

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS75/AB/R
WT/DS84/AB/R
18 janvier 1999
(99-0100)

Original: anglais

CORÉE - TAXES SUR LES BOISSONS ALCOOLIQUES

AB-1998-7

Rapport de l'Organe d'appel

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. Introduction.....	1
II. Arguments des participants et du participant tiers	3
A. <i>Corée – Appellant</i>	3
1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"	3
2. "De manière à protéger"	7
3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994	7
4. Article 11 du Mémorandum d'accord	14
5. Article 12:7 du Mémorandum d'accord	15
B. <i>Communautés européennes – Intimé</i>	15
1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"	15
2. "De manière à protéger"	18
3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994	19
4. Article 11 du Mémorandum d'accord	22
5. Article 12:7 du Mémorandum d'accord	23
C. <i>États-Unis - Intimé</i>	23
1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"	23
2. "De manière à protéger"	26
3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994	26
4. Article 11 du Mémorandum d'accord	27
5. Article 12:7 du Mémorandum d'accord	28
D. <i>Arguments du participant tiers – Mexique</i>	29
1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"	29
2. "De manière à protéger"	30
3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994	30
III. Questions soulevées dans le présent appel.....	31
IV. Interprétation et application de l'article III:2, deuxième phrase, du GATT de 1994	31
A. <i>"Produits directement concurrents ou directement substituables"</i>	33
1. Concurrence potentielle	35
2. Attentes	40
3. Critère relatif aux "effets sur le commerce"	41
4. Nature de la concurrence	42
5. Éléments de preuve provenant du marché japonais	43
6. Regroupement des produits	44

	<u>Page</u>
B. <i>"De manière à protéger"</i>	48
C. <i>Attribution de la charge de la preuve</i>	51
D. <i>Article 11 du Mémorandum d'accord</i>	52
E. <i>Article 12:7 du Mémorandum d'accord</i>	55
V. Constatations et conclusions	56

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Corée – Taxes sur les boissons alcooliques

AB-1998-7

Présents:

Corée, *appelant*
Communautés européennes, *intimé*
États-Unis, *intimé*

Matsushita, Président de la section
Ehlermann, membre
Feliciano, membre

Mexique, *participant tiers*

I. Introduction

1. La Corée fait appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*.¹ Le Groupe spécial a été établi² par l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") pour examiner la compatibilité de deux lois coréennes – la Loi de 1949 relative à la taxe sur les alcools et la Loi de 1982 relative à la taxe scolaire, telles que modifiées (les "mesures") – avec l'article III:2 du GATT de 1994. La Loi relative à la taxe sur les alcools impose une taxe *ad valorem* sur toutes les eaux-de-vie distillées. Le taux de cette taxe dépend de la catégorie fiscale – onze au total – dont relève une boisson alcoolique donnée. La Loi relative à la taxe scolaire impose sur les ventes de la plupart des eaux-de-vie distillées une surtaxe, dont le taux est un pourcentage de la taxe sur les alcools appliquée à l'eau-de-vie en question. On trouvera aux paragraphes 2.1 à 2.23 du rapport du Groupe spécial une description détaillée du fonctionnement de ces deux taxes.

2. Le Groupe spécial a examiné les allégations des Communautés européennes et des États-Unis selon lesquelles les mesures contestées étaient incompatibles avec l'article III:2 du GATT de 1994 parce qu'elles accordaient un traitement fiscal préférentiel au soju, boisson alcoolique coréenne traditionnelle, par rapport à certaines boissons alcooliques "de type occidental" importées. Le rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 17 septembre 1998. Le Groupe spécial est parvenu "à la conclusion que le soju (dilué et distillé), les whiskies, les brandys, le cognac, le rhum, le gin, la vodka, la tequila, les liqueurs et les mélanges sont

¹ WT/DS75/R, WT/DS84/R, 17 septembre 1998.

² Le Groupe spécial, doté du mandat type, a été établi le 16 octobre 1997 (voir le document WT/DS75/7 - WT/DS84/5, 10 décembre 1997) à la suite de demandes présentées par les Communautés européennes (WT/DS75/6, 15 septembre 1997) et les États-Unis (WT/DS84/4, 15 septembre 1997).

des produits directement concurrents ou directement substituables".³ Le Groupe spécial a conclu également ce qui suit: "La Corée a soumis les produits importés à une taxation différente et l'écart entre les taxes est plus que *de minimis*" et "la différence de taxation est appliquée de manière à protéger la production nationale".⁴ Le Groupe spécial a formulé la recommandation suivante:

Nous recommandons que l'Organe de règlement des différends demande à la Corée de mettre la Loi relative à la taxe sur les alcools et la Loi relative à la taxe scolaire en conformité avec ses obligations au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.⁵

3. Le 20 octobre 1998, la Corée a notifié à l'ORD 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, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"), et a déposé une déclaration d'appel auprès de l'Organe d'appel, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"). Le 30 octobre 1998, la Corée a déposé sa communication en tant qu'appelant.⁶ Le 16 novembre 1998, les Communautés européennes et les États-Unis ont déposé leurs communications respectives en tant qu'intimés⁷ et le Mexique a déposé une communication en tant que participant tiers.⁸ L'audience prévue à la règle 27 des *Procédures de travail* a eu lieu le 24 novembre 1998. À l'audience, les participants et le participant tiers ont présenté leurs arguments et répondu aux questions de la section de l'Organe d'appel saisie de l'appel.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 11.1.

⁴ *Ibid.*

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 11.2.

⁶ Conformément à la règle 21 1) des *Procédures de travail*.

⁷ Conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

⁸ Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

II. Arguments des participants et du participant tiers

A. Corée – Appelant

1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"

4. La Corée soutient que le Groupe spécial a mal interprété et mal appliqué l'expression "produit directement concurrent ou directement substituable", en particulier le terme "directement" qui, à son avis, est au cœur de l'expression en question. À un certain niveau tous les produits sont concurrents, en ce qu'ils sont en concurrence pour le budget limité du consommateur, et c'est donc le terme "directement" qui donne un sens au texte juridique et qui empêche l'article III:2 de devenir un "instrument non contrôlé d'harmonisation et de déréglementation fiscales".

a) Concurrence potentielle

5. La Corée affirme que les éléments de preuve allégués concernant la concurrence "potentielle" étaient essentiels pour la constatation du Groupe spécial concernant l'existence d'un rapport de concurrence ou de substituabilité directe entre les produits en cause.⁹ Or, l'article III:2 ne mentionne pas la concurrence "potentielle". Par conséquent, la question de savoir si la concurrence "potentielle" est englobée dans la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 est pour le moins ambiguë. Compte tenu de cette ambiguïté, l'article 19:2 du Mémorandum d'accord et le principe de la prévisibilité et le principe *in dubio mitius* auraient dû être respectés par le Groupe spécial.

6. De l'avis de la Corée, l'expression "directement concurrents ou directement substituables" n'est pas censée exclure les produits qui ne sont pas directement concurrents ni directement substituables en raison de la mesure contestée elle-même. L'absence de rapport de concurrence sur le marché visé devrait être considérée comme indiquant manifestement *a contrario* que les produits en question ne sont pas "directement concurrents ou directement substituables". Le Groupe spécial, cependant, a interprété l'article III:2 comme visant les produits qui "sont directement concurrents maintenant" ou dont "on peut raisonnablement s'attendre qu'ils le deviennent dans un proche avenir".¹⁰ (non souligné dans l'original) Ce faisant, le Groupe spécial a dispensé les plaignants de prouver que l'absence de concurrence réelle est due à la mesure contestée et a laissé la porte ouverte à la spéculation concernant l'évolution future du marché, indépendamment de la mesure en question.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.97.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.48. La Corée se réfère également aux paragraphes 10.40 et 10.73 du rapport du Groupe spécial.

Selon la Corée, il faut veiller à ne pas se livrer à des spéculations sur ce que les consommateurs pourraient faire (ou ne pas faire), au lieu de voir ce qu'ils font effectivement. Le Groupe spécial a excusé de façon répétée le fait que les plaignants n'avaient pas présenté d'éléments de preuve concernant la concurrence réelle en disant que les préférences sur le marché coréen auraient pu être *figées* par les mesures gouvernementales.¹¹ Toutefois, la Corée signale que, au moment de l'examen de cette affaire, son marché était ouvert depuis huit ans.

7. La Corée soutient que le critère de la "potentialité" a un caractère beaucoup trop vaste et spéculatif et que le libellé et l'objet de l'article III:2 ne permettent pas une telle interprétation. Rien n'empêche d'exiger des plaignants qu'ils attendent jusqu'à ce que, si cela pouvait se produire, leur argument devienne "valable", et que les produits soient réellement en concurrence directe. Qu'en serait-il si un Membre a été obligé de modifier sa législation en matière de taxation parce que les produits pourraient être en concurrence et que, en fait, ils ne le sont pas? Ce Membre devrait-il s'adresser à nouveau au groupe spécial pour demander la permission de rétablir son régime fiscal?

b) Attentes, critère relatif aux "effets sur le commerce" et "nature" de la concurrence

8. La Corée note l'importance considérable que le Groupe spécial a accordée aux "attentes" concernant l'"égalité du rapport de concurrence" entre les produits importés et les produits nationaux.¹² Cependant, elle fait valoir que ces "attentes" n'existent que pour les produits qui sont "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables". Si les produits ne sont actuellement pas directement concurrents ni directement substituables, il ne peut y avoir d'attentes valables les concernant.

9. Le Groupe spécial a considéré à tort qu'"en s'attachant au niveau quantitatif et non à la nature de la concurrence, on [pourrait finir] par introduire dans les affaires relevant de l'article III une sorte de critère relatif aux effets sur le commerce".¹³ Cela constitue une mauvaise interprétation du critère des "effets sur le commerce". Dans des affaires antérieures, il a été considéré que l'absence d'"effets sur le commerce" ne constitue pas un moyen de défense contre une violation de l'article III:2, mais dans ces affaires il avait *déjà été démontré* que les produits en question étaient "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables".

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.48.

¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.42.

10. La Corée observe que le Groupe spécial a mentionné à de nombreuses reprises la "nature" de la concurrence dans ses constatations, indiquant par exemple ce qui suit: "il ne s'agit ... pas de déterminer le degré du chevauchement concurrentiel, mais sa nature".¹⁴ En examinant la *nature* de la concurrence, le Groupe spécial a ajouté un critère vague et subjectif qui ne se trouve pas dans l'article III:2 et a dispensé les plaignants de démontrer l'existence d'une concurrence ou d'une substituabilité *directe* et d'étudier les marchés réels.

c) Éléments de preuve provenant d'autres marchés

11. Le Groupe spécial a indiqué qu'il pouvait "considérer d'autres marchés et ... dire si l'on pourrait retrouver les mêmes structures dans l'affaire à l'étude".¹⁵ De l'avis de la Corée, cela représente presque une conjecture et constitue un élargissement inadmissible de la portée de l'article III:2. Par ailleurs, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait que la réaction des consommateurs devant différents produits peut "varier d'un pays à l'autre".¹⁶ De plus, rien ne permettait au Groupe spécial de supposer que les marchés coréen et japonais étaient identiques ou en train de le devenir. La Corée soutient également que, même si les éléments de preuve provenant d'autres marchés étaient pertinents, le Groupe spécial n'aurait pas dû se contenter d'étudier seulement le marché d'un autre pays. Pour avoir une image équilibrée, il aurait fallu examiner les éléments de preuve provenant de plus d'un autre marché.

12. La Corée soutient que toutes les interprétations erronées susmentionnées de l'article III:2 constituent une violation des dispositions du Mémorandum d'accord et des principes généraux du droit, c'est-à-dire le principe selon lequel ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel ne peuvent accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés (article 19:2 du Mémorandum d'accord), le principe de prévisibilité et le principe *in dubio mitius*.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.44. La Corée se réfère également au rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.42, 10.44 et 10.66 à ce sujet.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.46.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* ("Japon – Boissons alcooliques"), WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, adopté le 1^{er} novembre 1996, paragraphe 6.28.

d) Regroupement des produits

13. La Corée souligne l'importance de la méthodologie utilisée pour comparer les produits nationaux et les produits importés au titre de l'article III:2. Elle considère que le Groupe spécial a commis une erreur de droit majeure en définissant mal la comparaison qu'il devait effectuer. Le Groupe spécial a regroupé des produits qui ne sont pas physiquement identiques, qui sont produits de différentes manières par des fabricants différents utilisant des matières premières différentes, qui ont un goût différent, qui sont utilisés de façon différente, qui sont commercialisés et vendus de façon différente à des prix fort différents et qui sont soumis à des taux d'imposition différents en Corée. Le Groupe spécial n'a pas non plus effectué une analyse distincte pour le soju dilué et le soju distillé.¹⁷ La Corée affirme que le Groupe spécial a commis une erreur en effectuant son analyse sur la base d'une agglomération des caractéristiques de deux produits aussi différents. Étendre au soju distillé des conclusions qui sont essentiellement fondées sur le soju dilué est une logique inacceptable. En outre, en considérant ensemble le soju dilué et le soju distillé, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'importance de l'écart de prix considérable entre le soju dilué et le whisky.

14. La Corée signale que le Groupe spécial a décidé de considérer comme un groupe toutes les eaux-de-vie distillées importées.¹⁸ À son avis, en décidant de regrouper toutes ces boissons, le Groupe spécial a en fait décidé (ou du moins supposé) qu'elles étaient directement concurrentes ou directement substituables partout, sans voir si cela était vrai sur le marché coréen. En regroupant toutes les boissons importées, le Groupe spécial a fait qu'il est devenu impossible d'évaluer les différences entre les produits importés. Le Groupe spécial n'a pas pu, par exemple, conclure qu'en Corée le soju dilué était directement concurrent de la vodka ou pouvait lui être directement substitué, mais que ce n'était pas le cas pour le whisky.

15. La Corée reconnaît que, lorsqu'il a étudié les caractéristiques des produits, le Groupe spécial a examiné un par un les produits du groupe. Mais le Groupe spécial a rejeté comme étant insignifiantes les différences entre les produits pour ce qui était de caractéristiques comme la couleur, le goût et le prix. Ce faisant, il a accordé peu d'importance aux perceptions réelles des consommateurs qui sont au cœur du critère de "la concurrence ou de la substituabilité directe". L'approche erronée adoptée par le Groupe spécial fait qu'il est impossible de déterminer quelle aurait été l'issue de l'affaire si le Groupe spécial n'avait pas commis une erreur dès le départ.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.54.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.60.

2. "De manière à protéger"

16. Selon la Corée, le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que les taxes coréennes avaient un effet de protection essentiellement sur la base d'une analyse de la structure de la législation elle-même. Il n'a pas tenu compte de l'explication concernant la structure de la législation donnée par la Corée.¹⁹ Le Groupe spécial a en outre trop insisté sur le fait qu'il n'y avait pratiquement pas de soju importé, ne tenant pas compte de ce que la fabrication de ces produits typiquement coréens ne suscite tout simplement pas d'intérêt à l'étranger. Chose plus importante, il n'a pas pris en compte la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* selon laquelle, même si la taxation différente peut dans certains cas démontrer que la taxe est appliquée "de manière à protéger la production nationale", "dans d'autres cas, il peut y avoir d'autres facteurs qui soient *tout aussi ou plus pertinents* pour démontrer que la taxation différente en cause a été appliquée "de manière à protéger la production nationale"".²⁰ (non souligné dans l'original)

17. La Corée réitère l'argument qu'elle a présenté devant le Groupe spécial, à savoir que, vu les grandes différences de prix intrinsèques entre le soju dilué et les produits importés en cause avant la taxe, on ne peut dire que la différence de taxation a pour effet de "protéger" le soju dilué. Lorsque l'écart de prix entre deux produits est si important, la différence additionnelle créée par la variation de la taxe ne peut pas avoir d'effet de protection. La Corée soutient également que la demande de soju distillé est spécifique et statique et qu'elle ne serait pas beaucoup affectée par une modification du prix, surtout pas au point où il est dit qu'elle le serait en l'espèce. La Corée fait valoir, par conséquent, que la différence de taxation n'a pas pour effet de "protéger" le soju distillé, contrairement à la conclusion à laquelle est parvenu le Groupe spécial.

3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994

18. La Corée estime que le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs lorsqu'il a évalué les éléments de preuve. Elle reconnaît que l'examen en appel est limité aux questions de droit, mais considère que, lorsqu'il examine l'interprétation donnée et l'application faite par un groupe spécial de l'article III:2, deuxième phrase, l'Organe d'appel ne peut pas éviter de prendre en compte les faits qui sous-tendent l'évaluation effectuée par le groupe spécial. En l'espèce, le Groupe spécial a tiré des conclusions qui n'étaient pas étayées par les éléments de preuve dont il disposait. Les erreurs de ce

¹⁹ L'explication concernant la structure de son régime de taxation donnée par la Corée figure aux paragraphes 5.172 à 5.181 du rapport du Groupe spécial. Dans les arguments présentés devant l'Organe d'appel, la Corée a insisté en particulier sur ceux qui sont résumés au paragraphe 5.176 du rapport du Groupe spécial.

²⁰ Rapport adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 35.

type ont été décisives pour donner raison au plaignant et constituent donc des erreurs de droit réversibles.

19. Le Groupe spécial a également commis une erreur en appliquant différents critères pour évaluer les éléments de preuve. Il a été beaucoup plus rigoureux lorsqu'il a examiné les éléments de preuve présentés par la Corée que lorsqu'il a étudié ceux des plaignants. En fait, il a appliqué un "double critère de la preuve".²¹ Par ailleurs, le Groupe spécial a mal appliqué les prescriptions relatives à la charge de la preuve qui découlent du rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde* ("*États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*").²²

20. Malgré les éléments de preuve indiquant le contraire présentés par la Corée, le Groupe spécial s'est fondé sur la notion que les préférences des consommateurs sur le marché coréen avaient peut-être été figées par les mesures en cause. Ce faisant, il a injustement imposé à la Corée de démontrer le bien-fondé d'une proposition négative – que l'absence de concurrence n'était pas due aux mesures contestées – plutôt que d'exiger des plaignants qu'ils démontrent de manière positive que les préférences des consommateurs en Corée avaient été figées.

a) Caractéristiques des produits

21. La Corée relève que le Groupe spécial a constaté ce qui suit: "[t]ous les produits ... ont la caractéristique essentielle d'être des boissons alcooliques distillées".²³ Fondamentalement, le Groupe spécial a jugé que cela était suffisant pour établir une présomption que toutes les boissons alcooliques distillées sont "directement concurrentes ou directement substituables". La Corée ne considère pas qu'une déclaration générale de ce type permet d'établir une telle présomption. Le Groupe spécial a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'importance du goût dans une affaire concernant des boissons. Le goût des produits est l'une des considérations essentielles pour les consommateurs lorsqu'ils choisissent une boisson et les distinctions entre les goûts ne sont donc pas "mineures"²⁴ pour le consommateur.

²¹ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 85.

²² Adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, WT/DS33/R, page 16.

²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.67.

²⁴ *Ibid.*

22. L'accent mis par le Groupe spécial sur le fait que toutes les boissons alcooliques en question sont produites par distillation signifie que certains produits industriels (par exemple, le diluant pour peinture) ou produits médicaux (par exemple, l'alcool à friction) auraient aussi un rapport de concurrence ou de substituabilité directe avec les boissons considérées. La similitude des matières premières et des méthodes de production n'a, de ce fait, aucune utilité pour établir l'existence d'un rapport de concurrence ou de substituabilité directe entre des produits.

23. Le fait que le Groupe spécial a appliqué un "double critère de la preuve" est démontré par le fait que, d'une part, il a rejeté l'exemple de l'eau en bouteilles et de l'eau du robinet donné par la Corée; selon la Corée, cet exemple montre que la similitude physique étroite ne permet pas toujours d'affirmer qu'il existe un rapport de concurrence ou de substituabilité directe. D'autre part, le Groupe spécial s'est fondé sur l'exemple de l'aspirine de marque et de l'aspirine générique pour montrer que la similitude physique était extrêmement importante. En outre, il n'a pas retenu l'exemple de l'eau en bouteilles et de l'eau du robinet donné par la Corée, en partie, parce qu'il concernait des "produits différents dans des pays différents".²⁵ Or, dans une autre partie de son rapport, le Groupe spécial a dit que les éléments de preuve provenant "d'autres pays" étaient pertinents.²⁶

b) Utilisations finales

24. Devant le Groupe spécial, la Corée a démontré que, en Corée, l'utilisation finale de loin la plus répandue pour le soju dilué est la consommation avec les repas alors que les boissons de type occidental ne sont presque jamais consommées de cette manière. Le Groupe spécial, cependant, a constaté que cette distinction n'était pas suffisante pour ne pas considérer que les produits étaient directement concurrents ou directement substituables.²⁷ La Corée estime que le Groupe spécial a commis une erreur, en ce qui concerne aussi bien l'application de l'article III:2 que les prescriptions relatives à la charge de la preuve, en admettant que toutes les boissons en question étaient consommées pour les mêmes raisons, notamment la socialisation et la détente. Pour arriver à cette constatation, le Groupe spécial a fait appel à trois sources: a) tendances et données non scientifiques; b) stratégies de commercialisation; et c) présence de mélanges.

²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 9.23.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.45.

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.76.

25. Le Groupe spécial a mis l'accent sur "les tendances et les changements des structures de consommation"²⁸ qui, a-t-il dit, étaient démontrés dans l'étude Nielsen et l'étude Dodwell. Toutefois, aucune de ces études ni l'enquête Trendscape ne contiennent d'éléments de preuve concernant les tendances. Elles donnent plutôt une image instantanée du marché à un moment particulier; elles ne font pas apparaître les changements dans le temps. Le Groupe spécial a commis une erreur en considérant que ces études contenaient des éléments de preuve concernant les tendances et ses déclarations constituent une mauvaise interprétation des éléments de preuve présentés. En outre, le Groupe spécial a commis une erreur en considérant que ces tendances avaient "des chances de se poursuivre"²⁹ sans mentionner d'éléments de preuve à cet effet.

26. La Corée fait valoir que l'étude Nielsen a été utilisée "de manière sélective" par le Groupe spécial. Par exemple, même si elle montrait un certain chevauchement pour ce qui est des boissons proposées dans les restaurants japonais et les restaurants de type occidental, elle montrait aussi que dans la grande majorité des points de vente il n'y avait pas de chevauchement. Ainsi, le chevauchement indiqué dans l'étude Nielsen était très limité et, vu les éléments de preuve contraires, ne peut pas être considéré comme une preuve concluante de la similitude des utilisations finales entre les boissons en question. En d'autres termes, la structure de consommation globale réfute assez toute présomption concernant des utilisations finales communes établie par le chevauchement mineur indiqué par l'étude Nielsen. Il en va de même des chiffres figurant dans l'étude Nielsen concernant la consommation à domicile de boissons alcooliques avec les repas. Même si 5,8 pour cent des personnes interrogées ont indiqué qu'elles buvaient du whisky avec leurs repas, il y en a 94,2 pour cent qui ne le font pas. Cet élément de preuve étaye l'argument de la Corée concernant l'utilisation finale "repas" de boissons alcooliques déterminées. Or, il a été modifié et transformé en éléments de preuve indiquant l'existence d'un "chevauchement" des utilisations finales. La spéculation à laquelle s'est livré le Groupe spécial a été aggravée par le fait que celui-ci a pris en compte les tendances sur le marché japonais.

27. La façon dont le Groupe spécial a traité les stratégies de commercialisation des sociétés coréennes fait à nouveau apparaître l'application d'un "double critère de la preuve". Dans les cas où le Groupe spécial considérait que les stratégies de commercialisation étayaient une constatation selon laquelle les produits étaient "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables",

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.48.

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.76.

elles devenaient des éléments de preuve importants³⁰, alors que le Groupe spécial n'a pas pris en compte les éléments de preuve concernant les stratégies de commercialisation qui, selon lui, n'étaient pas une telle constatation.³¹

28. Le Groupe spécial a également commis une erreur lorsqu'il a évalué les éléments de preuve présentés concernant les mélanges. La Corée a fait valoir que le soju dilué et le soju distillé étaient consommés nature en Corée (contrairement à certaines des boissons importées en cause en l'espèce), situation étayée par son étude du marché.³² Le fait que les cocktails à base de soju sont différents du soju dilué et du soju distillé transparaît dans la législation coréenne en matière de taxation. La Corée soutient que la présence de soju dilué dans les mélanges ne peut pas étayer une constatation établissant l'existence d'une similitude avec d'autres boissons qui sont consommées mélangées, de la même façon que l'existence du Bailey's³³ n'est pas la preuve que le whisky est souvent consommé mélangé. Comme le Bailey's et le whisky, le soju dilué, le soju distillé et les mélanges sont des boissons différentes et sont traités comme telles en vertu de la Loi relative à la taxe sur les alcools. Le Groupe spécial a rejeté à tort l'argument de la Corée qui réfutait les éléments de preuve concernant les mélanges.

c) Circuits de distribution

29. Tout en reconnaissant que les circuits de distribution font apparaître une structure du marché, le Groupe spécial a rejeté à tort les distinctions faites par la Corée au sujet de la consommation sur place et a donc commis une erreur dans son évaluation des éléments de preuve.

30. Le fondement de l'argument de la Corée était que la plus grande partie du volume de soju dilué et de boissons de type occidental était vendue et consommée dans différents types de points de vente. Cela était étayé par l'étude Nielsen, qui montre clairement que, sauf dans le cas des restaurants japonais et des cafés/restaurants de type occidental, il n'y avait pas de chevauchement en ce qui concerne la consommation sur place. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont répondu à cela en indiquant que le personnel de leur ambassade connaissait neuf "restaurants traditionnels de type coréen" à Séoul qui servaient aussi bien du whisky que du soju. La Corée fait valoir que le Groupe

³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.79.

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.65 et 10.66.

³² Voir, en particulier, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.268 et 5.273.

³³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.11. Le Bailey's Irish Cream est une boisson alcoolique consistant en un mélange de whisky et de crème.

spécial n'aurait pas dû rejeter les éléments de preuve présentés par la Corée concernant les différences de lieux de consommation sur la base des éléments de preuve concernant neuf restaurants, fournis par le personnel de l'ambassade des États-Unis.

31. Le Groupe spécial a également appliqué des "double critères" aux éléments de preuve que la Corée et les plaignants ont présentés à ce sujet. La Corée a fourni une étude de marché portant sur 320 restaurants qui montrait qu'il y avait différents circuits de distribution pour les boissons en cause, mais le Groupe spécial a admis les preuves non scientifiques produites par les États-Unis au sujet de seulement neuf restaurants coréens.

d) Prix

32. La Corée considère que les importantes différences de prix, non contestées, entre le soju dilué et les boissons importées sont des éléments de preuve clés et que, plus la différence de prix entre deux produits est grande, moins une modification du prix de l'un d'eux aura d'incidence sur la demande de l'autre. En l'espèce, il n'y a pas chevauchement des prix du soju dilué, y compris celui de qualité supérieure, et les boissons de type occidental.

33. La Corée estime que le seul élément de preuve concernant la réaction des consommateurs devant les changements de prix qui a été présenté par les plaignants est l'étude Dodwell. Mais elle a soulevé des "objections fondamentales" au sujet de l'étude Dodwell devant le Groupe spécial et cette étude est tellement entachée d'erreurs qu'elle aurait dû être rejetée. Le Groupe spécial a commis une erreur en ne reconnaissant pas les lacunes de l'étude. La Corée note que le Groupe spécial considérait que l'étude Dodwell constituait un "élément de preuve utile"³⁴ suffisant pour établir une présomption concernant un rapport de concurrence ou de substituabilité directe et rejeter les "éléments de preuve concrets" que la Corée avait présentés à titre de réfutation. Par conséquent, le Groupe spécial a mal attribué la charge de la preuve et a également appliqué un "double critère" puisqu'il s'est montré peu exigeant avec les éléments de preuve présentés par les plaignants, mais sévère avec les éléments de preuve présentés par la Corée à titre de réfutation.

34. La Corée affirme que les éléments de preuve concernant les importantes différences de prix entre le soju dilué et la plupart des boissons importées suffisent pour réfuter les allégations des plaignants au sujet de l'existence d'un rapport de concurrence ou de substituabilité directe entre les boissons importées et les boissons nationales. Toutefois, le Groupe spécial n'a pour l'essentiel pas

³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.92.

tenu compte des éléments de preuve et n'a pas examiné l'argument de la Corée selon lequel les différences de prix en termes absolus étaient si importantes que des changements de comportement étaient peu probables.

35. Tout en indiquant que le soju dilué de qualité supérieure était une catégorie "en croissance rapide"³⁵, le Groupe spécial n'a pas tenu compte des éléments de preuve fournis par la Corée. À la deuxième réunion avec le Groupe spécial, la Corée avait souligné que la production de soju de qualité supérieure diminuait, apparemment parce que les consommateurs coréens n'étaient pas prêts à payer davantage pour une version haut de gamme du soju dilué.

36. Selon le Groupe spécial, le cognac est un produit directement concurrent ou directement substituable par rapport au soju dilué ordinaire même si, avant toute taxe, les prix des produits varient d'un facteur de 20.³⁶ Il est reconnu que, pour certaines boissons de type occidental, la différence de prix dans le cas du soju est plus petite, voire négative (par exemple, le soju distillé par rapport au whisky ordinaire). Toutefois, le Groupe spécial n'a pas fait de distinction entre les types de produits et a conclu de manière générale que "les différences de prix [n'étaient] pas importantes au point de réfuter les autres éléments de preuve".³⁷ La Corée estime que, dans le cas de produits de consommation, dire qu'une différence de prix réelle d'un facteur de 10 ou 20 est insuffisante pour réfuter des éléments de preuve hypothétiques concernant la concurrence, comme l'étude Dodwell, est contraire au bon sens et montre que le Groupe spécial a mal appliqué l'article III:2.

e) Traitement de la tequila

37. La Corée signale que, bien que pratiquement aucun élément de preuve concernant la tequila n'ait été présenté par les plaignants ou la tierce partie, le Groupe spécial a constaté que la Corée avait violé l'article III:2 pour ce qui est de cette boisson. Les États-Unis ont indiqué que la tequila était un des produits visés par les mesures en cause et la tequila figurait dans l'étude Dodwell présentée par les Communautés européennes. Le Mexique a également formulé certaines observations descriptives au sujet des caractéristiques physiques, de la classification tarifaire et des structures de consommation de la tequila et du mescal. Le Groupe spécial a inclus la tequila dans son examen parce que des éléments

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94.

³⁶ Ce facteur est fondé sur les prix indiqués dans l'étude Dodwell. Toutefois, le Groupe spécial mentionne une différence de prix encore plus grande: un facteur de 24 (rapport du Groupe spécial, note de bas de page n° 408).

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94.

de preuve avaient été présentés à son sujet³⁸, mais il a exclu le mescal qui avait été "mentionné sans élément de preuve positif".³⁹ Les seuls éléments additionnels concernant la tequila étaient les déclarations des plaignants selon lesquelles la tequila est consommée avec des aliments épicés au Mexique, devient populaire au Japon⁴⁰ et est mentionnée dans l'étude Dodwell. La Corée considère que les éléments de preuve concernant la tequila sont insuffisants pour établir une présomption de l'existence d'un rapport de concurrence ou de substituabilité directe avec le soju.

38. Le Groupe spécial n'a pas essayé d'analyser ce que l'étude Dodwell voulait réellement dire. Cette étude montre que les consommateurs réagissaient de manière non uniforme à un éventuel changement de prix concernant la tequila. En fait, il ressort même de l'étude Dodwell que la demande de tequila pourrait ne pas changer si son prix était réduit. Le Groupe spécial, cependant, a conclu qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que les consommateurs étaient sensibles aux changements des prix relatifs du soju et de la tequila.

4. Article 11 du Mémoire d'accord

39. La Corée estime que, en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord, le Groupe spécial n'a pas appliqué le critère d'examen qui convenait pour un différend au titre de l'article III:2. Elle soutient que, en l'espèce, le Groupe spécial ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de procéder à une "évaluation objective"; au lieu de cela, il s'est livré à des spéculations. Le Groupe spécial n'a pas non plus accordé l'attention voulue à la description que la Corée a donnée de son propre marché. La Corée pense que, devant des descriptions contradictoires d'un marché étranger, un groupe spécial devrait se montrer prudent lorsqu'il fait des déclarations sur ce qu'est ce marché et ne devrait certainement pas se livrer à des spéculations au sujet de son évolution future possible. Lorsqu'il y avait désaccord entre les parties au sujet du marché coréen, le Groupe spécial aurait dû admettre la description de la Corée, à moins que les plaignants ne présentent des éléments de preuve contraires convaincants.

40. Malgré ses "fortes réticences" pour ce qui est du rapport du Groupe spécial, la Corée signale qu'elle n'affirme pas que le Groupe spécial a agi de mauvaise foi. Elle estime cependant que les

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.58.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 5.72 et 6.182.

questions qu'elle a soulevées au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord sont néanmoins suffisamment sérieuses pour que les conclusions du Groupe spécial soient infirmées.

5. Article 12:7 du Mémorandum d'accord

41. Enfin, la Corée fait valoir que le Groupe spécial a manqué à son obligation au titre de l'article 12:7 du Mémorandum d'accord. Elle considère qu'une grande partie du raisonnement du Groupe spécial est obscure, de sorte qu'il est difficile de déterminer sur quels éléments de preuve il s'est fondé pour arriver à ses conclusions et l'importance qu'il a accordée aux différents éléments de preuve et arguments. En outre, le rapport du Groupe spécial est "par trop vague". Le Groupe spécial fait appel à des concepts non définis, comme la concurrence "potentielle" à "court terme", les utilisations finales "potentielles" et la "nature" de la concurrence, pour étayer ses conclusions qui peuvent ainsi s'appliquer à n'importe quel résultat. Par ailleurs, certains éléments de preuve, comme l'enquête de la Sofres, ont simplement été ignorés sans que le Groupe spécial en donne les raisons. De l'avis de la Corée, le raisonnement inadéquat a également empêché le Groupe spécial de procéder à une évaluation objective au sens de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

B. *Communautés européennes – Intimé*

1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"

42. Les Communautés européennes considèrent que l'appel de la Corée repose sur l'hypothèse erronée que l'expression "directement concurrents ou directement substituables" doit être interprétée "au sens strict". Cette thèse n'a de fondement ni dans le GATT, ni dans l'historique de sa rédaction, ni dans les rapports de groupes spéciaux antérieurs. Comme l'a noté le Groupe spécial, l'historique de la rédaction de l'article III:2 donne à penser que les rédacteurs avaient à l'esprit une notion plutôt large des produits "directement concurrents ou directement substituables", qui pouvaient comprendre les pommes et les oranges.⁴¹ En outre, l'argument de la Corée selon lequel l'article III:2, deuxième phrase, doit être interprété "au sens strict" est également applicable à presque toutes les dispositions du GATT.

⁴¹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.38.

a) Concurrence potentielle

43. Les Communautés européennes estiment que la constatation du Groupe spécial selon laquelle il existe une "concurrence actuelle directe" entre les boissons importées et le soju⁴² serait suffisante pour conclure que ces produits sont "directement concurrents ou directement substituables". La constatation additionnelle concernant l'existence d'un "solide rapport de concurrence potentiellement directe" permet d'étayer encore cette conclusion mais n'est pas indispensable.

44. En tout état de cause, l'analyse des éléments de preuve concernant la concurrence "potentielle" faite par le Groupe spécial est compatible avec le libellé de l'article III:2, son objet et son but, ainsi qu'avec des rapports antérieurs de l'Organe d'appel et de groupes spéciaux. La Corée s'appuie sur le fait que ni l'article III:2 ni la Note y relative ne mentionne une concurrence "potentielle". Mais ils ne mentionnent pas non plus une concurrence "réelle". De l'avis des Communautés européennes, la concurrence potentielle est une "concurrence", aussi bien au sens économique ordinaire qu'au sens de la Note. L'utilisation dans la version anglaise de la Note des termes "compétitive" (concurrent) (et non "competing") (en concurrence) et "substitutable" (qui peut être substitué) (et non "substitute") (substitut) est une indication de plus que les rédacteurs envisageaient l'application de l'article III:2 dans le cas d'une concurrence tant "réelle" que "potentielle". Les textes français et espagnol étayaient aussi ce point de vue.

45. Pour les Communautés européennes, l'intérêt que présente la concurrence potentielle découle directement du fait que l'article III ne protège pas les volumes des exportations mais les attentes concernant l'égalité du rapport de concurrence. La prohibition de la taxation à des fins de protection s'applique même s'il n'y a *pas* d'importations de produits "directement concurrents et directement substituables". Le fait que la Corée insiste sur l'existence d'une concurrence réelle est donc incompatible avec la bonne interprétation de l'article III:2. Le critère "en l'absence de" mentionné par la Corée revient à admettre que la concurrence potentielle est pertinente dans certaines circonstances, mais ce critère est trop restrictif et n'est pas étayé par l'article III:2, deuxième phrase.

b) Éléments de preuve provenant d'autres marchés

46. Pour déterminer si deux produits sont "directement concurrents ou directement substituables", il faut procéder cas par cas et par rapport au marché du Membre qui applique les mesures de taxation contestées. Néanmoins, d'autres marchés peuvent donner une bonne indication quant à la nature du

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98.

rapport de concurrence entre les produits sur le marché en question. Cela peut être particulièrement vrai dans les cas où il y a très peu ou pas de concurrence réelle sur le marché en question. En l'espèce, le Groupe spécial n'a que très peu utilisé les éléments de preuve provenant des marchés de pays tiers. Il a examiné les éléments de preuve provenant du marché japonais pour corroborer les constatations faites au sujet du marché coréen. Il aurait pu examiner d'autres marchés en plus du marché japonais, mais cela n'était pas nécessaire.

47. Les Communautés européennes soutiennent que l'interprétation de l'article III:2 faite par la Corée réduit les droits des Membres. En outre, le principe *in dubio mitius* est une méthode d'interprétation complémentaire qui ne s'applique que lorsqu'il y a une ambiguïté réelle. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, l'interprétation donnée par le Groupe spécial contribue à la "prévisibilité".

c) Regroupement des produits

48. Les Communautés européennes jugent que la décision du Groupe spécial sur la façon de regrouper les produits, qui est d'ordre méthodologique, n'a été prise qu'à des fins d'analyse. Elle ne comporte aucune interprétation de l'article III:2 et ne soulève donc aucune "question de droit" qui pourrait faire l'objet d'un appel, sauf si le Groupe spécial n'a pas procédé à une "évaluation objective" des faits.

49. Contrairement aux affirmations de la Corée, le Groupe spécial n'a pas constaté que le soju distillé et le soju dilué étaient des produits directement substituables et directement concurrents. Il a estimé que, s'il était constaté que le soju dilué était directement concurrent ou directement substituable par rapport aux eaux-de-vie importées, il s'en suivrait nécessairement que le soju distillé, plus semblable aux eaux-de-vie importées, serait aussi directement concurrent ou directement substituable par rapport à ces eaux-de-vie.⁴³ La Corée n'a pas contesté l'hypothèse sur laquelle était fondé le raisonnement du Groupe spécial.

50. Les Communautés européennes affirment que, en décidant de ne pas considérer ensemble toutes les boissons importées, le Groupe spécial n'a pas préjugé de l'issue de l'affaire ni constaté que les produits importés étaient directement concurrents ou directement substituables entre eux. La Corée n'a pas démontré que l'application d'une approche analytique différente aurait conduit à un résultat différent. Il n'y a pas de grande différence entre l'approche rigoureuse par produit de la Corée et la méthode du Groupe spécial. Dans la pratique, le Groupe spécial est passé à une approche par

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.54.

produit chaque fois qu'il y avait des différences entre les eaux-de-vie importées pour ce qui était d'un critère particulier.

2. "De manière à protéger"

51. Selon les Communautés européennes, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures de la Corée étaient appliquées "de manière à protéger la production nationale" est fondée sur trois facteurs: l'ampleur même de la différence de taxation, le manque de rationalité du groupement des produits en catégories et le fait qu'il n'y avait pratiquement pas d'importations.⁴⁴ Rien dans le rapport du Groupe spécial n'indique que celui-ci a considéré que le deuxième de ces trois facteurs était particulièrement important.

52. La Corée n'a pas expliqué pourquoi il était nécessaire d'ajouter une série d'exceptions à la définition du soju, les catégories les plus importantes d'eaux-de-vie importées étant ainsi incluses dans une tranche de taxation beaucoup plus élevée que le soju. Les raisons pour lesquelles il n'y a pas d'importations de soju sont sans intérêt. Ce qui compte, dans la pratique, c'est que les importations de soju sont et ont toujours été négligeables.

53. Les Communautés européennes considèrent que l'argument de la Corée selon lequel les mesures ne modifient pas notablement les possibilités de concurrence pour les produits importés est incorrect du point de vue des faits. En tout état de cause, comparer les différences de prix avant taxation n'est pas suffisant pour tenir compte de toutes les distorsions des prix possibles causées par les mesures.⁴⁵ En outre, les prix peuvent être affectés par des facteurs extérieurs comme les fluctuations des taux de change.⁴⁶

54. Les Communautés européennes font valoir que l'obligation couverte par l'expression "de manière à protéger" concerne exclusivement le point de *savoir si* les mesures contestées ont pour effet de protéger la production nationale et non *quel niveau de protection* est accordé. Si deux produits sont directement concurrents ou directement substituables, toute différence de taxation qui est plus que *de minimis* peut affecter le rapport de concurrence entre les produits importés et, par conséquent,

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.101 et 10.102.

⁴⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94 et note de bas de page n° 410.

⁴⁶ *Ibid.*

"protéger" le produit moins taxé. La seule question qui se pose alors est celle de savoir si le fait de protéger le produit moins taxé favorise la "production nationale".

3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994

55. Les Communautés européennes affirment que les allégations de la Corée au titre de ce point ne soulèvent aucune "question de droit", mais seulement des questions de fait qui, en principe, ne peuvent pas faire l'objet d'un examen en appel. Ces allégations peuvent uniquement être examinées par l'Organe d'appel au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Toutefois, un appelant qui invoque ce motif d'appel doit démontrer que le Groupe spécial a abusé de son pouvoir discrétionnaire d'une manière qui atteint un "certain niveau de gravité".⁴⁷ Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial n'a pas commis les erreurs alléguées par la Corée. Toutefois, même si la Corée pouvait démontrer que le Groupe spécial a commis ces erreurs, elles ne constitueraient en rien "des erreurs fondamentales qui mettent en doute la bonne foi du Groupe spécial".⁴⁸

a) Caractéristiques des produits

56. D'après les Communautés européennes, l'argument de la Corée selon lequel le goût est l'une des considérations essentielles du consommateur lorsqu'il choisit une boisson est entaché d'erreurs. Si deux produits sont presque identiques, le choix du consommateur sera nécessairement fonction de différences très mineures. Par exemple, la seule raison pour laquelle on choisit une cravate verte plutôt qu'une cravate rouge est la couleur. Cependant, la couleur reste une caractéristique relativement mineure des cravates et les différences de couleur n'empêchent pas les cravates d'être "directement concurrentes et directement substituables".

57. La Corée considère également que le Groupe spécial a commis une erreur en se fondant sur la "communauté de matières premières" et que la similitude des procédés de fabrication est un critère décisif. De l'avis des Communautés européennes, la Corée définit mal le raisonnement du Groupe spécial. Celui-ci a indiqué en termes non ambigus que la "communauté de matières premières" est un facteur pertinent, mais pas déterminant. Le Groupe spécial n'a pas non plus considéré que la similarité des procédés de fabrication est, en soi, décisive.

⁴⁷ Communication des Communautés européennes en tant qu'intimé, paragraphe 68, citant les rapports de l'Organe d'appel sur les affaires *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* ("Communautés européennes – Volailles"), WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998, et *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* ("Communautés européennes – Hormones"), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998.

⁴⁸ *Communautés européennes – Hormones*, *supra*, note de bas de page n° 47.

58. Les Communautés européennes ne pensent pas que l'exemple de l'eau du robinet et de l'eau en bouteille donné par la Corée soit comparable à celui de l'aspirine générique et de l'aspirine de marque. L'aspirine générique et l'aspirine de marque sont des produits identiques ou presque identiques, même s'ils sont commercialisés de façon différente. L'eau du robinet et l'eau en bouteille ont la même apparence, mais il est très douteux qu'elles aient des "caractéristiques physiques proches".

b) Utilisations finales

59. Les Communautés européennes indiquent que l'étude Nielsen réfute les affirmations de la Corée concernant les structures de consommation du soju et des eaux-de-vie de type occidental. Elle montrait que certains consommateurs buvaient du whisky avec leurs repas et que le soju n'était pas toujours consommé avec les repas. L'enquête Trendscope a confirmé que les eaux-de-vie de type occidental étaient parfois consommées avec les repas. Le Groupe spécial n'a pas fondé sa conclusion selon laquelle le soju et les eaux-de-vie de type occidental ont des utilisations finales semblables sur la constatation de l'étude Nielsen selon laquelle 6 pour cent des consommateurs buvaient du whisky avec leurs repas. En revanche, il a jugé sans intérêt la distinction subtile entre la consommation pendant les repas et en dehors des repas et aussi entre la consommation avec les "collations" ou avec les "repas".⁴⁹

60. Les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec la Corée lorsqu'elle dit qu'il y a une contradiction dans la façon dont le Groupe spécial a traité les stratégies de commercialisation. Bien que le Groupe spécial ait indiqué que les stratégies de commercialisation peuvent être utilisées pour créer des distinctions entre les produits qui concernent essentiellement les perceptions, il a aussi dit que les stratégies de commercialisation peuvent être des outils d'analyse utiles si elles mettent en relief des distinctions ou des similitudes fondamentales entre les produits.⁵⁰ Le Groupe spécial s'est ensuite fondé sur les stratégies de commercialisation pour mettre en relief les similitudes fondamentales entre les produits.⁵¹

61. Les Communautés européennes rappellent que les plaignants ont présenté devant le Groupe spécial des éléments de preuve indiquant que certaines boissons préalablement mélangées contenaient du soju, réfutant ainsi l'allégation de la Corée selon laquelle le soju est toujours consommé nature. La

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.76.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.65.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.79.

question de savoir si les boissons préalablement mélangées sont considérées comme du soju ou comme des liqueurs aux fins de la taxation ne présente aucun intérêt. Le "gin tonic", le "whisky cola" ou la "piña colada" préalablement mélangés ne seraient pas classés en tant que whisky, gin ou rhum. Cependant, leur existence même constitue une preuve irréfutable que certains consommateurs aiment consommer ces spiritueux mélangés à des boissons non alcooliques.

c) Circuits de distribution

62. Le Groupe spécial s'est fondé sur les éléments de preuve "non scientifiques" fournis par le personnel de l'ambassade des États-Unis pour montrer que la Corée établissait des distinctions trop subtiles. De l'avis des Communautés européennes, le raisonnement du Groupe spécial était que la seule distinction pertinente était celle qui existait entre la consommation à domicile ou chez des amis et la consommation sur place (c'est-à-dire la consommation dans des lieux publics comme les restaurants et les bars).⁵² La Corée ne conteste pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle aussi bien le soju que les eaux-de-vie de style occidental sont actuellement vendus d'une manière semblable pour être emportés. La Corée n'a pas non plus contesté que les ventes à emporter représentent une part substantielle de la consommation totale. En outre, si les eaux-de-vie de type occidental étaient taxées de façon semblable au soju, davantage de personnes les consommeraient dans des lieux publics bon marché que ce n'est le cas actuellement.

d) Prix

63. Les Communautés européennes notent que la Corée n'a pas contesté le point de vue du Groupe spécial selon lequel la réaction des consommateurs devant les changements des prix relatifs est, en principe, plus pertinente qu'une comparaison des prix absolus pour déterminer si les produits sont directement concurrents ou directement substituables. La Corée fait valoir que le soju de qualité supérieure "ne représente que 5 pour cent du marché". Pour replacer les choses dans leur contexte, les Communautés européennes rappellent que le volume des ventes total de soju dilué de qualité supérieure dépasse le volume des ventes de toutes les eaux-de-vie importées.

64. La Corée affirme également que le Groupe spécial "a délibérément omis de prendre en compte"⁵³ les éléments de preuve qu'elle avait présentés lorsqu'il a fait observer que le soju dilué de

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.86.

⁵³ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 155.

qualité supérieure était une catégorie de produits "en croissance rapide".⁵⁴ Le Groupe spécial, cependant, a répondu aux arguments de la Corée pendant l'examen intérimaire, indiquant que, bien qu'il y ait eu un ralentissement des ventes, cela était vrai pour tous les produits d'un prix élevé et était dû à la crise financière. Quoi qu'il en soit, la Corée n'a pas présenté d'éléments de preuve indiquant que les ventes de soju dilué de qualité supérieure avaient diminué.

65. Les arguments de la Corée concernant l'étude Dodwell visent, purement et simplement, à ce que l'Organe d'appel examine *de novo* les faits déjà établis par le Groupe spécial. La critique de la méthodologie de l'étude Dodwell faite par la Corée a été réfutée point par point par les Communautés européennes dans leurs communications au Groupe spécial et les Communautés européennes ne jugent pas nécessaire de réitérer ces arguments en appel.

66. Les Communautés européennes soulignent que les auteurs du rapport de la Sofres, qui ont également réalisé l'étude Dodwell, tenaient pour établi que toutes les eaux-de-vie faisaient partie du même marché. Bien que la Corée ne l'ait pas mentionné, ce rapport indique également que les coréens marquent de plus en plus une préférence pour les boissons importées. Les passages sur lesquels se fonde la Corée ont été cités hors contexte.

e) Traitement de la tequila

67. La constatation du Groupe spécial selon laquelle la tequila et le soju sont des produits "directement concurrents ou directement substituables" était fondée sur la similitude de leurs caractéristiques physiques et utilisations finales.⁵⁵ En outre, le Groupe spécial s'est fondé sur l'étude Dodwell.

4. Article 11 du Mémoire d'accord

68. S'agissant de l'affirmation de la Corée selon laquelle le Groupe spécial n'a pas accordé l'attention voulue à la description que la Corée a faite de son marché, les Communautés européennes indiquent que le critère d'examen "avec l'attention voulue" préconisé par la Corée n'est étayé ni par le Mémoire d'accord ni par le GATT de 1994. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel⁵⁶, le critère d'examen approprié pour l'application du GATT de 1994 et de tous les autres accords visés (la seule

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94.

⁵⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.58.

⁵⁶ *Communautés européennes – Hormones, supra*, note de bas de page n° 47, paragraphe 114.

exception étant l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994) est énoncé à l'article 11 du Mémoire d'accord. Un critère d'examen différent modifierait un "équilibre soigneusement établi".⁵⁷

5. Article 12:7 du Mémoire d'accord

69. Ce motif d'appel ne soulève aucune question qui n'ait déjà été traitée.

C. *États-Unis – Intimé*

1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"

70. Les États-Unis font observer qu'en l'espèce nombre des plaintes de la Corée concernent des questions de fait. Il faut examiner chaque allégation pour déterminer si elle porte sur une question de droit qui pourrait faire l'objet d'un examen en appel.

a) Concurrence potentielle

71. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a suivi les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, à savoir que "c'est au Groupe spécial qu'il appartient de déterminer, compte tenu de tous les faits pertinents" l'importance de la catégorie des produits "directement concurrents ou directement substituables" et que les comparaisons de produits impliquent "inévitavelmente un élément de jugement personnel, discrétionnaire".⁵⁸

72. Les États-Unis considèrent que les concepts de concurrence "potentielle" et "réelle" sont redondants. On peut établir l'existence d'une concurrence de plusieurs façons, y compris en démontrant qu'il y a actuellement substitution ou en montrant le degré inhérent de substituabilité dont témoignent les caractéristiques physiques et utilisations finales fondamentales semblables des produits.

73. Contrairement à ce qu'allègue la Corée, les États-Unis font observer que le Groupe spécial ne s'est pas fondé exclusivement, ni même essentiellement, sur les éléments de preuve indiquant

⁵⁷ *Communautés européennes – Hormones*, *supra*, note de base de page n° 47, paragraphe 115.

⁵⁸ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de base de page n° 20, pages 28 et 24.

l'existence d'une concurrence potentielle. Le fait que le Groupe spécial mentionne une "concurrence potentielle importante"⁵⁹ ne contredit pas le fait qu'il a conclu qu'il y avait des éléments de preuve établissant l'existence d'une "concurrence actuelle directe".⁶⁰

74. Quoi qu'il en soit, le Groupe spécial a eu raison de prendre en compte les éléments de preuve indiquant l'existence d'une concurrence potentielle pour conclure que les produits importés et les produits nationaux étaient "directement concurrents ou directement substituables". L'argument de la Corée à l'effet contraire n'est pas étayé par le sens ordinaire des dispositions pertinentes du GATT de 1994, considérées dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, pas plus qu'il n'est compatible avec les rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel.

75. Selon les États-Unis, l'objet des dispositions en question est de prohiber la taxation à des fins de protection. Le terme anglais "substitutable" montre clairement que l'article III:2, deuxième phrase, s'applique dans le cas d'une "substitution potentielle" (c'est-à-dire lorsque les produits *peuvent* être substitués). Les textes français et espagnol de la disposition confirment cette interprétation. De même, le sens économique ordinaire du terme "concurrence" n'est pas limité aux cas réels de substitution observée. L'expression "il y a concurrence"⁶¹ doit être interprétée comme désignant les situations où il y a concurrence – aussi bien actuelle que potentielle.

76. L'article III:2 protège les "attentes" et les "potentialités" des Membres en tant qu'exportateurs. Le Groupe spécial a donc eu raison de rejeter l'argument en vertu duquel la Corée appelait une quantification de la substitution actuelle. Une absence complète d'importations n'est pas un moyen de défense en cas de violation de l'article III et un certain degré de pénétration actuelle des importations sur le marché ne devrait donc pas être requis.

77. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a également eu raison de considérer que les éléments de preuve provenant d'autres marchés pouvaient être "pertinent[s], même [s'ils avaient] une valeur probante relative moindre" que les éléments de preuve provenant du marché réellement en cause.⁶² De fait, les éléments de preuve provenant d'un autre marché pourraient être extrêmement probants,

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.97.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98. Les États-Unis se réfèrent également au rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.71 à 10.73, 10.79, 10.82, 10.83, 10.86 et 10.95, qui traitent tous d'aspects de la concurrence actuelle entre les produits.

⁶¹ Note relative à l'article III:2, deuxième phrase.

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.78.

alors que les éléments de preuve provenant du marché en cause pourraient ne pas être fiables en raison de la protection. Le Groupe spécial aurait pu considérer plus d'un autre marché, mais il aurait pu juger plus pertinent et plus utile de considérer le marché japonais, compte tenu des restrictions qui y étaient traditionnellement appliquées et de la structure de ses lois en matière de taxation qui paraissent semblables à celles du marché coréen. Les États-Unis notent également que la décision du Groupe spécial de considérer d'autres marchés est compatible avec la pratique générale du GATT.⁶³

78. Les États-Unis estiment que les arguments de la Corée concernant l'article 19:2 du Mémoire d'accord, le principe *in dubio mitius* et le principe dit de la "prévisibilité" sont des instruments aidant à interpréter l'article III plutôt que des allégations indépendantes. Ils font valoir, en tout état de cause, que c'est l'interprétation de la Corée qui serait contraire à l'article 19:2 du Mémoire d'accord et au principe de la prévisibilité. En outre, le principe *in dubio mitius* ne s'applique qu'en cas d'ambiguïté, et il n'y en a pas en l'espèce.

b) Regroupement des produits

79. Les États-Unis font valoir que le Groupe spécial a dûment examiné les éléments de preuve détaillés concernant le groupement des produits en catégories, y compris les caractéristiques physiques, les utilisations finales, les circuits de distribution et les points de vente, et les prix. Les déterminations du Groupe spécial concernant le "regroupement" des produits constituaient une méthodologie analytique qui n'était pas utilisée pour "préjuger du débat quant au fond". En outre, le Groupe spécial a aussi analysé le rapport de concurrence entre diverses catégories de produits importés et de produits nationaux. Ainsi, l'utilisation de l'"outil analytique" n'a pas eu de répercussions pratiques sur l'issue du différend.

80. Les objections de la Corée concernant la décision du Groupe spécial de "combiner" le soju dilué et le soju distillé aux fins de la comparaison avec les eaux-de-vie importées revient à ne pas souscrire à la constatation du Groupe spécial selon laquelle les deux types de soju sont semblables. En vertu de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, de telles questions ne peuvent cependant pas faire l'objet d'un appel.

⁶³ Les États-Unis se réfèrent, en particulier, au *Groupe spécial de la volaille*, document du GATT L/2088, rapport non adopté publié le 21 novembre 1963, paragraphe 10, et à l'affaire *Japon – Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, IBDD, S35/180, rapport adopté le 22 mars 1998, paragraphe 5.1.3.7.

2. "De manière à protéger"

81. Le Groupe spécial a analysé le caractère protectionniste des mesures d'une manière compatible avec les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*. Les trois facteurs sur lesquels le Groupe spécial s'est fondé sont les suivants: l'ampleur des différences de taxation, la structure de la Loi relative à la taxe sur les alcools et son application. Les États-Unis font observer que l'explication de la structure de la taxe fournie par la Corée ne recèle aucune raison objective de taxer les produits nationaux et les produits importés de façon aussi différente, vu les différences physiques très mineures qui les distinguent. Le fait que des définitions de produits détaillées, correspondant à celles des boissons occidentales, ont été établies au fil du temps dénote une intention spécifique d'appliquer un traitement fiscal différent au soju et aux importations au moment où les importations entraient sur le marché coréen. Le fait qu'il n'y avait pas de soju importé montre seulement que la conception de la loi peut être assimilée sans difficulté à une protection de la production nationale.

82. Pour les États-Unis, l'argument de la Corée selon lequel les importantes différences de prix entre le soju dilué et les produits importés empêchaient les mesures de taxation d'accorder une protection est erroné. Premièrement, l'ampleur des différences de taxation peut en soi être suffisante pour conclure qu'il y a un effet de protection. Deuxièmement, le Groupe spécial avait déjà établi une constatation de fait selon laquelle, malgré les grandes différences de prix, les produits étaient directement concurrents ou directement substituables. Troisièmement, comme les différences de taxation étaient supérieures aux niveaux *de minimis*, il n'y a aucune base factuelle ou juridique permettant d'affirmer que les mesures ne sont *pas susceptibles* d'accorder une protection.

3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994

83. Selon les États-Unis, la demande de la Corée a l'effet que l'Organe d'appel examine l'"application erronée des faits" et les arguments de la Corée au titre de divers articles du Mémorandum d'accord et des principes du droit international constituent, en substance, une tentative de faire rejurer l'affaire. Dans la mesure où la Corée a formulé des allégations juridiques concernant, par exemple, des violations spécifiques des articles 11 et 12:7 du Mémorandum d'accord, celles-ci sont sans fondement et, si elles étaient acceptées, compromettraient l'article 17:6 du Mémorandum d'accord.

84. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a refusé d'admettre que les plaignants n'avaient pas respecté les prescriptions relatives à la charge de la preuve. Selon les États-Unis, ces arguments reviennent à faire objection à l'importance que le Groupe spécial a accordée aux éléments de preuve.

4. Article 11 du Mémoire d'accord

85. En bref, pour établir que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses fonctions au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, la Corée doit démontrer que le Groupe spécial a commis une erreur si fondamentale qu'elle met en question la "bonne foi" du Groupe spécial. Cela est une règle stricte, et ce à juste titre. Comme l'admet la Corée, ses allégations concernant les faits ne mettent pas en doute la bonne foi du Groupe spécial. Par conséquent, aucune des allégations de la Corée ne satisfait au critère à remplir pour établir qu'il y a violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

86. Cependant, la Corée demande à l'Organe d'appel de voir au-delà de la question de la mauvaise foi. En particulier, elle lui demande de rendre moins rigoureux le critère actuel en introduisant de nouveaux critères pour l'expression "évaluation objective". L'Organe d'appel devrait rejeter ces propositions puisqu'elles lui imposeraient de procéder à un examen factuel *de novo*, ce qui serait contraire à l'article 17:6 du Mémoire d'accord.

87. Les critiques que la Corée a faites de l'étude Dodwell et du rapport de la Sofres portent tort à la question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et à l'importance à lui accorder qui, selon ce que l'Organe d'appel a confirmé, "fait partie intégrante du processus d'établissement des faits".⁶⁴ Bien que le Groupe spécial ne mentionne pas expressément le rapport de la Sofres dans ses constatations, il a manifestement connaissance de ce rapport. Il est mentionné dans le rapport du Groupe spécial et la Corée le cite abondamment dans ses arguments oraux.⁶⁵

88. Les allégations de la Corée concernant l'application d'un "double critère" de la preuve sont en grande partie liées à l'évaluation que le Groupe spécial a faite des éléments de preuve dont il disposait. L'argument de la Corée selon lequel le Groupe spécial n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre de procéder à une évaluation objective revient, essentiellement, à contester le caractère suffisant des éléments de preuve présentés au Groupe spécial. Cela est, à nouveau, une critique de l'importance et de la crédibilité des faits.

⁶⁴ *Communautés européennes – Hormones*, *supra*, note de bas de page n° 47, paragraphe 132.

⁶⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 6.121 et 6.125.

89. Les États-Unis reconnaissent qu'il convient de respecter la description qu'un pays donne de son propre marché et de sa propre culture, mais rien dans le Mémorandum d'accord ne permet à la Corée d'affirmer que, en cas de désaccord au sujet du marché coréen, le Groupe spécial devrait accepter les descriptions de ce pays à moins que les plaignants ne présentent des éléments de preuve probants indiquant le contraire. En outre, c'est là un critère qui n'a jamais été envisagé dans un rapport de groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

5. Article 12:7 du Mémorandum d'accord

90. Les termes "justifications fondamentales" ne sont pas définis dans le Mémorandum d'accord. En vertu de l'article 31 1) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁶⁶, il faut attribuer au texte d'une disposition son "sens ordinaire". Les définitions figurant dans les dictionnaires soulignent le caractère minimal de l'explication requise par l'article 12:7 du Mémorandum d'accord.⁶⁷

91. Vu le sens ordinaire de ces termes, les États-Unis estiment qu'il n'y a aucune raison que la Corée allègue que le Groupe spécial n'a pas suffisamment expliqué ses constatations. Un groupe spécial n'a pas besoin d'exposer en détail et de façon exhaustive les raisons de chaque détermination factuelle à laquelle il procède. Il doit seulement donner la justification fondamentale de chaque constatation ou recommandation de fait et de droit; l'Organe d'appel peut ainsi procéder à son examen et faire en sorte que les Membres comprennent de quelle manière le Groupe spécial a appliqué la disposition en question. Le Groupe spécial a plus que satisfait à ce critère, examinant chaque élément juridique de manière très détaillée et dressant la liste des éléments factuels qu'il jugeait importants.

⁶⁶ Faite à Vienne le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331; (1969), 8 International Legal Materials, 679.

⁶⁷ D'après le Webster's Dictionary, le terme "fondamental" signifie "qui concerne ou forme la base ou l'essence; essentiel; qui constitue ou est utilisé comme une base ou un point de départ"; et le terme "justification" signifie "explication des principes qui régissent une opinion, une croyance, une pratique ou un phénomène; raison essentielle; base". D'après le Concise Oxford Dictionary, le terme "fondamental" signifie "qui forme une base ou est utilisé comme telle; essentiel; du degré le plus simple ou le moins élevé" et le terme "justification" signifie "raison essentielle ou base logique de toute chose; explication fondée; indication d'une raison".

D. *Arguments du participant tiers – Mexique*

1. "Produits directement concurrents ou directement substituables"

a) Concurrence potentielle

92. Le Mexique affirme que la Corée néglige le fait que le Groupe spécial a pris une décision expresse concernant la "concurrence directe"⁶⁸ et appliqué tous les critères établis par le Groupe spécial et approuvés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*. Ces critères sont les suivants: caractéristiques physiques, utilisations finales communes, classifications tarifaires et marché.

93. Le Mexique considère également que les affirmations de la Corée concernant le critère de la "concurrence potentielle" sont contradictoires. La Corée admet parfois, en utilisant le critère "après déduction", que la concurrence potentielle peut être un élément nécessaire pour effectuer une analyse au titre de l'article III:2, alors que d'autres fois elle rejette ce critère.

94. De l'avis du Mexique, la Corée accorde une importance considérable au fait qu'il n'y a pas lieu et qu'il est dangereux de spéculer sur l'évolution future possible d'un marché. Il est difficile de croire que la Corée pense réellement que les plaignants et la tierce partie ont en l'espèce un intérêt à se livrer à une telle spéculation ou qu'ils investiraient des ressources considérables simplement pour obtenir un avis consultatif hypothétique. Le Mexique ne cherche qu'à pouvoir exporter de la tequila vers la Corée sans être confronté à un régime de taxation discriminatoire.

b) Éléments de preuve provenant d'autres marchés

95. Selon le Mexique, le Groupe spécial a analysé les éléments de preuve provenant du marché japonais parce que le marché coréen "présente toujours des différences de taxation importantes"⁶⁹, et que, dans ces conditions, le marché japonais présentait un intérêt. Le Groupe spécial ne s'est pas soustrait à son obligation d'examiner le marché coréen puisque ce marché a aussi été analysé.

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.95, 10.97 et 10.98.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.45.

c) Regroupement des produits

96. Le Mexique est d'avis que la Corée a mal compris quelle était l'intention du Groupe spécial lorsqu'il a décidé de procéder essentiellement à un examen du rapport entre le soju dilué et les boissons importées. Le Groupe spécial a simplement fondé son examen sur le soju dilué et, lorsqu'il a relevé une différence importante entre les deux types de soju, a mis en relief cette différence.

97. Le Groupe spécial n'a pas indûment regroupé les boissons importées ni n'a négligé les différences existant entre elles. Il a fondé sa comparaison sur les caractéristiques communes de toutes ces boissons et, en tout état de cause, a également relevé les distinctions importantes existant entre elles lorsqu'il y avait lieu.

2. "De manière à protéger"

98. Le Mexique estime que les arguments de la Corée à ce sujet sont erronés parce que le Groupe spécial a mentionné non seulement la différence de charge fiscale entre les boissons nationales et les boissons importées, mais a relevé également que la structure de la Loi relative à la taxe sur les alcools était elle-même discriminatoire.

3. Application de l'article III:2 du GATT de 1994

99. Le Mexique considère que, puisque le différend concerne un prétendu manquement aux obligations énoncées dans le GATT de 1994, les mesures de la Corée sont présumées annuler ou compromettre des avantages découlant de cet accord et, par conséquent, en vertu de l'article 3:8 du Mémoire d'accord, la charge de réfuter les allégations incombe à la Corée et non aux intimés ou à la tierce partie. Contrairement à ce qu'affirme la Corée, les parties plaignantes et le Mexique ont présenté plusieurs éléments de preuve, dont des éléments de preuve concernant les similitudes physiques des eaux-de-vie, des éléments de preuve concernant la classification tarifaire de la tequila et du soju et des éléments de preuve provenant du marché, sous la forme de l'étude Dodwell, laquelle portait également sur le rapport entre la tequila et le soju.

100. Le Mexique pense que le Groupe spécial a eu raison de rejeter les arguments de la Corée selon lesquels l'utilisation finale à prendre en compte en l'espèce était la consommation des boissons pendant les repas ou en dehors. S'agissant des mélanges, le Mexique considère que l'existence de cocktails à base de soju montre que le soju n'est pas seulement consommé nature, mais aussi sous forme mélangée.

101. La Corée fait valoir qu'elle est plus apte que le Groupe spécial à analyser son propre marché. De l'avis du Mexique, cette allégation est non seulement difficile à défendre, mais est aussi contradictoire. Si les Coréens ont une compétence spéciale que les autres n'ont pas, pourquoi la Corée a-t-elle confié l'analyse de son marché à des sociétés non coréennes, comme A.C. Nielsen?

III. Questions soulevées dans le présent appel

102. Le présent appel soulève les questions suivantes, à savoir:

- a) si le Groupe spécial a commis une erreur dans son interprétation et son application de l'expression "produit directement concurrent ou directement substituable" visé dans la Note relative à l'article III:2, deuxième phrase, du GATT de 1994;
- b) si le Groupe spécial a commis une erreur dans son interprétation et son application de l'expression "de manière à protéger", qui est incorporée dans l'article III:2, deuxième phrase, par renvoi spécifique aux "principes énoncés au paragraphe 1" de l'article III du GATT de 1994;
- c) si le Groupe spécial a commis une erreur dans son application des règles concernant l'attribution de la charge de la preuve;
- d) si le Groupe spécial a manqué à son obligation de procéder à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord; et
- e) si le Groupe spécial a manqué à son obligation d'exposer les justifications fondamentales de ses constatations et recommandations, comme l'exige l'article 12:7 du Mémoire d'accord.

IV. Interprétation et application de l'article III:2, deuxième phrase, du GATT de 1994

103. La première question que nous devons traiter est celle de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur lorsqu'il a interprété l'article III:2, deuxième phrase, du GATT de 1994.

104. L'article III:2 dispose ce qui suit:

Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe 1.⁷⁰

105. Le sens de la deuxième phrase de l'article III:2 est précisé par la Note relative audit article, qui est libellée comme suit:

Une taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du paragraphe 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans le cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit imposé et, d'autre part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable.

106. L'article III:1 dispose ce qui suit:

Les parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale.

107. Dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, nous indiquions qu'il fallait se poser trois questions distinctes pour déterminer si une mesure fiscale intérieure était compatible avec la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994. Il faut se demander:

- 1) si les produits importés et les produits nationaux sont "*des produits directement concurrents ou des produits*

⁷⁰ Les dispositions de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 incluent la Note relative au deuxième paragraphe de l'article III et, par incorporation spécifique, l'expression "de manière à protéger " qui figure au paragraphe 1 de l'article III.

directement substituables" qui sont en concurrence les uns avec les autres;

- 2) si les produits importés et les produits nationaux directement concurrents ou directement substituables *"sont frappés ou non d'une taxe semblable";* et
- 3) si cette différence d'imposition des produits importés et des produits nationaux directement concurrents ou directement substituables *est "appliquée ... de manière à protéger la production nationale".*⁷¹

A. *"Produits directement concurrents ou directement substituables"*

108. Le Groupe spécial a conclu comme suit son examen du premier point soulevé au titre de l'article III:2, deuxième phrase:

Nous sommes d'avis qu'il y a en l'espèce suffisamment d'éléments de preuve non réfutés pour démontrer l'existence d'une concurrence actuelle directe entre les produits. En outre, nous sommes d'avis que les plaignants ont également démontré l'existence d'un solide rapport de concurrence potentiellement directe. Ainsi, au total, nous constatons que les éléments de preuve concernant les caractéristiques physiques, les utilisations finales, les circuits de distribution et les prix, nous amènent à conclure que les produits importés et les produits nationaux sont directement concurrents ou directement substituables.⁷²

109. D'après le Groupe spécial, la "question-clé" qui se pose au sujet du premier point soulevé au titre de l'article III:2, deuxième phrase, est celle de savoir "si les produits sont directement concurrents ou **directement** substituables"⁷³ (souligné dans l'original). Le Groupe spécial a dit que, "pour déterminer s'il y a un rapport de concurrence directe entre deux produits ou groupes de produits, il faut des éléments de preuve indiquant que les consommateurs envisagent ou pourraient envisager les

⁷¹ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, pages 27 et 28.

⁷² Les "produits" visés par le Groupe spécial sont le soju dilué, le soju distillé, le whisky, le brandy, le cognac, le rhum, le gin, la vodka, la tequila, les liqueurs et les mélanges. Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98.

⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.39.

deux produits ou groupes de produits comme des moyens interchangeable de satisfaire un besoin ou un goût particulier."⁷⁴ Pour savoir si les produits nationaux et les produits importés sont directement concurrents ou directement substituables, "[i]l faut ... des éléments de preuve concernant le rapport de concurrence directe entre les produits, y compris, en l'espèce, des comparaisons des caractéristiques physiques, utilisations finales, circuits de distribution et prix de ces produits."⁷⁵ Le Groupe spécial a fait valoir en outre qu'"[i]l ne faudrait ... pas s'attacher exclusivement au niveau quantitatif du chevauchement concurrentiel, mais aussi à la base méthodologique sur laquelle un groupe spécial devrait évaluer le rapport de concurrence."⁷⁶ "[L]es analyses quantitatives, tout en étant utiles, ne devraient pas être jugées nécessaires."⁷⁷ De même, "des études quantitatives de l'élasticité-prix croisée sont pertinentes, mais pas exclusives ni même déterminantes".⁷⁸ Une détermination du niveau précis du chevauchement concurrentiel peut être compliquée par le fait que des politiques gouvernementales protectionnistes peuvent fausser le rapport de concurrence entre les produits, ce qui entraîne une sous-estimation du niveau quantitatif du rapport de concurrence.⁷⁹ Le Groupe spécial a dit qu'il était à craindre qu'"en s'attachant au niveau quantitatif et non à la nature de la concurrence, on finisse par introduire dans les affaires relevant de l'article III une sorte de critère relatif aux effets sur le commerce."⁸⁰

110. Le Groupe spécial a noté que l'évaluation de la concurrence avait un caractère temporel.⁸¹ Il a estimé que les groupes spéciaux devraient considérer "les éléments de preuve concernant les tendances et les changements des structures de consommation et évaluer si ces tendances et ces structures amènent à la conclusion soit que les produits en question sont directement concurrents maintenant, soit qu'on peut raisonnablement s'attendre qu'ils le deviennent dans un proche avenir."⁸² Il a indiqué ce qui suit:

⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.40.

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.43.

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.39.

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.42.

⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.44.

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.42.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.47.

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.48.

... Nous n'essayerons pas de spéculer sur ce qui pourrait arriver dans un avenir lointain, mais nous examinerons les éléments de preuve concernant ce à quoi on pourrait raisonnablement s'attendre dans un proche avenir sur la base des éléments de preuve présentés. L'importance à accorder à ces éléments de preuve doit être déterminée cas par cas en fonction de la structure du marché et d'autres facteurs, dont la qualité des éléments de preuve et l'ampleur de l'inférence à opérer. ... À l'évidence, les éléments de preuve concernant ce qui arriverait maintenant sont plus probants en soi que ceux qui concernent ce qui arriverait à l'avenir, mais la plupart des éléments de preuve ne peuvent pas être examinés d'une manière aussi commode. Si l'on traite de produits qui sont des biens de consommation tributaires des habitudes, alors les tendances sont particulièrement importantes et il serait illusoire, voire inutile sur le plan analytique, d'essayer de dissocier chaque élément de preuve et de ne pas tenir compte de ceux qui concernent les incidences pour la structure du marché dans un proche avenir.⁸³

111. D'après la Corée, le Groupe spécial a mal interprété l'expression "produit directement concurrent ou directement substituable" entre autres choses "en se fondant sur la concurrence "potentielle", en comparant le marché coréen au marché japonais et en procédant aux mauvaises comparaisons entre les produits".⁸⁴

1. Concurrence potentielle

112. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a adopté une approche inacceptable parce que générale et fondée sur la spéculation en ce qui concerne le rôle de la concurrence potentielle, ce que ne permettent pas le libellé, le contexte, ni l'objet ni le but de la deuxième phrase de l'article III:2.⁸⁵ Elle convient que cette disposition n'est pas censée exclure les produits qui ne sont pas directement concurrents ni directement substituables en raison de la mesure même qui est contestée. Toutefois, l'approche trop générale suivie par le Groupe spécial a ouvert la porte à des spéculations quant à l'évolution future du marché, indépendamment de la mesure de taxation en question.⁸⁶

113. Contrairement à ce que la Corée affirme, le Groupe spécial ne s'est pas fondé sur la concurrence potentielle pour pallier l'absence actuelle de concurrence ou de substituable directe entre les produits nationaux et les produits importés du fait qu'un tel rapport pourrait s'établir à

⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.50.

⁸⁴ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 22.

⁸⁵ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphes 26 et 31.

⁸⁶ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 28.

l'avenir. Il a conclu qu'il y avait "en l'espèce, suffisamment d'éléments de preuve non réfutés pour démontrer l'existence d'une concurrence *actuelle* directe entre les produits".⁸⁷ (non souligné dans l'original) Cette constatation juridique n'est pas une constatation spéculative concernant l'avenir mais elle est fermement ancrée dans le présent. La référence à "un solide rapport de concurrence potentiellement directe" n'a d'autre effet que d'étayer la constatation de l'existence d'une "concurrence *actuelle* directe" établie par le Groupe spécial.⁸⁸

114. L'expression "directement concurrents ou directement substituables" décrit un type de rapport particulier entre deux produits, l'un importé l'autre national. Il est évident d'après le libellé de l'expression que l'essence de ce rapport est que les produits sont en concurrence. Cela découle clairement tant du mot "concurrent" qui signifie "caractérisé par la concurrence"⁸⁹ que du mot "substituable" qui signifie "pouvant être substitué".⁹⁰ Le contexte du rapport de concurrence est nécessairement le marché puisque c'est l'endroit où les consommateurs choisissent entre différents produits. La concurrence sur le marché est un processus dynamique, évolutif. En conséquence, le libellé de l'expression "directement concurrents ou directement substituables" signifie que le rapport de concurrence entre les produits ne doit *pas* être analysé *exclusivement* par référence aux préférences *actuelles* des consommateurs. À notre avis, le mot "substituables" indique que le rapport requis *peut* exister entre des produits qui ne sont pas à un moment donné considérés par les consommateurs comme des substituts mais qui n'en sont pas moins *susceptibles* d'être substitués l'un à l'autre.

115. Ainsi, d'après le sens ordinaire de l'expression, les produits sont concurrents ou substituables lorsqu'ils sont interchangeables⁹¹ ou, comme le Groupe spécial l'a noté, s'ils offrent "des moyens interchangeables de satisfaire un besoin ou un goût particulier".⁹² Surtout sur un marché où il existe

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98. De la même manière, le Groupe spécial a déclaré que les "éléments de preuve [étaient] dans l'ensemble une constatation selon laquelle les produits importés et les produits nationaux en cause *sont* directement concurrents ou directement substituables" (paragraphe 10.95). (non souligné dans l'original)

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98.

⁸⁹ Lesley Brown (éd.), *The New Shorter Oxford English Dictionary*, volume. I, page 459 (Clarendon Press, 1993).

⁹⁰ Lesley Brown (éd.), *op.cit.* volume I, page 3125.

⁹¹ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques* ("Canada – Périodiques"), WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997.

⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.40.

des obstacles réglementaires au commerce ou à la concurrence, il peut fort bien y avoir une demande latente.

116. Les mots "concurrents ou substituables" sont qualifiés dans la Note relative à l'article III par le terme "directement". Dans le contexte de la deuxième phrase de l'article III:2, le mot "directement" suggère un degré de proximité dans le rapport de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés. Le mot "directement" n'empêche toutefois pas un groupe spécial d'examiner à la fois la demande latente et la demande existante.

117. Notre interprétation du sens ordinaire de l'expression "directement concurrents ou directement substituables" est étayée par son contexte ainsi que par son objet et son but. S'agissant du contexte, nous notons que la Note dispose que la deuxième phrase de l'article III:2 n'est applicable que dans le cas où il y a concurrence ("only in cases where competition was involved") (non souligné dans l'original). D'après la Corée, l'utilisation de l'indicatif passé "was" empêche un groupe spécial de tenir compte de la concurrence "potentielle". Toutefois, à notre avis, l'utilisation du mot "was" n'a pas obligatoirement de signification pour la définition de la portée temporelle de l'analyse à effectuer. La Note décrit les circonstances dans lesquelles une taxe hypothétique *serait* considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase. La première partie de la clause est au conditionnel ("would") et l'utilisation de l'indicatif passé découle simplement de l'utilisation du mot "would". Elle ne limite en aucune façon la dimension temporelle du mot "concurrence".

118. La première phrase de l'article III:2 fait aussi partie du contexte de l'expression. Les produits "similaires" sont un sous-ensemble des produits directement concurrents ou directement substituables: tous sont par définition directement concurrents ou directement substituables alors que les produits directement concurrents ou directement substituables ne sont pas tous "similaires".⁹³ Il faut donner un sens étroit à la notion de produits similaires⁹⁴ mais la catégorie des produits directement concurrents ou directement substituables est plus vaste.⁹⁵ Alors que les produits parfaitement substituables

⁹³ Rapport du Groupe spécial *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 16, paragraphe 6.22, affirmation approuvée par l'Organe d'appel à la page 26 de son rapport.

⁹⁴ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 23, et *Canada - Périodiques*, *supra*, note de bas de page n° 91, page 25.

⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 28.

relèvent de la première phrase de l'article III.2, des produits imparfaitement substituables peuvent faire l'objet d'une évaluation au titre de la deuxième phrase de l'article III.2.⁹⁶

119. Le contexte de la deuxième phrase de l'article III:2 inclut également l'article III:1 du GATT de 1994. Comme nous l'avons indiqué dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, l'article III:1 éclaire l'article III:2 au moyen d'un renvoi spécifique.⁹⁷ L'article III:1 énonce le principe selon lequel "les taxes ... intérieures ... ne devront pas être appliquées aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale." C'est à la lumière de ce principe, qui reprend l'objet et le but de l'ensemble de l'article III, qu'il faut interpréter l'expression "directement concurrents et directement substituables". Comme nous l'avons dit dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*:

L'objectif fondamental de l'article III est d'éviter le protectionnisme lorsque des taxes et des mesures de réglementation intérieures sont appliquées. ... Pour ce faire, il oblige les Membres de l'OMC à garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux. ... De plus, l'argument selon lequel "les effets sur le commerce" de l'écart entre la taxe perçue sur les produits importés et celle qui frappe les produits nationaux sont, d'après le volume des importations, négligeables ou même inexistant, est dénué de pertinence; l'article III ne vise pas à protéger les anticipations concernant un volume d'échanges donné, mais plutôt les anticipations relatives à l'égalité du rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux⁹⁸ (non souligné dans l'original).

120. Compte tenu des objectifs consistant à éviter le protectionnisme, à garantir l'égalité des conditions de concurrence et à protéger les anticipations relatives à l'égalité des rapports de concurrence, nous ne voulons pas considérer de manière statique l'expression "directement concurrents ou directement substituables". L'objet et le but de l'article III confirment que la portée de l'expression "directement concurrents ou directement substituables" ne peut pas être limitée aux situations dans lesquelles les consommateurs considèrent déjà les produits comme des produits de remplacement. S'il n'était possible de se fonder que sur les cas de substitution actuels, l'objet et le but de l'article III:2 pourraient être compromis par la taxation protectrice que cette disposition vise à interdire. Des groupes spéciaux antérieurs ont de fait reconnu que le comportement des

⁹⁶ *Canada - Périodiques*, *supra*, note de bas de page n° 91, page 31.

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 27.

⁹⁸ *Ibid.*, page 19, y compris les références à des rapports de groupes spéciaux antérieurs.

consommateurs pouvait être influencé, en particulier, par une taxation intérieure protectionniste. Citant le Groupe spécial qui a examiné l'affaire *Japon - Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés ("Japon 1987 - Alcools")*⁹⁹, le Groupe spécial chargé de l'affaire *Japon – Boissons alcooliques* a fait observer qu'"un système fiscal exerçant une discrimination à l'égard des importations avait pour effet de créer, voir de figer, des préférences en faveur des produits nationaux."¹⁰⁰ Dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*, le Groupe spécial a indiqué également que "les enquêtes menées auprès des consommateurs dans un pays appliquant un ... système fiscal [protecteur] sous-estimeraient probablement le degré de concurrence *potentielle* entre des produits substituables"¹⁰¹ (non souligné dans l'original). En conséquence, dans certains cas, il peut être tout à fait pertinent d'examiner la demande latente.

121. Nous relevons que les études de l'élasticité-prix croisée qui, dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, étaient considérées comme un moyen d'examiner un marché¹⁰² supposent une évaluation de la demande latente. Ces études cherchent à prévoir la modification de la demande qui résulterait d'une modification du prix d'un produit découlant, entre autres choses, d'une modification des charges fiscales relatives pesant sur les produits nationaux et les produits importés.

122. La Corée elle-même reconnaît que la demande potentielle peut être prise en compte pour déterminer si des produits sont "directement concurrents ou directement substituables". Devant le Groupe spécial, elle a admis que cette expression n'était pas censée exclure des produits qui ne sont pas directement concurrents ni directement substituables en raison ("en l'absence de") de la mesure contestée elle-même. À l'audience, la Corée a admis que le critère "en l'absence de" permettrait de tenir compte "non seulement de l'effet direct d'accroissement des prix d'une différence de taxation mais aussi d'autres éléments qui pourraient indiquer que les possibilités de concurrence étaient

⁹⁹ *Japon – Droits de douane, fiscalité et pratiques en matière d'étiquetage concernant les vins et les boissons alcooliques importés*, rapport adopté le 10 novembre 1987, IBDD, S34/92. Le Groupe spécial *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 16, a cité le paragraphe 5.9 de ce rapport de groupe spécial

¹⁰⁰ Rapport du Groupe spécial *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 16, paragraphe 6.28. Ce passage a été expressément approuvé par l'Organe d'appel dans son rapport sur cette affaire (page 29).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 29.

compromises en raison de la différence de taxation, que les coûts de distribution avaient été plus élevés, etc.". ¹⁰³

123. Nous notons toutefois que la demande réelle des consommateurs peut être influencée par des mesures autres que la taxation intérieure. Ainsi, la demande peut être influencée entre autres choses par une taxation protectionniste antérieure, des prohibitions ou restrictions quantitatives à l'importation antérieures. La demande latente peut poser un problème particulier dans le cas des marchandises "tributaires des habitudes" comme les denrées alimentaires et les boissons, que les consommateurs ont tendance à acheter parce qu'elles sont familières et dont ils ne changent qu'avec réticence. ¹⁰⁴

124. Nous concluons donc que l'expression "directement concurrents ou directement substituables" n'empêche pas un groupe spécial de prendre en compte des éléments de preuve concernant la demande latente des consommateurs en tant qu'un facteur parmi d'autres à examiner dans le cadre de l'évaluation du rapport de concurrence entre des produits importés et des produits nationaux au titre de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994. En l'espèce, le Groupe spécial n'a commis aucune erreur de droit en se référant à un "solide rapport de concurrence potentiellement directe" pour étayer sa constatation de l'existence d'une "concurrence actuelle directe". ¹⁰⁵

2. Attentes

125. Dans son raisonnement sur la concurrence potentielle, le Groupe spécial s'est référé à la "règle établie selon laquelle les attentes et les possibilités en matière de concurrence sont protégées" ¹⁰⁶ et a pris note de ce que nous avons dit dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, à savoir que "l'article III ne vise pas à protéger les anticipations concernant un volume d'échanges donné, mais plutôt les anticipations relatives à l'égalité du rapport compétitif entre les produits importés et les produits nationaux". ¹⁰⁷

¹⁰³ Réponse de la Corée aux questions posées à l'audience.

¹⁰⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.44, 10.50 et 10.73.

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98.

¹⁰⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.48.

¹⁰⁷ *Supra*, note de bas de page n° 20, page 18, y compris les références à des rapports de groupes spéciaux antérieurs.

126. La Corée estime que les "attentes" n'existent que pour des produits qui sont déjà "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables" et que le Groupe spécial n'avait pas à considérer qu'il pouvait y avoir des attentes en ce qui concerne les produits qui ne sont pas actuellement "directement concurrents ou directement substituables", mais pourraient le devenir dans le proche avenir.¹⁰⁸

127. Comme nous l'avons déjà dit, l'article III a pour objet et pour but de maintenir l'égalité des conditions de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux.¹⁰⁹ Il est donc non seulement légitime, mais encore nécessaire, de tenir compte de ce but dans l'interprétation de l'expression "produit directement concurrent ou directement substituable".¹¹⁰

3. Critère relatif aux "effets sur le commerce"

128. Le Groupe spécial a dit qu'il craignait qu'"en s'attachant au niveau quantitatif et non à la nature de la concurrence, on finisse par introduire dans les affaires relevant de l'article III une sorte de critère relatif aux effets sur le commerce".¹¹¹

129. La Corée estime qu'il y a là une mauvaise interprétation du critère relatif aux "effets sur le commerce".¹¹² À notre avis, lorsque le Groupe spécial a parlé d'une "sorte de critère relatif aux effets sur le commerce", il exprimait simplement son scepticisme quant aux conséquences qu'il y avait à attacher une importance indue aux analyses quantitatives du rapport de concurrence entre les produits. Cela ressort clairement de la phrase qui suit immédiatement celle qui contient la référence à la "sorte de critère relatif aux effets sur le commerce":

Autrement dit, s'il faut démontrer l'existence d'un certain *degré* de concurrence, cela revient à dire qu'il faut démontrer que les politiques

¹⁰⁸ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 33, citant en partie le paragraphe 10.48 du rapport du Groupe spécial.

¹⁰⁹ Voir *supra*, paragraphe 119.

¹¹⁰ En outre, comme nous l'avons vu plus haut, le Groupe spécial a conclu qu'il y avait des éléments de preuve démontrant l'existence d'une "concurrence *actuelle* directe" entre les produits importés et les produits nationaux (rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98, non souligné dans l'original).

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.42.

¹¹² *Supra*, paragraphe 9.

fiscales en question ont causé un dommage d'une certaine *importance* à ce rapport de concurrence.¹¹³ (souligné dans l'original)

130. Ainsi, le Groupe spécial a dit que, s'il fallait démontrer l'existence d'un degré de concurrence particulier en termes quantitatifs, cela reviendrait à exiger la preuve qu'une mesure fiscale a une incidence particulière sur le commerce. Il a considéré qu'une telle approche était semblable à une "sorte de critère relatif aux effets sur le commerce".

131. Nous ne considérons pas que le raisonnement du Groupe spécial sur ce point est entaché d'erreur.¹¹⁴

4. Nature de la concurrence

132. Le Groupe spécial mentionne à de nombreuses reprises la "nature de la concurrence".¹¹⁵ La Corée estime que, en utilisant l'expression "nature de la concurrence", le Groupe spécial a inclus un élément vague et subjectif qui ne figure pas dans la deuxième phrase de l'article III:2.¹¹⁶ Elle fait valoir que cette référence à la "nature de la concurrence" équivaut donc à une autre interprétation erronée de l'expression "directement concurrents ou directement substituables".

133. Nous estimons que le Groupe spécial a utilisé l'expression "*nature* de la concurrence" comme synonyme de *qualité* de la concurrence, par opposition au *niveau quantitatif* de la concurrence. Le Groupe spécial a estimé que, pour déterminer si les produits étaient "directement concurrents ou directement substituables", il fallait s'attacher à la *nature* de la concurrence et non à son *niveau quantitatif*:

... il ne s'agit pas de déterminer le degré du chevauchement concurrentiel, mais sa *nature*. *Y a-t-il un rapport de concurrence et est-il direct?* ...¹¹⁷ (non souligné dans l'original)

¹¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.42.

¹¹⁴ Nous notons en outre que le Groupe spécial parle correctement du critère relatif aux "effets sur le commerce" au paragraphe 10.42 de son rapport, paragraphe même dans lequel il mentionne une "sorte de critère relatif aux effets sur le commerce".

¹¹⁵ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.42, 10.45, 10.66, 10.76, 10.78 et 10.92.

¹¹⁶ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphes 37 et 38.

¹¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.44.

134. En critiquant l'utilisation de l'expression "nature de la concurrence", la Corée conteste de fait l'attitude sceptique du Groupe spécial quant à la quantification du rapport de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux. Pour les raisons exposées ci-dessus, nous pensons comme le Groupe spécial qu'il n'y a pas lieu de faire fond indûment sur des analyses quantitatives du rapport de concurrence.¹¹⁸ À notre avis, une approche qui est ciblée exclusivement sur le chevauchement concurrentiel quantitatif ferait en substance de l'élasticité-prix croisée le critère décisif pour déterminer si des produits sont "directement concurrents ou directement substituables". Par conséquent, nous ne considérons pas que l'utilisation par le Groupe spécial de l'expression "nature de la concurrence" est contestable.

5. Éléments de preuve provenant du marché japonais

135. Le Groupe spécial a estimé que, pour évaluer si des produits sont directement concurrents ou directement substituables, il était approprié d'examiner "la nature de la concurrence dans d'autres pays".¹¹⁹ Il a indiqué ce qui suit:

[L]orsque nous examinons la nature de la concurrence sur un marché qui était auparavant relativement fermé et qui présente toujours des différences de taxation importantes, ces éléments de preuve concernant les rapports de concurrence sur d'autres marchés sont pertinents ... Nous n'avons pas en l'espèce à accorder une importance substantielle aux conditions des marchés hors de Corée, mais de tels facteurs sont pertinents ... Ne tenir aucun compte de tels éléments de preuve venant d'autres marchés exigerait que l'on se fonde entièrement sur les renseignements concernant le marché actuel qui peuvent ne pas être fiables car ils ont tendance à sous-estimer le rapport de concurrence en raison des mesures mêmes qui sont contestées. En fait, il pourrait en résulter que les politiques gouvernementales les plus restrictives et les plus discriminatoires seraient à l'abri de toute contestation au regard de l'article III en raison de l'absence de données relatives au marché intérieur.¹²⁰

136. D'après la Corée, l'approche suivie par le Groupe spécial constitue un élargissement inadmissible de la portée de la deuxième phrase de l'article III:2. En outre, la Corée estime que, si l'on devait admettre des éléments de preuve provenant d'autres marchés, il fallait examiner plus d'un autre marché. En l'espèce, comme il existe "beaucoup d'éléments de preuve concernant ce qui se passe

¹¹⁸ *Supra*, paragraphe 120.

¹¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.45.

¹²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.45 et 10.46.

actuellement sur le marché coréen¹²¹, la Corée estime qu'il n'y a aucune raison de se fonder sur des éléments de preuve provenant d'un autre marché pour formuler des conclusions au sujet de son marché.

137. Il est vrai bien sûr que le rapport de concurrence ou de substituabilité directe doit être présent sur le marché en question¹²², en l'occurrence le marché coréen. Il est vrai également que la réaction des consommateurs devant les divers produits peut varier d'un pays à l'autre.¹²³ Cela n'empêche toutefois pas d'examiner le comportement des consommateurs dans un autre pays que celui qui est visé. Il nous semble que des éléments de preuve provenant d'autres marchés peuvent être pertinents pour l'examen du marché en question, en particulier lorsque la demande sur ce marché a été influencée par des obstacles réglementaires au commerce ou à la concurrence. Évidemment, les autres marchés ne présenteront pas tous un intérêt pour le marché en question. Mais si un autre marché a des caractéristiques semblables à celles du marché en question, des éléments de preuve concernant la demande des consommateurs sur cet autre marché peuvent présenter un certain intérêt pour le marché en question. Cela ne peut toutefois être déterminé que cas par cas, compte tenu de tous les faits pertinents.

138. En l'espèce, le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en se référant dans son raisonnement au marché japonais.

6. Regroupement des produits

139. Avant de commencer à évaluer si les produits importés et les produits nationaux en cause sont directement concurrents ou directement substituables, le Groupe spécial s'est demandé comment il procéderait à cette évaluation. Il a indiqué ce qui suit:

... S'agissant du produit national, le soju, deux grandes catégories sont définies. Il y a le soju distillé et le soju dilué.

...

¹²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.46.

¹²² Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 28, et *Canada - Périodiques*, *supra*, note de bas de page n° 91, page 28.

¹²³ Rapport du Groupe spécial *Japon - Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 16, paragraphe 6.28, avec la référence au rapport du Groupe de travail "Ajustements fiscaux à la frontière", L/3464, adopté le 2 décembre 1970, IBDD, S18/105, page 110, paragraphe 18, approuvé par le rapport de l'Organe d'appel, *Japon - Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 20, page 29.

... Si nous constatons que le soju dilué est directement concurrent et directement substituable par rapport aux produits importés, il s'ensuivra que c'est également le cas du soju distillé parce que le soju distillé est intermédiaire entre les produits importés et le soju dilué. En effet, le soju distillé est, d'une part, plus semblable aux produits importés que ne l'est le soju dilué et, d'autre part, plus semblable au soju dilué que ne le sont les produits importés.¹²⁴

S'agissant des produits importés, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Nous ... n'acceptons pas l'argument coréen selon lequel nous sommes tenus de faire une comparaison point par point entre chaque produit importé et les deux types de soju. L'utilisation de catégories de produits est appropriée dans bien des cas. ... Il s'agit alors de savoir où tracer les limites entre les catégories, plutôt que de savoir s'il est approprié d'utiliser des catégories à des fins *analytiques* ... [N]ous constatons qu'au total, l'ensemble des produits importés expressément indiqués par les plaignants ont suffisamment de points communs en ce qui concerne les caractéristiques, les utilisations finales, les circuits de distribution et les prix pour être considérés ensemble.*
(non souligné dans l'original)¹²⁵

* Cette décision ne préjuge pas la discussion quant au fond; en fait, nous définissons simplement un outil *analytique*. Il est possible que lors de la procédure de règlement d'un différend, des éléments de preuve montrent qu'une approche *analytique* devrait être révisée ... (non souligné dans l'original).

140. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur en n'examinant pas le soju distillé et le soju dilué séparément et aussi en examinant ensemble tous les produits importés. L'argument de la Corée est fondé, en grande partie, sur des différences prétendument importantes entre les produits que le Groupe spécial a regroupés. La Corée craint que, en considérant les produits ensemble, le Groupe spécial n'ait négligé de tenir compte d'importantes différences entre eux. Elle estime que, ce faisant, le Groupe spécial a pu conclure que tous les produits en cause étaient directement concurrents ou directement substituables, alors que, si les produits importés avaient été examinés un à un, ce résultat n'aurait pas été possible.

141. Nous estimons que l'argument de la Corée soulève deux questions distinctes. Premièrement, celle de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur dans son "approche analytique". Deuxièmement, celle de savoir si, en ce qui concerne les faits de la cause, le Groupe spécial était habilité à regrouper les produits comme il l'a fait. Étant donné que la deuxième question suppose un

¹²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.51 et 10.54.

¹²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.59 et 10.60.

examen de la façon dont le Groupe spécial a évalué les éléments de preuve, nous la traitons dans notre analyse des questions de procédure.

142. Le Groupe spécial décrit le "regroupement" comme un "outil analytique". Il nous apparaît toutefois que, quoi que le Groupe spécial ait pu voir dans cet "outil analytique", il l'a utilisé en tant que moyen pratique de réduire au minimum les répétitions lorsqu'il a examiné le rapport de concurrence entre un grand nombre de produits différents. Un certain regroupement est presque toujours nécessaire dans les affaires examinées au titre de la deuxième phrase de l'article III:2, car les catégories génériques incluent couramment des produits dont la composition, la qualité, la fonction et le prix varient *dans une certaine mesure* et donnent donc couramment lieu à des sous-catégories.¹²⁶ D'un point de vue légèrement différent, nous notons que le "regroupement" des produits suppose que celui qui interprète un traité doit tout au moins à titre préliminaire déterminer que certains produits sont suffisamment semblables pour ce qui est par exemple de la composition, de la qualité, de la fonction et du prix, pour qu'il soit justifié de les traiter comme un groupe afin de faciliter l'analyse. Mais l'utilisation de ces "outils analytiques" ne relève pas un groupe spécial de son obligation d'évaluer objectivement si les éléments d'un groupe de produits importés sont directement concurrents ou directement substituables par rapport aux produits nationaux. Nous partageons les préoccupations de la Corée selon lesquelles, dans certains cas, ces "regroupements" de produits *pourraient* faire que les caractéristiques de certains produits ne soient pas reconnues, et que cela *pourrait* influencer sur l'issue de l'affaire. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, le Groupe spécial a évité ce piège dans l'affaire à l'examen.

143. La question de savoir si, et dans quelle mesure, les produits peuvent être regroupés, doit être tranchée cas par cas. En l'espèce, le Groupe spécial a décidé de regrouper les produits importés en question étant donné que:

... au total, l'ensemble des produits importés expressément indiqués par les plaignants ont suffisamment de points communs en ce qui concerne les caractéristiques, les utilisations finales, les circuits de distribution et les prix ...¹²⁷

¹²⁶ Le Groupe spécial mentionne la catégorie des "whiskies" qui comprend plusieurs sous-catégories de types de whisky comme le whisky écossais (de qualité supérieure et ordinaire), le whisky irlandais, le bourbon, le rye, le whisky canadien, etc. qui présentent tous des différences. Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.59.

¹²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.60.

144. Comme le Groupe spécial l'a expliqué dans la note de bas de page concernant ce passage¹²⁸, l'analyse ultérieure des caractéristiques physiques, des utilisations finales, des circuits de distribution et des prix des produits importés effectuée par le Groupe spécial a confirmé l'exactitude de sa décision de regrouper les produits aux fins de l'analyse. Par ailleurs, si besoin était, le Groupe spécial a tenu compte des caractéristiques des divers produits.¹²⁹ Il nous semble donc que le regroupement des produits importés auquel a procédé le Groupe spécial, complété si besoin était par un examen des divers produits, a abouti au même résultat que celui auquel aurait abouti un examen de chacun des produits importés.¹³⁰ Nous concluons donc que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en examinant ensemble les boissons importées.

145. S'agissant du soju dilué et du soju distillé, le Groupe spécial n'a pas "regroupé" ces produits en tant que tels. Il s'est concentré sur le soju dilué pour évaluer le rapport de concurrence entre les boissons nationales et les boissons importées. Il a estimé que le soju distillé était un "produit intermédiaire", en ce qui concerne les caractéristiques physiques, les utilisations finales et les prix, entre le soju dilué et les produits importés. Se fondant sur cette hypothèse, il a suivi un raisonnement *a fortiori*, estimant que, s'il était prouvé que le soju dilué était un produit concurrent des produits importés, le produit intermédiaire, le soju distillé, serait aussi nécessairement "directement concurrent ou directement substituable" par rapport à ces produits.¹³¹ Nous ne considérons pas que le raisonnement du Groupe spécial sur ce point est contestable.

¹²⁸ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page n° 375. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, notes de bas de page n° 382 et 399.

¹²⁹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.67, 10.71, 10.72, 10.85 et 10.94 et notes de bas de page n° 385, 386, 387 et 408.

¹³⁰ Nous notons que les Groupes spéciaux chargés des affaires *Japon 1987 - Alcools* et *Japon - Boissons alcooliques* ont suivi la même approche. Cette approche a été implicitement approuvée dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*.

¹³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.54.

B. "De manière à protéger"

146. Nous allons maintenant voir si le Groupe spécial a commis une erreur dans son application de l'expression "de manière à protéger", qui est incorporée dans l'article III:2, deuxième phrase, par renvoi spécifique au paragraphe 1 de l'article III.

147. S'agissant de ce troisième élément de l'article III:2, deuxième phrase, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a indiqué que cette partie de l'examen devrait être axée sur les facteurs objectifs sous-tendant la mesure de taxation en question y compris sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice. Dans cette affaire, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont constaté que l'ampleur même de la différence de taxation étayait une constatation selon laquelle elle était appliquée à des fins de protection. Dans l'affaire à l'étude, la législation coréenne sur les taxes prévoit également de très grandes différences dans les niveaux de taxation, suffisamment grandes, à notre avis, pour étayer aussi une telle constatation.

Outre les très grandes différences de taxation, nous notons également que les structures de la Loi relative à la taxe sur les alcools et de la Loi relative à la taxe scolaire sont compatibles avec cette constatation. La structure de la Loi relative à la taxe sur les alcools est en soi discriminatoire. Elle est fondée sur une définition générique très large de ce qu'est le soju, et il y a ensuite des exceptions spécifiques correspondant très étroitement à une ou plusieurs caractéristiques des boissons importées qui sont utilisées pour déterminer les produits auxquels s'appliquent des taux de taxation plus élevés. Il n'y a pratiquement pas de soju importé de sorte que les bénéficiaires de cette structure sont presque exclusivement des producteurs nationaux.* Ainsi, à notre avis, la conception, les principes de base et la structure des lois coréennes relatives aux taxes sur les boissons alcooliques (y compris la taxe scolaire telle qu'elle est appliquée de manière différente aux produits importés et aux produits nationaux) protègent la production nationale ...¹³²

* Le seul produit national entrant dans une catégorie à taux plus élevé qui corresponde à un type de boisson importée est le soju distillé qui représente moins de 1 pour cent de la production coréenne.

148. Selon la Corée, le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs lorsqu'il a appliqué le troisième élément de l'article III:2, deuxième phrase. Il n'a pas tenu compte des explications de la Corée

¹³² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.101 et 10.102.

concernant la structure de la taxe. Il a "trop" insisté sur l'absence virtuelle de soju importé. Il n'a pas respecté les indications données par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, selon lesquelles, même si la différence de taxation peut prouver qu'une taxe est appliquée "de manière à protéger la production nationale", "dans d'autres cas, il peut y avoir d'autres facteurs qui soient tout aussi ou plus pertinents pour démontrer que la taxation différente en cause a été appliquée "de manière à protéger la production nationale"".¹³³

149. Dans notre rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, nous avons dit que ce qui est en cause dans l'examen du point de savoir si un régime fiscal accorde une protection à la production nationale "c'est la manière dont la mesure en question est *appliquée*" et qu'un tel examen exige "une analyse globale et objective"¹³⁴:

... il est possible d'examiner de manière objective les critères à la base d'une mesure fiscale particulière, sa structure et son application générale afin de déterminer si elle est appliquée d'une manière qui confère une protection aux produits nationaux.

Bien qu'il soit exact que l'objectif d'une mesure puisse ne pas être facile à identifier, l'application de cette mesure à des fins de protection peut néanmoins être déterminée, le plus souvent, d'après sa conception, ses principes de base et sa structure révélatrice. L'ampleur même de la différence de taxation dans un cas d'espèce peut être un élément de preuve d'une telle application à des fins de protection ... Très souvent, d'autres facteurs doivent également être examinés.¹³⁵

150. Le Groupe spécial a suivi cette approche. En constatant que les mesures coréennes protègent la production nationale, le Groupe spécial s'est fondé d'abord sur le fait que "la législation coréenne sur les taxes prévoit ... de très grandes différences dans les niveaux de taxation".¹³⁶ Bien qu'il ait estimé que l'ampleur de la différence de taxation était suffisante pour étayer une constatation selon laquelle la mesure contestée protégeait la production nationale, le Groupe spécial a aussi examiné la

¹³³ *Supra*, note de bas de page n° 20, page 35.

¹³⁴ *Supra*, note de bas de page n° 20, page 33

¹³⁵ *Supra*, note de bas de page n° 20, page 33.

¹³⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.101. Au paragraphe 10.100, le Groupe spécial a indiqué les différences de taxes: "le taux global de la taxe est ... de 38,5 pour cent pour le soja dilué, 55 pour cent pour le soju distillé et les liqueurs, 104 pour cent pour la vodka, le gin, le rhum, la tequila et les mélanges et 130 pour cent pour le whisky, le brandy et le cognac".

structure et la conception des mesures.¹³⁷ En outre, il a constaté que, en fait, "[i]l n'y a pratiquement pas de soju importé de sorte que les bénéficiaires de cette structure sont presque exclusivement des producteurs nationaux".¹³⁸ En d'autres termes, la taxe fonctionne de telle manière que les tranches de taxation inférieures couvrent presque exclusivement la production nationale, alors que les tranches de taxation supérieures englobent presque exclusivement les produits importés. Dans ces circonstances, les raisons données par la Corée pour expliquer *pourquoi* la taxe est structurée de telle ou telle façon ne remettent pas en question la conclusion selon laquelle les mesures sont appliquées "de manière à protéger la production nationale". De même, la raison pour laquelle il y a très peu de soju importé en Corée ne modifie pas la structure d'application des mesures contestées.

151. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur en ne constatant pas que la différence de prix "intrinsèque" avant taxation entre le soju dilué et les boissons alcooliques importées était si importante que "la différence additionnelle créée par la variation de la taxe ne pouvait pas avoir d'effet [protecteur]".¹³⁹ D'après la Corée, le Groupe spécial "aurait dû se demander si la taxe pouvait affecter les attentes raisonnables quant au rapport de concurrence entre les produits".¹⁴⁰ La Corée a aussi fait valoir que "la demande d'un produit comme le soju distillé est spécifique et statique et qu'il serait difficile de la modifier beaucoup dans l'un ou l'autre sens en modifiant le prix".¹⁴¹

152. En présentant ces arguments, la Corée semble revenir sur la question de savoir si les produits peuvent être traités comme des produits directement concurrents ou directement substituables. S'agissant du soju dilué, elle semble dire en fait que la différence de prix avant taxation est telle que les consommateurs ne traitent pas les produits comme étant substituables et que, par conséquent, la charge fiscale supérieure imposée sur ces importations n'aura pas d'incidence sur leur décision d'acheter ou non les produits importés. De même, s'agissant du soju distillé, la Corée fait valoir qu'il n'y a pas d'élasticité croisée de la demande entre le soju distillé et les boissons importées. Toutefois, elle ne tient pas compte du fait qu'il a déjà été constaté que les deux produits étaient directement

¹³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.101.

¹³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.102. Nous relevons que nous avons considéré qu'une constatation similaire formulée par le Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, *supra*, note de bas de page n° 16, page 35, était pertinente pour établir l'existence du troisième élément de l'article III:2, deuxième phrase.

¹³⁹ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 75.

¹⁴⁰ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 76.

¹⁴¹ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 79.

concurrents ou directement substituables.¹⁴² Ces arguments n'ont donc pas leur raison d'être à ce stade de l'analyse et ne permettent pas de douter de la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures contestées protègent la production nationale.

153. La Corée semble aussi insister sur le fait qu'une constatation selon laquelle une mesure qui protège la production nationale doit être étayée par la preuve que la différence de taxation a un effet identifiable sur le commerce. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, l'article III ne traite pas des volumes des échanges.¹⁴³ Il n'incombe donc pas à une partie plaignante de prouver que les mesures de taxation sont susceptibles de produire un effet quelconque sur le commerce.

154. Nous estimons, et affirmons, que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur dans son application de l'expression "de manière à protéger", qui est incorporée dans l'article III:2, deuxième phrase, par renvoi spécifique au paragraphe premier de l'article III.

C. *Attribution de la charge de la preuve*

155. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a mal appliqué le critère de la charge de la preuve et qu'il a appliqué un double critère lorsqu'il a évalué les éléments de preuve. Nous notons que, bien que le Groupe spécial n'ait effectivement pas énoncé les règles concernant l'attribution de la charge de la preuve, il a fait spécifiquement référence à des passages de notre rapport sur l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses* dans lequel nous exposons ces règles.¹⁴⁴

156. Il ressort clairement des paragraphes 10.57, 10.58 et 10.82 du rapport du Groupe spécial que celui-ci a bien compris et appliqué les règles concernant l'attribution de la charge de la preuve.¹⁴⁵ Premièrement, le Groupe spécial a maintenu qu'il pouvait formuler des constatations au titre de l'article III:2, deuxième phrase, uniquement en ce qui concerne les produits pour lesquels une

¹⁴² La différence de prix importante entre les produits a été prise en compte pour déterminer si les produits sont en fait directement concurrents ou directement substituables (rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.94).

¹⁴³ *Supra*, paragraphe 119.

¹⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page n° 374.

¹⁴⁵ Aux paragraphes 10.57 et 10.58 de son rapport, le Groupe spécial s'est demandé s'il pouvait faire des constatations au sujet des produits, y compris la tequila, le mescal et certaines autres boissons alcooliques, pour lesquelles "pour ainsi dire aucun élément de preuve" n'a été fourni. Au paragraphe 10.82, le Groupe spécial s'est demandé si les plaignants s'étaient acquittés de leur obligation d'établir les preuves concernant les utilisations finales.

présomption avait d'abord été établie sur la base des éléments de preuve présentés.¹⁴⁶ Deuxièmement, il n'a pas voulu établir une présomption concernant toutes les boissons alcooliques relevant de la position 2208 du SH.¹⁴⁷ Ainsi, le Groupe spécial a étudié la tequila, parce que des éléments de preuve avaient été présentés pour ce produit, mais pas le mescal ni certaines autres boissons alcooliques relevant de la position 2208 du SH pour lesquels aucun élément de preuve n'a été présenté.¹⁴⁸ Troisièmement, contrairement à ce que la Corée a affirmé, le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés par la Corée à titre de réfutation¹⁴⁹, mais il a conclu qu'il y avait "suffisamment d'éléments de preuve *non réfutés*" pour pouvoir faire des constatations concernant l'incompatibilité.¹⁵⁰ (non souligné dans l'original)

157. Il est donc manifeste que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur dans son application des règles concernant l'attribution de la charge de la preuve.

158. Nous notons enfin que de nombreux arguments de la Corée concernant la charge de la preuve sont en réalité des arguments sur le point de savoir si le Groupe spécial a procédé à une évaluation objective des faits dont il était saisi. Ce point est examiné dans la section suivante.

D. *Article 11 du Mémoire d'accord*

159. La Corée fait valoir que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi ni appliqué le critère d'examen approprié au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Elle affirme que le Groupe spécial n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour pouvoir procéder à une évaluation objective de la question et que, en ce qui concerne les

¹⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.57. Voir aussi le paragraphe 10.82, dans lequel le Groupe spécial a estimé que, pour ce qui était des utilisations finales, "les plaignants ont communiqué des éléments de preuve suffisants ... pour étayer cette partie de leur argumentation".

¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.57. La position 2208 du SH, section IV, chapitre 22 du Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises, concerne l'"alcool éthylique non dénaturé d'un titre alcoométrique volumique de moins de 80 pour cent vol.; [les] eaux-de-vie, liqueurs et autres boissons spiritueuses".

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.57 et 10.58.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 10.71, 10.82 et 10.85.

¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 10.98.

éléments de preuve qui étaient en fait à sa disposition, il a fait une série "d'erreurs d'évaluation manifestes et/ou fondamentales".¹⁵¹

160. Dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons dit ce qui suit:

En vertu de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, l'examen en appel se limite aux appels concernant les questions de droit couvertes par le rapport d'un groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. ... La question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder (c'est-à-dire l'appréciation dudit élément de preuve) fait partie intégrante du processus d'établissement des faits et est laissée, en principe, à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits. La compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est, toutefois, une question de qualification juridique. C'est une question de droit. La question de savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il était saisi, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, est également une question de droit qui, si elle est soulevée correctement en appel, entre dans le champ de l'examen en appel.¹⁵²

161. L'examen par le Groupe spécial des éléments de preuve présentés et l'importance à leur accorder est laissé, en principe, à la discrétion du Groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits et, en conséquence, ne relève pas de l'examen en appel. Cela est vrai, par exemple, du traitement accordé par le Groupe spécial à l'étude Dodwell, au rapport de la Sofres et à l'étude Nielsen. Nous ne pouvons pas déterminer à nouveau, après le Groupe spécial, la valeur de preuve de ces études ni les conséquences, le cas échéant, des défauts allégués qu'elles présentent. De même, ce n'est pas à nous d'examiner l'importance relative accordée aux éléments de preuve sur des questions comme les études de commercialisation, les méthodes de production, les goûts, les couleurs, les lieux de consommation, la consommation avec les "repas" ou les "collations", et les prix.

162. La marge d'appréciation dont un groupe spécial dispose pour juger les faits n'est bien sûr pas illimitée. Elle est toujours subordonnée entre autres choses à l'obligation du groupe spécial de procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, et est limitée par cette obligation. Dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons examiné des allégations selon lesquelles le Groupe spécial avait "ignoré", "faussé" et "déformé" les éléments de preuve dont il était saisi. Nous avons estimé que ces allégations correspondaient à des accusations selon lesquelles le

¹⁵¹ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 84.

¹⁵² *Supra*, note de bas de page n° 47, paragraphe 132.

Groupe spécial était contrevenu aux obligations qui lui incombait au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, allégations qu'au bout du compte nous avons jugées infondées:

... À l'évidence, les erreurs d'appréciation des éléments de preuve ne peuvent pas toutes (encore que ce point puisse poser une question de droit) être considérées comme un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits. ... L'obligation de procéder à une évaluation objective des faits est notamment une obligation d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial et d'établir des constatations factuelles sur la base de ces éléments de preuve. Ignorer de propos délibéré ou refuser d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec l'obligation de ce dernier de procéder à une évaluation objective des faits. De même, fausser ou déformer intentionnellement les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec une évaluation objective des faits. "Ignorer", "fausser" et "déformer" les éléments de preuve, au sens ordinaire que ces termes ont dans les procédures judiciaires et quasi judiciaires, implique non pas une simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve mais une erreur fondamentale qui met en doute la bonne foi d'un groupe spécial. Alléguer qu'un groupe spécial a ignoré ou faussé les éléments de preuve qui lui ont été fournis revient à alléguer que le groupe spécial, dans une mesure plus ou moins grande, a refusé à la partie ayant fourni les éléments de preuve l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle.¹⁵³

163. Nous avons examiné très soigneusement les allégations de la Corée selon lesquelles le Groupe spécial a failli à son obligation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, en particulier ses affirmations de la Corée selon lesquelles le Groupe spécial a appliqué un "double critère" pour évaluer les preuves dont il était saisi: un critère souple et permissif, pour les plaignants et un critère très strict et exigeant pour la partie défenderesse, la Corée. À notre avis, bien que la Corée ait expressément affirmé qu'elle ne contestait pas la bonne foi du Groupe spécial, l'allégation selon laquelle un double critère de la preuve aurait été appliqué en ce qui concerne les faits équivaut à une allégation selon laquelle il n'aurait pas été procédé à une "évaluation objective de la question" au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Dans l'affaire *Communautés européennes – Volailles*, nous avons fait observer ce qui suit:

Dire qu'un groupe spécial n'a pas procédé à l'"évaluation objective de la question dont il était saisi" comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord est une *allégation très grave*. Cette allégation touche au fondement même de l'intégrité du processus de règlement

¹⁵³ *Supra*, note de bas de page n° 47, paragraphe 133.

*des différends de l'OMC proprement dit. ...*¹⁵⁴ (non souligné dans le texte)

164. Nous devons conclure que la Corée n'a pas réussi à montrer que le Groupe spécial avait commis des erreurs fondamentales revenant à ne pas procéder à une évaluation objective de la question dont il était saisi. Les arguments de la Corée, lorsqu'ils sont lus conjointement avec le rapport du Groupe spécial et le compte rendu de ses travaux, ne révèlent pas que le Groupe spécial a faussé, déformé ou ignoré des éléments de preuve ni appliqué un "double critère" de la preuve en l'espèce. Le fait que le Groupe spécial n'a pas accordé aux éléments de preuve l'importance que l'une des parties estime qu'il aurait dû ne constitue pas une erreur, et encore moins une erreur fondamentale.

165. Compte tenu de ce qui précède, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a manqué à son obligation de procéder à une évaluation objective des faits dont il était saisi au sens de l'article 11 du Mémoire d'accord.

E. *Article 12:7 du Mémoire d'accord*

166. La Corée affirme que le Groupe spécial n'a pas respecté l'obligation qui lui incombe au titre de l'article 12:7 du Mémoire d'accord, à savoir exposer les justifications fondamentales de ses constatations et recommandations. Elle soutient qu'une grande partie du rapport contient des contradictions et est vague.¹⁵⁵

167. La partie pertinente de l'article 12:7 du Mémoire d'accord est libellée comme suit:

Dans les cas où les parties au différend ne seront pas arrivées à élaborer une solution mutuellement satisfaisante, le groupe spécial présentera ses constatations sous la forme d'un rapport écrit à l'ORD. *Dans ces cas, les groupes spéciaux exposeront dans leur rapport leurs constatations de fait, l'applicabilité des dispositions en la matière et les justifications fondamentales de leurs constatations et recommandations. ...* (non souligné dans l'original)

168. Dans cette affaire, nous ne jugeons ni nécessaire ni souhaitable de tenter de définir la portée de l'obligation énoncée à l'article 12:7 du Mémoire d'accord. Il suffit de dire que le Groupe spécial a exposé de manière détaillée et approfondie les justifications de ses constatations et

¹⁵⁴ *Supra*, note de bas de page n° 47, paragraphe 133. Ce passage a été cité dans notre rapport sur l'affaire *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, adopté le 6 novembre 1998, WT/DS18/AB/R, paragraphe 265.

¹⁵⁵ Communication de la Corée en tant qu'appelant, paragraphe 172.

recommandations en l'espèce. Le Groupe spécial s'est attaché dans une certaine mesure à tenir compte de considérations contradictoires et à expliquer pourquoi néanmoins il formulait ses constatations et recommandations. Il se peut que les justifications exposées par le Groupe spécial ne soient pas celles que la Corée accepte mais elles sont certainement plus qu'adéquates à tout point de vue pour satisfaire aux prescriptions de l'article 12:7 du Mémoire d'accord. Nous concluons donc que le Groupe spécial a exposé les justifications fondamentales de ses constatations et recommandations, comme le prescrit l'article 12:7 du Mémoire d'accord.

V. Constatations et conclusions

169. Pour les raisons énoncées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) confirme l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'expression "produit directement concurrent ou produit directement substituable" visé dans la Note relative à l'article III:2, deuxième phrase, du GATT de 1994 et l'application qu'il en a faite;
- b) confirme l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'expression "de manière à protéger", qui est incorporée dans l'article III:2, deuxième phrase, par renvoi spécifique aux "principes énoncés au paragraphe premier" de l'article III du GATT de 1994 et l'application qu'il en a faite;
- c) confirme l'application que le Groupe spécial a faite des règles concernant l'attribution de la charge de la preuve;
- d) conclut que le Groupe spécial n'a pas manqué à son obligation de procéder à une évaluation objective de la question, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord; et
- e) conclut que le Groupe spécial n'a pas manqué à son obligation d'exposer les justifications fondamentales de ses constatations et recommandations, comme le prescrit l'article 12:7 du Mémoire d'accord.

170. L'Organe d'appel *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande à la Corée de mettre la Loi relative à la taxe sur les alcools et la Loi relative à la taxe scolaire en conformité avec les obligations qui lui incombent au titre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

Texte original signé à Genève le 16 décembre 1998 par:

Mitsuo Matsushita

Président de la section

Claus-Dieter Ehlermann

Membre

Florentino Feliciano

Membre