d'un cadre juridique unifié relatif aux règlements techniques et aux procédures d'évaluation de la conformité⁵¹⁴ se traduit nécessairement en la possibilité pour l'un des membres de l'union douanière de charger les autorités compétentes d'un autre membre souverain de la réalisation d'inspections dans le contexte de ces règles communes. L'IBF aurait pu présenter une telle demande d'aide, mais son résultat aurait été incertain. Nous souscrivons donc à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il ne va pas de soi "que l'IBF était habilitée à charger des autorités gouvernementales étrangères d'accomplir des tâches dont elle était chargée".⁵¹⁵ En outre, selon nous, il y a une différence entre le pouvoir qu'a l'autorité compétente de reconnaître un certificat délivré par une autre autorité et le pouvoir de cette autorité de charger d'autres autorités compétentes de la tâche consistant à effectuer des inspections.⁵¹⁶ Puisque le pouvoir de reconnaître un certificat délivré par une autre autorité n'implique pas nécessairement le pouvoir de charger cette autorité de réaliser une inspection, nous

⁵¹⁰ Voir, pour l'article 2.2 de l'Accord OTC, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO* (article 21:5 – *Canada et Mexique*), paragraphe 5.339.

⁵¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.477 et 7.480.

⁵¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.480.

⁵¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.478.

⁵¹⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 203 à 205.

⁵¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.474.

⁵¹⁶ Voir Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 208 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.927 et 7.928).

ne considérons pas le Groupe spécial a fait erreur en concluant que l'Ukraine n'a pas présenté d'éléments *prima facie* en ce qui concerne la disponibilité raisonnable de cette solution de rechange.

5.209. Troisièmement, nous examinons la mesure de rechange consistant pour l'IBF à communiquer avec les producteurs ukrainiens concernés afin de créer les conditions pour la réalisation d'inspections sur site. À notre avis, le Groupe spécial a conclu à juste titre que les communications entre l'IBF et les producteurs ukrainiens avaient un résultat incertain et ne pouvaient pas en elles-mêmes constituer une mesure de rechange raisonnablement disponible pouvant faire l'objet d'une comparaison avec les suspensions contestées.⁵¹⁷ En effet, ces communications "pourraient] théoriquement conduire à une situation qui permettrait à la procédure d'évaluation de la conformité de se poursuivre, tout comme elle pourrait conduire à une situation dans laquelle la procédure d'évaluation de la conformité ne se poursuivrait pas et les certificats seraient suspendus".⁵¹⁸ En outre, nous notons que l'Ukraine n'a pas précisé la teneur des arrangements privés en matière de sécurité proposés et, par conséquent, pourquoi ces arrangements pourraient être considérés comme une solution de rechange raisonnablement disponible pour remplacer les suspensions de certificats. Nous partageons donc l'avis du Groupe spécial selon lequel l'Ukraine n'a pas établi que sa solution de rechange proposée était raisonnablement disponible.

5.4.6 Conclusion

5.210. L'Ukraine n'était pas tenue de démontrer, aux fins de montrer que la mesure de rechange proposée consistant à procéder à des inspections hors site était *prima facie* raisonnablement disponible, si la mesure décrite à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003 et à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 aurait pu s'appliquer dans les cas spécifiques concernant les suspensions de certificats en cause. Toutefois, le Groupe spécial a fait le raisonnement selon lequel, puisque l'Ukraine disposait en principe de renseignements sur l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs, il lui appartenait de présenter des éléments de preuve concernant l'application de ces conditions aux produits visés par les suspensions en cause. Nous constatons donc que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en attribuant la charge de la preuve au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC dans son analyse de cette mesure de rechange. Nous constatons aussi que l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en procédant à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord lorsqu'il avait constaté qu'elle n'avait pas établi que les trois autres solutions de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles.

5.211. En conséquence, nous infirmos la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.544 et 8.1.b.ii de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, pour aucune des 14 instructions suspendant des certificats, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2, première et deuxième phrases, de l'Accord OTC.

5.5 Allégation de l'Ukraine concernant l'existence d'un empêchement systématique de l'importation

5.212. L'Ukraine nous demande d'infirmier la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.1.e de son rapport selon laquelle, parce qu'elle n'a pas démontré l'existence d'un empêchement systématique de l'importation des produits ferroviaires en Russie sous la forme d'une mesure non écrite, l'Ukraine n'a pas établi le bien-fondé de ses allégations d'incompatibilité avec les articles I:1, XI:1 et XIII:1 du GATT de 1994. Elle affirme que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi lorsqu'il a examiné l'existence d'un empêchement systématique de l'importation en appliquant un critère d'examen incorrect et en attribuant de façon erronée la charge de la preuve.⁵¹⁹

⁵¹⁷ Pour parvenir à ces conclusions, le Groupe spécial s'est appuyé sur le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Jeux* selon lequel les consultations sont par définition un processus dont les résultats sont incertains et elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une comparaison avec les mesures en cause dans cette affaire. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.467 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 317))

⁵¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.468.

⁵¹⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 22, 23 et 60.

5.5.1 Constatations du Groupe spécial

5.213. Devant le Groupe spécial, l'Ukraine a allégué que la Russie maintenait une mesure consistant à empêcher systématiquement que des produits ferroviaires ukrainiens soient importés en Russie au moyen de ce qui suit: i) la suspension de certificats valides détenus par des producteurs ukrainiens; ii) le refus de délivrer de nouveaux certificats; et iii) la non-reconnaissance des certificats délivrés par les autres pays de l'Union douanière. Elle a allégué que cette mesure était incompatible avec les obligations incombant à la Russie au titre des articles I:1, XI:1 et XIII:1 du GATT de 1994.⁵²⁰ Le Groupe spécial a noté que pour établir l'existence d'une mesure non écrite, une partie plaignante devait fournir des éléments de preuve démontrant i) que la mesure était imputable à la partie défenderesse; ii) la teneur précise de la mesure; et iii) d'autres éléments découlant de la manière dont la partie plaignante avait décrit ou qualifié la mesure.⁵²¹ Il a ajouté qu'une partie plaignante pouvait aussi avoir à démontrer comment les différents composants de la mesure fonctionnaient ensemble dans le cadre d'une mesure unique et comment cette mesure unique existait en étant distincte de ses composants. De plus, il a noté que le seuil qui était requis en matière d'éléments de preuve pour prouver l'existence d'une mesure non écrite était élevé.⁵²² Il observé en outre qu'une partie plaignante cherchant à démontrer *la nature systématique d'une mesure* devait démontrer que cette mesure visait à réaliser une politique ou à obtenir un résultat particulier et qu'elle était réalisée suivant un système, un plan, ou une méthode ou un effort organisés.⁵²³ On pourrait démontrer la nature systématique d'une mesure, par exemple, en prouvant que la mesure était appliquée à des opérateurs économiques dans un large éventail de secteurs différents dans le cadre d'un effort organisé, coordonné et mis en œuvre aux niveaux les plus élevés du gouvernement.⁵²⁴

5.214. Sur la base des observations qui précèdent, le Groupe spécial a ensuite examiné les éléments de preuve indiquant l'existence de la mesure. Il a noté que les éléments de preuve présentés par l'Ukraine étaient constitués par: i) trois éléments de la mesure alléguée (suspensions de certificats, rejets de certificats et non-reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière); et ii) des données commerciales et économiques concernant la diminution des importations de produits ferroviaires ukrainiens en Russie et de la part de l'Ukraine dans les importations de produits ferroviaires de la Russie.⁵²⁵

5.215. Le Groupe spécial a commencé par déterminer si les trois éléments individuels établissaient l'existence de cette mesure et sa nature systématique. S'agissant du premier élément, à savoir la suspension de certificats, il a constaté que les éléments de preuve concernant les 14 instructions par lesquelles l'IBF avait suspendu des certificats valides n'étaient pas la conclusion que l'IBF avait adopté ces instructions en vue d'empêcher l'importation de produits ferroviaires ukrainiens. De fait, l'IBF avait adopté ces instructions parce que son incapacité de procéder à des inspections en Ukraine en raison de la situation existant dans ce pays l'empêchait d'avoir une assurance suffisante au sujet de la conformité des produits aux prescriptions techniques pertinentes.⁵²⁶ S'agissant du deuxième élément, à savoir le rejet de certificats, le Groupe spécial a rappelé que l'IBF avait des raisons valables de rejeter nombre de demandes de certificats communiquées par les producteurs ukrainiens au titre des Règlements techniques n° 001/2011 et n° 003/2011 de l'Union douanière.⁵²⁷ En outre, il a noté que ses constatations, selon lesquelles dans le cas de deux demandes et d'un produit visé par une autre demande, l'IBF avait rejeté les demandes d'une manière injustifiable et contraire aux obligations de la Russie au titre de l'article 5.1.2, reposaient sur l'absence d'éléments de preuve figurant dans le dossier relatifs à des non-conformités passées ou à des plaintes de consommateurs concernant les producteurs en cause. S'agissant du troisième élément, à savoir la non-reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière, le Groupe spécial a considéré que les faits entourant l'application de la prescription en matière de

⁵²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.941.

⁵²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.946.

⁵²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.946 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.104 et 5.108; *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 198; aux rapports des Groupes spéciaux *Indonésie – Poulet*, paragraphes 7.616 et 7.656; *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphes 7.283, 7.338 et 7.341).

⁵²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.947.

⁵²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.947 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.142; au rapport du Groupe spécial *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphes 7.302 à 7.311).

⁵²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.989.

⁵²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.959.

⁵²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960.

non-reconnaissance étaient en principe compatibles avec l'allégation de l'Ukraine concernant l'empêchement par la Russie de l'importation des produits ukrainiens.⁵²⁸ À son avis, toutefois, le fait que l'un des trois éléments de l'empêchement systématique allégué de l'importation restreignait d'une manière injustifiable l'accès au marché russe n'était pas suffisant pour démontrer l'existence d'un empêchement systématique des importations de produits ukrainiens en tant que mesure indépendante.⁵²⁹ Selon le Groupe spécial, rien n'indiquait que l'effet combiné de ces mesures distinctes était la raison pour laquelle *chacune* d'elles avait été appliquée.⁵³⁰

5.216. Le Groupe spécial a procédé ensuite à l'examen des éléments de preuve additionnels présentés par l'Ukraine à l'appui de la nature systématique de la mesure. En ce qui concerne les éléments de preuve de l'Ukraine relatifs à la répétition substantielle des suspensions de certificats et des rejets de nouvelles demandes de certificats, il a noté que ces éléments de preuve montraient le nombre de certificats acceptés plutôt qu'une répétition concernant les rejets de nouvelles demandes à partir d'août 2014.⁵³¹ Selon lui, même s'ils montraient une répétition concernant les suspensions de certificats valides depuis 2014, ces éléments de preuve, en eux-mêmes, n'indiquaient pas de manière probante l'existence de la mesure ou son caractère systématique car la Russie avait justifié les raisons de ces suspensions. Le Groupe spécial n'a pas non plus trouvé de base d'éléments de preuve pour l'affirmation selon laquelle l'IBF aurait dû suspendre davantage de certificats également dans le cas des producteurs des autres pays indiqués dans le tableau, mais ne l'avait pas fait.⁵³² Globalement, il n'a pas considéré que les différences dans le nombre des certificats détenus ou suspendus et des demandes rejetées en ce qui concerne les producteurs des différents pays établissaient l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁵³³

5.217. Ensuite, le Groupe spécial a examiné l'affirmation de l'Ukraine selon laquelle la nature systématique de la mesure pouvait être attestée par un "ensemble de mesures restrictives pour le commerce" adoptées par la Russie à l'égard de l'Ukraine après la conclusion par l'Ukraine de l'Accord d'association avec l'Union européenne (Accord d'association).⁵³⁴ Il a admis que les articles publiés dans les médias que l'Ukraine avait présentés soulignaient l'existence de tensions dans les relations bilatérales en lien avec la négociation et la conclusion par l'Ukraine de l'Accord d'association, et qu'ils faisaient aussi référence aux mesures commerciales que les autorités russes pourraient prendre ou avaient effectivement prises en réponse à l'égard de l'Ukraine. En dernière analyse, toutefois, les éléments de preuve présentés au Groupe spécial ne démontraient pas que la Russie avait adopté un plan ou décidé de s'engager dans un effort organisé pour empêcher l'importation en Russie des produits ukrainiens en général ou des produits ferroviaires ukrainiens en particulier. En outre, pour le Groupe spécial, même si des mesures restrictives pour le commerce avaient été prises à l'égard de certains produits ukrainiens, cela ne signifiait pas nécessairement que de telles mesures avaient été prises également en ce qui concerne les produits ferroviaires ukrainiens.⁵³⁵

5.218. Globalement, s'agissant des éléments de la mesure et de sa nature systématique, le Groupe spécial a conclu que les éléments de preuve présentés par l'Ukraine n'établissaient pas que les trois éléments avaient été conçus, structurés ou fonctionnaient conjointement de manière à constituer une mesure distincte visant à un empêchement systématique.⁵³⁶ Les éléments de preuve n'établissaient pas non plus que ces éléments faisaient partie d'un plan ou d'un effort coordonné visant à atteindre l'objectif d'empêcher l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.⁵³⁷ Enfin, selon le Groupe spécial, les données commerciales et autres données économiques communiquées par l'Ukraine n'établissaient pas non plus l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁵³⁸

⁵²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.962 et 7.963.

⁵²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.964.

⁵³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.965.

⁵³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.969.

⁵³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970.

⁵³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.972.

⁵³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.967 et 7.973.

⁵³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.974.

⁵³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.990.

⁵³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.991.

⁵³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.992.

5.5.2 Allégations et arguments présentés en appel

5.219. En appel, l'Ukraine affirme que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi lorsqu'il a examiné l'existence d'un empêchement systématique de l'importation en appliquant un critère d'examen incorrect et en attribuant de façon erronée la charge de la preuve. Spécifiquement, elle estime que la Russie a empêché systématiquement l'importation des produits ferroviaires en provenance de l'Ukraine en suspendant les certificats de conformité, en rejetant les demandes de nouveaux certificats et en refusant la reconnaissance des certificats existants. Elle explique que certaines de ces décisions ont été contestées à titre individuel et que les décisions individuelles faisaient partie des éléments de preuve montrant l'existence de la mesure en cause.⁵³⁹ Elle soutient qu'à la suite de la mise en œuvre des mesures, les exportations de produits ferroviaires de l'Ukraine vers la Russie, qui s'élevaient à 1,7 milliard d'USD en 2013, étaient tombées à 600 millions d'USD en 2014 et à seulement 110 millions d'USD en 2015. Pour l'Ukraine, rien ne peut justifier cette baisse drastique des exportations sinon une intervention artificielle dans le cours d'opérations commerciales classiques et normales.⁵⁴⁰

5.220. L'Ukraine allègue que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation globale de tous les éléments de preuve dont il disposait et n'a donc pas respecté le critère de l'article 11 du Mémoire d'accord.⁵⁴¹ Elle pense comme le Groupe spécial que pour démontrer l'existence d'une mesure non écrite, le plaignant devait fournir des éléments de preuve démontrant: i) que la mesure était imputable au défendeur; ii) la teneur précise de la mesure; et iii) d'autres éléments découlant de la manière dont le plaignant avait décrit la mesure, tels que la nature ou le fonctionnement de celle-ci.⁵⁴² Pour elle, toutefois, le Groupe spécial n'a pas dûment appliqué ce critère juridique aux faits de l'espèce, parce qu'il n'a pas examiné les éléments de preuve pertinents qu'elle avait présentés et n'a pas fourni de conclusions explicites concernant l'existence d'une mesure non écrite avant de poursuivre son évaluation des éléments spécifiques de cette mesure. L'Ukraine fait valoir que l'ordre d'analyse était d'une importance capitale en l'espèce et qu'en adoptant un ordre d'analyse incorrect, le Groupe spécial a manqué à son devoir de procéder à une évaluation objective de la question.⁵⁴³

5.221. S'agissant de l'analyse par le Groupe spécial de la nature systématique de la mesure, l'Ukraine rappelle que le Groupe spécial a rejeté ses arguments concernant la "répétition des suspensions et rejets" de certificats et l'"ensemble de mesures restrictives pour le commerce" et a conclu que les éléments de preuve ne démontraient pas l'existence de la mesure, de sa nature systématique ou d'un effort organisé de la Russie pour empêcher les importations ukrainiennes.⁵⁴⁴ Elle soutient que le Groupe spécial a fait erreur en établissant une charge de la preuve très lourde pour l'Ukraine, parce qu'un tel effort organisé n'était prescrit dans aucune loi ni aucun règlement particulier.⁵⁴⁵ Enfin, elle allègue que le Groupe spécial a fait erreur en examinant les mesures individuelles isolément les unes des autres et n'a pas examiné les éléments de preuve dans leur totalité.⁵⁴⁶

5.222. S'agissant de son allégation selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur dans l'attribution de la charge de la preuve, l'Ukraine conteste une constatation formulée par le Groupe spécial dans le contexte de son analyse au titre de l'article 5.1.2, à savoir qu'"il n'y [avait] pas d'élément de preuve dans le dossier qui [lui] permettrait d'accepter ou de rejeter l'explication de la Russie" selon laquelle celle-ci avait fait droit aux demandes de certificats des producteurs situés dans les régions de l'est de l'Ukraine parce qu'aucune incompatibilité n'avait été identifiée en ce qui concerne les produits en cause au cours des inspections précédentes et que, par conséquent, les conditions relatives aux essais ou à l'inspection hors site étaient remplies.⁵⁴⁷ L'Ukraine note que la constatation

⁵³⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 30.

⁵⁴⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 31 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.2).

⁵⁴¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 34.

⁵⁴² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 35 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.946 et 7.947).

⁵⁴³ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 36 et 37.

⁵⁴⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 39 et 40 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.972, 7.973 et 7.976).

⁵⁴⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 40.

⁵⁴⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 43.

⁵⁴⁷ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 48 à 50 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).

d'incompatibilité formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 5.1.2 reposait sur l'absence d'éléments de preuve relatifs à des non-conformités passées ou à des plaintes de consommateurs dans le cas des rejets de certificats, et que les éléments de preuve de la Russie indiquant l'absence de non-conformités étaient postérieurs à la date de délivrance des certificats pour les producteurs situés dans les régions de l'est.⁵⁴⁸ Elle souligne que cette considération n'a pas empêché le Groupe spécial d'arriver à la conclusion qu'il n'y avait pas d'élément de preuve dans le dossier qui lui permettrait d'accepter ou de rejeter l'explication de la Russie.⁵⁴⁹ Selon elle, en formulant ces conclusions, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective en libérant la Russie de la charge de la preuve qui lui incombait et en imposant une charge de la preuve déraisonnable à l'Ukraine.⁵⁵⁰

5.223. En outre, l'Ukraine allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de la charge de la preuve lorsqu'il a évalué les éléments de preuve relatifs à la répétition substantielle des suspensions et rejets de certificats.⁵⁵¹ Pour elle, le Groupe spécial a fait erreur en concluant que "dans le cas des suspensions contestées, la Russie avait justifié les raisons de la suspension des certificats concernant les producteurs ukrainiens", sans fournir de raisonnement pour sa conclusion selon laquelle la Russie avait "justifié" les raisons de la suspension de ces certificats.⁵⁵² De plus, l'Ukraine conteste la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il n'avait pas de "base d'éléments de preuve qui permettrait d'inférer que l'IBF aurait dû suspendre davantage de certificats également dans le cas des producteurs des autres pays indiqués dans le tableau, mais ne l'avait pas fait".⁵⁵³ Selon elle, alors même qu'il incombait à la Russie de prouver que l'IBF aurait dû suspendre davantage de certificats également dans le cas des producteurs des autres pays, le Groupe spécial n'a pas exigé qu'elle le fasse.⁵⁵⁴ Enfin, l'Ukraine appelle l'attention sur le fait que le Groupe spécial a indiqué à plusieurs reprises dans son analyse qu'il n'y avait pas assez d'éléments de preuve pour lui permettre de se prononcer sur la question dont il était saisi.⁵⁵⁵ Elle estime que le Groupe spécial aurait dû demander des renseignements aux sources qu'il jugeait appropriées conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord afin de réunir les renseignements nécessaires pour procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi.⁵⁵⁶

5.224. La Russie nous demande de confirmer les constatations du Groupe spécial concernant l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁵⁵⁷ Elle considère que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son examen de l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation en tant que mesure non écrite.⁵⁵⁸ Elle rappelle qu'après avoir examiné les allégations de l'Ukraine concernant chacun des éléments individuels de la mesure, le Groupe spécial a seulement constaté l'existence d'une incompatibilité en ce qui concerne l'un des trois éléments. Selon elle, alors même que le Groupe spécial avait toutes les raisons d'arrêter là son analyse et de constater que la mesure alléguée n'existait pas, il a ensuite examiné d'autres arguments et éléments de preuve présentés par l'Ukraine. La Russie ne souscrit donc pas au point de vue de l'Ukraine selon lequel le Groupe spécial n'a pas examiné les renseignements présentés par celle-ci conformément au critère d'examen établi.⁵⁵⁹ S'agissant de l'importance de l'ordre d'analyse affirmée par l'Ukraine, elle souligne que ni l'article 11 du Mémoire d'accord ni la jurisprudence de l'OMC n'exigent des groupes spéciaux qu'ils suivent un enchaînement d'étapes analytiques particulier.⁵⁶⁰ Elle affirme qu'en tout état de cause, le Groupe spécial serait arrivé à une conclusion négative quant à l'existence de la mesure en cause même s'il avait suivi l'enchaînement des étapes indiqué au paragraphe 7.946

⁵⁴⁸ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 50 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).

⁵⁴⁹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 51 et 52 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).

⁵⁵⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 51.

⁵⁵¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 54 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.969 à 7.972).

⁵⁵² Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 54 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970).

⁵⁵³ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 55 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.970).

⁵⁵⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 55.

⁵⁵⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 56 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.377, 7.480, 7.521 à 7.524, 7.675, 7.711, 7.960, 7.962 et 7.970).

⁵⁵⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 56 et 58.

⁵⁵⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, section 2.2.

⁵⁵⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, sections 2.2.1.1 et 2.2.1.2.

⁵⁵⁹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 22.

⁵⁶⁰ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 23.

de son rapport.⁵⁶¹ De plus, la Russie met en avant la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Ukraine n'a pas démontré comment les trois éléments fonctionnaient comme une mesure unique et faisaient partie d'un effort coordonné visant à empêcher l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.⁵⁶² Selon elle, par conséquent, le Groupe spécial n'aurait pas disposé d'une base lui permettant de conclure que l'Ukraine avait établi des éléments *prima facie* concernant l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation, même s'il avait constaté que les trois éléments de la mesure étaient tous incompatibles.⁵⁶³

5.225. En outre, s'agissant de l'argument de l'Ukraine selon lequel l'empêchement systématique allégué de l'importation faisait partie d'un ensemble de mesures restrictives pour le commerce adoptées par la Russie en réponse à la négociation et à la conclusion par l'Ukraine de l'Accord d'association, la Russie estime que le Groupe spécial a soigneusement examiné les déclarations des fonctionnaires russes communiquées par l'Ukraine et a conclu à juste titre que les éléments de preuve présentés ne démontraient pas l'existence d'un "effort organisé" de la part de la Russie.⁵⁶⁴ En outre, elle observe que l'Ukraine s'est référée à des mesures imposées par la Russie sur "d'autres produits" comme éléments de preuve montrant que la Russie restreignait l'importation des "produits ferroviaires" ukrainiens.⁵⁶⁵ En ce qui concerne la charge de la preuve, lourde d'après les allégations, que le Groupe spécial a imposée à l'Ukraine, la Russie souligne que l'attribution de la charge de la preuve ne doit pas être déterminée sur la base d'une comparaison entre les difficultés respectives que les parties peuvent rencontrer au moment de recueillir des renseignements pour prouver le bien-fondé de l'argumentation.⁵⁶⁶ En outre, s'agissant de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les différences dans le nombre des certificats détenus ou suspendus et des demandes rejetées en ce qui concerne les producteurs des différents pays n'établissent pas l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation, elle estime que le Groupe spécial a soigneusement examiné les éléments de preuve mais n'en a pas trouvé qui étayait les arguments de l'Ukraine.⁵⁶⁷

5.226. S'agissant de la charge de la preuve, la Russie estime que l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial n'avait pas évalué objectivement l'empêchement systématique allégué.⁵⁶⁸ Elle estime que l'Ukraine n'a pas prouvé l'existence des premier et deuxième éléments de l'empêchement systématique allégué, à savoir la suspension et le rejet des demandes.⁵⁶⁹ Selon elle, il ressort clairement du paragraphe 7.960 du rapport du Groupe spécial que celui-ci a examiné tous les éléments de preuve présentés par les parties et a conclu qu'il n'était pas convaincu que les demandes rejetées d'une manière injustifiable par l'IBF soient la preuve que l'IBF avait utilisé ses pouvoirs en vue d'empêcher, ou dans le cadre d'un plan visant à empêcher, l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.⁵⁷⁰ La Russie soutient en outre que l'Ukraine n'allègue pas d'erreurs spécifiques concernant la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.965 de son rapport, selon laquelle "le simple fait que la prescription en matière de non-reconnaissance a été appliquée en même temps que des suspensions et rejets justifiés (pour l'essentiel), ce qui a eu également pour effet d'empêcher les importations de produits ukrainiens, ne signifie pas que ces mesures distinctes forment en fait une mesure cohérente unique dont l'objectif commun serait d'empêcher les importations de produits ukrainiens par tous les moyens possibles."⁵⁷¹

5.227. En ce qui concerne l'application de la charge de la preuve par le Groupe spécial, la Russie affirme que celui-ci a examiné tous les éléments de preuve présentés par l'Ukraine et qu'il n'a pas "considér[é] ... que les différences dans le nombre des certificats détenus ou suspendus et des demandes rejetées en ce qui concerne les producteurs des différents pays établiss[aient] l'existence

⁵⁶¹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 25.

⁵⁶² Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 26 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.990 et 7.991).

⁵⁶³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 27.

⁵⁶⁴ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 34 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.973 et 7.974).

⁵⁶⁵ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 39.

⁵⁶⁶ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 40 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 281).

⁵⁶⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 45.

⁵⁶⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 85.

⁵⁶⁹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 54 et 55 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.595 et 7.960).

⁵⁷⁰ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 62 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960).

⁵⁷¹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 63 et 64.

de l'empêchement systématique allégué de l'importation".⁵⁷² Selon la Russie, si l'Ukraine souhaitait étayer l'allégation selon laquelle il y avait effectivement des raisons pour que l'IBF suspende les certificats délivrés aux producteurs des pays tiers, c'était à elle de l'étayer, ce qu'elle n'avait pas fait.⁵⁷³ En ce qui concerne l'allégation de l'Ukraine selon laquelle le Groupe spécial a omis d'avoir recours à l'article 13 du Mémoire d'accord, la Russie soutient qu'il était impossible au Groupe spécial d'utiliser son pouvoir au titre de l'article 13 pour "trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'[avait] pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité sur la base d'allégations juridiques spécifiques qu'elle [avait] formulées".⁵⁷⁴ Elle affirme donc que le Groupe spécial a agi d'une manière compatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en s'abstenant de demander des renseignements au titre de l'article 13 du Mémoire d'accord.⁵⁷⁵

5.228. Enfin, la Russie estime que si l'Organe d'appel devait souscrire aux arguments de l'Ukraine et constater que le Groupe spécial a fait erreur au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord, la conclusion globale formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.993 à 7.995 et 8.1.e de son rapport selon laquelle l'Ukraine n'a pas démontré l'existence de l'empêchement systématique allégué resterait néanmoins valable, parce que cette conclusion était fondée sur des constatations du Groupe spécial dont l'Ukraine n'a pas fait appel.⁵⁷⁶ Selon la Russie, le rapport du Groupe spécial confirme qu'après l'examen de chacun des arguments et éléments de preuve de l'Ukraine, le Groupe spécial a constaté que rien n'étayait la position de l'Ukraine quant à l'existence de l'empêchement systématique allégué.⁵⁷⁷ En ce qui concerne la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.965 de son rapport, la Russie réaffirme sa position selon laquelle l'Ukraine n'allègue pas d'erreurs spécifiques en ce qui concerne cette conclusion, et elle partage donc l'avis du Groupe spécial quant à l'absence d'élément indiquant que l'effet combiné des mesures individuelles était la raison pour laquelle chacune d'elles avait été appliquée.⁵⁷⁸ En outre, elle indique que l'Ukraine ne fait pas appel des conclusions formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 7.984, 7.987 et 7.988, dans lesquels il a formulé une constatation de fait selon laquelle les données commerciales et autres données économiques n'étayaient pas la position de l'Ukraine concernant l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁵⁷⁹

5.5.3 Question de savoir si le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord

5.229. L'Ukraine conteste l'attribution de la charge de la preuve par le Groupe spécial et l'évaluation des éléments de preuve qu'il a faite dans son analyse de l'existence et de la nature systématique de la mesure non écrite alléguée.⁵⁸⁰ Spécifiquement, elle estime que le Groupe spécial a fait erreur en qualifiant la mesure en cause comme comprenant seulement des décisions spécifiques de suspension de certificats, de rejet de demandes de nouveaux certificats et de non-reconnaissance des certificats délivrés par les autres pays de l'Union douanière qui étaient contestées séparément à titre individuel par l'Ukraine. Elle soutient que les décisions individuelles faisaient seulement partie des éléments de preuve concernant la mesure non écrite et que le Groupe spécial a fait erreur en constatant que l'existence de la mesure non écrite alléguée était subordonnée à l'incompatibilité de ces décisions avec les règles de l'OMC. À son avis, cela a conduit le Groupe spécial à examiner les mesures individuelles isolément les unes des autres et l'a empêché d'évaluer s'il existait un empêchement systématique de l'importation sur la base de tous les éléments de preuve dont il disposait.⁵⁸¹

5.230. Nous rappelons que devant le Groupe spécial, l'Ukraine a allégué que la Russie maintenait, depuis le milieu de 2014, un empêchement systématique de l'importation des produits ferroviaires ukrainiens au moyen de ce qui suit: i) la suspension de certificats valides détenus par des producteurs ukrainiens; ii) le refus de délivrer de nouveaux certificats; et iii) la non-reconnaissance

⁵⁷² Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 67 (citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.972).

⁵⁷³ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 69.

⁵⁷⁴ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 71 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 129).

⁵⁷⁵ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 72.

⁵⁷⁶ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 74 et 84.

⁵⁷⁷ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 76.

⁵⁷⁸ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphe 78 (faisant référence au rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.965).

⁵⁷⁹ Russie, communication en tant qu'intimé, paragraphes 80 à 83.

⁵⁸⁰ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 34 à 40 et 48 à 55.

⁵⁸¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphes 42 et 43.

des certificats délivrés par les autres pays de l'Union douanière, et que cette pratique était incompatible avec les obligations de la Russie au titre des articles I:1, XI:1 et XIII:1 du GATT de 1994.⁵⁸² Le Groupe spécial a noté que "pour démontrer l'existence d'une mesure non écrite, une partie plaignante [devait] fournir des éléments de preuve démontrant a) que la mesure [était] imputable à la partie défenderesse; b) la teneur précise de la mesure; et c) d'autres éléments découlant de la manière dont la partie plaignante [avait] décrit ou qualifié la mesure." Selon lui, ces autres éléments pouvaient inclure "le fait de démontrer la nature spécifique de la mesure, c'est-à-dire si cette mesure [était] appliquée de manière générale et prospective ou si elle [était] d'une nature différente" et "comment les différents composants fonctionn[ai]ent ensemble dans le cadre d'une mesure unique et comment une mesure unique exist[ait] en étant distincte de ses composants".⁵⁸³ Le Groupe spécial a observé en outre qu'"une partie plaignante cherchant à démontrer la nature systématique d'une mesure [devait] démontrer que cette mesure vis[ait] à réaliser une politique ou à obtenir un résultat particulier et qu'elle [était] réalisée suivant un système, un plan, ou une méthode ou un effort organisés."⁵⁸⁴

5.231. Dans son analyse, le Groupe spécial a commencé par évaluer si les instructions par lesquelles l'IBF avait suspendu des certificats valides, les décisions par lesquelles l'IBF avait rejeté les demandes de certificats et la prescription en matière de non-reconnaissance appliquée par les autorités russes, qu'il avait examinées séparément dans les sections précédentes de son rapport (suspensions, rejets et non-reconnaissance), étaient des éléments de preuve indiquant l'existence de cette mesure et sa nature systématique.⁵⁸⁵ À cet égard, il a constaté que "le simple fait que la prescription en matière de non-reconnaissance [avait] été appliquée en même temps que des suspensions et rejets justifiés (pour l'essentiel), ce qui [avait] eu également pour effet d'empêcher les importations de produits ukrainiens, ne signifi[ait] pas que ces mesures distinctes form[ai]ent en fait une mesure cohérente unique dont l'objectif commun [était] d'empêcher les importations de produits ukrainiens par tous les moyens possibles."⁵⁸⁶ S'agissant des éléments de preuve additionnels présentés par l'Ukraine, le Groupe spécial a constaté que ni les chiffres démontrant la répétition substantielle des suspensions et rejets de certificats ni les articles publiés dans les médias attestant que l'empêchement systématique allégué de l'importation faisait partie d'un ensemble de mesures restrictives pour le commerce adoptées par la Russie n'établissaient l'existence d'un plan ou d'un effort organisé visant à empêcher l'importation.⁵⁸⁷ Enfin, il a analysé certaines données commerciales sur les importations dont l'Ukraine alléguait qu'elles étayaient l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁵⁸⁸ Globalement, il a estimé que l'Ukraine n'avait pas démontré que la Russie empêchait systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.⁵⁸⁹

5.232. Pour commencer, nous rappelons qu'en principe, tout acte ou omission imputable à un Membre de l'OMC peut être contesté en tant que mesure dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC.⁵⁹⁰ La mesure en cause dans le cadre d'une procédure de règlement des différends à l'OMC peut inclure soit "des actes établissant des règles ou des normes censées être appliquées de manière générale et prospective", tels qu'une législation soit "des actes particuliers appliqués uniquement à une situation spécifique", tels qu'une décision administrative visant à imposer des droits antidumping sur certaines importations.⁵⁹¹ Dans l'affaire *États-Unis – Réduction*

⁵⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.941 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 187 et 188).

⁵⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.946 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.104 et 5.108; *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 198; aux rapports des Groupes spéciaux *Indonésie – Poulet*, paragraphes 7.616 et 7.656; *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphes 7.283, 7.338 et 7.341).

⁵⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.947 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.142; au rapport du Groupe spécial *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphes 7.302 à 7.311).

⁵⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.957.

⁵⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.965.

⁵⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.972 et 7.974.

⁵⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.975.

⁵⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.993.

⁵⁹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 81.

⁵⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 82. Par conséquent, alors qu'une allégation visant une mesure "en tant que telle" concerne une règle ou norme censée être appliquée de manière générale et prospective, une allégation visant une mesure "telle qu'appliquée" cible l'application d'une mesure dans des cas spécifiques.

à zéro (CE), l'Organe d'appel a reconnu qu'une contestation "en tant que tel" pouvait, en principe, être formulée à l'encontre d'une mesure qui n'était pas énoncée sous la forme d'un document écrit, et que rien dans les accords visés ou dans la jurisprudence de l'OMC ne donnait à penser qu'une mesure devait exister sous forme écrite.⁵⁹² Il a souligné, toutefois, qu'"un groupe spécial ne [devait] pas présumer à la légère l'existence d'une "règle ou norme" constituant une mesure appliquée de manière générale et prospective, surtout lorsqu'elle n'[était] pas énoncée sous la forme d'un document écrit."⁵⁹³

5.233. Dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, l'Organe d'appel a donné plus de précisions sur le critère permettant d'établir l'existence d'une mesure non écrite et il a observé en particulier que "les éléments constitutifs qu'il [fallait] étayer par des éléments de preuve et des arguments afin de prouver l'existence d'une mesure contestée [seraient] éclairés par la manière dont cette mesure [était] décrite ou qualifiée par le plaignant."⁵⁹⁴ En particulier, il a estimé que selon les caractéristiques de la mesure contestée, il pourrait être nécessaire, pour en prouver l'existence, d'étayer d'autres éléments outre l'imputation à un Membre de l'OMC et la teneur précise. Par exemple, un plaignant contestant une mesure unique composée de plusieurs instruments différents aurait normalement besoin de présenter des éléments de preuve montrant comment les différents composants fonctionnent ensemble dans le cadre d'une mesure unique et comment une mesure unique existe en étant distincte de ses composants.⁵⁹⁵

5.234. L'existence des mesures non écrites, contrairement à celle d'une mesure écrite, ne peut pas être établie par la présentation du texte d'un instrument juridique à un groupe spécial. Au lieu de cela, l'existence et la teneur d'une mesure non écrite doivent être établies sur la base d'autres éléments de preuve et arguments, souvent circonstanciels. En outre, la mesure spécifique contestée et la manière dont elle est décrite ou qualifiée par un plaignant éclaireront le type d'éléments de preuve qu'un plaignant est tenu de présenter et les éléments qu'il doit établir afin de déterminer l'existence de la mesure contestée. Un plaignant qui cherche à prouver l'existence d'une mesure non écrite sera invariablement tenu d'établir l'imputation de cette mesure à un Membre et sa teneur précise. En outre, il pourra être nécessaire d'établir d'autres éléments.⁵⁹⁶ Par exemple, dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, les plaignants contestaient l'existence d'une mesure unique consistant en une combinaison d'une ou de plusieurs des cinq prescriptions liées au commerce (PLC) qui visait à réaliser un objectif spécifique de politique générale. En conséquence, dans le cadre de son examen de la teneur précise de la mesure PLC, le Groupe spécial était tenu d'évaluer si la mesure était constituée des cinq éléments individuels indiqués par les plaignants, et si les PLC individuelles s'appliquaient et fonctionnaient dans le cadre d'une mesure unique en faveur d'une politique du "commerce administré" sous-jacente et assortie d'objectifs spécifiques, à savoir le remplacement des importations et la réduction des déficits commerciaux.⁵⁹⁷

5.235. L'ordre d'analyse approprié dans un différend donné dépendra des caractéristiques de la mesure en cause, telle que décrite par le plaignant, ainsi que des arguments et éléments de preuve versés au dossier. Il pourra aussi dépendre des éléments sur lesquels porte le désaccord entre les parties au différend, et qui, le cas échéant, sont admis ou non contestés par les parties.⁵⁹⁸ En tout état de cause, les groupes spéciaux disposent d'une marge discrétionnaire pour structurer leur

⁵⁹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 194.

⁵⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 196.

⁵⁹⁴ Dans l'affaire *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, l'Organe d'appel a expliqué que, lorsqu'une mesure non écrite était contestée "en tant que telle", le plaignant devait établir clairement la possibilité d'imputer la "règle ou norme" alléguée au Membre défendeur, sa teneur précise, et le fait qu'elle était appliquée de manière générale et prospective. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE)*, paragraphe 198) Dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, l'Organe d'appel a précisé que "la notion de mesure appliquée de manière générale et prospective" ne pouvait pas être considérée comme énonçant un critère juridique général. Spécifiquement, "[l]orsqu'une mesure non écrite qui n'est pas une règle ou norme est contestée dans le cadre du règlement des différends à l'OMC, un plaignant n'a pas besoin d'en démontrer l'existence sur la base des mêmes critères qui s'appliquent lorsque des règles ou normes appliquées de manière générale et prospective sont contestées." (Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.107)

⁵⁹⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.108.

⁵⁹⁶ À cet égard, les groupes spéciaux n'ont pas besoin "d'appliquer des critères juridiques rigides ... fondés sur la nature ... de la contestation". (Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.110)

⁵⁹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.124 à 5.126.

⁵⁹⁸ Voir, pour l'article 2.2 de l'Accord OTC, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.205.

évaluation comme ils l'entendent, à condition de procéder "sur la base d'une analyse correctement structurée"⁵⁹⁹, de fournir "des explications motivées et adéquates et un raisonnement cohérent"⁶⁰⁰ et de fonder leurs constatations sur une "base d'éléments de preuve suffisante".⁶⁰¹ En conséquence, ils disposent d'une certaine latitude pour moduler l'enchaînement des étapes et l'ordre de l'analyse, latitude qui est toutefois éclairée par les allégations, mesures, faits et arguments spécifiques en cause.⁶⁰² Par conséquent, un appelant qui conteste l'enchaînement des étapes et l'ordre de l'analyse adoptés par un groupe spécial dans une affaire donnée doit démontrer pourquoi, en suivant un enchaînement des étapes particulier, le groupe spécial a commis une erreur dans les circonstances spécifiques de l'affaire considérée. Il ne suffit pas qu'un appelant allègue simplement qu'un groupe spécial a fait erreur en s'écartant d'un enchaînement des étapes et d'un ordre de l'analyse donnés dans l'abstrait.⁶⁰³

5.236. S'agissant de l'argument de l'Ukraine selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en ne formulant pas de conclusions en ce qui concerne l'existence d'une mesure non écrite avant d'évaluer les éléments spécifiques de cette mesure⁶⁰⁴, nous observons qu'en fait, le Groupe spécial a pris note de la teneur précise de la mesure alléguée et en a énuméré les éléments constitutifs, y compris la qualification par l'Ukraine de la mesure comme étant "une mesure non écrite globale" constituée de plusieurs éléments et entraînant "l'empêchement systématique" de l'importation des produits ukrainiens en Russie.⁶⁰⁵ En outre, il apparaît logique, à la lumière des caractéristiques de la mesure telle que décrite par l'Ukraine, que l'analyse ultérieure du Groupe spécial ait été centrée sur l'examen de l'existence d'une mesure unique et de sa nature systématique. Par conséquent, dans les circonstances de l'espèce, dans le cadre de son évaluation de l'existence de la mesure non écrite, le Groupe spécial devait examiner les éléments de preuve relatifs aux éléments constitutifs de la mesure, ainsi qu'à la manière dont les différents éléments interagissaient afin d'atteindre un objectif particulier.⁶⁰⁶

5.237. Ensuite, nous examinons l'analyse du Groupe spécial concernant l'existence de la mesure non écrite alléguée en cause. Comme il a été indiqué, le Groupe spécial a évalué séparément les instructions suspendant des certificats, les décisions rejetant des demandes de certificats et la prescription en matière de non-reconnaissance appliquée par les autorités russes, que l'Ukraine avait contestées individuellement et qu'il avait examinées séparément dans les sections précédentes de son rapport.⁶⁰⁷ Ainsi qu'il l'a reconnu, les instructions de suspension et décisions de rejet spécifiques n'étaient qu'une partie des cas de suspension et de rejet sur lesquels l'Ukraine s'était appuyée en tant qu'éléments de preuve démontrant l'existence d'une mesure non écrite.⁶⁰⁸ Malgré ce fait, le Groupe spécial a jugé nécessaire d'examiner séparément les suspensions, rejets et non-reconnaissances contestés individuellement par l'Ukraine. Ce faisant, il a centré son évaluation sur la question de savoir si ces trois éléments de la mesure alléguée avaient déjà été jugés incompatibles avec l'article 5.1.1 et 5.1.2 de l'Accord OTC dans son analyse antérieure. Ainsi, il a conclu que "le fait que l'un des trois éléments du fait allégué d'empêcher systématiquement l'importation", à savoir la non-reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière, "restr[eignait] d'une manière injustifiable l'accès au marché [russe] n'[était] pas suffisant pour démontrer l'existence d'un empêchement systématique des importations de produits ukrainiens en tant que mesure indépendante."⁶⁰⁹ Il a également affirmé que "c'[était] seulement si les circonstances justifiant ces décisions disparaissaient et que celles-ci [étaient] néanmoins maintenues ou que de telles décisions [étaient] néanmoins adoptées à l'égard de nouvelles demandes que se

⁵⁹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.20 (citant le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 127).

⁶⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, note de bas de page 618 relative au paragraphe 293.

⁶⁰¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142.

⁶⁰² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.206 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.211).

⁶⁰³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.206.

⁶⁰⁴ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 36.

⁶⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.956.

⁶⁰⁶ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.108.

⁶⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.958.

⁶⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 742 relative au paragraphe 7.957.

⁶⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.964.

poserait la question de savoir si ces mesures [faisaient] partie d'un empêchement systématique global de l'importation qui couvr[ait] à la fois la reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière et la délivrance des certificats en Russie."⁶¹⁰ À cet égard, l'Ukraine fait valoir que le Groupe spécial a examiné les éléments individuels de la mesure non écrite alléguée isolément les uns des autres et n'a pas évalué l'existence d'un empêchement systématique de l'importation sur la base de tous les éléments de preuve dont il disposait.⁶¹¹ La question se pose donc de savoir si, en examinant l'existence de la mesure d'empêchement systématique alléguée sur la base de la compatibilité de ses éléments avec l'Accord OTC, le Groupe spécial a dûment évalué l'existence de la mesure globale en tant que question distincte de celle de la compatibilité de ses éléments avec les accords visés.

5.238. Nous observons à cet égard que la propre description de la mesure par l'Ukraine présupposait la nécessité de centrer l'examen sur la raison d'être sous-tendant les cas individuels de suspension, de rejet et de non-reconnaissance des certificats. Ainsi, l'Ukraine a fait valoir que "les producteurs ukrainiens [avaient] été privés des certificats ou n'[avaient] pas pu les utiliser *pour des raisons autres que l'absence de conformité* aux règlements techniques pertinents."⁶¹² Selon elle, "par un effort organisé", la Russie "a mis en place tous les moyens possibles *pour empêcher les importations* de produits ferroviaires ukrainiens en Russie".⁶¹³ Par conséquent, la teneur de la mesure, telle que décrite par l'Ukraine, exigeait une constatation selon laquelle les éléments individuels de la mesure faisaient partie d'un effort organisé ou d'une politique ayant pour objectif l'"*empêchement systématique de l'importation*", par opposition à des cas distincts d'instructions et de décisions adoptées pour des raisons ayant trait à la possibilité d'évaluer la conformité aux règlements techniques pertinents. La discussion devant le Groupe spécial était centrée précisément sur la question de savoir si les suspensions et les rejets avaient été effectués pour des raisons liées à l'obtention d'une assurance positive de la conformité ou, au lieu de cela, pour des raisons liées à l'empêchement de l'importation. La Russie a ainsi fait valoir que la raison de la suspension et du rejet des certificats des producteurs ukrainiens était qu'il n'était pas satisfait aux prescriptions des règlements techniques russes pertinents, c'est-à-dire qu'il était impossible de procéder au contrôle d'inspection dans son intégralité en raison de la situation en matière de sécurité en Ukraine, et qu'il n'y avait donc pas, de la part de la Russie, d'"*effort organisé*" visant à empêcher les importations en provenance d'Ukraine.⁶¹⁴ Au contraire, l'Ukraine a soutenu que, comme le démontrait l'incompatibilité des instructions et décisions contestées individuellement, l'objectif des suspensions et des rejets n'était pas de vérifier la conformité des produits ferroviaires ukrainiens mais d'empêcher les importations de ces produits en Russie.⁶¹⁵

5.239. Nous rappelons qu'"un plaignant qui conteste une mesure unique composée de plusieurs instruments différents aura normalement besoin de présenter des éléments de preuve montrant comment les différents composants fonctionnent ensemble dans le cadre d'une mesure unique et comment une mesure unique existe en étant distincte de ses composants."⁶¹⁶ En l'espèce, c'était donc à l'Ukraine qu'incombait la charge d'établir que les cas distincts de suspension, de rejet et de

⁶¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.964.

⁶¹¹ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 43.

⁶¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.950 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 147; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 13 et 18; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphes 30, 38 et 39; réponse à la question n° 143 du Groupe spécial). (pas d'italique dans l'original)

⁶¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.951 (faisant référence à Ukraine, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 132 à 141 et 150 à 159; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 19, 20 et 38 à 56; déclaration liminaire à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 40). (pas d'italique dans l'original)

⁶¹⁴ Russie, première communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 22 à 24; deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphes 34 et 35.

⁶¹⁵ Ukraine, deuxième communication écrite au Groupe spécial, paragraphe 20.

⁶¹⁶ Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.108 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.50). Dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, le Groupe spécial a constaté que "l'application et le fonctionnement combinés des PLC individuelles [étaient] une partie importante de la mesure PLC dotée d'une teneur distincte", que "la teneur de la mesure unique consist[ait] en le fonctionnement combiné des PLC individuelles en tant que l'un des instruments employés par l'Argentine pour mettre en œuvre la politique du "commerce administré", et que "[c]ette teneur [était] distincte à la fois de celle de chaque PLC – qui, prise individuellement, n'[était] peut-être pas apte à mettre en œuvre la politique du "commerce administré" – et de la teneur de la politique du "commerce administré" elle-même". (*Ibid.*, paragraphe 5.130)

non-reconnaissance fonctionnaient ensemble et formaient une mesure globale unique, distincte de ses parties, qui visait à appliquer une politique générale d'empêchement de l'importation.

5.240. Dans ce contexte, il nous apparaît que la raison d'être des suspensions et des rejets constituait un facteur important s'agissant de déterminer si les éléments de la mesure globale alléguée fonctionnaient ensemble dans le cadre d'une mesure unique. Spécifiquement, cette raison d'être était liée à l'impossibilité pour l'IBF d'évaluer la conformité des produits ferroviaires ukrainiens aux règlements techniques russes pertinents en raison de la situation en matière de sécurité en Ukraine et donc, à l'absence de situation comparable au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. En pareil cas, il n'y aurait pas de politique ou plan commun reliant les divers suspensions et rejets, de sorte qu'ils fonctionnent ensemble dans le cadre d'une seule mesure, et donc pas de preuve que "l'IBF [ait] utilisé ses pouvoirs en vue d'empêcher, ou dans le cadre d'un plan visant à empêcher, l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie."⁶¹⁷ Au lieu de cela, chacune de ces mesures individuelles reposerait sur une raison d'être distincte et indépendante, à savoir l'impossibilité, dans chaque cas particulier, de mener à bien les étapes requises dans la procédure d'évaluation de la conformité. C'est ainsi que nous interprétons la déclaration du Groupe spécial selon laquelle "le fait que l'un des trois éléments du fait allégué d'empêcher systématiquement l'importation ... restreint d'une manière injustifiable l'accès au marché n'est pas suffisant pour démontrer l'existence d'un empêchement systématique des importations de produits ukrainiens en tant que mesure indépendante."⁶¹⁸ Nous estimons que le libellé du Groupe spécial faisant référence à la compatibilité ou à l'incompatibilité des suspensions et rejets était quelque peu imprécis. D'après nous, toutefois, le Groupe spécial s'est en fait préoccupé de la raison d'être de ces décisions, qui révélerait le lien entre elles et donc l'existence d'un plan commun. Au contraire, une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 5.1.1 impliquerait que les préoccupations au sujet de la situation en matière de sécurité en Ukraine et de la sécurité des inspecteurs de l'IBF ne constituaient pas une justification valable pour les suspensions et rejets en cause. La question se poserait donc de savoir s'il y avait une raison d'être différente derrière les instructions suspendant des certificats et les décisions rejetant des demandes de nouveaux certificats, y compris la raison d'être consistant à empêcher les importations. Comme le Groupe spécial l'a observé, "c'est seulement si les circonstances justifiant ces décisions disparaissaient et que celles-ci [étaient] néanmoins maintenues ou que de telles décisions [étaient] néanmoins adoptées à l'égard de nouvelles demandes que se poserait la question de savoir si ces mesures font partie d'un empêchement systématique global de l'importation qui couvre à la fois la reconnaissance des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière et la délivrance des certificats en Russie."⁶¹⁹ Par conséquent, alors qu'il peut sembler que le raisonnement du Groupe spécial ne fasse pas dûment la distinction entre l'existence et la compatibilité de la mesure alléguée, nous estimons qu'en fait, le Groupe spécial a examiné la compatibilité des éléments des mesures seulement dans la mesure où la *justification* sous-tendant leur compatibilité amènerait à la conclusion que ces décisions avaient été prises indépendamment les unes des autres et non *dans le cadre d'un plan commun*. Par voie de conséquence, le fait de ne trouver aucun élément de preuve indiquant un plan commun ou un effort organisé visant à empêcher l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie donnerait à penser qu'en l'espèce, il n'existait pas de mesure non écrite globale d'empêchement systématique de l'importation.

5.241. Lorsque le fait que l'examen du Groupe spécial était centré sur la compatibilité ou l'incompatibilité avec certaines dispositions de l'Accord OTC des suspensions et rejets contestés individuellement est considéré dans le contexte de l'objectif plus large de son analyse, il est clair que la raison d'être de l'adoption des mesures individuelles était essentielle pour une constatation de l'existence d'"une mesure cohérente unique dont l'objectif commun serait d'empêcher les importations de produits ukrainiens par tous les moyens possibles".⁶²⁰ Spécifiquement, le fait que cette raison d'être était liée à l'absence en Ukraine des conditions permettant de mener à bien une partie de la procédure d'évaluation de la conformité allait à l'encontre de l'argument de l'Ukraine selon lequel il y avait un objectif commun d'empêchement de l'importation derrière ces mesures individuelles. Cela explique aussi le fait que l'examen initial du Groupe spécial était centré uniquement sur les mesures contestées, pour lesquelles il existait déjà dans le dossier des éléments de preuve relatifs à la raison d'être de leur adoption. Dans le même ordre d'idées, en disant que la répétition substantielle, s'agissant du nombre de suspensions, n'indiquait pas de manière probante l'existence de la mesure en raison de l'absence d'éléments de preuve concernant la raison d'être de

⁶¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.960.

⁶¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.964.

⁶¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.964.

⁶²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.965.

ces suspensions, le Groupe spécial, selon nous, a considéré que ces statistiques elles-mêmes ne révélaient pas l'existence d'un but consistant à réaliser une politique ou à obtenir un résultat particulier, ce qui aurait prouvé l'existence et la nature systématique d'une mesure globale non écrite.

5.242. À notre avis, par conséquent, l'examen du Groupe spécial centré sur la raison d'être sous-tendant les instructions et décisions était une partie importante de son analyse concernant l'existence de la mesure non écrite dans les circonstances particulières de l'espèce. En outre, nous notons que la mesure alléguée, telle que décrite par l'Ukraine, contient en elle-même un élément d'incompatibilité. Ainsi, si les suspensions, les rejets et la non-reconnaissance fonctionnaient ensemble, avec pour raison d'être l'"empêchement systématique de l'importation", il est très probable que cette mesure globale d'"empêchement de l'importation" serait jugée incompatible au regard du GATT de 1994. Nous rappelons que la détermination de l'existence d'une mesure non écrite alléguée et l'évaluation de la compatibilité de cette mesure ou de ses éléments avec les accords visés restent des étapes distinctes. En même temps, la mesure spécifique contestée et la manière dont elle est décrite ou qualifiée par un plaignant éclaireront le type d'éléments de preuve qu'un plaignant est tenu de présenter et les éléments qu'il doit établir afin de déterminer l'existence de la mesure contestée. Dans les circonstances de l'espèce, parce que la description faite par l'Ukraine de la mesure incorporait l'expression "empêchement de l'importation" et que le Groupe spécial avait constaté que la plupart des éléments individuels de la mesure avaient une raison d'être différente de l'"empêchement de l'importation", la tâche du Groupe spécial consistant à évaluer la question de l'existence de la mesure séparément de la question de sa compatibilité était rendue particulièrement difficile. En outre, comme il a été indiqué plus haut, la logique du Groupe spécial n'était pas que, du fait que les éléments de la mesure n'étaient pas incompatibles avec l'Accord OTC, la mesure globale ne pouvait pas exister. De fait, en présence de justifications valables expliquant pourquoi les suspensions et rejets individuels avaient été effectués et touchant à des préoccupations relatives à la sécurité des inspecteurs de l'IBF, il n'y avait pas de base permettant de constater que les différentes parties de la mesure alléguée fonctionnaient ensemble comme une mesure unique distincte de ses éléments. Par exemple, même si tous les certificats des matériels ferroviaires ukrainiens étaient suspendus ou rejetés en raison de l'impossibilité de procéder à des inspections hors site, cela ne se traduirait pas par un effort organisé visant à empêcher l'importation, à moins que l'impossibilité de procéder à ces inspections ne soit qu'un prétexte et qu'il n'existe une raison d'être unificatrice différente. Autrement dit, le Groupe spécial n'a simplement pas considéré que l'Ukraine avait présenté des éléments de preuve suffisants pour révéler l'existence d'un plan commun visant à empêcher l'importation derrière les éléments de la mesure globale alléguée.

5.243. En outre, alors que l'Ukraine s'est appuyée largement sur la raison d'être avancée par le Groupe spécial et l'Organe d'appel pour la détermination de l'existence d'une mesure non écrite dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, la mesure alléguée en cause en l'espèce est différente. Contrairement à l'Union européenne dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, l'Ukraine a contesté en l'espèce une partie des éléments de la mesure non écrite individuellement. Dans ce contexte, la tâche du Groupe spécial était de déterminer s'il existait une interaction entre ces éléments individuels de sorte qu'ils fonctionnaient conjointement d'une manière distincte de leur fonctionnement individuel. Par conséquent, la façon dont le Groupe spécial comprenait la teneur et le fonctionnement des éléments pris individuellement, y compris la raison d'être sous-tendant leur adoption, faisait partie de son analyse concernant la question de savoir si les différents éléments fonctionnaient ensemble comme une mesure unique visant à réaliser une politique particulière. Dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, il y avait aussi de "nombreux éléments de preuve versés [au] dossier [du Groupe spécial] qui montraient que la mesure PLC mettait en œuvre la politique du "commerce administré", et que cette politique avait été annoncée dans des déclarations et allocutions publiques, et sur des sites Web du gouvernement, par de hauts responsables du gouvernement argentin, y compris la Présidente, la Ministre de l'industrie et le Secrétaire au commerce".⁶²¹ Ces éléments de preuve donnaient à penser que "les PLC [étaient] interdépendantes et fonctionn[ai]ent ensemble dans le cadre d'une mesure unique et continu[eraient] à être imposées à l'avenir jusqu'à ce que – et à moins que – la politique soit abrogée ou modifiée."⁶²² À l'inverse, en l'espèce, le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve présentés par l'Ukraine en ce qui concerne l'"ensemble de mesures restrictives pour le commerce" n'établissaient pas l'existence d'une politique sous-tendant les suspensions et rejets. Il a considéré en particulier que "les articles publiés

⁶²¹ Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.131.

⁶²² Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.131 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 6.162 et 6.230).

dans les médias que l'Ukraine [avait] présentés soulign[aient] l'existence de tensions dans les relations bilatérales en lien avec la négociation et la conclusion par l'Ukraine [de l']Accord d'association", et "[faisaient] ... référence aux mesures commerciales que les autorités russes pourraient prendre ou avaient effectivement prises en réponse à l'égard de l'Ukraine".⁶²³ En dernière analyse, toutefois, les éléments de preuve ne démontraient pas que "la Russie [avait] adopté un plan ou décidé de s'engager dans un effort organisé pour empêcher l'importation en Russie des produits ukrainiens en général ou des produits ferroviaires ukrainiens en particulier" et "même si des mesures restrictives pour le commerce [avaient] été prises à l'égard de certains producteurs ukrainiens, cela ne signifi[ait] pas nécessairement que ces mesures [avaient] été prises également en ce qui concerne les produits ferroviaires ukrainiens."⁶²⁴

5.244. À cet égard, l'Ukraine estime que le Groupe spécial lui a attribué une charge de la preuve excessive pour l'établissement de l'existence de la mesure, en particulier en raison de la nature non écrite de celle-ci.⁶²⁵ Elle s'appuie sur les constatations du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, lequel n'avait pas souscrit à l'affirmation de l'Argentine selon laquelle des documents journalistiques ne pouvaient pas être "considérés comme ayant une quelconque valeur probante" pour la détermination de l'existence d'une mesure non écrite.⁶²⁶ D'après nous, toutefois, au lieu de remettre en question la crédibilité des articles publiés dans les médias fournis par l'Ukraine en tant que source d'information, le Groupe spécial ne les a pas jugés suffisamment spécifiques pour établir l'existence et la nature systématique d'une mesure alléguée d'empêchement systématique applicable aux matériels ferroviaires ukrainiens.

5.245. La conclusion du Groupe spécial concernant les articles publiés dans les médias présentés par l'Ukraine démontre aussi que la constatation qu'il a formulée au sujet de l'existence de la mesure non écrite alléguée n'était pas fondée seulement sur son évaluation de la raison d'être des suspensions et rejets. En outre, le Groupe spécial a analysé certaines données commerciales sur les importations qui, selon l'Ukraine, étayaient l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.⁶²⁷ Il a conclu que "[l]es éléments de preuve ne démonstr[aient] pas qu'il [était] fort probable que la cause de la diminution des importations et de celle de la part des importations de l'Ukraine en Russie ait été l'existence de l'empêchement systématique allégué des importations par la Russie", et que "les éléments de preuve versés au dossier donn[aient] à penser qu'il y [avait] d'autres causes qui pourraient expliquer la diminution des importations de produits ferroviaires ukrainiens en Russie."⁶²⁸ En appel, l'Ukraine ne conteste pas cette partie de l'analyse et des conclusions du Groupe spécial, qui était également indépendante de son évaluation de la raison d'être des suspensions et rejets.

5.246. Par conséquent, pour formuler sa constatation finale selon laquelle l'Ukraine n'avait pas démontré que la Russie empêchait systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie, le Groupe spécial s'est appuyé sur les conclusions suivantes:

[L]es éléments de preuve versés au dossier n'établissent pas que *les trois éléments* du fait allégué d'empêcher systématiquement l'importation (suspension des certificats, rejet des certificats et non-reconnaissance générale des certificats délivrés dans les autres pays de l'Union douanière) *ont été conçus, structurés ou fonctionnent conjointement de manière à constituer une mesure distincte* visant à empêcher systématiquement les importations de produits ferroviaires ukrainiens en Russie.

⁶²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.974.

⁶²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.974.

⁶²⁵ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 40.

⁶²⁶ Ukraine, communication en tant qu'appelant, paragraphe 41 (citant les rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 6.70 et 6.71). L'Ukraine mentionne les déclarations du Groupe spécial selon lesquelles "[l]es articles de journaux ou de magazines ... peuvent constituer des sources d'information utiles, en particulier lorsqu'il s'agit d'examiner des mesures non écrites et de corroborer des faits affirmés au moyen d'autres formes d'éléments de preuve", et selon lesquelles "[u]n groupe spécial doit évaluer la crédibilité et le caractère convaincant des articles de journaux ou de magazines communiqués comme éléments de preuve, en tenant compte du fait que ces articles peuvent refléter des opinions personnelles, et il doit évaluer les informations contenues dans ces articles en les comparant avec les autres éléments de preuve versés au dossier." (*Ibid.*)

⁶²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.975 à 7.988.

⁶²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.992.

En outre, les éléments de preuve n'établissent pas que ces éléments *fassent partie d'un plan ou d'un effort coordonné visant à atteindre l'objectif* d'empêcher l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.

Enfin, *les données commerciales et autres données économiques communiquées par l'Ukraine n'établissent pas non plus l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation*. Les éléments de preuve ne démontrent pas qu'il est fort probable que la cause de la diminution des importations et de celle de la part des importations de l'Ukraine en Russie ait été l'existence de l'empêchement systématique allégué des importations par la Russie. De fait, nous considérons que les éléments de preuve versés au dossier donnent à penser qu'il y a d'autres causes qui pourraient expliquer la diminution des importations de produits ferroviaires ukrainiens en Russie.⁶²⁹

5.247. En examinant la conception, la structure et le fonctionnement des trois éléments de la mesure alléguée, y compris l'argument de l'Ukraine concernant la répétition substantielle des suspensions et des rejets, le Groupe spécial s'est concentré sur l'existence d'éléments de preuve relatifs à la raison d'être des suspensions de certificats, des rejets de demandes de nouveaux certificats et de la prescription en matière de non-reconnaissance. À cet égard, nous avons été d'avis qu'il n'était pas déraisonnable de sa part de s'appuyer sur ces éléments de preuve pour déterminer l'existence d'une politique ou d'un plan commun d'empêchement de l'importation reliant les divers éléments de la mesure alléguée, par opposition à une constatation selon laquelle chacun de ces éléments reposait sur l'impossibilité de mener à bien les étapes requises dans la procédure d'évaluation de la conformité. En outre, comme il a été indiqué, la constatation finale du Groupe spécial ne reposait pas seulement sur cette logique. En particulier, l'évaluation de l'argument de l'Ukraine relatif à l'"ensemble de mesures restrictives pour le commerce" ainsi que les données commerciales sur les importations communiquées par l'Ukraine ont également amené le Groupe spécial à conclure qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve démontrant l'existence de l'empêchement systématique allégué de l'importation.

5.248. Enfin, nous rappelons que lorsqu'il examinera l'évaluation par un groupe spécial de la mesure en cause, l'Organe d'appel "n'interviendra pas à la légère" sur les constatations de fait du groupe spécial, y compris celles qui concernent "l'application [du droit interne], les opinions des experts, la pratique administrative ou les arrêts des tribunaux nationaux".⁶³⁰ Au lieu de cela, pour qu'une allégation au titre de l'article 11 soit admise, l'Organe d'appel doit être convaincu que le groupe spécial "a outrepassé son pouvoir en tant que juge des faits".⁶³¹ En l'espèce, le Groupe spécial a soigneusement examiné les éléments de preuve des deux parties, a évalué la crédibilité de ces éléments de preuve et est arrivé à ses constatations sur cette base. Pour sa part, l'Ukraine n'explique pas en quoi l'adoption d'une approche différente par le Groupe spécial pour l'examen des éléments de preuve versés au dossier aurait conduit à une conclusion différente.

5.249. En résumé, étant donné les caractéristiques de la mesure non écrite alléguée, telle que présentée par l'Ukraine, et l'évaluation par le Groupe spécial des éléments de preuve versés au dossier, nous n'estimons pas que le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas démontré que la Russie empêchait systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.

5.5.4 Conclusion

5.250. Le Groupe spécial a dûment examiné si les éléments individuels de la mesure non écrite alléguée faisaient partie d'un plan commun visant à empêcher les importations de produits ukrainiens en Russie. Il n'a en outre pas fait erreur en prenant en considération la raison d'être sous-tendant ces suspensions et rejets individuels.

⁶²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.990 à 7.992. (pas d'italique dans l'original)

⁶³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 177. Voir aussi, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142; *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 399.

⁶³¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphe 713. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

5.251. Nous constatons donc que l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas démontré que la Russie empêchait systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.

6 CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

6.1. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel formule les constatations et conclusions suivantes:

6.1 Décision préliminaire du Groupe spécial

6.2. La Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en déterminant la portée de son mandat en l'espèce.

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 8.1.a.i, 8.1.d.iv et 8.1.d.v de son rapport, selon laquelle la Russie n'a pas établi que la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'Ukraine était incompatible avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

6.2 Troisième mesure en tant que prescription "générale" en matière de non-reconnaissance

6.3. La Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il avait constaté que la troisième mesure était de nature "générale" et découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière.

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.861 de son rapport, selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure, en tant que prescription générale en matière de non-reconnaissance dont les autorités russes compétentes estimaient qu'elle découlait du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, existait.

6.3 Troisième mesure en tant que mesure unique

6.4. La Russie n'a pas établi que l'Ukraine ne s'était pas acquittée de la charge *prima facie* qui lui incombait d'établir l'existence de la troisième mesure en tant que mesure unique.

- a. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 7.861 de son rapport, selon laquelle il avait été démontré que la troisième mesure existait.

6.4 Troisième mesure et mandat du Groupe spécial

6.5. L'allégation de la Russie concernant le mandat relatif à la troisième mesure est fondée sur l'hypothèse que le Groupe spécial a fait erreur dans sa décision préliminaire. Nous avons rejeté cette allégation d'erreur et confirmé la décision préliminaire du Groupe spécial.

- a. En conséquence, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.823 et 8.1.d.i de son rapport, selon laquelle la prescription en matière de non-reconnaissance fondée sur la condition relative à la production locale lui était soumise à bon droit.

6.5 Troisième mesure et condition relative à l'enregistrement local

6.6. Les déclarations du Groupe spécial contestées par la Russie au motif qu'elles constituaient des "constatations" concernant la condition relative à l'enregistrement local ou bien étaient simplement des déclarations descriptives, ou bien concernaient la troisième mesure relevant du mandat du Groupe spécial.

- a. En conséquence, nous constatons que la Russie n'a pas établi que le Groupe spécial avait agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en continuant à formuler des constatations concernant une question qui ne relevait pas de son mandat.

6.6 Article 5.1.1 de l'Accord OTC

6.7. Aux termes de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC, l'évaluation de la question de savoir si l'accès est accordé à des conditions non moins favorables "dans une situation comparable" devrait être centrée sur des facteurs qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès à l'évaluation de la conformité aux fournisseurs de produits similaires et sur la capacité du Membre qui réglemente de garantir la conformité avec les prescriptions figurant dans le règlement technique ou la norme sous-jacent. Ainsi, les facteurs pertinents pour l'examen de la question de savoir si une "situation comparable" existe doivent affecter les fournisseurs spécifiques auxquels les conditions d'accès à l'évaluation de la conformité accordées par le Membre importateur se rapportent.

6.8. Nous estimons que le Groupe spécial n'a pas fait erreur dans son interprétation du membre de phrase "dans une situation comparable" figurant à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC. Toutefois, lorsqu'il a examiné les facteurs pertinents pour l'établissement de l'existence d'une "situation comparable" dans les circonstances particulières de l'espèce, le Groupe spécial s'est trop appuyé sur des renseignements concernant la situation en matière de sécurité en Ukraine en général et ne s'est pas centré suffisamment sur les aspects spécifiques aux fournisseurs dont il était allégué qu'ils s'étaient vu accorder accès à des conditions moins favorables, ou à l'emplacement des installations des fournisseurs. Nous constatons donc que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que, entre avril 2014 et décembre 2016, les fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires s'étaient vu nier un accès non moins favorable dans une situation qui n'était pas comparable à celle dans laquelle la Russie avait accordé accès aux fournisseurs de produits ferroviaires russes et aux fournisseurs de produits ferroviaires d'autres pays. Pour les mêmes raisons, nous constatons que le Groupe spécial a fait erreur dans son application de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC aux faits de la cause en l'espèce en constatant que des conditions d'accès moins favorables avaient été accordées aux fournisseurs ukrainiens de produits ferroviaires dans une situation qui n'était pas comparable dans le contexte également des deux décisions au moyen desquelles l'IBF avait rejeté les demandes présentées par des fournisseurs ukrainiens au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière (c'est-à-dire les décisions 1 et 2).

- a. En conséquence, nous infirmos la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.394 et 8.1.b.i de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, pour aucune des 14 instructions contestées suspendant des certificats, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.
- b. Nous infirmos également la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.638 et 8.1.c.i de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, s'agissant des deux décisions au moyen desquelles l'IBF avait "renvoyé sans les examiner" des demandes de certificats présentées par des producteurs ukrainiens au titre du Règlement technique n° 001/2011 de l'Union douanière, c'est-à-dire les décisions 1 et 2, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC.

6.7 Article 5.1.2 de l'Accord OTC

6.9. L'Ukraine n'était pas tenue de démontrer, aux fins de montrer que la solution de rechange proposée consistant à procéder à des inspections hors site était *prima facie* raisonnablement disponible, si la mesure décrite à l'article 5.3 des règles CS FRT 12-2003 et à l'article 7.4.1 de la norme PC-FZT 08-2013 aurait pu s'appliquer dans les cas spécifiques concernant les suspensions de certificats en cause. Toutefois, le Groupe spécial a fait le raisonnement selon lequel, puisque l'Ukraine disposait en principe de renseignements sur l'absence de non-conformités et de plaintes de consommateurs, il lui appartenait de présenter des éléments de preuve concernant l'application de ces conditions aux produits visés par les suspensions en cause. Nous constatons donc que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre

de l'article 11 du Mémorandum d'accord en attribuant la charge de la preuve au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC dans son analyse de cette mesure de rechange. Nous constatons aussi que l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial avait fait erreur en procédant à une évaluation objective de la question dont il était saisi conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il avait constaté que l'Ukraine n'avait pas établi que les trois autres solutions de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles.

- a. En conséquence, nous infirmos la constatation formulée par le Groupe spécial aux paragraphes 7.544 et 8.1.b.ii de son rapport, selon laquelle l'Ukraine n'a pas établi, pour aucune des 14 instructions suspendant des certificats, que la Russie avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5.1.2, première et deuxième phrases, de l'Accord OTC.

6.8 Empêchement systématique des importations

6.10. Le Groupe spécial a dûment examiné si les éléments individuels de la mesure non écrite alléguée faisaient partie d'un plan commun visant à empêcher les importations de produits ukrainiens en Russie. Il n'a en outre pas fait erreur en prenant en considération la raison d'être sous-tendant ces suspensions et rejets individuels.

- a. Nous constatons donc que l'Ukraine n'a pas établi que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en constatant que l'Ukraine n'avait pas démontré que la Russie empêchait systématiquement l'importation des produits ferroviaires ukrainiens en Russie.

6.9 Recommandation

6.11. L'Organe d'appel recommande que l'ORD demande à la Russie de rendre ses mesures, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, modifié par le présent rapport, qu'elles étaient incompatibles avec l'Accord OTC et le GATT de 1994, conformes à ses obligations au titre de ces accords.

Texte original signé à Genève le 6 décembre 2019 par:

Thomas R. Graham
Président de la Section

Hong Zhao
Membre

Shree B. C. Servansing
Membre
