

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS27/RW/EEC
12 avril 1999

(99-1433)

Original: anglais

COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES – RÉGIME APPLICABLE À L'IMPORTATION, À LA VENTE ET À LA DISTRIBUTION DES BANANES – RECOURS DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES À L'ARTICLE 21:5 –

RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL

Le rapport du Groupe spécial "Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes – Recours des Communautés européennes à l'article 21:5" est distribué à tous les Membres conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends. Il est mis en distribution non restreinte le 12 avril 1999, en application des procédures de distribution et de mise en distribution générale des documents de l'OMC (WT/L/160/Rev.1). Il est rappelé aux Membres que, conformément au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, seules les parties au différend pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Il n'y aura pas de communication *ex parte* avec le groupe spécial ou l'Organe d'appel en ce qui concerne les questions que l'un ou l'autre examine.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	1
i)	Mandat	1
ii)	Composition du Groupe spécial	2
II.	PRINCIPAUX ARGUMENTS	3
A.	ASPECTS PROCÉDURAUX	3
i)	Question préliminaire concernant l'établissement du présent Groupe spécial	4
ii)	Obligations des Membres dans le cadre de l'OMC pendant le "délai raisonnable"	6
iii)	Analyse juridique de l'article 23 du Mémoire d'accord	8
B.	CONCLUSIONS	8
III.	ARGUMENTS PRÉSENTÉS PAR LES TIERCES PARTIES	10
A.	INDE	10
B.	JAMAÏQUE	11
C.	JAPON	11
IV.	CONSTATATIONS	14
A.	MANDAT	14
B.	PARTIES AU PRÉSENT DIFFÉREND	14
C.	RÉPARATION DEMANDÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	16
D.	RAPPORT ENTRE LES ARTICLES 21, 22 ET 23 DU MÉMORANDUM D'ACCORD	17
E.	REMARQUES FINALES	18
V.	CONCLUSION	18

I. INTRODUCTION

1.1 Le 25 septembre 1997, l'Organe de règlement des différends (ORD) a adopté le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire "Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes" (WT/DS27/AB/R) et les rapports du groupe spécial¹, tels que modifiés par le rapport de l'Organe d'appel, en recommandant que les Communautés européennes mettent les mesures jugées incompatibles avec le GATT de 1994 et l'AGCS en conformité avec les obligations découlant pour elles de ces accords. Le 7 janvier 1998, l'Arbitre, nommé en application de l'article 21:3 c) du Mémoire d'accord, a conclu qu'en l'occurrence, le délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD expirerait le 1^{er} janvier 1999.

1.2 Le 20 juillet 1998, le Conseil de l'Union européenne a adopté le Règlement (CE) n° 1637/98 modifiant le Règlement (CEE) n° 404/93 portant organisation commune des marchés dans le secteur de la banane. Le 18 août 1998, l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique, agissant conjointement et solidairement, ont demandé l'ouverture de consultations (WT/DS27/18) avec les Communautés européennes (les "CE") au sujet de la mise en œuvre des recommandations formulées par l'ORD sur cette question. Les consultations ont été tenues le 17 septembre 1998. Elles n'ont pas abouti à une solution mutuellement satisfaisante de la question.

1.3 Le 28 octobre 1998, la Commission des Communautés européennes a adopté le Règlement (CE) n° 2362/98 portant modalités d'application du Règlement (CEE) n° 404/93 du Conseil en ce qui concerne le régime d'importation des bananes dans la Communauté. Le Règlement n° 1637/98 et le Règlement n° 2362/98 sont appliqués depuis le 1^{er} janvier 1999. Le 13 novembre 1998, l'Équateur a demandé la poursuite des consultations sur cette question, lesquelles ont eu lieu le 23 novembre 1998 (WT/DS27/30 et Add.1). Le Mexique a aussi demandé la poursuite des consultations et s'est joint comme coplaignant.

1.4 Le 14 décembre 1998, les Communautés européennes ont demandé l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord avec pour mandat de constater que les mesures de mise en œuvre des Communautés européennes devaient être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'avait pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémoire d'accord (WT/DS27/40). À sa réunion du 12 janvier 1999, l'ORD a décidé, conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, de porter devant le groupe spécial initial la question soulevée par les Communautés européennes. Le Belize, le Brésil, le Cameroun, la Colombie, le Costa Rica, la Côte d'Ivoire, la Dominique, la Grenade, Haïti, l'Inde, la Jamaïque, le Japon, Maurice, le Nicaragua, la République dominicaine, Sainte-Lucie, et Saint-Vincent-et-les Grenadines ont réservé leurs droits de tierces parties conformément à l'article 10 du Mémoire d'accord.

i) Mandat

1.5 Les travaux du Groupe spécial étaient régis par le mandat type ci-après:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS27/40, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

¹ WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/GTM-WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA.

ii) Composition du Groupe spécial

1.6 Le Groupe spécial avait la composition suivante:

Président: M. Stuart Harbinson

Membres: M. Kym Anderson
M. Christian Häberli

1.7 Le Groupe spécial a présenté son rapport aux Communautés européennes le 6 avril 1999.

II. PRINCIPAUX ARGUMENTS²

A. ASPECTS PROCÉDURAUX

2.1 Les **Communautés européennes** ont fait observer que, conformément à l'article 21:6 du Mémorandum d'accord, elles avaient présenté à l'ORD un rapport de situation sur la mise en œuvre de ses recommandations et décisions à chaque réunion ordinaire qu'il avait tenue depuis celle du 23 juillet 1998. Dès le début du délai raisonnable, les plaignants initiaux n'avaient pas cessé d'affirmer dans la presse et à l'ORD qu'ils étaient convaincus que les mesures d'abord envisagées, ensuite proposées, puis adoptées par le Conseil et enfin adoptées par la Commission n'étaient pas conformes aux recommandations et décisions de l'ORD dans la présente affaire.

2.2 Le 18 août 1998, l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique ont demandé formellement l'ouverture de consultations dans le cadre juridique de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord (WT/DS27/18). Ces consultations ont eu lieu le 17 septembre 1998. Toutefois, les Communautés européennes ont officiellement accepté ces consultations uniquement dans la mesure où elles portaient sur des mesures qui avaient déjà été formellement adoptées et rendues publiques, à savoir le Règlement n° 1637 du 20 juillet 1998. Elles ont refusé de discuter des règles relatives aux procédures de licences d'importation qui à ce moment-là non seulement n'avaient pas encore été adoptées, mais n'avaient même pas été présentées au comité de gestion, étape préliminaire à leur approbation définitive par la Commission. Le 13 novembre 1998, l'Équateur a présenté une demande de consultations dans le cadre juridique de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord (WT/DS27/30). Le Mexique s'est joint à lui. Ces consultations ont porté presque exclusivement sur le Règlement n° 2362.

2.3 En dehors du cadre de ces procédures, un des plaignants initiaux, les États-Unis, a publié au Federal Register³ trois avis relatifs à un projet de détermination qui concernait une mesure consistant à imposer des droits de douane prohibitifs (de 100 pour cent *ad valorem*) sur certains produits en provenance des Communautés européennes. Ce projet de mesure était fondé sur la détermination unilatérale établie par les États-Unis, selon laquelle "les mesures que les CE s'étaient engagées à appliquer au 1^{er} janvier 1999 ne mettaient pas en œuvre les recommandations de l'OMC concernant le régime communautaire d'importation des bananes". Il était prévu que les mesures proposées seraient appliquées "dès le 1^{er} février 1999". Toutefois, les États-Unis, soutenus par trois autres plaignants initiaux, ont indiqué publiquement à plusieurs reprises qu'ils n'étaient pas disposés à soumettre leurs propres opinions subjectives sur cette question à l'examen objectif d'un groupe spécial dans le cadre multilatéral de l'OMC, en particulier au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.

2.4 Le 12 janvier 1999, l'ORD a établi, d'une part, un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord à la demande de l'Équateur et, d'autre part, le présent Groupe spécial à la demande des CE. Les quatre autres parties plaignantes initiales (États-Unis, Guatemala, Honduras et Mexique) se sont abstenues de demander l'établissement d'un groupe spécial ou de s'associer à la procédure engagée par l'Équateur. Le 19 janvier 1999, trois des plaignants initiaux, les États-Unis, le Guatemala et le Honduras, ont exprimé dans une lettre adressée au Secrétariat de l'OMC leurs avis "sur la nature de cette procédure et sur le mandat la régissant". Ils n'ont toutefois pas jugé approprié d'une part, d'indiquer leur position dans une communication formelle au Groupe spécial dans le cadre de la procédure de règlement des différends en cours ni, d'autre part, de garantir leur participation à la suite de la procédure. Les Communautés européennes ont avancé par ailleurs que, dans une lettre datée du 2 février 1999, le Groupe spécial avait estimé, en réponse à une demande des CE, qu'il n'était

² Sauf indication contraire, les notes de bas de page proviennent des Communautés européennes.

³ Volume 63, pages 56687, 63099 et 71665.

pas nécessaire de prévoir dans son calendrier une communication des plaignants initiaux et qu'il ne pouvait pas obliger les parties plaignantes initiales à participer à cette procédure.

i) Question préliminaire concernant l'établissement du présent Groupe spécial

2.5 Dans le document WT/DS27/45, le Secrétariat de l'OMC a annoncé officiellement que le 12 janvier 1999, l'Organe de règlement des différends avait décidé "conformément à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, de porter devant le groupe spécial initial la question soulevée par les Communautés européennes dans le document WT/DS27/40". Cette communication contenait également le mandat du Groupe spécial, expressément qualifié de "mandat type", qui était le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS27/40, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

2.6 Dans la lettre du 19 janvier 1999 qu'ils ont adressée au présent Groupe spécial, trois des plaignants initiaux – États-Unis, Guatemala et Honduras – ont fait valoir ce qui suit:

"la demande de constatation adressée par les CE au Groupe spécial (...) ne constitue pas un recours à l'article 21:5, mais plutôt une question totalement différente pour laquelle les prescriptions procédurales pertinentes énoncées aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord n'ont pas été respectées";

"il n'y a dans le Mémoire d'accord aucune disposition autorisant un Membre à obliger d'autres pays à se porter parties plaignantes contre ses mesures à un moment que lui-même détermine";

"aucune conclusion relative à la conformité des mesures communautaires ne peut lier un pays qui n'est pas partie à la procédure, en dépit des efforts des CE pour qu'il en soit ainsi".

2.7 Dans une lettre datée du 18 janvier 1999 qu'il a adressée au présent Groupe spécial, l'Équateur, autre plaignant initial, a fait valoir ce qui suit:

"dans les circonstances actuelles, inviter un Membre à participer à une réunion destinée à organiser un groupe spécial pour lequel il n'y a qu'une partie ne crée pas, ni ne valide, des dispositions juridiques qui ne sont pas prévues dans les procédures de règlement des différends".

"l'initiative dénuée de fondement juridique prise par les Communautés européennes en vue de trouver une partie avec laquelle engager cette procédure ne devrait pas, selon l'Équateur, pouvoir aboutir car cela risquerait de porter gravement atteinte au système de règlement des différends".

2.8 Les Communautés européennes ont relevé qu'en toute logique, elles étaient obligées d'aborder tout d'abord la question de la compétence d'un groupe spécial pour ce qui était de déterminer la portée de son propre mandat. À cet égard, elles ont fait référence à un récent rapport de l'Organe d'appel, qui indiquait ce qui suit: "Étant donné que la demande d'établissement d'un groupe spécial n'est normalement pas examinée en détail par l'ORD, il incombe au groupe spécial de l'examiner très

soigneusement pour s'assurer qu'elle est conforme aussi bien à la lettre qu'à l'esprit de l'article 6:2 du Mémoire d'accord."⁴ Toutefois, l'Organe d'appel a également noté que le but du règlement des différends n'était pas d'"encourager ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'Accord sur l'OMC hors du contexte du règlement d'un différend particulier. Un groupe spécial ne [devait] traiter que les allégations qui [devaient] l'être pour résoudre la question en cause dans le différend".⁵ Dans la présente procédure de groupe spécial, les quatre plaignants initiaux susmentionnés ont tous allégué qu'ils n'étaient pas parties au présent différend. Si cela était vrai, les avis unilatéraux qu'ils avaient exprimés dans leurs lettres ne pourraient pas être considérés comme des "allégations qui [devaient] être [traitées] pour résoudre la question en cause" car une non-partie ne pouvait pas traiter une question ou une allégation dans une procédure de groupe spécial à laquelle elle n'était pas partie.

2.9 Par conséquent, à titre préliminaire, le Groupe spécial devait décider si les questions soulevées par les plaignants initiaux susmentionnés devaient être considérées comme des allégations et, pour ce faire, il devait examiner si elles étaient présentées par une partie au différend. Selon les Communautés européennes, en cas de réponse négative à cette question préliminaire, le Groupe spécial ne serait pas habilité à aborder les questions soulevées par les quatre plaignants initiaux. Les groupes spéciaux n'étaient pas habilités à déterminer de leur propre initiative la portée du mandat que l'ORD leur avait conféré tant que cette question n'était pas soulevée sous forme d'allégation par une des parties au différend. Un examen d'office n'avait pas lieu d'être car cela donnerait en quelque sorte aux groupes spéciaux un rôle de "procureur" qui n'existait toutefois pas dans le système de règlement des différends de l'OMC.

2.10 À l'inverse, en cas de réponse positive à la question préliminaire, les Communautés européennes ont avancé que deux des trois questions préliminaires soulevées par les quatre parties plaignantes initiales ne pourraient plus être maintenues, car l'argument que ces parties avançaient reposait sur l'avis (unilatéral) qu'elles avaient exprimé dans leurs lettres au Groupe spécial et selon lequel le présent différend était une procédure à laquelle un seul Membre de l'OMC était partie. Dès que le Groupe spécial commencerait à examiner les exceptions soulevées par les plaignants initiaux, cet argument deviendrait, de l'avis des Communautés européennes, sans intérêt. Par conséquent, si le Groupe spécial souhaitait examiner les exceptions préliminaires soulevées par les plaignants initiaux dans les lettres qu'ils avaient adressées au Secrétariat de l'OMC, la seule exception restante qui devait réellement être examinée était l'avis exprimé par ces plaignants initiaux selon lequel "la demande de constatation adressée par les CE au Groupe spécial ne constitu[ait] pas un recours à l'article 21:5 mais plutôt une question totalement différente pour laquelle les prescriptions procédurales pertinentes énoncées aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord n'[avaient] pas été respectées".

2.11 Les Communautés européennes ont avancé que cette position était incorrecte du point de vue factuel et juridique. Sur le plan factuel, elles ont indiqué dans leur demande d'établissement du présent Groupe spécial que les questions soulevées dans la présente procédure de groupe spécial étaient déjà dûment examinées dans le cadre de consultations au titre de l'article 4 du Mémoire d'accord. La "question" portait en particulier sur le "désaccord au sujet de ... la compatibilité avec un accord visé de mesures prises [par les CE] pour se conformer aux recommandations et décisions [adoptées par l'ORD sur la base des rapports du groupe spécial initial et de l'Organe d'appel]".⁶ À la suite des consultations tenues avec les plaignants initiaux, au cours desquelles la persistance du désaccord avait été reconnue, les Communautés européennes ont demandé l'établissement du présent

⁴ Rapport de l'Organe d'appel "*Bananes III*", paragraphe 142.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel "*Chemises, chemisiers et blouses*", page 22; avis confirmé par le Groupe spécial "*Argentine – Chaussures*", paragraphes 6.12 à 6.15.

⁶ Article 21:5 du Mémoire d'accord.

Groupe spécial dont le mandat portait sur la "question" soulevée pendant les consultations, ce qui signifiait que soit les plaignants initiaux élevaient une contestation et les allégations relatives à la compatibilité des mesures prises par les Communautés européennes pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD étaient confirmées, soit il devait être considéré que les plaignants initiaux étaient satisfaits et ne maintenaient pas leur désaccord.

2.12 Les Communautés européennes étaient d'avis que, sur le plan *juridique*, une procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord faisait partie de la procédure de règlement des différends qui avait débuté avec une procédure de groupe spécial antérieure, et qu'une telle procédure devait donc être limitée aux parties initiales au différend. Le titre de l'article 21 ("Surveillance de la mise en œuvre des recommandations et décisions") et le contexte dans lequel cet article était placé l'indiquaient déjà clairement. En outre, l'article 21:3 b) faisait expressément référence aux "parties au différend". L'article 21:5 prévoyait le recours au "groupe spécial initial". De l'avis des Communautés européennes, l'expression "groupe spécial initial" renvoyait au même groupe spécial auquel l'ORD avait initialement confié la responsabilité d'examiner un différend spécifique dans le cadre d'un mandat spécifique concernant seulement certains et non chacun des Membres de l'OMC. Toutefois, l'article 21:5 ne précisait en aucune manière laquelle des parties au différend initial était habilitée à recourir aux procédures de règlement des différends. Il indiquait néanmoins expressément la condition préalable à ce recours, à savoir l'existence d'un désaccord au sujet de la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD. En conséquence, les Communautés européennes étaient habilitées à recourir aux procédures prévues à l'article 21:5 en présence d'un désaccord entre les parties au différend initial; des consultations ont eu lieu conformément à l'article 4 du Mémoire d'accord; et la demande d'établissement d'un groupe spécial a été présentée par écrit conformément aux articles 6:2 et 7 du Mémoire d'accord.

2.13 Les Communautés européennes ont avancé qu'un différend était résolu soit par une détermination de non-respect, partiel ou total, des recommandations et décisions qui permettait à certains ou à l'ensemble des plaignants initiaux de recourir aux dispositions de l'article 22 du Mémoire d'accord; soit par une détermination de respect des recommandations et décisions; soit par la reconnaissance que toutes les parties étaient pleinement satisfaites; soit, enfin, par une combinaison de ces solutions. Toutes ces voies étaient accessibles et acceptables dans le cadre de l'article 21:5. Les Communautés européennes étaient d'avis qu'elles avaient pleinement satisfait à toutes les prescriptions susmentionnées et qu'il n'y avait donc aucune raison de douter de la compatibilité de leur demande d'établissement d'un groupe spécial avec la lettre et l'esprit de l'article 21:5 du Mémoire d'accord.

ii) *Obligations des Membres dans le cadre de l'OMC pendant le "délai raisonnable"*

2.14 Se référant à l'article 3:7 du Mémoire d'accord, les Communautés européennes ont relevé que la première obligation du Membre dont les mesures avaient été jugées incompatibles avec ses obligations dans le cadre de l'OMC à l'issue d'une procédure de règlement des différends était donc de retirer ces mesures incompatibles. En outre, se référant aussi au délai raisonnable et à l'arbitrage visés à l'article 21:3 du Mémoire d'accord, ainsi qu'au rapport de situation qui devait être présenté à l'ORD conformément à l'article 21:6, les Communautés européennes considéraient qu'elles avaient scrupuleusement respecté les obligations susmentionnées en abrogeant les dispositions du Règlement n° 404/93 jugées incompatibles avec certains accords de l'OMC visés et en abrogeant dans leur intégralité les Règlements n° 1442/93 et 478/95.

2.15 En particulier, les points suivants avaient été réglés: les certificats dits de la catégorie B avaient été supprimés et remplacés par un régime de licences unique pour toutes les origines; l'attribution de certificats selon les fonctions économiques a), b) et c) avait été supprimée et remplacée par de nouveaux droits à licence fondés sur les importations effectives prouvées; les attributions de parts du contingent tarifaire à certains Membres de l'OMC mais pas à d'autres, y compris les

attributions à des pays ACP fournisseurs traditionnels individuels avaient été supprimées et remplacées par une attribution uniquement à tous les fournisseurs ayant un intérêt substantiel, tandis que la préférence tarifaire accordée aux pays ACP avait été plafonnée au niveau des meilleurs chiffres d'exportation d'avant 1991 conformément aux recommandations et décisions de l'ORD; la cessibilité des contingents par pays avait été supprimée, l'attribution des certificats "tempête" aux seuls opérateurs CE/ACP avait été supprimée; et les certificats d'exportation spéciaux accordés à certains pays exportateurs et pas à d'autres avaient été supprimés.

2.16 Les Communautés européennes avaient satisfait à leur obligation de mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD en retirant les mesures jugées incompatibles avec certains accords visés dans le délai raisonnable qui avait expiré le 1^{er} janvier 1999. Ce processus avait donné naissance à un nouveau régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes, qui était en vigueur dans les Communautés européennes depuis le 1^{er} janvier 1999. Se référant au texte de l'article 21:5, les Communautés européennes ont noté que l'Équateur avait fait part de son désaccord et avait porté ce différend devant l'ORD au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. À des degrés différents et à diverses occasions, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique avaient publiquement critiqué le nouveau régime communautaire applicable aux bananes et avaient demandé l'ouverture de consultations sur le Règlement n° 1637, mais ces consultations n'avaient pas été suivies d'une demande d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5.

2.17 Par conséquent, même si un certain nombre de positions politiques avaient été exposées, un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord ne pouvait que reconnaître et examiner la situation juridique actuelle, à savoir que les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique s'étaient abstenus d'invoquer davantage leurs droits procéduraux au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. Puisque ces plaignants initiaux s'étaient abstenus de contester les mesures de mise en œuvre des CE, ils devaient être réputés et reconnus satisfaits des explications qui leur avaient été données pendant les consultations et d'une autre manière au sujet du régime communautaire actuel applicable aux bananes.

2.18 Outre les prescriptions découlant de la nature multilatérale du système de règlement des différends de l'OMC, un autre principe fondamental de l'OMC était en cause dans la présente affaire. Ce principe concernait "la sécurité et la prévisibilité" du système commercial multilatéral dont l'Organe d'appel avait déjà reconnu dans son deuxième rapport qu'elles constituaient un élément essentiel de l'Accord sur l'OMC.⁷ Ce principe était aussi pris en compte dans les garanties procédurales prévues dans le Mémorandum d'accord dont l'article 23 excluait qu'un Membre de l'OMC détermine unilatéralement qu'un autre Membre de l'OMC agissait de manière incompatible avec ses obligations dans le cadre de l'OMC. De l'avis des Communautés européennes, une présomption d'*incompatibilité* nuirait gravement à la sécurité et à la prévisibilité du système commercial international en raison de l'incertitude qu'elle créerait. Pour des raisons analogues, le droit pénal de tous les pays civilisés reposait fermement sur la présomption d'innocence et non sur la présomption de culpabilité.

2.19 Si n'importe quel Membre pouvait déterminer unilatéralement, en dehors d'une procédure au titre de l'article 21:5, qu'un autre Membre de l'OMC avait mis en œuvre de manière incorrecte les recommandations et décisions formulées par l'ORD dans un différend antérieur et si cette détermination était considérée comme pertinente sur le plan juridique dans le système de l'OMC, elle équivaldrait, selon les Communautés européennes, à une présomption d'incompatibilité. Une telle présomption signifierait en pratique qu'une mesure de mise en œuvre ne satisfaisant pas le plaignant initial pourrait donner lieu à une menace de rétorsion immédiate sous forme d'un retrait de concessions ou d'autres obligations. Un système commercial fondé sur une présomption d'incompatibilité ne serait pas fondé sur la sécurité et la prévisibilité des relations commerciales

⁷ La citation figure près de la note de bas de page 67 dudit rapport.

internationales et serait donc le contraire du système commercial multilatéral envisagé par l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

iii) *Analyse juridique de l'article 23 du Mémoire d'accord*

2.20 Selon les Communautés européennes, l'article 23 du Mémoire d'accord était au centre du mécanisme de règlement des différends établi à Marrakech en 1994. Ses dispositions étaient une expression des nouveaux engagements juridiques multilatéraux que les Membres de l'OMC avaient décidé de prendre, et elles reposaient sur le principe fondamental du rejet de toute détermination établie ou action engagée par un Membre en dehors des règles et procédures du Mémoire d'accord. Se référant au premier paragraphe et à l'alinéa a) du deuxième paragraphe de l'article 23 du Mémoire d'accord⁸, les Communautés européennes ont fait valoir qu'en l'espèce, les mesures communautaires jugées incompatibles avec certains accords de l'OMC visés en vertu des recommandations et décisions de l'ORD avaient été, comme cela était indiqué plus haut, retirées conformément à l'objectif premier énoncé à l'article 3:7 du Mémoire d'accord. En conséquence, de nouvelles mesures avaient été adoptées et les Communautés européennes avaient mis en place, à la fin du délai raisonnable, un nouveau régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes.

2.21 Compte tenu de ce qui venait d'être exposé, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique ne pouvaient pas demander réparation d'une violation alléguée, par les nouvelles mesures communautaires, des obligations des CE dans le cadre de l'OMC en dehors des règles et procédures du Mémoire d'accord, y compris l'article 21:5. Ils ne pouvaient pas non plus établir une détermination à l'effet qu'il y avait eu violation, y compris un manquement allégué à l'obligation de mettre toute mesure jugée incompatible avec un accord visé en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD, ou que des avantages avaient été annulés ou compromis, sans avoir recours aux procédures de règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémoire d'accord, comme cela était prévu à l'article 23:2 a). Enfin, quelle que soit l'interprétation correcte des délais prévus à l'article 22 du Mémoire d'accord (question qui ne relevait pas du mandat du présent Groupe spécial), cette disposition n'autorisait en aucune façon qu'il soit dérogé au principe fondamental qui était énoncé à l'article 23 du Mémoire d'accord.

B. CONCLUSIONS

2.22 Les Communautés européennes ont demandé au Groupe spécial de constater que, puisque les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique n'avaient pas recouru aux procédures de règlement des différends conformément aux règles et procédures du Mémoire d'accord, le nouveau régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes que les CE avaient adopté afin de se conformer aux recommandations et décisions formulées par l'ORD dans le cadre des trois procédures de règlement des différends ("*CE – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*"⁹) devait être considéré comme donnant satisfaction à ces parties au différend initial et, dans la mesure où elles étaient concernées, comme étant conforme aux

⁸ "Lorsque des Membres chercheront à obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages résultant des accords visés, ou d'entrave à la réalisation d'un objectif desdits accords, ils auront recours et se conformeront aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord. ... Dans de tels cas, les Membres: a) ne détermineront pas qu'il y a eu violation, que des avantages ont été annulés ou compromis ou que la réalisation d'un objectif des accords visés a été entravée si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord, et établiront toute détermination de ce genre au regard des constatations contenues dans le rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel adopté par l'ORD ou d'une décision arbitrale rendue au titre du présent mémorandum d'accord."

⁹ WT/DS27/GTM-WT/DS27/HND, WT/DS27/MEX et WT/DS27/USA.

accords de l'OMC visés tant que ces parties initiales n'auraient pas contesté avec succès le nouveau régime communautaire en recourant aux procédures pertinentes de règlement des différends de l'OMC.

III. ARGUMENTS PRÉSENTÉS PAR LES TIERCES PARTIES

A. INDE

3.1 L'Inde a fait valoir que bien qu'elle n'ait qu'un intérêt commercial limité dans la question dont le Groupe spécial était saisi, les problèmes systémiques en jeu revêtaient pour elle une grande importance. La question dont le Groupe spécial était saisi allait bien au-delà du différend en cause; en fait, elle touchait au fondement même des principes et au fonctionnement du mécanisme de règlement des différends, dont le principe essentiel était le caractère multilatéral et dont on attendait qu'il garantisse la sécurité et la prévisibilité du système commercial multilatéral.

3.2 De l'avis de l'Inde, le nœud du problème systémique était le sens, le fonctionnement et l'interprétation de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, en particulier par rapport à l'article 22 et à la lumière de l'article 23:2 dudit mémorandum.

3.3 L'Inde a noté que l'article 21:5 décrivait une situation dans laquelle il y avait désaccord entre les parties à un différend au sujet de l'existence ou de la compatibilité des mesures prises par une partie pour se conformer aux recommandations de l'ORD. Il ressortait clairement des dispositions de cet article qu'un tel différend devait être tranché au moyen des procédures du Mémorandum d'accord, y compris, dans tous les cas où cela était possible, avec recours au groupe spécial initial. L'article 22 du Mémorandum d'accord énonçait les conditions dans lesquelles un Membre pouvait suspendre des concessions à l'égard d'un autre Membre lorsque ce dernier soit n'avait pas mis en conformité la mesure jugée incompatible avec un accord visé soit n'avait pas donné suite aux recommandations de l'ORD. Par conséquent, le droit de suspendre des concessions au titre de l'article 22 était un droit conditionnel accordé au titre du Mémorandum d'accord.

3.4 Par ailleurs, l'Inde a fait valoir qu'un Membre ne pouvait pas invoquer l'article 22 directement sans avoir suivi la procédure énoncée à l'article 21:5, sauf lorsque la partie perdante reconnaissait elle-même qu'elle ne s'était pas conformée aux recommandations et décisions de l'ORD. L'article 21:5 précédait l'article 22 et était capital pour décider si un Membre s'était ou non conformé aux recommandations de l'ORD. Une telle détermination devait être établie au titre de l'article 21:5 et semblait en fait constituer le but même des dispositions de cet article. Si la détermination n'était pas faite au titre de l'article 21:5, le droit conféré par l'article 22 devenait un droit absolu pour toute partie gagnante de demander la suspension de concessions à l'égard de la partie perdante. Une telle détermination unilatérale de non-respect des recommandations et décisions allait à l'encontre des principes fondamentaux du système commercial multilatéral ainsi que des objectifs essentiels du système de règlement des différends. En fait, l'article 23:2 a) interdisait expressément à une partie de formuler une détermination unilatérale à l'effet qu'il y avait eu violation, que des avantages avaient été annulés ou compromis, ou que la réalisation d'un objectif des accords visés avait été entravée, si ce n'était en recourant aux règles et procédures du Mémorandum d'accord.

3.5 L'Inde a également avancé qu'une fois que l'ORD avait formulé ses recommandations, les parties étaient censées convenir d'un délai raisonnable pour la mise en œuvre. Une fois ce délai fixé, la partie censée se conformer aux recommandations de l'ORD devait se voir accorder toute la période convenue pour s'efforcer de bonne foi de respecter ses obligations dans le cadre de l'OMC. À l'expiration du délai raisonnable pour la mise en œuvre, il y avait deux scénarios possibles. Dans le premier, la partie censée se conformer aux recommandations et décisions n'apportait pas la moindre modification et maintenait sa mesure incompatible. Dans ce cas, les procédures de l'article 21:5 serviraient uniquement à confirmer la non-existence de la mesure prise pour se conformer aux recommandations et décisions et la partie gagnante pourrait ensuite invoquer l'article 22 et exercer ses droits de suspendre des concessions à l'égard de la partie fautive. Dans le deuxième scénario, qui était plus compliqué, la partie perdante estimait qu'elle avait pris des mesures pour se conformer aux recommandations de l'ORD, mais la partie gagnante n'était pas d'accord. Selon l'Inde, il n'y avait

qu'un seul moyen de déterminer si la partie perdante avait ou non pris des mesures pour se conformer de bonne foi aux recommandations et décisions, à savoir le recours à l'article 21:5. L'Inde pensait que cette initiative pouvait être prise par la partie gagnante ou même par la partie perdante. En fait, dans ce dernier cas, il faudrait considérer que c'était un témoignage de bonne foi de la partie perdante, qui pouvait être désireuse de prouver qu'elle s'était conformée aux recommandations et décisions.

3.6 Selon l'Inde, il était capital que la détermination du respect ou du non-respect des recommandations et décisions soit établie au plan multilatéral sous les auspices de l'ORD et conformément aux procédures du Mémoire d'accord, c'est-à-dire de l'article 21:5. Il était vrai que cet article ne disait pas s'il était possible de faire appel du verdict du groupe spécial. L'Inde était d'avis qu'il devait aussi y avoir une possibilité d'appel. La raison en était que la décision de suspendre des concessions était une mesure de dernier recours prévue par le Mémoire d'accord et ne pouvait donc pas être prise à la légère. Si le droit de suspendre des concessions était accordé sans les garanties d'une procédure régulière, il signifierait la fin de la sécurité et de la prévisibilité du mécanisme de règlement des différends et, en fait, de l'ensemble du système commercial multilatéral.

3.7 Selon l'Inde, il y avait encore une autre question systémique en jeu. Si l'article 22 était interprété comme étant totalement dissocié de l'article 21:5, il y avait un risque que la partie gagnante allègue le non-respect des recommandations et décisions en se référant à une question dont le Groupe spécial n'avait pas été saisi à bon droit ou qu'il avait expressément refusé d'examiner, et qu'elle suspende des concessions sur la base de cette allégation de non-respect. Cela serait inacceptable d'un point de vue tant juridique que systémique.

3.8 En conclusion, l'Inde était d'avis qu'il y avait un lien intrinsèque et inévitable entre l'article 21:5 et l'article 22 du Mémoire d'accord. Elle pensait qu'il fallait recourir à l'article 22 uniquement après avoir suivi toute la procédure commençant par les consultations au titre de l'article 4. Dans ce processus, l'article 21:5 était une étape déterminante et indispensable avant l'exercice des droits conférés par l'article 22. En fait, recourir à l'article 21:5, comme les Communautés européennes l'avaient fait, en l'espèce, était un droit fondamental dont disposaient tous les Membres de l'OMC dans le système de règlement des différends. Refuser à un Membre la possibilité de se prévaloir des procédures de l'article 21:5 constituerait donc une injustice du point de vue tant des procédures que du fond au regard du Mémoire d'accord.

B. JAMAÏQUE

3.9 La **Jamaïque** a approuvé l'analyse de l'article 23 du Mémoire d'accord faite par les CE qui débouchait sur la conclusion que le nouveau régime communautaire devait être réputé conforme aux accords de l'OMC visés.¹⁰ S'agissant du rapport entre l'article 21:5 et l'article 22, la Jamaïque a avancé que cette question ne relevait pas du mandat du Groupe spécial et que ces articles devaient être interprétés uniquement par les organes de l'OMC compétents. Elle a dit en conclusion que les Communautés européennes s'étaient conformées aux prescriptions pertinentes du Mémoire d'accord et qu'il n'y avait donc aucune raison de mettre en doute la demande d'établissement d'un groupe spécial qu'elles avaient présentée au titre de l'article 21:5.

C. JAPON

3.10 Le **Japon** a fait valoir qu'il y avait dans le présent différend un certain nombre de questions systémiques qui revêtaient une importance capitale pour le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. De l'avis du Japon, certaines de ces questions n'étaient peut-être pas du ressort d'un groupe spécial et la prérogative de prendre collectivement des décisions à leur sujet revenait aux Membres.

¹⁰ Paragraphes 34 et 42 de la communication des CE.

En tant que pays bénéficiant largement du système commercial multilatéral dans le cadre de l'OMC, le Japon avait tout intérêt à faire en sorte que ces caractéristiques du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne soient en aucune façon compromises. Il estimait que lorsqu'il y avait désaccord sur le point de savoir si une partie s'était conformée aux recommandations et décisions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel, les parties devaient recourir aux procédures de l'article 21:5 avant d'invoquer leurs droits au titre de l'article 22. Les mesures de rétorsion ne devaient pas être prises sur la base d'une détermination unilatérale de la partie plaignante concernant la non-conformité des mesures en question, sans qu'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5 ait formulé des recommandations et des décisions.

3.11 Le Japon a ajouté que la mise en œuvre de mesures de bonne foi conformément aux recommandations et décisions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel revêtait une importance cruciale non seulement pour le règlement des différends, mais aussi pour le renforcement de la crédibilité du mécanisme de règlement des différends. Afin de répondre aux questions soulevées dans le présent différend, le Japon estimait qu'il était nécessaire de les examiner dans le contexte de l'article 21 dans son ensemble, y compris les rôles et fonctions d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5.

3.12 De l'avis du Japon, la présente procédure de groupe spécial présentait certaines anomalies. Premièrement, les Communautés européennes étaient la seule partie à la procédure, les parties plaignantes initiales étant restées non parties. L'article 21:5 prévoyait que le rôle et la fonction d'un groupe spécial établi au titre dudit article étaient d'aider à trancher le différend concernant l'existence ou la compatibilité avec un accord visé de mesures prises pour se conformer aux recommandations et décisions. L'article 11 disposait ce qui suit: "un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions". Étant donné qu'il n'y avait qu'une seule partie à la procédure du présent Groupe spécial, la question se posait de savoir comment ce dernier pouvait remplir la fonction qui lui était assignée par les dispositions susmentionnées du Mémoire d'accord. Si les parties initiales mettaient en cause la conformité des mesures prises par la partie perdante puis se désintéressaient de la procédure de groupe spécial engagée au titre de l'article 21:5, cela équivalait à un sabotage du mécanisme de règlement des différends.

3.13 Le Japon estimait que si les Communautés européennes demandaient au Groupe spécial de constater que les mesures de mise en œuvre qu'elles avaient prises devaient "être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'[avait] pas été dûment mise en cause" au titre de l'article 21:5, et ne lui demandaient pas de constater que ces mesures étaient compatibles avec l'Accord sur l'OMC sur la base d'une évaluation objective des faits de la cause et de la conformité des faits avec les accords de l'OMC pertinents, répondre à cette demande de simple présomption d'"innocence" n'entraînait pas dans les fonctions d'un groupe spécial établi au titre de l'article 21:5.

3.14 Dans une procédure de groupe spécial normale, la partie qui affirmait un fait ou formulait une allégation juridique était tenue d'établir une présomption, et une fois cette présomption établie, la charge de la preuve était renversée et il incombait alors à l'autre partie de réfuter le fait ou l'allégation. Sans ces procédures, le Japon ne voyait pas très bien comment le présent Groupe spécial pourrait s'acquitter efficacement des tâches qui lui avaient été assignées. De l'avis du Japon, un Membre de l'OMC qui ne participait pas à une procédure de groupe spécial au titre de l'article 21:5 tout en affirmant que l'autre partie n'avait pas mis les mesures en conformité avec l'Accord sur l'OMC ne faisait pas preuve d'une attitude responsable. Un tel comportement de la part de certaines parties initiales compromettrait sérieusement la crédibilité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Le Japon estimait qu'un principe général régissant les procédures de règlement des différends à l'OMC était que toutes les parties initiales à un différend, qu'elles aient ou non participé aux procédures d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel au titre de l'article 21:5, devaient,

conformément à l'article 23 du Mémoire d'accord, être liées par les constatations et décisions de ce groupe spécial ou de l'Organe d'appel.

IV. CONSTATATIONS

A. MANDAT

4.1 Comme il est indiqué plus haut, notre mandat est le suivant:

"Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les Communautés européennes dans le document WT/DS27/40, la question portée devant l'ORD par les Communautés européennes dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."

4.2 Les passages les plus pertinents du document WT/DS27/40 sont ainsi libellés:

"Les Communautés européennes soutiennent que l'article 23 du Mémorandum d'accord confirme qu'il y a un principe général dans les Accords de l'OMC selon lequel les mesures adoptées par les Membres de l'OMC sont conformes aux règles de ces accords tant qu'elles n'ont pas été mises en cause selon les procédures appropriées du règlement des différends et tant que la preuve de leur conformité n'a pas été établie. Étant donné qu'aucun des plaignants initiaux n'a poursuivi les procédures au titre de l'article 21:5, *ils doivent, à ce stade, être réputés comme étant satisfaits de la manière par laquelle les Communautés européennes ont mis leurs mesures en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD dans ce cas.*

Dans ce contexte juridique, les Communautés européennes demandent l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord *avec pour mandat de constater que les mesures de mise en œuvre des Communautés européennes, mentionnées ci-dessus, doivent être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'a pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémorandum d'accord.*" (non souligné dans l'original)

4.3 Dans nos constatations, nous traitons successivement de l'identité des parties au présent différend, de la réparation demandée par les Communautés européennes et du rapport entre les articles 21, 22 et 23 du Mémorandum d'accord.

B. PARTIES AU PRÉSENT DIFFÉREND

4.4 Après l'établissement du présent Groupe spécial, la secrétaire, au nom dudit groupe, a informé l'Équateur, les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique que les Communautés européennes avaient demandé au Groupe spécial d'inviter ces Membres à participer, en leur qualité de parties plaignantes initiales, à la procédure du Groupe spécial *Bananes III*, à une réunion destinée à organiser le présent Groupe spécial. Le Groupe spécial leur a ensuite demandé d'indiquer quelle serait leur réponse si une telle invitation leur était faite.

4.5 L'Équateur a répondu ce qui suit:

"l'initiative dénuée de fondement juridique prise par les Communautés européennes en vue de trouver une partie avec laquelle engager cette procédure ne devrait pas, selon l'Équateur, pouvoir aboutir car cela risquerait de porter gravement atteinte au système de règlement des différends."

4.6 L'Équateur a souligné qu'il considérait que le groupe spécial qu'en réponse à sa demande (WT/DS27/41) l'ORD avait établi au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord le 12 janvier 1999 était totalement indépendant de la présente procédure de groupe spécial engagée par les Communautés européennes.

4.7 Les États-Unis, le Guatemala et le Honduras ont fait valoir que la demande de constatation adressée au groupe spécial que les CE avaient formulée dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial:

"ne constitu[ait] pas un recours à l'article 21:5, mais plutôt une question totalement différente pour laquelle les prescriptions procédurales pertinentes énoncées aux articles 4 et 6 du Mémoire d'accord n'[avaient] pas été respectées. Contrairement aux déclarations orales faites par les CE à l'ORD, la demande des CE ne constitu[ai]t pas une demande d'examen objectif des mesures communautaires. En outre, il n'y [avait] dans le Mémoire d'accord aucune disposition autorisant un Membre à obliger d'autres pays à se porter parties plaignantes contre ses mesures à un moment que lui-même détermin[ait]. De plus, aucune conclusion relative à la conformité des mesures communautaires ne [pouvait] lier un pays qui n'[était] pas partie à la procédure, en dépit des efforts des CE pour qu'il en soit ainsi ..."

4.8 Le Mexique a donné une réponse analogue.

4.9 Par la suite, les Communautés européennes se sont dites préoccupées par les décisions prises par le présent Groupe spécial au sujet de son calendrier et de ses procédures de travail. En particulier, elles ont suggéré de modifier la rubrique "réception des communications écrites" du calendrier en ajoutant le point: "a) plaignants initiaux ... 2 février 1999". Au cas où le Groupe spécial n'accepterait pas cette suggestion, les Communautés européennes ont demandé qu'une décision *in limine litis* soit formulée par écrit sur cette question.

4.10 Nous avons répondu comme suit:

"Le Groupe spécial accuse réception de votre lettre ... dans laquelle vous faites référence au calendrier et aux procédures de travail du Groupe spécial susmentionné. Il a pris note des divers points que vous avez soulevés. Toutefois, le Groupe spécial aimerait souligner tout d'abord que, conformément à l'article 12:1 du Mémoire d'accord, il a le droit de décider de ses propres procédures de travail, y compris le calendrier, après avoir consulté les parties. Ces consultations avec les CE ont eu lieu le 20 janvier 1999.

Le Groupe spécial note qu'en réponse à une suggestion des CE, il avait demandé, dans une lettre datée du 15 janvier 1999, à toutes les parties plaignantes initiales au différend initial "*Bananes III*" comment elles réagiraient à une invitation à participer à une réunion informelle du Groupe spécial, reconvoqué au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord, si une telle invitation leur était faite. Comme vous le savez, l'Équateur a indiqué, dans une lettre datée du 18 janvier 1999, qu'il ne souhaitait pas participer aux travaux du présent Groupe spécial, reconvoqué à l'initiative des CE. Quant aux États-Unis, au Guatemala et au Honduras, ils ont indiqué, à la réunion extraordinaire de l'ORD du 12 janvier 1999 et dans une lettre datée du 19 janvier 1999, qu'ils n'avaient pas l'intention de participer à la présente procédure de groupe spécial. Le Mexique a donné une réponse analogue par téléphone et a déclaré à l'ORD qu'il se réservait le droit d'engager une procédure séparée au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord. Par conséquent, le calendrier des travaux du Groupe spécial fait référence, à ce stade, aux CE et aux

tiertes parties uniquement étant donné que, de fait, seules cette partie et les tierces parties semblent avoir l'intention de déposer des communications aux dates prévues.

Le Groupe spécial ne croit pas que le libellé actuel du calendrier soit d'une manière ou d'une autre contraire aux dispositions de l'article 12 du Mémoire d'accord, ni que cet article habilite le Groupe spécial reconvoqué à obliger les parties plaignantes initiales au différend *Bananes III* à participer à la présente procédure.

Le Groupe spécial note qu'il a naturellement le droit, conformément à l'article 13 du Mémoire d'accord, de demander des renseignements, à n'importe quel moment au cours de la présente procédure, à toute personne ou à tout organisme qu'il juge approprié, y compris les plaignants initiaux dans l'affaire *Bananes III...*

4.11 En réponse aux questions du Groupe spécial, les Communautés européennes ont fait valoir ce qui suit à propos de la procédure du présent Groupe spécial:

- les Communautés européennes considèrent que les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique sont parties à la présente procédure au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord;
- une partie qui refuse de comparaître doit supporter les conséquences de ce refus et doit être présumée avoir manqué à l'obligation de comparaître;
- le présent Groupe spécial devrait décider que les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique n'ont pas soumis leur désaccord à l'instance appropriée et ne peuvent donc invoquer leurs allégations non étayées dans aucune autre procédure juridique puisque, en ce qui les concerne, le régime communautaire actuel d'importation des bananes doit être présumé compatible avec les règles de l'OMC;
- ces décisions du présent Groupe spécial devraient devenir contraignantes pour les États-Unis, le Guatemala, le Honduras et le Mexique une fois adoptées par l'ORD.

4.12 Selon nous, il n'y a dans le Mémoire d'accord aucune disposition autorisant un groupe spécial à obliger un Membre à participer en qualité de partie à une procédure de groupe spécial. En conséquence, nous n'avons pas le pouvoir d'obliger les plaignants initiaux à participer à la présente procédure au titre de l'article 21:5. Nous notons que les plaignants initiaux n'ont pas voulu participer à la présente procédure et nous constatons donc qu'ils ne sont pas parties à la présente procédure. De ce fait, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner les questions procédurales qu'ils ont mentionnées dans leurs lettres, par exemple la question de savoir si les Communautés européennes ont respecté les dispositions des articles 4 et 6 du Mémoire d'accord en ce qui concerne la procédure du présent Groupe spécial.

C. RÉPARATION DEMANDÉE PAR LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

4.13 Les Communautés européennes nous demandent de constater que leurs mesures de mise en œuvre "doivent être présumées conformes aux règles de l'OMC tant que leur conformité n'a pas été dûment mise en cause au titre des procédures appropriées du Mémoire d'accord". Nous estimons, comme les Communautés européennes, qu'aucune présomption d'incompatibilité n'est normalement attachée aux mesures d'un Membre dans le système de règlement des différends. Dans le même temps, nous sommes aussi d'avis que le fait qu'un Membre n'a pas, à un moment donné, mis en cause les mesures d'un autre Membre ne peut pas être interprété comme créant la présomption que le premier Membre accepte les mesures de l'autre Membre comme étant compatibles avec l'Accord

sur l'OMC. À cet égard, nous notons qu'un groupe spécial du GATT a dit ce qui suit: "il serait erroné (...) d'interpréter le fait que, pendant des années, une mesure n'a pas entraîné l'application de l'article XXIII, comme valant acceptation tacite de la part des parties contractantes".¹¹

4.14 Comme nous le signalons dans nos remarques finales, les dispositions de l'article 21:5 n'indiquent pas clairement si le défendeur initial dans une procédure de groupe spécial est, ou devrait être, autorisé en vertu du Mémoire d'accord à engager une procédure au titre de l'article 21:5 aux fins d'établir la compatibilité avec les règles de l'OMC de mesures prises pour mettre en œuvre les décisions et recommandations de l'ORD. À supposer qu'une telle action soit autorisée, nous notons que, dans la présente procédure, les Communautés européennes intègrent dans leur communication écrite un seul paragraphe (paragraphe 2.15) récapitulant les aspects de leur régime antérieur d'importation des bananes qu'elles ont modifiés afin de se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD. Nous ne croyons pas qu'une constatation de compatibilité avec les règles de l'OMC puisse être établie sur la base de la communication présentée par les Communautés européennes en l'espèce, en raison d'une analyse insuffisante de la façon dont les incompatibilités avec les règles de l'OMC constatées auparavant ont été supprimées d'une manière compatible avec les règles de l'OMC.

4.15 Enfin, nous notons qu'immédiatement avant (à la même date) l'établissement du présent Groupe spécial, un groupe spécial a été établi par l'ORD à la demande de l'Équateur pour examiner, lors d'une procédure au titre de l'article 21:5, l'allégation de l'Équateur selon laquelle les mesures de mise en œuvre des CE n'étaient pas compatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Ces deux groupes spéciaux établis au titre de l'article 21:5 sont composés des trois mêmes personnes. Étant donné que nous avons constaté lors de la procédure engagée par l'Équateur que les mesures de mise en œuvre des CE n'étaient *pas* compatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC, il est clair que ces mesures ne peuvent pas être présumées compatibles lors de la présente procédure.

D. RAPPORT ENTRE LES ARTICLES 21, 22 ET 23 DU MÉMORANDUM D'ACCORD

4.16 Un argument essentiel des Communautés européennes dans la présente procédure concerne le rapport entre les articles 21, 22 et 23 du Mémoire d'accord. Comme il est indiqué plus haut, les trois personnes qui composent le présent Groupe spécial ont été chargées par l'ORD, dans le cadre du recours de l'Équateur à l'article 21:5 du Mémoire d'accord, d'examiner la compatibilité des mesures des CE avec les règles de l'OMC. Nous avons tous les trois également été chargés par l'ORD, conformément à l'article 22 du Mémoire d'accord, d'examiner en qualité d'arbitres le niveau de la suspension de concessions proposée par les États-Unis au titre de cet article. Lors de notre désignation comme arbitres, la tâche suivante nous a été assignée par le Président de l'ORD.

"Il resterait le problème de savoir comment le groupe spécial et les arbitres coordonneraient leurs travaux, mais ce serait les mêmes personnes et elles ne pourront manquer de trouver un moyen logique de procéder en consultation avec les parties. De cette façon, les mécanismes de règlement des différends du Mémoire d'accord peuvent être employés pour résoudre toutes les questions restantes dans ce différend, tout en reconnaissant le droit des deux parties et en respectant l'intégrité du Mémoire d'accord."

Dans ces circonstances, nous ne croyons pas qu'il serait indiqué que nous décidions dans le cadre de la présente procédure, comme les Communautés européennes l'ont demandé, qu'il n'existe qu'un seul type de procédure (à savoir celle qui est visée à l'article 21:5) permettant d'examiner la compatibilité

¹¹ Rapport du Groupe spécial des *restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong Kong*, adopté le 12 juillet 1983, IBDD, S30/135, 145, paragraphe 28.

de leurs mesures. Il vaut mieux que la question de savoir si une allégation peut être formulée dans une procédure donnée soit tranchée dans le cadre de cette procédure.

4.17 En outre, s'agissant des arguments des CE relatifs aux articles 21, 22 et 23 du Mémoire d'accord, nous sommes tout à fait conscients de la controverse qui existe au sein de l'ORD à propos de l'interprétation de ces articles et du rapport existant entre eux, mais nous sommes d'avis que le mieux est que cette question soit résolue par les Membres dans le contexte du réexamen en cours du Mémoire d'accord et non dans le cadre d'une procédure de groupe spécial à laquelle participent uniquement une partie et quelques tierces parties actives.

E. REMARQUES FINALES

4.18 En nous acquittant de notre mandat, nous n'avons pas examiné si le défendeur initial dans une procédure de groupe spécial, comme les Communautés européennes, est autorisé à engager une procédure au titre de l'article 21:5. À cet égard, nous notons qu'autoriser une telle procédure entraîne certains problèmes ou anomalies pratiques, comme l'a signalé le Japon dans ses arguments en tant que tierce partie (paragraphe 3.12 à 3.14). Toutefois, nous comprenons aussi le souhait exprimé par l'Inde, également en qualité de tierce partie, que dans une affaire où cela est approprié une procédure au titre de l'article 21:5 puisse être engagée par un défendeur (paragraphe 3.5). À notre avis, nous n'excluons pas la possibilité de recourir à l'article 21:5 de cette façon, en particulier lorsque l'engagement de cette procédure a clairement pour objectif l'examen de la compatibilité de mesures de mise en œuvre avec les règles de l'OMC.

V. CONCLUSION

5.1 Au vu de ce qui précède, nous ne formulons pas les constatations demandées par les Communautés européennes.
