

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS136/ARB
24 février 2004

(04-0743)

Original: anglais

ÉTATS-UNIS – LOI ANTIDUMPING DE 1916

(PLAINTÉ INITIALE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES)

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

DÉCISION DES ARBITRES

La décision des arbitres sur l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916 (plainte initiale des Communautés européennes)* est distribuée à tous les Membres conformément aux dispositions du Mémorandum d'accord. La décision est mise en distribution non restreinte le 24 février 2004 en application des Procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/452).

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
A. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DES ARBITRES	1
B. PRÉSENTATION DU PRÉSENT RAPPORT	1
II. CONTEXTE FACTUEL – LOI ANTIDUMPING DE 1916 DES ÉTATS-UNIS ET DEMANDE DES CE VISANT À SUSPENDRE DES OBLIGATIONS.....	2
A. INTRODUCTION.....	2
B. LOI ANTIDUMPING DE 1916 DES ÉTATS-UNIS.....	2
C. CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL INITIAL	3
D. DEMANDE DES CE VISANT À SUSPENDRE DES OBLIGATIONS	4
III. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES	5
A. CHARGE DE LA PREUVE.....	5
B. LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ÉTAIENT-ELLES TENUES DE SPÉCIFIER POUR QUELLES OBLIGATIONS ELLES DEMANDENT L'AUTORISATION DE SUSPENSION?	7
1. Introduction.....	7
2. Arguments des parties	7
3. Évaluation par les arbitres.....	8
C. LE RÈGLEMENT "DE BLOCAGE"	10
IV. RÔLE ET SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES ARBITRES AU TITRE DE L'ARTICLE 22 DU MÉMORANDUM D'ACCORD	11
V. PARAMÈTRES POUR LA DÉTERMINATION DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES	13
A. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	13
B. "ÉQUIVALENCE" QUALITATIVE OU QUANTITATIVE	15
1. Arguments des parties	15
2. Évaluation par les arbitres.....	16
C. LA DEMANDE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LA "NATURE" DES OBLIGATIONS À SUSPENDRE.....	21
1. Arguments des parties	21
2. Évaluation par les arbitres.....	21
D. NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES SUBIE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	23
1. Argument des parties.....	23
2. Évaluation par les arbitres.....	24
a) Présomption d'annulation	24
b) Position des CE selon laquelle l'existence de la Loi de 1916 constitue l'annulation et la réduction des avantages	25
c) Calculer l'annulation ou la réduction des avantages: utiliser des "estimations raisonnées" et éviter les spéculations	25
d) Jugements définitifs concernant la Loi de 1916	26
e) Règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916	26
f) Effet dissuasif ou effet de "refroidissement"	27

g)	Frais de procédure	29
h)	Conclusion concernant les paramètres pour le calcul de l'annulation ou de la réduction des avantages	30
VI.	DÉTERMINATION DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES EN L'ESPÈCE.....	30
1.	Introduction.....	30
2.	Jugements définitifs concernant la Loi de 1916.....	31
3.	Règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916	31
4.	Annulation ou réduction des avantages continue	33
VII.	RÉSUMÉ DES CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS.....	34
VIII.	SENTENCE ET DÉCISION DES ARBITRES	36
IX.	OBSERVATIONS FINALES.....	36

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
<i>Brésil – Aéronefs</i> (article 22:6 – Brésil)	Décision des arbitres <i>Brésil – Programme de financement des exportations pour les aéronefs – Recours du Brésil à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS46/ARB, 28 août 2000
<i>Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs</i> (article 22:6 – Canada)	Décision de l'arbitre <i>Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS222/ARB, 17 février 2003
<i>CE – Bananes III (Équateur)</i> (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, DSR 2000:V, 2243
<i>CE – Bananes III (États-Unis)</i> (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS27/ARB, 9 avril 1999, DSR 1999:II, 725
<i>CE – Hormones (États-Unis)</i> (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, DSR 1999:III, 1105
<i>CE – Hormones (Canada)</i> (article 22:6 – CE)	Décision des arbitres <i>Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999, DSR 1999:III, 1135
<i>États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur</i> , WT/DS152/R, adopté le 27 janvier 2000, DSR 2000:II, 815
<i>États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur</i> (article 25:3)	Décision des arbitres <i>États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur – Recours à l'arbitrage au titre de l'article 25 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends</i> , WT/DS160/ARB25/1, 9 novembre 2001, DSR 2001:II, 667
<i>États-Unis – FSC</i> (article 22:6 – États-Unis)	Décision de l'arbitre <i>États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger" – Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC</i> , WT/DS108/ARB, 30 août 2002
<i>États-Unis – Loi de 1916</i>	Rapport de l'Organe d'appel <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916</i> , WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, adopté le 26 septembre 2000, DSR 2000:X, 4793
<i>États-Unis – Loi de 1916 (CE)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte des Communautés européennes</i> , WT/DS136/R et Corr.1, adopté le 26 septembre 2000 tel qu'il a été confirmé par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, DSR 2000:X, 4593
<i>États-Unis – Loi de 1916 (Japon)</i>	Rapport du Groupe spécial <i>États-Unis – Loi antidumping de 1916 – Plainte du Japon</i> , WT/DS162/R et Add.1, adopté le 26 septembre 2000 tel qu'il a été confirmé par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, DSR 2000:X, 4831

I. INTRODUCTION

A. DEMANDE D'ARBITRAGE ET CHOIX DES ARBITRES

1.1 Le 26 septembre 2000, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté le rapport de l'Organe d'appel et le rapport du Groupe spécial tel qu'il avait été confirmé par l'Organe d'appel concernant le présent différend.¹ Le délai raisonnable imparti aux États-Unis pour mettre la Loi antidumping de 1916 en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD a été initialement déterminé par arbitrage conformément à l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord sur le règlement des différends (Mémoire d'accord), et devait venir à expiration le 26 juillet 2001. Il a ensuite été prorogé de manière à venir à expiration le 31 décembre 2001 ou à la fin de la session alors en cours du Congrès des États-Unis, la date la plus rapprochée étant retenue.²

1.2 Le 7 janvier 2002, les Communautés européennes ont demandé que l'ORD les autorise à suspendre l'application d'obligations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("Accord antidumping").³

1.3 Le 17 janvier 2002, les États-Unis ont contesté le niveau de la suspension d'obligations proposée par les CE, conformément à l'article 22:6 du Mémoire d'accord.⁴ La question a été soumise à arbitrage. Le 19 février 2002, les Membres ont été informés de la constitution de l'arbitre. Sa composition était la suivante:

Président: M. Dimitrij Grcar

Membres: M. Brendan McGivern
M. Eugeniusz Piontek

1.4 Le 27 février 2002, toutefois, les Communautés européennes et les États-Unis ont conjointement informé les arbitres qu'une proposition visant à abroger la Loi antidumping de 1916 et à mettre fin aux affaires en instance soumises au titre de cette loi était alors examinée par le Congrès des États-Unis. En conséquence, les Communautés européennes et les États-Unis ont demandé aux arbitres de suspendre la procédure d'arbitrage. La communication adressée aux arbitres indiquait également que les Communautés européennes et les États-Unis étaient convenus que la procédure d'arbitrage pourrait être réactivée à la demande de l'une ou l'autre partie après le 30 juin 2002.⁵

1.5 Le 19 septembre 2003, les Communautés européennes ont demandé la réactivation de la procédure d'arbitrage.⁶

B. PRÉSENTATION DU PRÉSENT RAPPORT

1.6 Le présent rapport est structuré de la manière suivante:

¹ *États-Unis – Loi de 1916*, ci-après le "rapport de l'Organe d'appel" et *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*, ci-après le "rapport du Groupe spécial", le Groupe spécial chargé d'examiner le présent différend étant appelé le "Groupe spécial". Le rapport de l'Organe d'appel confirmait également le rapport du Groupe spécial chargé d'examiner la plainte déposée par le Japon, *États-Unis – Loi de 1916 (Japon)*.

² Compte rendu de la réunion de l'ORD du 11 septembre 2001, WT/DSB/M/107, paragraphe 66.

³ WT/DS136/15, 11 janvier 2002.

⁴ WT/DS136/16, 18 janvier 2002.

⁵ WT/DS136/18, 4 mars 2002.

⁶ Nous notons que les parties sont ainsi convenues à la fois de reporter le début des travaux et de proroger le délai prévu à l'article 22:6 du Mémoire d'accord. Les arbitres ont approuvé ces arrangements.

- Dans la partie II, nous exposons le contexte factuel pertinent pour la présente procédure. Nous décrivons brièvement à la fois la Loi antidumping de 1916 et la demande des Communautés européennes visant à suspendre des obligations.
- Dans la partie III, nous examinons trois questions préliminaires: i) la charge de la preuve; ii) la question de savoir si les Communautés européennes étaient tenues de spécifier pour quelles obligations elles demandent l'autorisation de suspension; et iii) le "règlement de blocage" récemment adopté par le Conseil de l'Union européenne.⁷
- Dans la partie IV, nous décrivons le rôle et la sphère de compétence des arbitres au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord.
- Dans la partie V, nous indiquons les paramètres pour la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.
- Dans la partie VI, nous appliquons ces paramètres aux faits spécifiques de la cause en l'espèce.
- Dans la partie VII, nous résumons nos principales constatations et conclusions.
- Dans la partie VIII, nous présentons la sentence et décision des arbitres.
- Dans la partie IX, nous formulons quelques observations finales.

II. CONTEXTE FACTUEL – LOI ANTIDUMPING DE 1916 DES ÉTATS-UNIS ET DEMANDE DES CE VISANT À SUSPENDRE DES OBLIGATIONS

A. INTRODUCTION

2.1 Les Communautés européennes demandent l'autorisation d'adopter un règlement dit "symétrique".⁸ Elles demandent l'autorisation de suspendre l'application d'obligations à l'égard des États-Unis au titre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping afin d'adopter une "réglementation équivalente à la Loi de 1916 à l'encontre des importations en provenance des États-Unis".

2.2 À ce stade, il serait utile de décrire brièvement la Loi antidumping de 1916 ("Loi de 1916"), les constatations du Groupe spécial initial concernant la Loi et la demande des Communautés européennes visant à suspendre des obligations.

B. LOI ANTIDUMPING DE 1916 DES ÉTATS-UNIS

2.3 La Loi de 1916 a été votée par le Congrès des États-Unis avec le Titre VIII de la Loi de finances de 1916, sous l'intitulé "Concurrence déloyale".⁹ Elle dispose, entre autres, ce qui suit:

"Est illicite, pour un importateur ou un agent à l'importation d'articles en provenance d'un pays étranger aux États-Unis, le fait, d'une manière habituelle et systématique, d'importer, de vendre ou de faire importer ou vendre ces articles aux États-Unis, à un prix substantiellement inférieur à leur valeur commerciale effective ou leur prix de

⁷ Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil, décrit plus loin.

⁸ Dans leurs communications, les Communautés européennes appellent la mesure qu'elles proposent soit "règlement symétrique" soit "législation symétrique".

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.1.

gros, au moment de l'exportation vers les États-Unis, sur les principaux marchés du pays de production ou d'autres pays étrangers vers lesquels ils sont couramment exportés, majoré du fret, des droits et des autres impositions et frais nécessairement afférents à leur importation et leur vente aux États-Unis; *dès lors* que ce ou ces actes sont accomplis avec l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production aux États-Unis, ou d'empêcher la création d'une branche de production aux États-Unis, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces articles aux États-Unis.

Quiconque enfreint, ou se concerte ou s'entend avec une autre personne pour enfreindre les dispositions du présent article se rend coupable d'un délit et, après établissement de la culpabilité, sera condamné à une amende de 5 000 dollars au plus ou à une peine d'emprisonnement d'un an au plus, ou aux deux peines, à la discrétion du tribunal.

Toute personne lésée dans son activité économique ou ses biens du fait d'une infraction, ou d'une concertation ou entente ayant pour objet une infraction aux dispositions du présent article peut intenter une action à ce titre devant le tribunal fédéral du district où le défendeur réside ou se trouve ou a un agent, quel que soit le montant du litige, et elle recouvrera le triple du dommage subi, ainsi que les frais de justice, y compris des honoraires d'avocat d'un montant raisonnable."¹⁰

C. CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL INITIAL

2.4 Le Groupe spécial initial a constaté, entre autres, ce qui suit:

"d) en ne prévoyant pas exclusivement le critère du dommage retenu à l'article VI, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:1 du GATT de 1994;

e) en prévoyant l'imposition de dommages-intérêts au triple, d'amendes ou de peines d'emprisonnement, au lieu de droits antidumping, la Loi de 1916 est contraire à l'article VI:2 du GATT de 1994;

f) en ne prévoyant pas un certain nombre de prescriptions procédurales qui figurent dans l'Accord antidumping, la Loi de 1916 est contraire aux articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping;

g) en étant contraire à l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, la Loi de 1916 emporte violation de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC;

h) étant donné que des violations ont été établies sans que les États-Unis aient démontré le contraire, les États-Unis annulent ou compromettent des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'Accord sur l'OMC."¹¹

2.5 L'Organe d'appel a confirmé les constatations du Groupe spécial, y compris "les constatations du Groupe spécial figurant dans le rapport du Groupe spécial CE selon lesquelles la Loi de 1916 est incompatible avec l'article VI:1 et VI:2 du GATT de 1994, les articles 1^{er}, 4 et 5.5 de l'Accord antidumping et l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC".¹²

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.228.

¹² Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 155.

D. DEMANDE DES CE VISANT À SUSPENDRE DES OBLIGATIONS

2.6 La demande présentée le 7 janvier 2002 à l'ORD par les Communautés européennes indiquait, entre autres, ce qui suit:

"Du fait que les États-Unis n'ont pas mis leur Loi de 1916 en conformité avec les Accords de l'OMC, ni ne se sont d'une autre manière conformés aux recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends sur la question, de nombreuses sociétés font actuellement l'objet de procédures judiciaires engagées par les États-Unis sur la base de la Loi de 1916. En outre, toutes les sociétés qui exportent vers les États-Unis sont menacées d'une action juridique fondée sur cette législation incompatible avec les règles de l'OMC."¹³

2.7 La demande des Communautés européennes indiquait également ce qui suit:

"[Les Communautés européennes] demanderont à l'Organe de règlement des différends l'autorisation de suspendre l'application des obligations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping afin d'adopter une réglementation équivalente à la Loi de 1916 à l'encontre des importations en provenance des États-Unis. Cette réglementation autoriserait les Communautés européennes à imposer aux sociétés américaines dont il est constaté qu'elles vendent leurs produits à des prix de dumping dans les Communautés européennes des droits additionnels correspondant, sur la période d'application prévue des mesures qui est de cinq ans, au triple du montant du dommage subi par les sociétés des Communautés européennes lorsque l'existence de certaines intentions particulières analogues à celles qui sont prescrites par la Loi de 1916 est établie. Cette réglementation refléterait aussi d'autres aspects procéduraux de la mesure des États-Unis jugés incompatibles avec les obligations des États-Unis au regard de l'OMC dans les cas où il y a des éléments de preuve suffisants de l'existence d'une intention particulière. L'enquête serait menée par les autorités des Communautés européennes chargées de l'application de la législation antidumping dans le cadre de l'enquête antidumping, et non par les tribunaux, et les droits additionnels ne seraient pas versés aux plaignants."¹⁴

2.8 Les États-Unis ont informé l'ORD qu'ils "contest[aient] le niveau de la suspension d'obligations proposée par les Communautés européennes".¹⁵ En conséquence, comme il est indiqué plus haut, la question a été soumise à arbitrage.

2.9 Les arbitres ont demandé aux Communautés européennes de présenter une communication "décrivant la mesure faisant l'objet de l'arbitrage" et "la méthode de calcul du niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée". Dans leur note méthodologique du 6 octobre 2003, les Communautés européennes ont donné des détails additionnels sur la mesure qu'elles proposaient:

"La législation des CE serait fondée sur des prescriptions équivalentes à celles de la Loi de 1916. En particulier, l'application de droits spéciaux serait subordonnée à

- la constatation de l'existence d'un dumping pratiqué par une société des États-Unis;

¹³ WT/DS136/15, 11 janvier 2002.

¹⁴ *Ibid.* La demande précisait également ce qui suit: "[a]u moment d'examiner quelles obligations suspendre, les Communautés européennes ont appliqué les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 et 22:4 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends".

¹⁵ WT/DS136/16, 18 janvier 2002.

- l'existence d'un dommage pour la ou les sociétés communautaires plaignantes;
- l'intention d'éliminer ou de léser une branche de production dans les Communautés européennes, ou d'empêcher la création d'une branche de production dans les Communautés européennes, ou de restreindre ou monopoliser une fraction quelconque du commerce international et intérieur de ces produits dans les Communautés européennes;

Toutefois, la législation des CE différerait de la Loi de 1916 à divers égards, en particulier, elle

- ne prévoirait pas l'imposition d'amendes ou de peines d'emprisonnement;
- ne prévoirait pas que les droits spéciaux seraient imposés par les tribunaux, mais par les autorités des CE chargées de l'application de la législation antidumping;
- ne prévoirait pas que les sommes perçues seraient versées aux plaignants;
- ne serait pas contraire aux prescriptions procédurales de l'Accord antidumping comme la présentation d'éléments de preuve par le plaignant."¹⁶

2.10 Les Communautés européennes ont conclu leur note méthodologique en disant que leur demande "ne dépassait pas le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages subies par les CE".¹⁷

III. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES

A. CHARGE DE LA PREUVE

3.1 Chaque partie au présent différend a avancé des arguments sur ce que l'autre partie était tenue de prouver aux fins de la présente procédure. Les États-Unis ont fait valoir que les Communautés européennes n'avaient présenté aucun élément de preuve concernant le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant de la Loi de 1916 ni n'avaient proposé un niveau de suspension spécifique. Les Communautés européennes ont fait valoir que les États-Unis devaient prouver que le niveau de la suspension d'obligations demandée n'était pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. En outre, selon les Communautés européennes, les États-Unis n'avaient présenté aucun élément de preuve indiquant que la mesure envisagée par les Communautés européennes dépasserait effectivement le niveau de l'annulation et de la réduction des avantages causées par la Loi de 1916.

3.2 La charge de la preuve dans les arbitrages au titre de l'article 22:6, comme dans les procédures ordinaires de règlement des différends dans le cadre de l'OMC, est désormais bien établie. Comme l'ont dit les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*:

¹⁶ *Note méthodologique des Communautés européennes*, 6 octobre 2003, paragraphes 8 et 9.

¹⁷ *Ibid.*, paragraphe 10.

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

Les mêmes règles s'appliquent lorsque l'existence d'un *fait* spécifique est alléguée ... Il incombe à la partie qui allègue le fait d'en prouver l'existence.

Le devoir qu'ont *toutes* les parties de fournir des éléments de preuve et de collaborer pour présenter des éléments de preuve aux arbitres - question qu'il faut distinguer de celle de savoir à qui incombe la charge de la preuve - est capital dans les procédures d'arbitrage au titre de l'article 22. Les CE sont tenues de présenter des éléments de preuve montrant que la proposition *n'est pas* équivalente. Toutefois, dans le même temps et dès qu'ils le peuvent, les États-Unis sont tenus de fournir des éléments de preuve expliquant comment ils sont arrivés à leur proposition et indiquant les raisons pour lesquelles leur proposition *est* équivalente à la réduction du commerce qu'ils ont subie ..."¹⁸

3.3 Nous convenons qu'il s'agit d'une présentation exacte de la charge de la preuve applicable dans les procédures au titre de l'article 22:6.¹⁹ En outre, le fait que la présente affaire concerne la suspension d'"obligations", par opposition à la suspension de concessions tarifaires, n'altère en aucune manière la charge de la preuve applicable.

3.4 Appliquant ce critère aux faits de la cause en l'espèce, nous notons qu'il incombe aux États-Unis de prouver que la proposition des Communautés européennes, telle qu'elle est énoncée dans la demande des Communautés européennes visant à suspendre des obligations, est incompatible avec l'article 22:4 du Mémoire d'accord. Cela signifie que les États-Unis doivent présenter des arguments et des éléments de preuve suffisants pour établir *prima facie*, ou établir une présomption, que le niveau de la suspension proposée par les Communautés européennes n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du

¹⁸ Décision des arbitres, *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), paragraphes 9 à 11. Italique dans l'original.

¹⁹ D'autres arbitres se sont eux aussi référés à la charge de la preuve énoncée par les arbitres dans les décisions sur l'affaire *CE – Hormones*. Voir, par exemple: Décision des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphes 37 et 38; Décision des arbitres *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), paragraphe 2.8 et note de bas de page 12; Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6 – États-Unis), paragraphe 2.10 et note de bas de page 18.

fait de la Loi de 1916. Si les États-Unis le font, il incombera aux Communautés européennes de présenter des arguments et des éléments de preuve suffisants pour réfuter cette présomption.

3.5 Nous approuvons également ce qu'ont dit les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*) au sujet de la charge de la preuve qui s'applique "lorsque l'existence d'un *fait* spécifique est alléguée". Il incombe à la partie qui allègue un fait – soit les États-Unis soit les Communautés européennes, selon le cas – d'en prouver l'existence.

3.6 Nous convenons également que les deux parties ont le devoir de fournir des éléments de preuve et de collaborer pour présenter des éléments de preuve aux arbitres. Les États-Unis sont tenus de présenter des éléments de preuve montrant que la proposition des Communautés européennes n'est pas équivalente. Les Communautés européennes, en tant que Membre cherchant à suspendre des obligations, sont "tenu[es] de fournir des éléments de preuve expliquant comment [elles] sont arrivé[es] à leur proposition et indiquant les raisons pour lesquelles leur proposition est équivalente à la réduction du commerce qu'[elles] ont subie".

B. LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ÉTAIENT-ELLES TENUES DE SPÉCIFIER POUR QUELLES OBLIGATIONS ELLES DEMANDENT L'AUTORISATION DE SUSPENSION?

1. Introduction

3.7 Nous souscrivons à l'avis exprimé par les deux parties selon lequel la décision des Communautés européennes de demander la suspension d'"obligations" et non de "concessions" tarifaires n'est pas susceptible d'examen par les arbitres.²⁰ Cela dit, les Communautés européennes étaient-elles néanmoins obligées au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord d'indiquer précisément quelles "obligations" elles cherchent à suspendre?

2. Arguments des parties

3.8 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes n'ont donné aucun renseignement concernant le "niveau" pour "l'un ou l'autre des membres de l'équation". Pour l'un des

²⁰ Les Communautés européennes font valoir ce qui suit:

"L'article 22:2 du Mémorandum d'accord (et l'article XXIII:2 du GATT) offre au Membre qui subit l'annulation et la réduction d'avantages la possibilité de demander la suspension de concessions *ou* d'autres obligations *ou* des deux. Ce choix relève du pouvoir discrétionnaire du Membre qui échappe à tout examen par les arbitres en vertu de l'article 22:7 du Mémorandum d'accord."

Communication écrite des Communautés européennes, 3 novembre 2003, paragraphe 8. Italique dans l'original.

Bien que les États-Unis se soient opposés à la demande des CE pour d'autres motifs, ils n'ont pas contesté le choix des CE de demander la suspension d'"obligations":

"... [L]e choix de suspendre des "concessions" ou de suspendre d'"autres obligations" semblerait être celui de la partie plaignante et rien dans le Mémorandum d'accord n'indiquerait une base permettant à un arbitre de constater que le choix avait été exercé de manière inappropriée, à part les procédures prévues à l'article 22:3. Dans le même temps, la distinction semblerait ne guère faire de différence puisque les deux termes sont utilisés de manière interchangeable à l'article 22. Les États-Unis ne formulent pas dans la présente procédure une allégation qui exige de distinguer entre une "concession" et une "autre obligation"."

Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties, 20 novembre 2003, paragraphe 2.

membres, selon les États-Unis, les CE "n'ont pas donné d'estimation même approximative du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". Pour l'autre membre de l'équation, selon les États-Unis, les Communautés européennes "n'ont pas non plus proposé de suspension portant sur un certain "niveau" d'échanges". Les États-Unis font valoir que "l'article 22:4 et 22:7 du Mémorandum d'accord ne permet pas à l'arbitre ni à l'ORD de faire une détermination en l'absence de tels renseignements". Ils affirment ce qui suit:

"Les CE ont demandé à l'ORD de leur donner carte blanche. Elles demandent de pouvoir suspendre des concessions ou d'autres obligations, mais elles n'indiquent pas les concessions ou autres obligations particulières qu'elles ont l'intention de suspendre. Dans des affaires antérieures, la partie plaignante a indiqué les obligations qu'elle souhaitait suspendre avec spécificité – et à juste titre: il est difficile à l'ORD d'autoriser la suspension de concessions ou d'autres obligations sans savoir quelles concessions ou autres obligations seraient suspendues. En outre, une description des obligations particulières que la partie plaignante cherche à suspendre facilite le travail de l'arbitre pour ce qui est de déterminer, conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, si le niveau de la suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages".²¹

3.9 Les Communautés européennes répondent qu'elles:

"... ne considèrent pas que, parce qu'elles ont demandé de suspendre d'"autres obligations, elles seraient tenues de donner des renseignements sur les obligations spécifiques au titre du GATT de 1994 et de l'*Accord antidumping* qu'elles proposent de suspendre. En spécifiant en détail les caractéristiques de la législation symétrique qu'elles proposent, les Communautés européennes ont en fait [donné] une indication plus précise de la mesure de rétorsion que ne le ferait une liste détaillée de numéros de paragraphes.

En outre, les Communautés européennes ont clairement limité leur demande de suspension aux dispositions "pertinentes" du GATT et de l'*Accord antidumping* afin d'adopter la législation symétrique envisagée. Ainsi, les Communautés européennes n'ont jamais eu l'intention de demander l'autorisation de suspendre des obligations *quelles qu'elles soient* au titre du GATT de 1994 et de l'*Accord antidumping*".²²

3. Évaluation par les arbitres

3.10 À notre avis, une partie cherchant à suspendre des obligations n'est pas tenue, au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord, d'indiquer précisément pour quelles "obligations" elle demande l'autorisation de suspension. L'article 22:2 du Mémorandum d'accord dispose simplement qu'une partie pourra demander à l'ORD l'autorisation "de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés". Il n'y a pas de prescription voulant que la partie présentant la demande indique exactement quelles obligations elle souhaite suspendre.

3.11 En outre, nous notons que dans des affaires antérieures, ni les arbitres ni l'ORD n'ont exigé que les parties présentant la demande énumèrent les concessions ou autres obligations que ces Membres cherchaient à suspendre. Par exemple, dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*), les arbitres ont accepté, et l'ORD a autorisé, la suspension par le

²¹ Communication écrite des États-Unis, 20 octobre 2003, paragraphe 35.

²² Réponses des Communautés européennes aux questions de l'arbitre, 20 novembre 2003, paragraphes 40 et 41.

Brésil, entre autres, de "l'application des obligations énoncées dans l'Accord sur les procédures de licences d'importation pour ce qui est des prescriptions en matière de licences concernant les importations en provenance du Canada". La demande du Brésil n'indiquait pas quelles "obligations" au titre de l'Accord sur les licences d'importation il souhaitait suspendre, et les arbitres n'ont pas non plus exigé une telle spécificité.²³ De même, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), les arbitres ne se sont pas opposés à la suspension par le Canada d'obligations au titre de "l'Accord sur les textiles et les vêtements et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation".²⁴ Dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – *CE*), les arbitres ont indiqué que le plaignant pouvait obtenir de l'ORD l'autorisation de suspendre des obligations non spécifiées "dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC" en ce qui concerne certains secteurs.²⁵

3.12 En outre, même pour les demandes visant la suspension de concessions tarifaires "et d'obligations connexes au titre du GATT de 1994" les arbitres n'ont pas exigé la spécificité pour ce qui est de savoir quelles étaient ces "obligations connexes".²⁶

3.13 Ainsi, la pratique antérieure indique que les arbitres ont accepté des demandes visant à suspendre des "obligations" non spécifiées. L'ORD a accordé l'autorisation de suspendre des obligations, tout en autorisant le Membre présentant la demande à décider quelles obligations particulières il choisirait pour mettre en œuvre l'autorisation. Nous voudrions souligner, toutefois, que le pouvoir discrétionnaire, quel qu'il soit, accordé à ce Membre est soumis à la prescription selon laquelle le niveau de la suspension d'obligations ne peut pas dépasser le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Nous revenons sur ce point plus loin.

3.14 Par conséquent, nous n'estimons pas que la demande des Communautés européennes visant à "suspendre l'application des obligations au titre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping afin d'adopter une réglementation équivalente à la Loi de 1916 à l'encontre des importations en provenance des États-Unis" puisse être considérée comme déficiente au regard de l'article 22 du Mémoire d'accord d'accord parce qu'elles n'y spécifient pas quelles "obligations" elles cherchent à suspendre.

3.15 À titre de conclusion générale sur cette question, nous pensons comme les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), que:

"Naturellement, plus une demande de suspension est précise en ce qui concerne les produits visés, la nature et le degré de la suspension, etc., mieux c'est. Cette précision ne peut qu'être encouragée pour atteindre les objectifs du Mémoire d'accord visant à "assurer la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral" (article 3:2) et à chercher à obtenir rapidement une solution positive des différends (article 3:3 et 3:7). Elle serait également la bienvenue au regard de ce qui est dit à l'article 3:10, à savoir "tous les Membres engageront [les] procédures [du Mémoire d'accord] de bonne foi dans un effort visant à régler [le] différend".²⁷

²³ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*), paragraphe 4.1.

²⁴ *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphe 4.1. Bien que les deux affaires *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* et *Brésil – Aéronefs* aient concerné essentiellement des demandes de "contre-mesures appropriées" au titre de l'Accord SMC, dans les deux différends les demandes de contre-mesures citaient également l'article 22:2 du Mémoire d'accord.

²⁵ *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 173.

²⁶ *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 8.1; *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 84; *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 73.

²⁷ *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), note de bas de page 16. Nous notons que dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – *CE*) les arbitres ont également cité cette déclaration. *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – *CE*), note de bas de page 12.

C. LE RÈGLEMENT "DE BLOCAGE"

3.16 Les États-Unis ont avancé certains arguments au sujet du Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003, dit "règlement de blocage".²⁸ Le Règlement dispose, entre autres, qu'aucune décision d'une juridiction aux États-Unis "donnant effet, directement ou indirectement, à la Loi antidumping de 1916 ou à des actions fondées sur celle-ci ou en découlant n'est reconnue ni rendue exécutoire de quelque manière que ce soit". Il indique que les personnes physiques ou morales dans la Communauté "[sont] habilitée[s] à recouvrer les éventuels dépens, frais, dommages et intérêts et autres dépenses supportées par elle[s] en raison de l'application de la Loi antidumping de 1916 ou d'actions fondées sur celle-ci ou en découlant". Il prévoit également le recouvrement "auprès de la personne physique ou morale ou de toute autre entité à l'origine d'une plainte fondée sur la Loi antidumping de 1916, ou auprès de toute personne ou entité liée à la précédente". Le recouvrement peut inclure "la saisie et ... la vente des avoirs détenus par le défendeur".

3.17 Les États-Unis font valoir qu'en adoptant ce règlement, "les CE semblent reconnaître que les frais de procédure ne font pas l'objet de concessions ou d'obligations dans le cadre de l'OMC" parce que "[s]inon, les CE auraient été tenues d'obtenir l'autorisation de l'ORD avant d'adopter la "législation de blocage" puisque, selon la théorie antérieure des Communautés européennes, la "législation de blocage" des CE aurait exigé la suspension de concessions ou d'autres obligations des CE dans le cadre de l'OMC". Les États-Unis font valoir également que le règlement "confirme en outre que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages est égal à zéro", puisque "[s]i le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages [devait être] supérieur à zéro, alors tout niveau de la suspension autorisée devrait ... être réduit du montant dont la législation de blocage réduirait l'annulation ou la réduction des avantages".²⁹

3.18 Les Communautés européennes font valoir que le Règlement est "dénué de pertinence" aux fins de l'arbitrage. Elles indiquent que "[l]'objet de la présente procédure d'arbitrage est la demande des CE visant à obtenir de l'ORD l'autorisation d'adopter une "législation symétrique" équivalente à la Loi de 1916 mais non le "règlement de blocage"". ³⁰ Les Communautés européennes affirment que "ce règlement vise simplement à "bloquer" les effets d'une législation des États-Unis incompatible avec les règles de l'OMC dans la Communauté européenne mais n'affecte aucun droit des États-Unis dans le cadre de l'OMC".³¹ En outre, selon les Communautés européennes, "le "règlement de blocage" ne supprime pas la Loi de 1916, qui constitue par son existence même l'annulation et la réduction des avantages et à laquelle la mesure de rétorsion devrait être équivalente. L'objectif de ce règlement est simplement de "bloquer" la mise en œuvre de la Loi de 1916 dans la Communauté européenne, mais elle ne supprime pas (et ne peut pas supprimer) la Loi de 1916 ni n'empêche (et ne peut pas empêcher) qu'elle soit appliquée ou mise en œuvre aux États-Unis. Ainsi, la cause de l'"annulation et de la réduction des avantages" que les Communautés européennes subissent du fait de l'existence de la Loi de 1916 est toujours là".³²

3.19 Nous pensons comme les Communautés européennes que le Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil ne relève pas de notre mandat. Comme on le verra plus loin, notre mandat est défini par l'article 22:7 du Mémoire d'accord qui nous impose de déterminer si le niveau de la suspension d'obligations demandée par les Communautés européennes, telle qu'elle est définie dans leur demande du 7 janvier 2002, est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par

²⁸ Règlement (CE) n° 2238/2003 du Conseil du 15 décembre 2003 (JO L 333 du 20 décembre 2003, page 1).

²⁹ Lettre des États-Unis aux arbitres, 5 janvier 2004 et *Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties*, 20 novembre 2003, paragraphe 29.

³⁰ Lettre des Communautés européennes aux arbitres, 7 janvier 2004.

³¹ *Ibid.* Italique dans l'original.

³² *Ibid.*

les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916. Le Règlement n'est pas mentionné dans la demande des Communautés européennes et nous ne voyons rien dans l'article 22:7 qui permettrait aux arbitres de se déclarer compétents pour l'examiner.

3.20 De même, nous n'avons pas à statuer sur l'argument des États-Unis selon lequel "tout niveau de la suspension autorisée devrait être réduit du montant dont la législation de blocage réduirait l'annulation ou la réduction des avantages". Les Communautés européennes doivent faire en sorte que toute suspension d'obligations ne dépasse pas le niveau de l'annulation des avantages. Si, à l'avenir, les États-Unis estiment que l'application effective du règlement de blocage aboutit à une situation dans laquelle la suspension d'obligations dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, ils pourront avoir recours aux procédures de règlement des différends appropriées pour traiter cette question.

IV. RÔLE ET SPHÈRE DE COMPÉTENCE DES ARBITRES AU TITRE DE L'ARTICLE 22 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

4.1 Comme il est indiqué plus haut, l'article 22:2 permet aux parties plaignantes de demander la suspension de concessions ou d'autres obligations dans les cas où la partie défenderesse n'a pas respecté les recommandations ou décisions de l'ORD à la fin du délai raisonnable. Cette disposition indique ce qui suit:

"Si le Membre concerné ne met pas la mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec ledit accord ou ne respecte pas autrement les recommandations et décisions dans le délai raisonnable déterminé conformément au paragraphe 3 de l'article 21, ce Membre se prêtera, si demande lui en est faite et au plus tard à l'expiration du délai raisonnable, à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés."

4.2 La partie défenderesse, quant à elle, peut faire valoir son droit de soumettre la demande du plaignant à arbitrage. Selon l'article 22:6 du Mémoire d'accord:

"Lorsque la situation décrite au paragraphe 2 se produira, l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande. Toutefois, si le Membre concerné conteste le niveau de la suspension proposée ... la question sera soumise à arbitrage. Cet arbitrage sera assuré par le groupe spécial initial, si les membres sont disponibles, ou par un arbitre désigné par le Directeur général, et sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Les concessions ou autres obligations ne seront pas suspendues pendant l'arbitrage."
[note de bas de page omise]

4.3 L'article 22:7 du Mémoire d'accord définit la sphère de compétence des arbitres désignés au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord:

"L'arbitre, agissant en vertu du paragraphe 6, n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des

avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé. ... Les parties accepteront comme définitive la décision de l'arbitre et les parties concernées ne demanderont pas un second arbitrage. L'ORD sera informé dans les moindres délais de cette décision et accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans les cas où la demande sera compatible avec la décision de l'arbitre, à moins que l'ORD ne décide par consensus de rejeter la demande." [note de bas de page omise]

4.4 Cette notion d'"équivalence" est également prévue à l'article 22:4, qui dispose ce qui suit:

"Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD sera équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages."

4.5 Ainsi, le mandat des arbitres consiste à déterminer si le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations demandée par la partie plaignante est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par la partie plaignante du fait que la partie défenderesse n'a pas mis en conformité ses mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. Ce faisant, il est spécifiquement interdit aux arbitres d'examiner "la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre".

4.6 Si les arbitres déterminent que le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations demandée par la partie plaignante n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, ils sont obligés de déterminer quel niveau de la suspension serait équivalent. Comme l'ont dit les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE):

"Il y a ... une différence entre la tâche que nous avons en l'espèce et la tâche qui est confiée à un groupe spécial. Au cas où nous déciderions que la proposition canadienne n'est pas compatible avec les règles de l'OMC, c'est-à-dire que le montant suggéré est trop élevé, nous ne devrions pas clore notre examen de la même façon que les groupes spéciaux, à savoir en demandant à l'ORD de recommander que la mesure soit mise en conformité avec les obligations dans le cadre de l'OMC. Comme les arbitres chargés d'examiner l'affaire *Bananes* - dans laquelle le montant proposé de 520 millions de dollars EU a été ramené à 191,4 millions de dollars EU - nous serions appelés à aller plus loin. Pour atteindre les objectifs fondamentaux du Mémorandum d'accord visant à arriver rapidement à une solution positive des différends nous devrions estimer le niveau de la suspension que nous jugeons équivalent à la réduction subie. C'est là la tâche et la responsabilité essentielles confiées aux arbitres pour régler le différend. À notre avis, cette approche est implicitement prévue à l'article 22:7 ..." ³³

4.7 De même, dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), les arbitres ont dit ce qui suit:

"[N]ous notons que, si nous devons constater que le montant proposé ... n'est pas équivalent, nous devrions établir une estimation du niveau de la suspension que nous jugeons être équivalent à l'annulation ou à la réduction d'avantages subie par l'Équateur. Cette approche est compatible avec l'article 22:7 du Mémorandum d'accord qui insiste sur le caractère définitif de la décision des arbitres ...

³³ *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), paragraphe 12. Notes de bas de page omises.

Nous rappelons que cette approche a été suivie dans la procédure d'arbitrage États-Unis/CE concernant l'affaire *CE – Bananes III* et dans la procédure d'arbitrage *CE – Hormones*, dans lesquelles les arbitres ont considéré que le montant de la suspension proposée n'était pas équivalent à l'annulation ou à la réduction d'avantages subie et ont recalculé ce montant afin d'être en mesure de prendre une décision définitive."³⁴

4.8 Le droit a été résumé de façon concise dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*):

"[N]ous notons que les précédents arbitres qui ont rejeté les niveaux de contre-mesures (ou de suspensions de concessions) proposés ont ensuite toujours fixé des niveaux compatibles avec les accords pertinents."³⁵

4.9 En conséquence, si nous déterminons que le niveau de la suspension d'obligations demandée par les Communautés européennes n'est pas équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916, nous serions tenus de déterminer quel niveau de suspension serait équivalent.

V. PARAMÈTRES POUR LA DÉTERMINATION DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES

A. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

5.1 Comme il est indiqué plus haut, nous avons pour mandat au titre de l'article 22:7 de déterminer si le niveau de la suspension des obligations demandée par les Communautés européennes est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916. Dans la présente section, les arbitres vont donc examiner:

- certaines considérations générales applicables à la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages;
- le concept d'"équivalence" au sens de l'article 22 du Mémoire d'accord;
- le "niveau" de la suspension des obligations demandée par les Communautés européennes; et
- le "niveau" de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916.

5.2 Pour commencer, nous notons que l'article 22:1 du Mémoire d'accord prévoit entre autres ce qui suit:

"La compensation et la suspension de concessions ou d'autres obligations sont des mesures temporaires auxquelles il peut être recouru dans le cas où les recommandations et décisions ne sont pas mises en œuvre dans un délai raisonnable. Toutefois, ni la compensation ni la suspension de concessions ou d'autres obligations ne sont préférables à la mise en œuvre intégrale d'une recommandation de mettre une

³⁴ *CE – Bananes (Équateur)* (article 22:6 – *CE*), paragraphes 12 et 13.

³⁵ Décision des arbitres *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*), paragraphe 3.51, note de bas de page omise.

mesure en conformité avec les accords visés. La compensation est volontaire et, si elle est accordée, elle sera compatible avec les accords visés."

5.3 Les Communautés européennes ont souligné que "le but fondamental de la suspension de concessions ou d'autres obligations [était] d'inciter l'autre Membre à se mettre en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC".³⁶ Les États-Unis ont suggéré d'autres buts possibles comme "le rétablissement de l'équilibre des avantages découlant des accords visés entre les parties au différend".³⁷ Ils ont ajouté ce qui suit: "Les États-Unis ne pensent pas qu'il serait approprié pour eux (ou pour l'arbitre) de tenter de fournir une liste complète des buts sous-tendant la suspension de concessions ou de classer ces objectifs selon un certain ordre de priorité."³⁸

5.4 Les arbitres ne sont pas appelés à "fournir une liste complète des buts" de la suspension de concessions ou d'autres obligations, ni à "classer ces objectifs selon un certain ordre de priorité". Qui plus est, nous convenons qu'il ne serait pas approprié que nous le fassions.

5.5 Cependant, selon nous, un objectif clé de la suspension de concessions ou d'obligations - indépendamment des autres buts pouvant exister - est d'essayer d'inciter l'autre Membre de l'OMC à se mettre en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC. Comme les arbitres l'ont noté dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*:

"[L']autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations est une mesure temporaire, dans l'attente que le Membre concerné ait pleinement mis en œuvre les recommandations et décisions. Nous convenons avec les États-Unis que ce caractère *temporaire* indique que l'objectif des contre-mesures est d'*inciter au respect* des recommandations et décisions. Mais cet objectif ne signifie pas que l'ORD devrait accorder l'autorisation de suspendre des concessions allant au-delà de ce qui est *équivalent* au niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages. À notre avis, rien dans l'article 22:1 du Mémoire d'accord, et encore moins dans les paragraphes 4 et 7 de l'article 22, ne peut être interprété comme justifiant l'application de contre-mesures de caractère *punitif*."³⁹

5.6 De même, dans l'affaire *CE – Bananes (Équateur) (article 22:6 – CE)*, les arbitres ont observé que "l'objet et le but de l'article 22 ... vis[aient] à inciter à la mise en conformité".⁴⁰

5.7 Nous convenons qu'un objectif fondamental de la suspension d'obligations est d'inciter à la mise en conformité. Le fait que cette suspension est censée être temporaire – comme l'indique l'article 22:1 – est un autre élément attestant de ce but. Comme l'ont dit les arbitres dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*: "l'article 22:1 du

³⁶ *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphe 6.

³⁷ Selon les États-Unis, "un tel but confirmerait qu'une suspension ne devrait pas être autorisée si la partie plaignante ne subit pas une annulation ou une réduction d'avantages. Sinon, la partie plaignante jouirait d'un niveau d'avantages supérieur à celui qu'elle avait négocié au titre des accords visés". Les États-Unis estiment également que "quels que soient les buts de la suspension de concessions ou d'autres obligations, le critère au titre de l'article 22:7 est l'équivalence". *Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties*, 20 novembre 2003, paragraphe 33 et note de bas de page 15.

³⁸ *Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties*, 20 novembre 2003, paragraphe 68.

³⁹ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.3.

⁴⁰ *CE – Bananes III (Équateur) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 76.

Mémorandum d'accord est particulièrement clair quant au fait que les suspensions de concessions ou d'autres obligations sont de nature temporaire, dans l'attente de la mise en conformité".⁴¹

5.8 Par ailleurs, nous souscrivons à l'idée extrêmement importante que le concept d'"équivalence", tel qu'il est énoncé à l'article 22:4, signifie que les obligations ne peuvent pas être suspendues de manière punitive. Cela signifie qu'en suspendant certaines obligations à l'égard des États-Unis au titre du GATT et de l'Accord antidumping, les Communautés européennes ne peuvent pas dépasser le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elles ont subie du fait de la Loi de 1916. Nous examinons ce point plus avant ci-dessous.

B. "ÉQUIVALENCE" QUALITATIVE OU QUANTITATIVE

1. Arguments des parties

5.9 Les États-Unis et les Communautés européennes donnent des interprétations différentes des concepts d'"équivalence" et de "niveau" figurant dans l'article 22:4 et 22:7 du Mémorandum d'accord.

5.10 Selon les Communautés européennes, l'article 22:4 du Mémorandum d'accord n'impose aucune obligation de spécifier le niveau quantitatif de l'annulation ou de la réduction d'avantages. La notion de "niveau" a un sens non seulement quantitatif mais aussi qualitatif. Les Communautés européennes font valoir qu'il n'est pas nécessaire de définir un certain niveau quantitatif:

"L'article 22:4 du Mémorandum d'accord prescrit simplement que le niveau d'un côté ne devrait pas dépasser le niveau de l'autre côté. Par conséquent, si les deux "niveaux" sont définis de la même manière, par exemple en termes qualitatifs, l'article 22:4 du Mémorandum d'accord est, en principe, pleinement respecté."⁴²

5.11 Qui plus est, selon les Communautés européennes, "bien qu'il puisse être possible d'ajouter une limite quantitative aux effets d'une mesure qualitative ... en l'espèce, il n'y a pas de limite quantitative à l'application de la Loi de 1916 et il n'est donc pas nécessaire d'appliquer une limite quantitative à l'application de la législation correspondante".⁴³

5.12 Selon les Communautés européennes, si l'article 22:4 du Mémorandum d'accord avait été limité à un niveau quantitatif, les rédacteurs du Mémorandum d'accord auraient utilisé le terme "montant". Les Communautés européennes soulignent également qu'"une interprétation qualitative de la notion de "niveau" est pleinement compatible avec l'objectif et le but des mesures de rétorsion, à savoir inciter l'autre Membre à se mettre en conformité avec les obligations souscrites dans le cadre de l'OMC".

5.13 Selon les États-Unis, le "défaut fondamental" de la proposition des Communautés européennes est qu'elle "part du principe qu'une similitude approximative entre des mesures crée la présomption que le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". Selon les États-Unis, rien ne justifie une telle présomption et une telle équivalence n'existe pas.

⁴¹ *Canada – Crédits et garantis pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 3.105. Dans cette affaire, les arbitres ont aussi dit ce qui suit: "Conformément à l'article 22:1 du Mémorandum d'accord et à l'article 4.10 de l'Accord SMC, la non-mise en conformité est le fait même qui justifie l'adoption de contre-mesures." En outre, ils ont noté ce qui suit: "... dans l'affaire *CE – Bananes*, les arbitres, se référant à [l'article 22:1 du Mémorandum d'accord], ont estimé que la suspension de concessions ou d'autres obligations visait à inciter à la mise en conformité parce qu'elle était temporaire." *Ibid.*

⁴² *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphes 3, 17 et 18.

⁴³ *Ibid.*, paragraphe 18.

5.14 Les États-Unis objectent que "la proposition des CE ne fixe aucune limite à la capacité des CE de nuire au commerce des États-Unis" parce que "si l'ORD les autorisait à adopter la mesure qu'elles décrivent comme ressemblant à la Loi de 1916, les CE seraient libres d'appliquer cette mesure dans un certain nombre de cas visant un montant quasi illimité d'exportations américaines à destination des CE. Un certain nombre de sociétés américaines pourraient être forcées à verser des dommages-intérêts triples – même s'il n'a jamais été demandé à une société de verser des dommages-intérêts triples au titre de la Loi de 1916 depuis son entrée en vigueur il y a 87 ans."⁴⁴

5.15 Ainsi, selon les États-Unis, l'argument des Communautés européennes concernant l'équivalence qualitative "ne tient pas". Les États-Unis font valoir ce qui suit:

"Ce qui importe dans le cadre de l'article 22:4 et 22:7, c'est l'effet global sur le commerce de la Loi de 1916 et de la mesure proposée par les CE. Les CE n'ont pas défini leur suspension de manière à ce qu'un "niveau" soit fixé et à ce que l'arbitre puisse déterminer si la proposition des CE aura sur le commerce un effet équivalent à celui de la Loi de 1916. Cette détermination implique nécessairement une analyse quantitative, comme les termes "niveau" et "équivalent" l'indiquent clairement."⁴⁵

5.16 En ce qui concerne le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, les États-Unis font valoir que, dans des procédures antérieures au titre de l'article 22:6, des arbitres ont estimé la "réduction du commerce" ou le tort économique subi par la partie plaignante du fait qu'une mesure incompatible avec les règles de l'OMC n'avait pas été mise en conformité dans le "délai raisonnable". Ils ajoutent qu'au cours de procédures antérieures, les arbitres "ont uniformément reconnu que ce tort économique était "quantifiable" (comme le terme "niveau" l'indique clairement)". En outre, selon les États-Unis, de précédents arbitres ont fondé leurs déterminations sur des "éléments de preuve concrets" et ont "refusé de se livrer à des spéculations sans fondement sur "ce qui aurait pu être" si la mesure incompatible avait été mise en conformité dans un délai raisonnable".

2. Évaluation par les arbitres

5.17 Nous rappelons qu'il s'agit de la première affaire dans laquelle un Membre de l'OMC cherche à suspendre des obligations "qualitativement équivalentes". Dans toutes les affaires antérieures, les parties cherchant à suspendre des concessions ou d'autres obligations ont fourni un chiffre quantitatif monétaire indiquant le montant de la suspension demandée. De fait, les Communautés européennes ont indiqué qu'elles étaient "conscientes du fait que leur demande de suspension d'obligations "qualitativement équivalentes" constituait une nouveauté dans la pratique de l'OMC".

5.18 Nous notons que de précédents arbitres ont constaté que le caractère "équivalent" devait être déterminé en termes quantitatifs. Ainsi, par exemple, dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE) et *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE), les arbitres ont dit ce qui suit:

"Ce que nous devons déterminer ... c'est si le niveau global de la suspension proposée est *équivalent* au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages. Cela suppose une évaluation *quantitative* - et non qualitative - de la suspension proposée. Comme les arbitres l'ont fait observer dans l'affaire *Bananes*, "[i]l est impossible d'assurer la correspondance ou l'identité entre les deux niveaux si l'un d'eux n'est pas clairement défini". En conséquence, pour assurer l'équivalence entre les deux

⁴⁴ Le 3 décembre 2003, après cette communication des États-Unis, le Tribunal fédéral du district nord de l'Iowa a rendu une décision condamnant une société japonaise à verser des dommages-intérêts au titre de la Loi de 1916. C'était la première décision de ce type rendue au titre de la Loi de 1916. Elle est examinée plus loin.

⁴⁵ *Déclaration orale des États-Unis*, 13 novembre 2003, paragraphe 6.

niveaux, nous devons au préalable être en mesure de déterminer, non seulement le "niveau de l'annulation et de la réduction des avantages", mais aussi le "niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations". Pour donner effet à l'obligation d'équivalence énoncée à l'article 22:4, le Membre demandant la suspension doit donc indiquer le niveau de la suspension de concessions qu'il propose d'une manière qui nous permette de déterminer l'équivalence.⁴⁶

5.19 De même, dans l'affaire *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, les arbitres ont noté ce qui suit:

"Les rédacteurs [de l'article 22:4] ont explicitement fixé un point de repère quantitatif en ce qui concerne le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations qui pourrait être autorisée. On retrouve une formulation analogue dans l'article 22:7 qui définit le mandat des arbitres dans une telle procédure ...

Comme nous l'avons déjà relevé plus haut dans notre analyse du texte de l'article 4.10 de l'*Accord SMC*, il n'y a en revanche dans cette disposition aucune indication de ce genre d'un point de repère quantitatif explicite. ...⁴⁷

5.20 Dans des affaires comme les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)* et *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, où la suspension demandée était exprimée en termes quantitatifs, les arbitres devaient forcément évaluer s'il y avait une "équivalence quantitative" entre le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages et le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations.

5.21 Dans la présente affaire, en revanche, la suspension demandée n'a pas été exprimée en termes quantitatifs. Toutefois, ce fait ne rend pas en lui-même et à lui seul la demande des CE incompatible avec l'article 22. En effet, il n'est pas possible de déterminer dans l'*abstrait* la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une demande "qualitativement équivalente" présentée au titre de l'article 22:2. Par contre, il est nécessaire de déterminer comment la suspension effective résultant de cette "équivalence qualitative" serait *appliquée*. Plus précisément:

- Si la suspension des obligations était appliquée de telle manière qu'elle soit égale ou inférieure au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes, alors elle serait en principe compatible avec l'article 22:4 du Mémoire d'accord.⁴⁸
- Si la suspension des obligations était appliquée de telle manière qu'elle dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes, alors elle serait punitive et ne serait pas compatible avec l'article 22:4 du Mémoire d'accord.

⁴⁶ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 20, italique dans l'original; et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 20, italique dans l'original.

⁴⁷ Décision de l'arbitre, *États-Unis – FSC (article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 5.46 et 5.47.

⁴⁸ Nous rappelons que nous avons demandé aux États-Unis si "une mesure de rétorsion réciproque ou "symétrique" – suspension des mêmes obligations que celles qui ont été enfreintes par le Membre visé par la mesure de rétorsion – [était] en principe admissible au titre du Mémoire d'accord sous réserve que le niveau de la suspension soit équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". Les États-Unis ont indiqué dans leur réponse qu'ils "conven[ai]ent que la suspension des mêmes obligations [était], en principe, admissible au titre du Mémoire d'accord sous réserve que le niveau de la suspension soit équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages". *Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties*, 20 novembre 2003, paragraphe 38. Souligné dans l'original.

5.22 Comme cela est indiqué plus haut, toute suspension d'obligations dépassant le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages serait punitive. Nous rappelons que les deux parties au présent différend acceptent le point de vue, auquel nous souscrivons pleinement, selon lequel les sanctions punitives sont prohibées par l'article 22:4.⁴⁹

5.23 En l'espèce, afin de déterminer si la suspension qualitative pourrait être appliquée de telle manière que le niveau de la suspension pourrait dépasser le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il est nécessaire de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes. Une fois ces effets déterminés, les Communautés européennes pourraient mettre en œuvre leur suspension à concurrence, mais pas au-delà, de ce montant. Cela nécessite de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes en termes numériques ou monétaires, car c'est la seule façon dont les arbitres peuvent déterminer l'"équivalence" dans le présent contexte.

5.24 Cela est conforme à l'approche suivie lors des arbitrages antérieurs. Par exemple, dans l'affaire *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, les arbitres ont dit ce qui suit:

"[N]otre tâche consistant à estimer l'annulation et la réduction des avantages est très différente de celle d'un groupe spécial qui examine la conformité de certaines mesures avec les règles de l'OMC. Une fois qu'un groupe spécial a constaté une incompatibilité avec les règles de l'OMC, il peut *présumer* - conformément à l'article 3:8 du Mémoire d'accord - que l'incompatibilité a causé une annulation et une réduction des avantages. Pour ce motif, le groupe spécial peut accorder réparation à la partie gagnante au titre de l'article XXIII du GATT de 1994 ou des dispositions correspondantes d'autres Accords de l'OMC. Ce qui compte normalement pour un groupe spécial, ce sont les possibilités de concurrence et les infractions aux règles de l'OMC, non les courants d'échanges effectifs. Un groupe spécial n'a pas besoin normalement d'analyser plus avant l'annulation et la réduction des avantages qui ont été causées; il peut *présumer* leur existence. Nous, par contre, nous devons franchir une étape de plus. ... Ce que nous devons faire, c'est estimer l'annulation et la réduction des avantages causées par elle (et *présumer* exister conformément à l'article 3:8 du Mémoire d'accord). À cet effet, dans l'affaire à l'étude, nous devons axer notre attention sur les courants d'échanges. Nous devons estimer les échanges non réalisés en raison du maintien de l'interdiction au-delà du 13 mai 1999 [date d'expiration du délai raisonnable]."⁵⁰

5.25 Dans l'affaire *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, les arbitres ont aussi dit que la "valeur commerciale totale" ne pouvait pas "dépass[e] le niveau de la réduction du commerce que nous constatons".⁵¹

5.26 Une approche semblable a été adoptée par les arbitres dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*.⁵² Il s'agissait d'un arbitrage au titre de

⁴⁹ Les Communautés européennes conviennent que les obligations ne peuvent pas être suspendues de manière punitive:

"On pourrait tout à fait imaginer que le meilleur moyen d'inciter à la mise en conformité serait de prévoir des sanctions punitives. Toutefois, le Mémoire d'accord ne prévoit pas une telle possibilité. Par contre, il limite explicitement le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations au niveau de l'annulation des avantages, article 22:4 du Mémoire d'accord."

Déclaration orale des Communautés européennes, 13 novembre 2003, paragraphe 14.

⁵⁰ *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 41. Notes de bas de page omises.

⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 21.

l'article 25 du Mémorandum d'accord qui visait à déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'application d'une certaine législation des États-Unis sur le droit d'auteur. Les arbitres ont indiqué qu'ils partageaient l'avis suivant des parties:

"[A]ux fins de la présente procédure d'arbitrage, les avantages pertinents sont ceux qui sont de nature économique. Cela est compatible avec les décisions rendues antérieurement par les arbitres intervenant au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord."⁵³

5.27 Dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*, les arbitres ont également observé que l'objet de la procédure était de "quantifier le tort économique subi par les Communautés européennes" à la suite du maintien en application de la législation des États-Unis.⁵⁴

5.28 Dans l'affaire *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, comme il est indiqué plus haut, les arbitres ont autorisé à la fois la suspension de concessions tarifaires et la suspension d'"obligations" – y compris des obligations au titre de l'Accord sur les textiles et les vêtements et de l'Accord sur les procédures de licences d'importation. Les arbitres, après avoir déterminé une limite quantitative globale pour les contre-mesures, ont ajouté ce qui suit:

"[L]es arbitres demandent instamment au Canada de faire en sorte que, s'il décide de procéder à la suspension de certaines de ses obligations à l'égard du Brésil ... autrement que par la surtaxe de 100 pour cent, cela se fasse d'une manière telle que le montant maximal des contre-mesures ... soit respecté."⁵⁵

⁵² Décision des arbitres, *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur (article 25:3)*.

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 3.18.

⁵⁴ *Ibid.*, note de bas de page 38. Les arbitres ont également fourni des exemples de décisions antérieures dans le cadre desquelles la détermination des avantages avait été calculée en termes économiques:

Voir, par exemple, les décisions des arbitres dans les affaires *CE – Bananes III (22:6) (États-Unis)*, *supra*, paragraphe 6.12 (avantages annulés ou compromis: pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises et pertes subies par les fournisseurs de services des États-Unis en termes de fourniture de services); *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 mars 2000, note de bas de page 52 (avantages annulés ou compromis: pertes subies par l'Équateur en termes de commerce effectif et de possibilités de commerce potentiel dans le secteur de la banane et perte en termes de fourniture effective et potentielle de services de distribution); *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale des États-Unis – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (ci-après "*CE – Hormones (22:6) (États-Unis)*"), WT/DS26/ARB, 12 juillet 1999, paragraphe 41 (avantages annulés ou compromis: non-réalisation des exportations des États-Unis de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones); *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés – Plainte initiale du Canada – Recours des Communautés européennes à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* (ci-après "*CE – Hormones (22:6) (Canada)*"), WT/DS48/ARB, 12 juillet 1999, paragraphe 40 (avantages annulés ou compromis: non-réalisation des exportations canadiennes de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones).

Ibid., note de bas de page 39.

⁵⁵ *Brésil – Aéronefs (article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 4.2.

5.29 À cet égard, nous notons que dans leur demande, les CE ne fixent aucune limite quantifiable ou monétaire quant à la manière dont leur suspension pourrait être appliquée dans la pratique. Elle pourrait s'appliquer à un montant illimité d'exportations des États-Unis à destination des Communautés européennes.

5.30 Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel, même lorsque des mesures identiques sont appliquées de manière semblable, les effets sur le commerce peuvent être extrêmement différents. L'hypothèse suivante illustre ce point:

- Le Membre X exporte pour 10 milliards de dollars de marchandises à destination du Membre Y. Le Membre Y décide d'imposer une taxe *ad valorem* de 10 pour cent sur toutes les marchandises importées en provenance du Membre X. L'incidence économique ou commerciale totale d'une telle mesure (à supposer que les exportations continuent comme avant et que la taxe soit payée) serait de 1 milliard de dollars.
- Il est constaté que la taxe *ad valorem* de 10 pour cent du Membre Y est incompatible avec les règles de l'OMC. À l'expiration du délai raisonnable, le Membre X cherche à adopter une mesure "qualitativement équivalente" en imposant une taxe *ad valorem* de 10 pour cent sur toutes les importations en provenance du Membre Y.
- Le Membre Y exporte pour 100 milliards de dollars de marchandises à destination du Membre X. L'incidence économique ou commerciale totale de cette mesure "qualitativement équivalente", la taxe *ad valorem* de 10 pour cent frappant toutes les marchandises importées en provenance du Membre Y, serait de 10 milliards de dollars.

5.31 D'autres exemples, reposant sur d'autres Accords de l'OMC, pourraient illustrer la même conclusion. Il est toutefois plus judicieux d'examiner comment la suspension proposée par les CE en l'espèce pourrait s'appliquer aux exportations des États-Unis à destination des Communautés européennes. Quel que soit le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages – question sur laquelle nous reviendrons plus loin – la suspension des CE, une fois appliquée, doit rester limitée à ce niveau ou au-dessous.

5.32 Par ailleurs, nous n'acceptons pas l'argument des CE selon lequel la suspension des obligations est d'une certaine manière "équivalente" parce que la mesure qu'elles proposent calque, ou calque partiellement, la Loi de 1916. Laissant de côté pour le moment la question de savoir si nous pouvons examiner la mesure des CE, nous souhaitons rappeler que des mesures semblables, voire identiques, peuvent avoir des effets dissemblables sur le commerce. Autrement dit, des mesures semblables ou identiques peuvent ne pas aboutir à l'équivalence requise entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

5.33 Les Communautés européennes font valoir que "l'incidence potentielle de la législation communautaire serait en tout état de cause plus limitée que celle de la Loi de 1916", en partie du fait qu'historiquement il y a eu peu de cas de mesures antidumping imposées à l'égard de produits des États-Unis.⁵⁶ Toutefois, les arbitres ne peuvent pas simplement *supposer*, en se fondant sur la structure antérieure des échanges ou sur d'autres facteurs, que la suspension des CE aura toujours "des effets économiques semblables à ceux de la Loi de 1916, ou en fait moins pesants".⁵⁷

5.34 Compte tenu de l'application potentiellement illimitée de la suspension des CE, telle qu'elle est présentée dans leur demande, il est possible que la suspension des CE puisse dépasser le niveau de

⁵⁶ Communication écrite des Communautés européennes, 3 novembre 2003, paragraphe 59.

⁵⁷ *Ibid.*, paragraphe 60.

l'annulation ou de la réduction des avantages lors de son application et devienne donc punitive. La demande des CE ne garantit pas que la suspension sera limitée au niveau de l'annulation qu'elles ont subie, exprimé en termes économiques ou commerciaux quantifiables.

5.35 Nous constatons donc que les États-Unis se sont acquittés de la charge initiale qui leur incombait d'établir *prima facie*, ou d'établir une présomption, que le niveau de la suspension proposée par les Communautés européennes n'était pas équivalent au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages.

5.36 Nous nous intéressons maintenant aux deux autres composantes de l'article 22:7 et 22:4, c'est-à-dire le "niveau de la suspension des obligations" proposée par les Communautés européennes et le "niveau de l'annulation ou de la réduction" des avantages subie par les Communautés européennes.

C. LA DEMANDE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET LA "NATURE" DES OBLIGATIONS À SUSPENDRE

1. Arguments des parties

5.37 Comme il est indiqué plus haut, l'article 22:7 du Mémoire d'accord prévoit entre autres que les arbitres "n'examiner[ont] pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre".

5.38 Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes demandent aux arbitres d'examiner la nature des obligations à suspendre. Selon les États-Unis, "l'article 22:7 charge les arbitres de déterminer l'équivalence entre le niveau de la suspension et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, et non l'équivalence entre la mesure qui mettra en œuvre la suspension et la mesure qui a abouti à l'annulation ou à la réduction des avantages. De fait, la première phrase de l'article 22:7 paraît interdire même l'examen de la mesure visant à mettre en œuvre la suspension proposée de concessions ou d'autres obligations."⁵⁸

5.39 Les Communautés européennes ne conviennent pas qu'elles demandent aux arbitres d'examiner la "nature" des obligations à suspendre. Selon elles, les arbitres peuvent non seulement examiner le règlement "symétrique" proposé mais aussi y "ajouter des conditions".⁵⁹

2. Évaluation par les arbitres

5.40 Selon nous, nous ne sommes pas autorisés par l'article 22:7 à examiner le règlement "symétrique" proposé par les CE, et encore moins à y "ajouter des conditions". Cela amènerait les

⁵⁸ Réponses des États-Unis aux questions posées par l'arbitre aux parties, 20 novembre 2003, paragraphe 62.

⁵⁹ Dans une réponse à une question des arbitres, les Communautés européennes ont dit ce qui suit:

"Les arbitres peuvent ajouter les conditions qu'ils jugent nécessaires pour garantir l'équivalence des deux niveaux pertinents. Par exemple, si les Communautés européennes avaient l'intention d'adopter une législation symétrique en vertu de laquelle des droits spéciaux triples pourraient être imposés en l'absence d'une intention particulière d'éliminer la branche de production communautaire, etc., les arbitres pourraient demander aux Communautés européennes d'introduire cette condition afin d'assurer l'équivalence. De même, si les Communautés européennes prévoyaient l'imposition de droits spéciaux de dix fois le tort subi par la ou les sociétés communautaires, les arbitres pourraient décider que le niveau équivalent permet uniquement l'imposition de droits spéciaux de trois fois le tort subi (ce qui correspond aux dommages-intérêts triples prévus par la Loi de 1916)."

Réponses des Communautés européennes aux questions de l'arbitre, 20 novembre 2003, paragraphe 25.

arbitres à examiner la "nature" des obligations à suspendre. Comme les arbitres l'ont indiqué dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*:

"Il est expressément interdit aux arbitres d'[examiner] ... la *nature* des concessions ou des autres obligations à suspendre" (sauf au titre de l'article 22:3 et 22:5).

Pour ces motifs, nous ne pouvons pas exiger que les États-Unis donnent d'autres précisions sur la nature de la suspension proposée. Comme il a été convenu par toutes les parties impliquées dans le présent différend, au cas où une proposition de suspension viserait, par exemple, uniquement les biscuits avec application d'un droit *ad valorem* de 100 pour cent, il n'appartiendrait pas aux arbitres de décider que, par exemple, le fromage et non les biscuits devrait être visé; qu'un droit de 150 pour cent devrait être imposé au lieu d'un droit de 100 pour cent; ou que les droits majorés devraient être perçus sur la base du poids du produit et non *ad valorem*. Tous ces points concernent des aspects *qualitatifs* de la suspension proposée en rapport avec la "nature" des concessions devant être retirées. Ils ne relèvent pas de la compétence des arbitres."⁶⁰

5.41 Par conséquent, dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, les arbitres ont déterminé que les concessions tarifaires qui visaient "le fromage et non les biscuits", l'ampleur de la majoration des droits proposée ou les modalités de la suspension concernaient toutes la "nature" des concessions à retirer et ne pouvaient pas être examinées. Selon nous, un examen du règlement "symétrique" proposé par les CE appellerait un rôle nettement plus actif que celui que les arbitres ont refusé de jouer dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*.

5.42 Nous estimons donc que la proposition des Communautés européennes visant à adopter un règlement "symétrique" se rapporte à la nature des obligations à suspendre. Nous partageons l'avis des États-Unis selon lequel nous ne sommes pas compétents pour déterminer l'équivalence entre la *mesure* proposée pour mettre en œuvre la suspension et la *mesure* qui a abouti à l'annulation ou à la réduction des avantages. L'article 22:6 et 22:7 du Mémoire d'accord autorise la suspension de *concessions ou d'autres obligations*. Les arbitres ne sont pas compétents pour approuver l'adoption de *mesures* par la partie plaignante.

5.43 Par conséquent, à ce stade, nous prenons simplement note, de manière factuelle, des déclarations des Communautés européennes selon lesquelles elles entendent mettre en œuvre toute suspension d'obligations autorisée moyennant un règlement "symétrique" proposé. Toutefois, conformément aux limitations claires concernant notre mandat imposées par l'article 22:7, nous refusons d'examiner un tel règlement.

5.44 Bien que nous ne puissions pas examiner les mesures proposées pour mettre en œuvre toute suspension d'obligations autorisée, nous devons bien sûr établir une détermination sur le point de savoir si la suspension des obligations proposée par les Communautés européennes est équivalente au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Nous nous intéressons donc maintenant à l'autre aspect du problème: l'annulation ou la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916.

⁶⁰ *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 18 et 19, italique dans l'original; *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, paragraphes 18 et 19, italique dans l'original.

D. NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES SUBIE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

1. Argument des parties

5.45 Les États-Unis font valoir que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916 est égal à "zéro". Selon les États-Unis:

"Le fait de ne pas avoir rendu conforme la Loi de 1916 à la fin du délai raisonnable n'a *pas* annulé ni compromis d'avantages découlant pour les CE du GATT ou de l'Accord antidumping. Le point de départ est la situation telle qu'elle existait à la fin du délai raisonnable, quand le présent arbitrage a été engagé et le mandat arrêté. Aucune ordonnance n'était en vigueur à l'encontre de produits des CE et aucun courant d'échange des CE n'était touché. Si la Loi de 1916 avait été mise en conformité à cette date, il n'en aurait résulté aucun accroissement du commerce pour les CE. En conséquence, le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les CE était égal à zéro."⁶¹

5.46 Les Communautés européennes "rejetten l'allégation non étayée formulée par les États-Unis selon laquelle l'annulation et la réduction des avantages sont égales à zéro":

"Les Communautés européennes souhaitent rappeler les constatations du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* selon lesquelles

[é]tant donné ... que les États-Unis n'ont produit aucune preuve contraire, nous concluons que la Loi de 1916 annule ou compromet des avantages découlant pour les Communautés européennes de l'Accord sur l'OMC.

Les allégations des États-Unis selon lesquelles les Communautés européennes n'ont subi aucune annulation ou réduction des avantages sont donc en contradiction directe avec les conclusions du Groupe spécial telles qu'elles ont été confirmées par l'Organe d'appel. Au lieu de revenir sur les arguments présentés pendant les procédures du Groupe spécial et de l'Organe d'appel concernant la Loi de 1916, les Communautés européennes recommanderaient aux États-Unis de respecter l'article 17:14 du Mémoire d'accord, selon lequel "[u]n rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et *accepté sans condition* par les parties au différend ..." (pas d'italique dans l'original).⁶²

5.47 Les Communautés européennes font valoir que le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages doit être déterminé en fonction des avantages directs ou indirects découlant pour un Membre de l'accord pertinent. En conséquence, elles soutiennent que l'annulation ou la réduction des avantages doit être comprise "au sens large, et n'est en aucune façon limitée aux pertes en termes de commerce ou d'exportations vers les États-Unis". En l'espèce, les Communautés européennes estiment que "l'existence de la Loi de 1916 en elle-même constitue l'annulation et la réduction des avantages pertinentes. Du fait de la Loi de 1916, les sociétés européennes ont subi et subissent des pertes financières et doivent faire face aux incidences plus larges de ladite loi, c'est-à-dire son effet dissuasif."

⁶¹ Communication écrite des États-Unis, 20 octobre 2003, paragraphe 27.

⁶² Communication écrite des Communautés européennes, 3 novembre 2003, paragraphes 14 et 15.

2. Évaluation par les arbitres

a) Présomption d'annulation

5.48 Nous n'acceptons pas la position des États-Unis selon laquelle le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages en l'espèce est égal à "zéro". Comme l'ont fait observer les Communautés européennes, le Groupe spécial initial en l'espèce a constaté, et l'Organe d'appel a confirmé, que "la Loi de 1916 annul[ait] ou compromett[ait] des avantages découlant pour les Communautés européennes de ...". Par conséquent, si le niveau de l'annulation ou de réduction des avantages n'a pas été spécifié de façon quantitative dans la demande formulée par les CE au titre de l'article 22:2, il n'est manifestement pas, et ne peut pas être, égal à "zéro". Selon nous, cette position des États-Unis ne peut pas être soutenue compte tenu des constatations adoptées du Groupe spécial et de l'Organe d'appel.

5.49 À l'appui de leur argument, les États-Unis citent la décision des arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*:

"La *présomption* d'annulation ou de réduction d'avantages dans le cas d'une infraction à une disposition du GATT visée à l'article 3:8 du Mémoire d'accord ne peut à elle seule être considérée simultanément comme un *élément de preuve* établissant un niveau particulier d'annulation ou de réduction d'avantages prétendument subie par un Membre qui demande l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord beaucoup plus tard dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. L'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction d'avantages effectué par les arbitres sur la base de la norme objective prévue à l'article 22 du Mémoire d'accord est un processus distinct, indépendant de la constatation d'infractions aux règles de l'OMC faite par un groupe spécial ou par l'Organe d'appel. ... Toutefois, l'intérêt juridique qu'a un Membre à ce que d'autres Membres donnent suite aux recommandations et décisions ne signifie pas automatiquement à notre avis que ce Membre est habilité à obtenir l'autorisation de suspendre des concessions au titre de l'article 22 du Mémoire d'accord."⁶³

5.50 Nous pensons, comme les arbitres dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, que la *présomption* d'annulation ou de réduction d'avantages, prévue à l'article 3:8 du Mémoire d'accord ne donne en aucune façon un élément de preuve indiquant le *niveau* de l'annulation ou de la réduction d'avantages subie par le Membre qui demande l'autorisation de suspendre des obligations. Toutefois, le fait que la *présomption* ne se traduit pas automatiquement en un niveau donné ne signifie pas que ce niveau soit égal à "zéro". Le Groupe spécial initial a déterminé que la Loi de 1916 "annul[ait] ou compromett[ait] des avantages découlant pour les Communautés européennes de ...". Compte tenu de cette conclusion, le niveau doit être quelque chose de supérieur à "zéro" et c'est une contradiction dans les termes de donner à entendre qu'il en est autrement.

5.51 Nous passons maintenant à l'examen des paramètres permettant de déterminer le niveau effectif de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes en l'espèce.

⁶³ *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.10, cité dans la *Communication écrite des États-Unis*, 20 octobre 2003, paragraphe 27.

- b) Position des CE selon laquelle l'existence de la Loi de 1916 constitue l'annulation et la réduction des avantages

5.52 Les Communautés européennes ont souligné dans leur communication que "l'existence de la Loi de 1916 en tant que telle constitu[ait] l'annulation et la réduction des avantages pertinentes". Par conséquent, selon elles, le "tort financier concret subi par les sociétés touchées ainsi que l'effet dissuasif de la Loi de 1916 sont seulement les conséquences économiques de cette loi".⁶⁴

5.53 Néanmoins, comme nous l'avons relevé plus haut, aucune suspension proposée par les Communautés européennes ne peut être appliquée d'une façon qui dépasserait le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Afin d'établir les circonstances dans lesquelles cela pourrait se produire – ou, en d'autres termes, pour déterminer un niveau de suspension qui ne serait pas punitif – les arbitres estiment qu'il est nécessaire d'examiner ce qui pourrait légitimement être considéré comme constituant une annulation ou une réduction d'avantages pour les Communautés européennes dans le présent différend.

- c) Calculer l'annulation ou la réduction des avantages: utiliser des "estimations raisonnées" et éviter les spéculations

5.54 Pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916, nous devons nous fonder, autant que possible, sur des renseignements crédibles, factuels et vérifiables. Nous ne pouvons fonder aucune estimation de ce type sur des spéculations. Comme l'ont fait observer les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE):

"La question à laquelle nous devons donc répondre en l'espèce est la suivante: quelles seraient les exportations annuelles prospectives de viande de bœuf et de produits carnés provenant d'animaux traités avec des hormones des États-Unis vers les CE si les CE avaient retiré l'interdiction le 13 mai 1999? Une réponse à cette question, comme à toute question concernant des événements futurs, ne peut être qu'une estimation raisonnée. Elle est nécessairement fondée sur certaines suppositions. *En faisant ces estimations et suppositions nous devons prendre garde aux allégations relatives à des occasions perdues lorsque le lien de causalité avec l'interdiction incompatible frappant les hormones est loin d'être évident, c'est-à-dire lorsque des exportations n'auraient pas été réalisées non pas à cause de l'interdiction, mais en raison d'autres circonstances.*"⁶⁵

⁶⁴ Réponses des Communautés européennes aux questions de l'arbitre, 20 novembre 2003, paragraphe 16.

⁶⁵ *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE), paragraphe 41. Pas d'italique dans l'original. À l'appui de cette position, les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – CE) ont cité le rapport *CE – Bananes III (États-Unis)* (article 22:6 – CE):

"Nous sommes d'avis que la norme à utiliser pour le calcul du niveau d'annulation ou de réduction des courants d'échanges des États-Unis devrait être les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises vers les Communautés européennes et les pertes subies par les fournisseurs de services des États-Unis en termes de fourniture de services dans les CE ou aux CE. Toutefois, nous pensons que les pertes subies par les États-Unis en termes d'exportations de marchandises ou de services *entre les États-Unis et les pays tiers* ne constituent pas une annulation ou une réduction d'avantages ne serait-ce qu'*indirects* résultant pour les États-Unis du GATT ou de l'AGCS pour laquelle les Communautés européennes risquent une suspension de concessions."

CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE), paragraphe 6.12, italique dans l'original.

5.55 Suivant cette approche, les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*) ont rejeté les demandes des États-Unis concernant certaines pertes en termes d'exportations comme étant trop "ténues" et relevant "trop de la spéculation".⁶⁶

5.56 Une approche analogue a été adoptée par les arbitres dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*). Dans cette affaire, le Canada a fait valoir qu'une certaine compagnie aérienne avait une "marge de préférence déclarée" pour un constructeur d'aéronefs régionaux canadien. Les arbitres ont rejeté cet argument en partie parce que "[s]i une telle préférence [pouvait] avoir existé, le Canada ne l'avait pas dûment quantifiée ...".⁶⁷

5.57 Nous estimons que cette approche prudente adoptée par de précédents arbitres est appropriée. Nous passons donc à l'examen du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages en l'espèce, tout en évitant les demandes qui sont "trop ténues", qui relèvent "trop de la spéculation" ou qui ne sont "pas dûment quantifiées".

d) Jugements définitifs concernant la Loi de 1916

5.58 Selon nous, tous jugements définitifs concernant la Loi de 1916 prononcés à l'encontre de sociétés communautaires ou de leurs filiales constitueraient une annulation ou une réduction d'avantages revenant aux Communautés européennes, à concurrence de la valeur cumulative en dollars ou monétaire correspondant à ces jugements. Selon nous, il serait approprié d'inclure uniquement les jugements "définitifs", c'est-à-dire les montants payables soit après l'achèvement des procédures d'appel, soit après l'expiration des délais de recours. En outre, toutes les décisions de ce type sont rendues publiques et les montants prévus par les jugements sont donc facilement vérifiables.

5.59 Dans une affaire où des demandes multiples ont été formulées – c'est-à-dire une décision portant à la fois sur des demandes faites au titre de la Loi de 1916 et des demandes qui n'ont pas été faites au titre de cette loi – les montants inclus par les Communautés européennes dans le calcul de leur niveau d'annulation ou de réduction d'avantages devraient être limités aux seules demandes au titre de la Loi de 1916.

5.60 Les jugements concernant la Loi de 1916 sont rendus conformément à une législation incompatible avec les règles de l'OMC et il est clair qu'ils annulent ou compromettent les avantages résultant pour les Communautés européennes du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping. La valeur cumulative en dollars ou monétaire correspondant aux jugements concernant ladite loi pourrait donc en principe être incluse par les Communautés européennes dans tout calcul cumulatif du niveau global de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elles ont subie.

e) Règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916

5.61 Selon nous, tous règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916 auxquels sont parties des sociétés communautaires ou leurs filiales constitueraient également une annulation ou une réduction d'avantages revenant aux Communautés européennes, à concurrence de la valeur cumulative en dollars ou monétaire correspondant à ces règlements. Là encore, de tels règlements à l'amiable résultent d'une législation incompatible avec les règles de l'OMC et, par conséquent, annulent ou compromettent les avantages revenant aux Communautés européennes. Selon nous, que les montants doivent être payés par des entités communautaires en vertu de décisions judiciaires concernant la Loi de 1916 ou de règlements à l'amiable concernant ladite loi, l'effet juridique est le même sur le plan de l'annulation ou de la réduction des avantages revenant aux Communautés européennes.

⁶⁶ *CE – Hormones*, paragraphe 77.

⁶⁷ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*), paragraphe 3.22.

5.62 Dans un règlement à l'amiable dans le cadre duquel des demandes multiples ont été formulées – c'est-à-dire un règlement concernant une procédure judiciaire portant à la fois sur des demandes faites au titre de la Loi de 1916 et des demandes qui n'ont pas été faites au titre de cette loi – les montants inclus par les Communautés européennes dans le calcul de leur niveau d'annulation ou de réduction d'avantages devraient être limités aux seules demandes au titre de la Loi de 1916.

5.63 Comme cela a été noté plus haut, pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il est nécessaire de se fonder seulement sur des renseignements crédibles, vérifiables et non sur des spéculations. Dans le contexte de règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916, cela nécessiterait presque certainement la divulgation de ces règlements, afin que les montants qui y sont prévus – et les parties imputables à la Loi de 1916 – puissent être confirmés. Cela sera examiné plus en détail ci-dessous.

f) Effet dissuasif ou effet de "refroidissement"

5.64 Les parties ont adopté des positions nettement divergentes au sujet du prétendu effet dissuasif ou "effet de refroidissement" de la Loi de 1916. Les Communautés européennes ont déclaré ce qui suit:

"On peut faire valoir que l'effet le plus dommageable de la Loi de 1916 est son "effet de refroidissement" sur le comportement commercial des sociétés européennes et son utilisation potentielle en tant que moyen d'intimidation des sociétés européennes qui sont déjà actives sur le marché des États-Unis ou qui envisagent d'entrer sur ce marché."⁶⁸

5.65 Les Communautés européennes ont décrit la Loi de 1916 comme étant un "instrument d'intimidation". Elles ont fait valoir que "[d]es exportateurs [avaient] toujours été contraints de conclure des règlements à l'amiable" alors que "[d]'autres [avaient] sans aucun doute modifié leur comportement commercial sous l'effet de menaces sans qu'aucune poursuite judiciaire ait été engagée".⁶⁹ À l'appui de leur position, les Communautés européennes ont cité la décision du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*:

"[L]orsqu'il s'agit d'un traité dont les avantages dépendent en partie de l'activité de différents agents, la loi elle-même peut être considérée comme une violation, puisque sa seule existence peut avoir pour "effet de refroidir" de manière appréciable les activités économiques des particuliers."⁷⁰

5.66 Ainsi, selon les Communautés européennes, "les groupes spéciaux ont toujours reconnu que la législation pouvait avoir un effet dissuasif ou un "effet de refroidissement" sur les activités économiques des agents. Il va sans dire que cet effet est d'autant plus présent dans le cas d'une législation réprimant les délits pénaux ou civils."⁷¹

5.67 Les Communautés européennes ont ajouté ce qui suit:

"Toute tentative visant à quantifier l'"effet de refroidissement" est forcément vouée à l'échec. Toutefois, l'effet dissuasif est un élément qualitatif important pour la détermination du niveau de l'annulation et de la réduction des avantages subies par les CE du fait de l'existence de la Loi de 1916. Les sociétés intéressées ont confirmé que

⁶⁸ *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphe 31.

⁶⁹ *Ibid.*, paragraphe 32.

⁷⁰ *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.81.

⁷¹ *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphe 33.

l'existence de la Loi de 1916 avait compromis pour elles l'égalité des chances sur le marché des États-Unis."⁷²

5.68 Les États-Unis ont fait valoir ce qui suit:

"En ce qui concerne ce différend particulier, la Loi de 1916 n'a pas d'effet "dissuasif" ni d'"effet de refroidissement" sur les importations en provenance des CE et celles-ci n'ont fourni aucun élément de preuve permettant d'établir qu'il en était autrement.

Aucun arbitrage antérieur n'a inclus de calcul d'un "effet dissuasif ou effet de refroidissement" exercé par des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC. Les Communautés européennes demandent à l'arbitre dans la présente procédure de prendre la décision sans précédent d'introduire la notion de l'effet de refroidissement et de formuler une constatation concernant un niveau d'annulation ou de réduction fondée sur cette notion spéculative. Elles n'ont indiqué aucune base dans le texte du Mémoire d'accord permettant une telle approche."⁷³

5.69 Nous estimons que toute demande concernant un effet dissuasif ou un "effet de refroidissement" formulée par les Communautés européennes en l'espèce relèverait trop de la spéculation et serait trop ténue. Nous n'avons pas besoin de nous prononcer, aux fins du présent arbitrage, sur la question plus large de savoir si l'on peut considérer qu'il existe un "effet de refroidissement" aux fins du règlement des différends de l'OMC.⁷⁴ Il nous faut seulement déterminer si un tel effet de refroidissement peut être dûment quantifié aux fins de la détermination du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916.

5.70 Les deux parties reconnaissent que l'effet de refroidissement ne peut être quantifié en l'espèce. Les États-Unis, se référant à certaines études économétriques soumises par les Communautés européennes, font valoir que "[m]ême si l'on pouvait considérer que ces études établissent l'existence d'un "effet de refroidissement" en ce qui concerne les droits antidumping, elles ne le font pas en ce qui concerne la Loi de 1916".⁷⁵ Les Communautés européennes ont reconnu qu'elles "ne connaissent aucun modèle économétrique qui permettrait de mesurer l'"effet de refroidissement" produit par la simple existence d'une législation antidumping ou, de façon encore plus spécifique, de la Loi de 1916".⁷⁶

5.71 Les Communautés européennes soulignent que "la question de l'"effet de refroidissement" et de sa quantification n'est pas essentielle aux fins de la présente procédure et [qu]elles n'ont jamais fondé leur demande sur cette notion. En fait, selon elles, il n'est même pas nécessaire (et il ne serait peut-être même pas possible) d'examiner cette notion de façon détaillée [sur le plan quantitatif]".⁷⁷ Nous reconnaissons que les Communautés européennes n'ont jamais "fondé" leur demande sur la

⁷² *Ibid.*, paragraphe 34.

⁷³ *Réponses des États-Unis aux questions additionnelles posées par l'arbitre aux parties*, 16 décembre 2003, paragraphes 2 et 3.

⁷⁴ Nous relevons que si la Loi de 1916 a un effet de "refroidissement" – question sur laquelle nous ne prenons pas position – on peut présumer que la suspension d'obligations proposée par les CE aurait le même effet. De la même façon, si la Loi de 1916 n'a pas d'effet de "refroidissement", alors on peut présumer que la suspension d'obligations proposée par les CE n'aurait pas non plus d'"effet de refroidissement".

⁷⁵ *Observations des États-Unis sur les réponses des Communautés européennes aux questions additionnelles de l'arbitre*, 22 décembre 2003, paragraphe 3.

⁷⁶ *Réponses des Communautés européennes aux questions additionnelles de l'arbitre*, 16 décembre 2003, paragraphe 1.

⁷⁷ *Observations des Communautés européennes sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre*, 22 décembre 2003, paragraphe 8.

notion de l'"effet de refroidissement". En même temps, nous devons évaluer s'il est possible de quantifier l'"effet de refroidissement" dans le cadre de la détermination du niveau quantifié global de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes.

5.72 Sur la base des renseignements fournis aux arbitres, nous convenons avec les parties qu'il n'est pas possible de quantifier l'effet de refroidissement. En conséquence, l'effet de refroidissement prétendument causé par la Loi de 1916 ne pourrait pas être inclus dans le calcul par les Communautés européennes de leur niveau global d'annulation ou de réduction d'avantages.

g) Frais de procédure

5.73 Les Communautés européennes considèrent que les "frais de justice liés aux procédures judiciaires en instance aux États-Unis" sont l'un des "coûts immédiats de la Loi de 1916".⁷⁸ Les États-Unis adoptent une position contraire, soulignant qu'ils "ne voient pas en quoi les frais de justice relatifs aux procédures en instance concernant la Loi de 1916 ont un rapport avec un quelconque "avantage" résultant pour les Membres de l'OMC d'un quelconque accord de l'OMC. Les CE n'ont indiqué aucune obligation dans le cadre de l'OMC interdisant les poursuites judiciaires contre des personnes dans un Membre." Ils font valoir que "[n]i le GATT de 1994 ni l'Accord antidumping n'accordent à aucune personne d'un Membre de l'OMC le droit d'importer des produits sur le territoire d'un autre Membre de l'OMC – encore moins l'immunité judiciaire ou le bénéfice d'un quelconque type de "plafond" concernant les frais de justice encourus du fait de l'importation. En conséquence, les "frais de justice" encourus par les importateurs du fait de la Loi de 1916 ne paraissent pas constituer l'annulation ou la réduction d'un quelconque "avantage" résultant pour un quelconque Membre d'un quelconque accord de l'OMC."⁷⁹

5.74 En réponse, les Communautés européennes rejettent l'opinion selon laquelle "les frais de justice relatifs aux procédures en instance concernant la Loi de 1916 [n']ont ... [pas de] rapport avec un quelconque "avantage" résultant pour les Membres de l'OMC d'un ...". Selon elles, "[l]es Accords de l'OMC, et en l'espèce le GATT et l'Accord antidumping, constituent un cadre juridique prévisible et sûr pour le comportement commercial des sociétés sur le marché des États-Unis. Ainsi, toute société qui se conforme aux règles qui y sont prévues s'attend raisonnablement à pouvoir mener des activités commerciales normales sans intervention (judiciaire) induite." Du fait de la Loi de 1916, selon les Communautés européennes, "l'un des principaux avantages découlant des Accords de l'OMC, en particulier la certitude et la prévisibilité juridiques, est ainsi annulé et compromis".⁸⁰

5.75 Les Communautés européennes déclarent aussi qu'il n'est pas possible de faire un calcul exact des frais de procédure, en partie parce que "les sociétés qui sont activement engagées dans une procédure concernant la Loi de 1916 doivent faire face chaque jour à de nouvelles dépenses pour se défendre. Ainsi, indiquer le montant précis des frais reviendrait à viser une cible mobile".⁸¹ Les renseignements communiqués par les Communautés européennes aux arbitres au sujet de certains frais de procédure encourus par des entités communautaires l'ont été "uniquement à titre d'exemple".⁸² La position des États-Unis est que "les CE ont exagéré ces dépenses à plusieurs égards importants et

⁷⁸ *Note méthodologique des Communautés européennes*, 6 octobre 2003, paragraphe 4. Les Communautés européennes ont aussi fait référence aux coûts connexes, incluant "les coûts commerciaux cachés pour les sociétés qui doivent se défendre". *Réponses des Communautés européennes aux questions de l'arbitre*, 20 novembre 2003, paragraphe 48.

⁷⁹ *Communication écrite des États-Unis*, 20 octobre 2003, paragraphe 30.

⁸⁰ *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphe 30.

⁸¹ *Communication écrite des Communautés européennes*, 3 novembre 2003, paragraphe 29.

⁸² *Réponses des Communautés européennes aux questions de l'arbitre*, 20 novembre 2003, paragraphe 49.

n'ont donné aucun élément de preuve à l'appui de ces demandes".⁸³ Les États-Unis font valoir que les Communautés européennes ont fourni "des affirmations qui n'avaient pas été faites sous serment et non étayées de parties privées participant à ces procédures. Pour autant que nous le sachions, aucun arbitre n'a jamais fondé de décision au titre de l'article 22:6 sur des demandes aussi vagues et aussi peu étayées."⁸⁴

5.76 Les arbitres rappellent leur position, exposée ci-dessus, selon laquelle il convient de suivre l'approche prudente adoptée par de précédents arbitres pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Nous ne voyons aucune base dans les Accords de l'OMC permettant de soutenir l'opinion avancée par les Communautés européennes selon laquelle les frais de justice peuvent être demandés en tant que perte d'un avantage revenant à un Membre de l'OMC. En outre, nous ne connaissons aucune affaire antérieure dans laquelle une telle demande a été autorisée. La question de savoir quels sont les frais qui pourraient être inclus dans une telle demande, et dans quelles circonstances, n'est pas claire non plus.

5.77 Dans les circonstances propres à la présente affaire, il n'est pas contesté que les Communautés européennes n'ont pas "dûment quantifié" le montant des frais de justice payés par des entités communautaires du fait de la Loi de 1916. En fait, les Communautés européennes reconnaissent qu'elles ont donné seulement des exemples de tels coûts et non des tableaux globaux vérifiables. En outre, comme cela a été indiqué plus haut, ces exemples de frais de justice ont été contestés par les États-Unis.

5.78 En conséquence, selon nous, les frais de procédure encourus par les entités communautaires du fait de la Loi antidumping de 1916 ne pourraient pas être inclus dans le calcul par les Communautés européennes du niveau global de l'annulation ou de la réduction des avantages.

h) Conclusion concernant les paramètres pour le calcul de l'annulation ou de la réduction des avantages

5.79 Nous avons donc déterminé que pour évaluer si l'application de la suspension d'obligations proposée par les Communautés européennes dépasserait le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il serait approprié d'inclure les montants prévus par les jugements définitifs concernant la Loi de 1916, ainsi que les montants accordés dans le cadre de règlements à l'amiable pour les demandes au titre de ladite loi. En l'espèce, il ne serait pas approprié d'inclure des demandes relatives au prétendu "effet de refroidissement" de la Loi, ni les frais de procédure et les coûts connexes.

5.80 Dans la section suivante, nous appliquerons ces paramètres aux faits spécifiques en l'espèce.

VI. DÉTERMINATION DU NIVEAU DE L'ANNULATION OU DE LA RÉDUCTION DES AVANTAGES EN L'ESPÈCE

1. Introduction

6.1 Nous avons souligné tout au long de la présente décision que pour évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC de la demande de suspension d'obligations formulée par les Communautés européennes, le facteur déterminant, selon nous, est la façon dont la suspension serait *appliquée* en pratique. Il est donc approprié que nous exposions nos vues non seulement sur la façon dont la suspension par les CE pourrait être appliquée actuellement, mais aussi sur la façon dont elle pourrait

⁸³ Observations des États-Unis sur les réponses des Communautés européennes aux questions additionnelles de l'arbitre, 22 décembre 2003, paragraphe 8.

⁸⁴ Observations des États-Unis sur les réponses des Communautés européennes aux questions additionnelles de l'arbitre, 22 décembre 2003, paragraphe 14.

être appliquée de façon continue au cas où la mesure des États-Unis incompatible avec les règles de l'OMC ne serait pas éliminée.

6.2 Nous convenons que les Communautés européennes peuvent suspendre des obligations dans le cadre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping, sous réserve de la condition importante selon laquelle, quelles que soient les obligations que les Communautés européennes suspendent, le niveau quantifié global de la suspension ne peut pas dépasser le niveau quantifié de l'annulation ou de la réduction des avantages.

6.3 Pour calculer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, nous avons indiqué que les Communautés européennes pouvaient inclure à la fois les jugements définitifs concernant la Loi de 1916 et les règlements à l'amiable concernant ladite loi. Nous examinons ceux-ci tour à tour ci-dessous.

2. Jugements définitifs concernant la Loi de 1916

6.4 Comme il a été indiqué plus haut, les montants prévus dans tous jugements définitifs concernant la Loi de 1916 prononcés à l'encontre de sociétés communautaires ou de leurs filiales constitueraient une annulation ou une réduction d'avantages revenant aux Communautés européennes, à concurrence de la valeur cumulative en dollars ou monétaire correspondant à ces jugements.

6.5 À ce jour, aucun jugement concernant la Loi de 1916 n'a été prononcé à l'encontre d'entités communautaires. Par conséquent, actuellement, aucun montant de ce type ne pourrait être inclus dans le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes.

6.6 Les jugements futurs à l'encontre d'entités communautaires concernant la Loi pourraient, selon nous, être inclus dans un calcul futur du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes. Ce qui serait pertinent aux fins de ce calcul serait la valeur monétaire totale correspondant à de tels jugements concernant la Loi de 1916 (c'est-à-dire quel que soit le nombre de décisions accordant des "dommages-intérêts triples" rendues aux États-Unis) qui pourrait être compensée par la suspension d'obligations, pour un montant monétaire équivalent, par les Communautés européennes (là encore, quel que soit le nombre de décisions accordant des "droits triples" que les Communautés européennes pourraient mettre en œuvre en réponse).

3. Règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916

6.7 Comme il a été indiqué plus haut, la valeur en dollars correspondant à tous règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916 auxquels sont parties des sociétés communautaires ou leurs filiales constituerait une annulation ou une réduction des avantages revenant aux Communautés européennes, à concurrence de la valeur cumulative en dollars ou monétaire des montants à payer par des entités communautaires.

6.8 Les Communautés européennes ont déclaré que des entités communautaires avaient conclu des règlements à l'amiable depuis l'expiration du délai raisonnable. Toutefois, les montants prévus par ces règlements n'ont pas été divulgués, de toute évidence à cause de dispositions en matière de confidentialité figurant dans les accords de règlement applicables.

6.9 Les arbitres sont bien conscients des contraintes applicables à la divulgation de tels règlements à l'amiable. Les Communautés européennes nous ont informé qu'elles n'étaient pas en mesure d'obtenir le texte des accords de règlement à l'amiable, entre autres parce que les sociétés des

États-Unis parties à ces règlements refusaient de les divulguer.⁸⁵ Les États-Unis ont indiqué qu'ils ne pouvaient pas avoir accès aux accords de règlement à l'amiable en raison des dispositions de ces accords en matière de confidentialité.⁸⁶

6.10 En même temps, nous ne pensons pas que les montants prévus par les règlements à l'amiable non divulgués puissent être inclus dans le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Les arbitres rappellent qu'ils ne peuvent accepter des demandes qui sont "trop ténues", qui relèvent "trop de la spéculation" ou qui ne sont "pas dûment quantifiées".

6.11 Nous rappelons aussi que conformément aux règles normales applicables à la charge de la preuve, comme il a été indiqué dans les affaires *CE – Hormones (États-Unis) (article 22:6 – CE)* et *CE – Hormones (Canada) (article 22:6 – CE)*, "lorsque l'existence d'un fait spécifique est alléguée ... [i]l incombe à la partie qui allègue le fait d'en prouver l'existence". En l'espèce, les Communautés européennes ont allégué des "faits spécifiques" – le règlement à l'amiable de demandes au titre de la Loi de 1916 auxquelles ont participé des entités communautaires. Or elles n'ont pas prouvé l'existence de tels faits.⁸⁷

⁸⁵ Les Communautés européennes ont déclaré ce qui suit:

"Malgré leurs efforts, les Communautés européennes n'ont pas été en mesure d'obtenir le texte des accords de règlement à l'amiable. Dans l'affaire *Goss International contre MAN Roland, Koenig & Bauer*, les Communautés européennes ont été informées que la société des États-Unis était opposée à la divulgation de l'accord. Les Communautés européennes n'ont aucun moyen juridique d'imposer la divulgation des clauses de l'accord, comme le prévoient les clauses de cet accord en matière de confidentialité. Enfin, les Communautés européennes sont informées que même une demande directe des arbitres aux sociétés ne satisferait pas aux conditions établies dans l'accord de règlement à l'amiable et que la divulgation non autorisée du document pourrait exposer les sociétés européennes à de nouvelles poursuites judiciaires aux États-Unis."

Observations des Communautés européennes sur les réponses des États-Unis aux questions additionnelles de l'arbitre, 22 décembre 2003, paragraphe 10.

⁸⁶ Les États-Unis nous ont informés qu'ils avaient pris contact avec les parties aux procès récents concernant la Loi de 1916 afin de demander des renseignements sur les conditions du règlement à l'amiable dans ces affaires. Toutefois, selon eux:

"... ces règlements à l'amiable conclus entre les parties privées dans chaque affaire sont subordonnés à des dispositions en matière de confidentialité qui interdisent à des tiers d'y avoir accès. Le respect de ces dispositions en matière de confidentialité est assuré par les tribunaux, indépendamment de toute préoccupation relative à la confidentialité commerciale. Aucune des parties n'est autorisée à révéler les conditions du règlement à l'amiable. Par conséquent, les États-Unis ne peuvent avoir accès aux conditions du règlement et ne sont donc pas en mesure de juger de leur incidence, pour autant qu'elles en aient une."

Réponses des États-Unis aux questions additionnelles posées par l'arbitre aux parties, 16 décembre 2003, paragraphe 7.

⁸⁷ Les Communautés européennes ont saisi les arbitres d'une décision rendue le 3 décembre 2003 par le Tribunal fédéral du district nord de l'Iowa condamnant une société japonaise à verser des dommages-intérêts au titre de la Loi de 1916. Les Communautés européennes ont noté que cela constituait la première décision rendue au titre de la Loi de 1916. Elles ont fait valoir ce qui suit:

"... la société Goss International a bénéficié de la première décision accordant des dommages-intérêts jamais prononcée au titre de la Loi de 1916, à l'encontre de la société japonaise TKS. Les dommages-intérêts ont été fixés à 31,5 millions de dollars EU ... Les Communautés européennes font observer que [des] sociétés européennes ... ont à l'origine été poursuivies dans le cadre de la même procédure que celle qui avait été intentée contre TKS jusqu'à ce qu'elles concluent un règlement à l'amiable avec Goss

6.12 Par conséquent, dans la mesure où les Communautés européennes peuvent obtenir des renseignements crédibles au sujet des règlements à l'amiable existants concernant la Loi de 1916 – en d'autres termes, dans la mesure où elles peuvent obtenir la divulgation de tels règlements – elles peuvent inclure dans tout calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages les montants à verser par des entités communautaires dans le cadre de règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916.

6.13 Les montants prévus par de futurs règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916 auxquels participeraient des entités communautaires pourraient également être inclus dans le calcul futur du niveau quantifié global de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes. Cette fois encore, il faudrait obtenir des renseignements vérifiables au sujet de ces règlements. En d'autres termes, leur divulgation serait nécessaire.

4. Annulation ou réduction des avantages continue

6.14 Il a été constaté que la Loi de 1916 était incompatible avec les règles de l'OMC "en tant que telle" et les États-Unis ne se sont pas conformés aux recommandations et décisions de l'ORD leur demandant de rendre leur mesure conforme à leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Les Communautés européennes ont le droit, conformément au Mémoire d'accord, de suspendre des obligations, sous réserve des conditions décrites dans la présente décision. En même temps, nous n'estimons pas que le droit des Communautés européennes de suspendre des obligations doit être gelé dans le temps à la date à laquelle elles ont présenté leur demande au titre de l'article 22:2 du Mémoire d'accord. L'existence et le maintien de la Loi de 1916 en tant que telle violent les droits des Communautés européennes et chaque application de la Loi – c'est-à-dire si un tribunal des États-Unis devait condamner une entité communautaire à verser des dommages-intérêts ou si des entités communautaires concluaient des accords afin de régler à l'amiable des demandes au titre de la Loi de 1916 – relève le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi.

6.15 Il faut distinguer la présente situation d'une affaire dans laquelle le groupe spécial initial a constaté que la mesure de la partie défenderesse était incompatible avec les règles de l'OMC uniquement "telle qu'elle est appliquée". Dans une telle affaire, les arbitres ne peuvent pas autoriser une suspension de concessions ou d'autres obligations allant au-delà du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages causée par l'application spécifique de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC. C'était la situation qui se présentait à l'arbitre dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* (article 22:6 – *Canada*):

"[L]es constatations du Groupe spécial ne vont pas au-delà du cas particulier dans lequel il était constaté que l'application de ces programmes était illégale. Il est probable que l'application identique de ces programmes conduirait, dans des circonstances identiques, à une décision identique. Cependant, puisqu'il ne s'agit pas d'une question dont le Groupe spécial était saisi et que ce point n'a pas donné lieu à des recommandations de l'ORD, nous ne sommes pas autorisés, en tant qu'arbitre au

en décembre 2002. Toutefois, si la décision condamnant TKS à verser des dommages-intérêts devait être extrapolée à ces deux sociétés, celles-ci pourraient facilement avoir encouru des dommages-intérêts allant jusqu'à 100 millions de dollars EU, plus des frais de justice et des coûts cachés dus à un arrêt d'activités encore plus élevés."

Réponses des Communautés européennes aux questions additionnelles de l'arbitre, 16 décembre 2003, paragraphes 10 et 11.

Nous refusons d'"extrapoler" et réaffirmons que, selon nous, le calcul du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages ne peut être fondé que sur des renseignements crédibles, vérifiables.

titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord et de l'article 4.10 de l'Accord SMC, à l'examiner."⁸⁸

6.16 Il faut souligner que cette détermination formulée par l'arbitre dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)* était fondée sur le fait qu'il avait été constaté que la mesure canadienne était incompatible avec les règles de l'OMC uniquement telle qu'elle était appliquée, et non "en tant que telle". Comme cet arbitre l'a dit:

"En l'espèce, les mesures jugées illégales étaient l'octroi de subventions pour un certain nombre de transactions. Le Groupe spécial, dans son rapport, a clairement établi que les programmes ... "en tant que tels" ne constituaient pas des subventions à l'exportation prohibées et contraires à l'article 3.1 a) de l'Accord SMC. Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent manifestement pas être interprétées comme élargissant le droit de prendre des contre-mesures visant le maintien de ces programmes "en tant que tels".⁸⁹

6.17 En revanche, en l'espèce, il a bien sûr été constaté que la Loi de 1916 était incompatible avec les règles de l'OMC "en tant que telle". Par conséquent, selon nous, chaque application de la Loi, comme il a été indiqué plus haut, habiliterait les Communautés européennes à relever de façon concomitante le niveau de leur suspension d'obligations.

VII. RÉSUMÉ DES CONSTATATIONS ET CONCLUSIONS

7.1 Nous rappelons nos constatations selon lesquelles il n'est pas possible de déterminer dans l'abstrait la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une demande de suspension d'obligations "qualitativement équivalente". Par contre, il est nécessaire de déterminer comment une telle suspension serait appliquée. Si la suspension était appliquée de telle manière qu'elle soit égale au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916, alors elle serait "équivalente" au sens de l'article 22:4 du Mémorandum d'accord. Si la suspension était appliquée de telle manière qu'elle dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916, alors elle ne serait pas "équivalente" au sens de l'article 22:4 du Mémorandum d'accord. Elle serait au contraire punitive, ce qui n'est pas autorisé en vertu de l'article 22:4.

7.2 Afin de déterminer si la "suspension qualitative" pourrait être appliquée de telle manière que la suspension pourrait dépasser le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, il est nécessaire de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes. Celles-ci pourraient alors mettre en œuvre leur suspension à concurrence, mais pas au-delà, de ce montant. Cela à son tour nécessite de déterminer les effets commerciaux ou économiques de la Loi de 1916 pour les Communautés européennes en termes quantitatifs ou monétaires. C'est la seule façon dont les arbitres peuvent déterminer l'"équivalence" dans le présent contexte.

7.3 Nous notons que dans leur demande, les CE ne fixent aucune limite quantifiée ou monétaire quant à la manière dont la suspension pourrait être appliquée dans la pratique. En outre, nous n'acceptons pas l'argument des Communautés européennes selon lequel leur suspension d'obligations est "équivalente" parce que la mesure qu'elles proposent calquerait, ou calquerait partiellement, la Loi de 1916.

⁸⁸ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 3.111.

⁸⁹ *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 3.110.

7.4 Premièrement, conformément à l'article 22:7 du Mémorandum d'accord, les arbitres ne peuvent pas examiner la "nature" de la suspension proposée. Nous ne sommes pas compétents pour déterminer l'équivalence entre la mesure proposée pour mettre en œuvre la suspension et la mesure causant l'annulation ou la réduction des avantages. L'article 22 du Mémorandum d'accord prévoit la suspension de concessions ou d'obligations. Les arbitres ne peuvent pas approuver l'adoption de *mesures* par la partie plaignante.

7.5 Deuxièmement, des mesures commerciales semblables ou mêmes identiques peuvent avoir des effets commerciaux ou économiques dissemblables, de telle sorte que la suspension peut ne pas être "équivalente".

7.6 En même temps, nous n'acceptons pas l'argument des États-Unis selon lequel le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages en l'espèce est égal à "zéro". Cela est contraire aux constatations claires du Groupe spécial initial selon lesquelles la Loi de 1916 annule ou compromet les avantages revenant aux Communautés européennes.

7.7 Nous avons donc examiné les paramètres pour la détermination du niveau effectif de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916. Ce faisant, nous avons insisté sur la nécessité d'utiliser des renseignements crédibles, factuels et vérifiables. Nous avons déterminé que les Communautés européennes, pour évaluer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, pouvaient inclure les montants totaux prévus par les jugements définitifs concernant la Loi de 1916 prononcés à l'encontre d'entités communautaires, ainsi que les montants à payer par des entités communautaires dans le cadre de règlements à l'amiable de demandes au titre de la Loi. En l'espèce, il ne serait pas approprié d'inclure des demandes relatives au prétendu "effet de refroidissement" ni les frais de procédure et les coûts connexes.

7.8 Les Communautés européennes peuvent appliquer ces paramètres pour déterminer le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elles ont subie du fait de la Loi de 1916. Au cas où il y aurait de futures applications de la Loi de 1916 – par exemple de futures décisions des tribunaux des États-Unis à l'encontre d'entités communautaires, ou de futurs règlements à l'amiable auxquels participeraient des entités communautaires – alors les Communautés européennes seraient habilitées à ajuster le niveau quantifié de la suspension pour tenir compte de ce relèvement du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. La Loi de 1916 est incompatible avec les règles de l'OMC "en tant que telle" et chaque application de la Loi annule ou compromet davantage les avantages revenant aux Communautés européennes.

7.9 Si les États-Unis estiment que l'application effective de la suspension par les Communautés européennes dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, ils peuvent contester cette suspension en recourant aux procédures de règlement des différends appropriées.

7.10 Selon nous, l'approche exposée dans le présent rapport établit un équilibre approprié entre:

- le droit des Communautés européennes d'appliquer leur suspension qualitative en réponse à la Loi antidumping de 1916 des États-Unis incompatible avec les règles de l'OMC; et
- le droit des États-Unis de faire en sorte que les Communautés européennes appliquent leur suspension seulement à concurrence du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elles ont subie du fait de la Loi de 1916.

7.11 En d'autres termes, cette approche assure une "équivalence" entre le niveau de la suspension des obligations et le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages.

VIII. SENTENCE ET DÉCISION DES ARBITRES

8.1 Pour les raisons exposées ci-dessus, nous concluons que les Communautés européennes peuvent suspendre des obligations dans le cadre du GATT de 1994 et de l'Accord antidumping à l'encontre d'importations en provenance des États-Unis. Les Communautés européennes doivent faire en sorte que l'application de cette suspension soit quantifiée et ne dépasse pas le niveau quantifié de l'annulation ou de la réduction des avantages qu'elles ont subie du fait de la Loi de 1916.

8.2 Pour quantifier le niveau monétaire de l'annulation ou de la réduction des avantages, les Communautés européennes peuvent inclure:

- a) la valeur monétaire cumulative de tous montants à payer par des entités communautaires en application de jugements définitifs de tribunaux concernant des demandes au titre de la Loi de 1916; et
- b) la valeur monétaire cumulative de tous montants à payer par des entités communautaires en application de règlements à l'amiable de demandes au titre de la Loi de 1916.

IX. OBSERVATIONS FINALES

9.1 Comme cela a été indiqué plus haut, le montant quantifié de l'annulation ou de la réduction des avantages subie par les Communautés européennes du fait de la Loi de 1916 peut varier au cours du temps, s'il y a de nouveaux jugements ou de nouveaux règlements à l'amiable concernant la Loi de 1916 qui impliquent des entités communautaires. Cela peut nécessiter que les parties aient accès à tous les renseignements pertinents, y compris les règlements à l'amiable. Les arbitres sont convaincus que chaque partie respectera pleinement l'obligation qu'elle a contractée dans le cadre de l'article 3:10 du Mémorandum d'accord d'"engager[] ces procédures [de règlement des différends] de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend". Selon nous, cette obligation s'applique à tous les stades du différend, y compris pendant la mise en œuvre de la suspension d'obligations.

9.2 Nous rappelons aussi que les États-Unis peuvent avoir recours aux procédures de règlement des différends appropriées au cas où ils considéreraient que l'application de la suspension par les Communautés européennes dépasse le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages que celles-ci ont subie du fait de la Loi de 1916. Les arbitres dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*) l'ont reconnu de la même façon:

"Nous avons reçu des États-Unis confirmation qu'une fois mis en œuvre le niveau effectif de la suspension sera équivalent au niveau de l'annulation et de la réduction des avantages que nous avons constaté. Tout ce que nous pouvons faire à ce stade c'est encourager les États-Unis à s'en tenir à cette confirmation et à se conformer à l'article 22:4 du Mémorandum d'accord. Nous notons qu'en cas de différend ultérieur à ce sujet, les CE pourraient engager des procédures normales - voire des procédures accélérées - au titre du Mémorandum d'accord pour contester la compatibilité du niveau de la suspension des États-Unis avec l'article 22:4."⁹⁰

9.3 Enfin, nous notons que l'article 22:8 du Mémorandum d'accord dispose ce qui suit:

"La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée,

⁹⁰ *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6), paragraphe 82.

ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages ..."
