

ANNEXE A

Procédures de travail du Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*

1. Le Groupe spécial communiquera aux parties un calendrier pour la procédure de groupe spécial et mènera ses travaux conformément aux procédures de travail normales énoncées dans le Mémorandum d'accord et son Appendice 3, augmentées de certaines procédures additionnelles, comme suit:
2. Le Groupe spécial se réunira en séance privée. Les parties au différend, et les tierces parties, n'assisteront aux réunions que lorsque le Groupe spécial les y invitera.
3. Les délibérations du Groupe spécial et les documents qui lui auront été soumis resteront confidentiels. Aucune disposition du Mémorandum d'accord n'empêchera une partie à un différend de communiquer au public ses propres positions. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués par un autre Membre au Groupe spécial et que ce Membre aura désignés comme tels. Comme le dispose l'article 18:2 du Mémorandum d'accord, dans les cas où une partie à un différend communiquera au Groupe spécial une version confidentielle de ses communications écrites, elle fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses communications qui peuvent être rendus publics.
4. Avant la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, les parties au différend feront remettre au Groupe spécial des communications écrites dans lesquelles elles présenteront les faits de la cause et leurs arguments respectifs.
5. À sa première réunion de fond avec les parties, le Groupe spécial demandera à la partie qui a introduit la plainte de présenter son dossier, puis, pendant la même séance, la partie mise en cause sera invitée à exposer ses vues.
6. Les tierces parties seront invitées par écrit à présenter leurs vues au cours d'une séance de la première réunion de fond du Groupe spécial réservée à cette fin. Les tierces parties pourront être présentes pendant toute cette séance.
7. Les réfutations formelles seront présentées lors d'une deuxième réunion de fond du Groupe spécial. La partie mise en cause aura le droit de prendre la parole avant la partie plaignante. Les parties présenteront des réfutations écrites au Groupe spécial avant cette réunion.
8. Le Groupe spécial pourra à tout moment poser des questions aux parties et leur demander de donner des explications, soit lors d'une réunion avec elles, soit par écrit. Des réponses écrites aux questions seront communiquées à une date que déterminera le Groupe spécial en consultation avec les parties.
9. Les parties au différend, ainsi que toute tierce partie invitée à exposer ses vues, mettront à la disposition du Groupe spécial une version écrite de leurs déclarations orales.
10. Afin de garantir une totale transparence, les parties seront présentes lors des exposés, réfutations et déclarations dont il est fait mention aux paragraphes 5 à 9. De plus, les communications écrites de chaque partie, y compris les réponses aux questions posées par le Groupe spécial, les observations sur la partie descriptive du rapport et les observations sur le rapport intérimaire, seront mises à la disposition de l'autre partie ou des autres parties.

11. Toute demande de décision préliminaire (y compris les décisions sur les questions de compétence) que fera le Groupe spécial sera présentée au plus tard dans la première communication écrite d'une partie. Si la partie plaignante demande une telle décision, le défendeur présentera sa réponse à la demande dans sa première communication écrite. Si le défendeur demande une telle décision, la partie plaignante présentera sa réponse à la demande avant la première réunion de fond du Groupe spécial. La partie plaignante présentera sa réponse à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial après réception et compte tenu de la demande du défendeur. Des exceptions à cette procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.

12. Les parties présenteront tous les éléments de preuve factuels au Groupe spécial au plus tard pendant la première réunion de fond, sauf en ce qui concerne les éléments de preuve nécessaires aux fins des communications présentées à titre de réfutation ou des réponses aux questions. Des exceptions à cette procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables. En pareils cas, l'autre partie se verra accorder un délai pour faire des observations, selon qu'il conviendra.

13. Pour faciliter la tenue du dossier du différend et le renvoi aux pièces présentées par les parties, il est demandé à ces dernières de numérotter leurs pièces par ordre chronologique tout au long des étapes du différend.

14. Les parties et les tierces parties remettront au Groupe spécial un résumé analytique des faits et arguments tels qu'ils sont présentés au Groupe spécial dans leurs communications écrites et leurs exposés oraux dans un délai d'une semaine à compter de la remise au Groupe spécial de la version écrite de la communication pertinente. Les résumés analytiques des communications écrites à fournir par chaque partie ne devraient pas dépasser dix pages et les résumés analytiques des exposés oraux ne devraient pas dépasser cinq pages chacun. Le résumé à fournir par chaque tierce partie fera la synthèse de sa communication écrite et de son exposé oral, et ne devrait pas dépasser cinq pages. Les résumés analytiques ne serviront en aucune façon à remplacer les communications des parties dans l'examen de l'affaire par le Groupe spécial. Toutefois, le Groupe spécial pourra reproduire les résumés analytiques fournis par les parties et tierces parties dans la section de son rapport consacrée aux arguments, moyennant toutes modifications qu'il jugera appropriées. Les réponses des parties et tierces parties aux questions, et les observations des parties sur les réponses de chacune d'entre elles aux questions seront annexées au rapport du Groupe spécial.

15. Les parties et tierces parties à la présente procédure ont le droit de déterminer la composition de leurs propres délégations. Les délégations pourront inclure, en tant que représentants du gouvernement concerné, des conseillers privés. À cet égard, il est noté que le plaignant s'est engagé à faire en sorte, dans toute la mesure du possible, qu'un représentant du gouvernement soit présent à toutes les réunions avec le Groupe spécial. Les parties et tierces parties seront responsables de tous les membres de leur délégation et veilleront à ce que tous les membres de la délégation se conforment aux règles du Mémoire d'accord et aux procédures de travail du Groupe spécial, surtout en ce qui concerne la confidentialité des travaux. En particulier, les juristes privés agissant au nom du plaignant sont liés par les mêmes obligations et responsabilités que les Membres de l'OMC. Les parties remettront une liste des participants de leurs délégations avant la réunion avec le Groupe spécial ou au début de celle-ci.

16. Après la remise du rapport intérimaire, les parties n'auront pas moins de dix jours pour demander par écrit le réexamen d'aspects précis du rapport intérimaire et pour demander la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial. Le droit de demander la tenue d'une telle réunion doit être exercé au plus tard au moment où la demande écrite de réexamen est présentée. Après la réception de toutes demandes écrites de réexamen, si aucune nouvelle réunion avec le Groupe spécial n'est demandée, les parties auront la possibilité, dans un délai qui sera précisé par le Groupe spécial, de présenter des observations écrites sur les demandes écrites de réexamen de l'autre partie. Ces observations seront strictement limitées à la formulation de commentaires sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie ou des autres parties.

17. Les procédures suivantes s'appliquent pour la signification des documents:

- a) Chaque partie et tierce partie signifiera ses communications directement à toutes les autres parties, y compris, lorsque cela sera approprié, les tierces parties, et confirmera l'avoir fait au moment de la présentation de sa communication au Groupe spécial.
 - b) Les parties et les tierces parties devraient faire parvenir leurs communications écrites et leurs réponses écrites aux questions avant 17h.30 aux dates limites établies par le Groupe spécial, à moins qu'il ne fixe une heure différente. À cet égard, les parties sont convenues qu'elles échangeraient les communications écrites et réponses écrites aux questions, y compris toutes les pièces, par voie électronique, dans un format de traitement de texte (Word ou WordPerfect). Si nécessaire (par exemple, en raison de la nature et/ou de la taille du document en question), les pièces peuvent être présentées en format .pdf ou par télécopie. Lorsque la taille des pièces est si importante qu'elle ne permet pas d'envoyer les documents en format .pdf ou par télécopie dans les délais fixés, des copies sur support papier seront envoyées par courrier pour réception le lendemain de la date requise. Des copies sur support papier de toutes les communications et réponses seront envoyées par courrier dans un délai de 24 heures après les dates limites. Ces procédures s'appliquent à la communication des documents au Groupe spécial, à l'autre partie et aux tierces parties.
 - c) Les parties et tierces parties remettront au Secrétariat des copies de leurs communications orales au plus tard à midi le premier jour ouvré suivant le dernier jour des réunions de fond.
 - d) Les parties et tierces parties remettront au Groupe spécial neuf copies de toutes leurs communications, y compris les versions écrites des déclarations orales et des réponses aux questions. Toutes ces copies seront déposées auprès du Greffier pour le règlement des différends, M. Ferdinand Ferranco (bureau 3154).
 - e) Au moment où elle remettront une copie sur support papier de leurs communications, les parties et les tierces parties fourniront également au Groupe spécial une copie électronique de toutes leurs communications sur une disquette ou en tant que pièce jointe d'un courriel, dans un format compatible avec les logiciels du Secrétariat. Les pièces jointes aux courriels seront envoyées au Greffier pour le règlement des différends (DSregistry@wto.org) avec copie à Mlle Mireille Cossy (adresse électronique: mireille.cossy@wto.org).
 - f) Chaque partie signifiera les résumés analytiques mentionnés au paragraphe 14 directement à l'autre partie et confirmera l'avoir fait au moment où elle remettra sa communication au Groupe spécial. Chaque tierce partie signifiera les résumés analytiques mentionnés au paragraphe 14 directement aux parties et confirmera l'avoir fait au moment où elle remettra sa communication au Groupe spécial. Les alinéas d) et e) ci-dessus s'appliqueront à la signification des résumés analytiques.
-

ANNEXE B

DEMANDE DE DÉCISIONS PRÉLIMINAIRES

A. DECISION DU GROUPE SPECIAL *

1. La présente communication du Groupe spécial répond à la demande de décisions préliminaires des États-Unis en ce qui concerne la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda¹ et les questions pertinentes pour cette demande contenues dans la première communication écrite d'Antigua-et-Barbuda.² La demande a été reçue vendredi 17 octobre 2003, dans la soirée.

2. Le 20 octobre 2003, le Groupe spécial a invité Antigua-et-Barbuda et les tierces parties à formuler des observations sur la demande des États-Unis. Antigua-et-Barbuda a présenté sa réponse le 23 octobre 2003, les Communautés européennes et le Japon, le 24 octobre 2003. Le Taipei chinois, le Mexique et le Canada ont informé le Groupe spécial qu'ils ne présenteraient pas d'observations sur la demande de décisions préliminaires des États-Unis.

1. Historique de la procédure

3. Le 13 mars 2003, Antigua-et-Barbuda a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis au sujet des mesures appliquées par les autorités centrales, régionales et locales aux États-Unis qui affectent (selon les allégations) la fourniture transfrontières de services de jeux et paris. Dans une annexe de sa demande de consultations initiale³, Antigua-et-Barbuda a désigné un certain nombre de documents comme étant des "mesures", indiquant que "ces mesures et leur application peuvent constituer une infraction aux obligations découlant pour les États-Unis de l'AGCS".

4. Les sections I et II de l'annexe de la demande de consultations contiennent une liste de mesures légales prises au niveau fédéral et à celui des États. Dans la section III sont répertoriés d'autres documents, qu'Antigua-et-Barbuda a classés dans son annexe sous la rubrique "Autres actions ou mesures des États-Unis prises au niveau fédéral et au niveau des États". Ces documents comprennent de la jurisprudence, des avis d'Attorneys General, des communiqués de presse et des pages provenant de sites Web Internet.

5. En ce qui concerne les éléments indiqués dans l'annexe, Antigua-et-Barbuda, dans sa demande de consultations, a allégué ce qui suit:

"Le gouvernement de mon pays croit comprendre que l'effet cumulé des mesures du type énuméré à l'annexe jointe à la présente demande prises au niveau fédéral et au niveau des États est que la fourniture de services de jeux et paris par un autre Membre de l'OMC (comme Antigua-et-Barbuda) aux États-Unis sur une base transfrontières est jugée illégale au regard de la législation des États-Unis."⁴

6. Le 10 avril 2003, Antigua-et-Barbuda a notifié un addendum à sa demande de consultations.⁵ Cet addendum avait pour objet de "clarifier certaines des références faites à la législation des

* Envoyée aux parties le 29 octobre 2003. Les arguments des parties et tierces parties figurent, respectivement, dans les sections B et C de la présente annexe.

¹ WT/DS285/2, 13 juin 2003.

² 1^{er} octobre 2003.

³ WT/DS285/1, 27 mars 2003.

⁴ WT/DS285/1, paragraphe 2.

⁵ WT/DS285/1/Add.1, 10 avril 2003.

États-Unis qui figuraient dans l'annexe initiale".⁶ Une nouvelle version de l'annexe qui avait été jointe à la demande de consultations initiale était jointe à l'addendum. L'addendum reprenait aussi l'allégation d'Antigua-et-Barbuda selon laquelle une prohibition de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris résulte de l'application cumulée des mesures répertoriées dans l'annexe. En particulier, il était dit ce qui suit dans l'addendum:

"Comme nous l'avions expliqué dans notre demande de consultations du 13 mars 2003, nous croyons comprendre que la prohibition frappant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris aux États-Unis résulte de l'effet cumulé des mesures du type énuméré à l'annexe. Dans l'annexe corrigée, certaines des références faites à la législation des États-Unis sont clarifiées et les références faites à quelques mesures qui ne sont plus en vigueur sont remplacées par d'autres qui renvoient à des mesures actuellement appliquées."⁷

7. Le 13 juin 2003, Antigua-et-Barbuda a présenté à l'ORD sa demande d'établissement d'un groupe spécial (ci-après désignée par les termes la "demande d'établissement").⁸ Comme pour la demande de consultations, la demande d'établissement contenait une annexe, dont le contenu et la structure sont quasiment identiques à ceux de l'annexe jointe à la demande de consultations révisée.

8. La demande d'établissement reprend l'allégation formulée dans la demande de consultations d'Antigua-et-Barbuda, selon laquelle les lois mentionnées dans les sections I et II de l'annexe ont pour effet de prohiber toute fourniture de services de jeux et paris à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis aux consommateurs aux États-Unis. Cependant, en ce qui concerne les éléments figurant dans la section III de l'annexe, il est indiqué ce qui suit dans la demande d'établissement:

"La section III de l'annexe énumère des exemples de mesures prises par les autorités non législatives des États-Unis qui appliquent ces lois à la fourniture transfrontières de services de jeux et paris."⁹

9. Enfin, il est également indiqué ce qui suit dans la demande d'établissement:

"Les mesures répertoriées à l'annexe n'entrent dans le cadre du présent différend que dans la mesure où elles empêchent ou peuvent empêcher les exploitants d'Antigua-et-Barbuda d'offrir légalement des services de jeux et paris aux États-Unis dans des conditions de concurrence compatibles avec les obligations des États-Unis."¹⁰

10. Aux première et deuxième réunions de l'ORD, à l'occasion desquelles la demande d'établissement présentée par Antigua-et-Barbuda a été examinée, les États-Unis ont allégué un certain nombre d'insuffisances liées à ladite demande.¹¹ En particulier, les États-Unis ont indiqué qu'un certain nombre d'éléments figurant dans l'annexe de la demande d'établissement ne constituaient pas des "mesures" susceptibles de s'inscrire valablement dans le cadre d'une demande d'établissement d'un groupe spécial; que l'annexe incluait plusieurs mesures qui ne paraissaient pas figurer dans la demande de consultations révisées; et que les mesures citées dans l'annexe n'étaient pas toutes liées à la fourniture de services de jeux et paris transfrontières.¹² Les États-Unis ont à nouveau soulevé la

⁶ WT/DS285/1/Add.1, paragraphe 1.

⁷ WT/DS285/1/Add.1, paragraphe 2.

⁸ WT/DS285/2.

⁹ WT/DS285/2, paragraphe 2.

¹⁰ WT/DS285/2, paragraphe 2.

¹¹ Première réunion tenue le 24 juin 2003: WT/DSB/M/151; deuxième réunion tenue les 21 et 23 juillet 2003: WT/DSB/M/153.

¹² WT/DSB/M/151, page 12, paragraphe 9; WT/DSB/M/153, paragraphe 47.

question de ces insuffisances alléguées à la réunion d'organisation du Groupe spécial tenue le 3 septembre 2003.

11. Le 1^{er} octobre 2003, comme prévu dans les Procédures de travail et le calendrier du Groupe spécial, Antigua-et-Barbuda a présenté sa première communication écrite au Groupe spécial dans laquelle elle répondait à certaines des préoccupations qui avaient été auparavant soulevées par les États-Unis au sujet de sa demande d'établissement.

12. Selon le calendrier du Groupe spécial applicable à la présente procédure, les États-Unis devaient présenter leur première communication écrite le 29 octobre 2003. Cependant, comme on l'a fait observer plus haut, le 17 octobre 2003, les États-Unis ont demandé au Groupe spécial de rendre plusieurs décisions préliminaires, qui font l'objet de la présente communication.

2. Demande de décisions préliminaires des États-Unis

13. Les États-Unis nous ont demandé de rendre des décisions préliminaires conformément au paragraphe 11 des Procédures de travail du Groupe spécial. Le paragraphe 11 de nos procédures de travail est libellé comme suit:

"Toute demande de décision préliminaire (y compris les décisions sur les questions de compétence) que fera le Groupe spécial sera présentée au plus tard dans la première communication écrite d'une partie. Si la partie plaignante demande une telle décision, le défendeur présentera sa réponse à la demande dans sa première communication écrite. Si le défendeur demande une telle décision, la partie plaignante présentera sa réponse à la demande avant la première réunion de fond du Groupe spécial. La partie plaignante présentera sa réponse à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial après réception et compte tenu de la demande du défendeur. Des exceptions à cette procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables."

14. Le Groupe spécial croit comprendre que les États-Unis sollicitent des décisions préliminaires sur quatre questions. Selon les États-Unis:

- a) Certaines des mesures répertoriées dans l'annexe de la demande d'établissement n'étaient pas incluses dans la demande de consultations. Par conséquent, ces mesures n'ont pas fait l'objet de consultations et ne devraient pas être prises en considération par le Groupe spécial.
- b) Certains des éléments répertoriés dans l'annexe de la demande d'établissement ne constituent pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord et, par conséquent, n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial.
- c) Certaines des mesures répertoriées dans la demande d'établissement sont sans rapport avec la fourniture transfrontières des services de jeux.¹³
- d) Antigua-et-Barbuda n'a pas établi *prima facie* l'existence d'une violation et, par conséquent, sa plainte devrait être rejetée.

15. Nous traitons ci-après chacune de ces questions successivement.

¹³ Nous relevons qu'au paragraphe 14 de la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, les États-Unis ont soulevé cet argument dans le cadre de leur allégation selon laquelle la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua incluait à tort certaines mesures qui n'avaient pas fait l'objet de consultations. Cependant, le Groupe spécial a décidé de traiter cet argument comme une question distincte.

3. Évaluation par le Groupe spécial de la demande de décisions préliminaires des États-Unis

a) Considérations d'ordre général

16. Nous observons pour commencer que la jurisprudence confirme que, selon l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, une demande d'établissement d'un groupe spécial doit: i) être présentée par écrit; ii) préciser si des consultations ont eu lieu; iii) indiquer les mesures spécifiques en cause; et iv) contenir un bref exposé du fondement juridique de la plainte qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème.¹⁴ Dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a clairement indiqué ce qui suit:

"Il est important que la demande d'établissement d'un groupe spécial soit suffisamment précise pour deux raisons: premièrement, elle constitue souvent la base du mandat du groupe spécial défini conformément à l'article 7 du Mémorandum d'accord; et, deuxièmement, elle informe la partie défenderesse et les tierces parties du fondement juridique de la plainte."¹⁵

17. Pour évaluer la demande de décisions préliminaires des États-Unis, le Groupe spécial considère qu'il importe de ne pas perdre de vue ce qu'Antigua-et-Barbuda estime être la/les mesure(s) qu'elle conteste et au sujet de laquelle/desquelles elle a demandé l'ouverture de consultations. À cet égard, nous relevons que dans sa demande d'établissement, dans sa première communication écrite et dans ses observations sur la demande de décisions préliminaires des États-Unis, Antigua-et-Barbuda a souligné qu'elle contestait effectivement l'effet global et cumulé de diverses lois fédérales et lois des États qui, conjuguées à diverses déclarations de politique générale et autres actions gouvernementales, constituent une prohibition complète de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris.

18. À cet égard, nous rappelons les indications données par l'Organe d'appel dans les affaires *Corée – Produits laitiers*¹⁶ et *États-Unis – Acier au carbone* quant à la façon dont un groupe spécial devrait aborder les mises en cause du caractère suffisant des demandes d'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord:

"Comme nous l'avons déjà dit, le respect des prescriptions de l'article 6:2 doit être démontré par le texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial. Il n'est pas possible de "remédier" aux lacunes de la demande d'établissement dans les communications présentées ultérieurement par les parties pendant la procédure du groupe spécial. Néanmoins, lorsqu'on examine le caractère suffisant de la demande d'établissement d'un groupe spécial, il est possible de consulter les communications et les déclarations présentées au cours de la procédure du groupe spécial, en particulier la première communication écrite de la partie plaignante, afin de confirmer le sens des termes utilisés dans la demande d'établissement dans le cadre de l'évaluation du point de savoir s'il a été porté atteinte à la capacité du défendeur de se défendre. En outre, le respect des prescriptions de l'article 6:2 doit être déterminé en fonction des particularités de chaque affaire, après avoir examiné la demande d'établissement dans son ensemble, et compte tenu des circonstances entourant l'affaire."¹⁷

19. Il importe aussi de ne pas perdre de vue que la/les mesure(s) qui a/ont été mise(s) en cause dans une demande d'établissement d'un groupe spécial doit/doivent pouvoir être exécutée(s) en vertu de l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, qui dispose ce qui suit:

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 120.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 142.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 120 à 128.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127.

"Dans les cas où un groupe spécial ou l'Organe d'appel conclura qu'une mesure est incompatible avec un accord visé, il recommandera que le Membre concerné¹⁸ la rende conforme audit accord."

20. Enfin, en ce qui concerne le moment choisi pour les demandes de décisions préliminaires, nous rappelons ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC*:

"L'article 3:10 du Mémoire d'accord fait obligation aux Membres de l'OMC, si un différend survient, d'engager les procédures de règlement des différends "de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend". Cela est une autre manifestation concrète du principe de la bonne foi qui, comme nous l'avons déjà indiqué, est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international. Ce principe général veut qu'aussi bien les Membres plaignants que les Membres défendeurs respectent les prescriptions du Mémoire d'accord (et les prescriptions connexes des autres accords visés) de bonne foi. En respectant les prescriptions de bonne foi, les Membres plaignants accordent aux Membres défendeurs une protection intégrale et la pleine possibilité de se défendre, conformément à la lettre et à l'esprit des règles de procédure. Le même principe de la bonne foi impose aux Membres défendeurs de porter au moment opportun et rapidement à l'attention du Membre plaignant, et de l'ORD ou du Groupe spécial, les manquements allégués aux règles de procédure, de façon que, le cas échéant, des corrections puissent être apportées pour régler les différends. Les règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux. (non souligné dans l'original)¹⁹

b) Évaluation de la demande des États-Unis

i) *Certaines des mesures répertoriées dans l'annexe de la demande d'établissement n'étaient pas incluses dans la demande de consultations et ne devraient pas être prises en considération par le Groupe spécial*

21. Comme on l'a indiqué plus haut, la question ici est de savoir si le Groupe spécial est en droit de prendre en considération les dispositions de la législation mentionnée dans la demande d'établissement lorsque la demande de consultations mentionnait la même législation mais contenait des références à des dispositions différentes de cette législation.

22. Les mesures concernées indiquées par les États-Unis à cet égard sont les lois des États pour ce qui est du Colorado, de New York et de Rhode Island. En particulier:

1) En ce qui concerne le Colorado, la demande de consultations révisée mentionnait "COLO. REV. STAT. §§ 18-10-101 à 18-10-~~08~~ (1999)", tandis que la demande d'établissement mentionnait "COLO. REV. STAT. §§ 18-10-101 à 18-10-~~108~~ (1999)".

2) S'agissant de New York, la demande de consultations révisée mentionne "N.Y. CONST. art. II, §9", tandis que la demande d'établissement mentionne "N.Y. CONST. art. I, § 9".

¹⁸ Le "Membre concerné" est la partie au différend à laquelle le groupe spécial ou l'Organe d'appel adressent leurs recommandations.

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 166.

3) En ce qui concerne Rhode Island, la demande de consultations révisée mentionne "R.I. CONST. art. I, § 22", tandis que la demande d'établissement mentionne "R.I. CONST. art. VI, § 22".

23. Le Groupe spécial note que, conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord, il incombe aux parties plaignantes, entre autres choses, d'indiquer dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial si des consultations ont eu lieu sur la question faisant l'objet du différend. Cette prescription vise à garantir que les parties aient eu une possibilité adéquate de discuter de la question faisant l'objet du différend avant qu'un groupe spécial ne soit établi pour le trancher. En fait, il existe une jurisprudence pour indiquer qu'un Membre sera empêché "de demander l'établissement d'un groupe spécial pour un différend pour lequel aucune consultation n'a été demandée".²⁰

24. Étant donné les disparités entre la demande d'établissement et la demande de consultations, les États-Unis font valoir qu'il n'y a pas eu de consultations menées en ce qui concerne les mesures pour lesquelles les références ont été modifiées dans la demande d'établissement. Pour décider de l'importance et des conséquences liées à ces disparités, nous relevons que l'Organe d'appel, dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, a indiqué ce qui suit:

"Nous ne pensons pas ... que les articles 4 et 6 du Mémoire d'accord, ou les paragraphes 1 à 4 de l'article 4 de l'Accord SMC, exigent une identité précise et exacte des mesures spécifiques qui ont fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial."²¹

25. À notre avis, cela signifie qu'il peut y avoir des différences entre les mesures répertoriées dans la demande de consultations et celles qui sont répertoriées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. De fait, nous considérons que de telles différences peuvent bien être justifiées étant donné que des faits peuvent apparaître au cours des consultations de telle façon qu'ils "influent ... sur la teneur et la portée de la procédure de groupe spécial ultérieure".²² Cependant, nous reconnaissons qu'il faut un équilibre entre, d'une part, le droit du plaignant de modifier la demande d'établissement d'un groupe spécial compte tenu des renseignements qui peuvent devenir disponibles au cours des consultations et, d'autre part, la nécessité de faire en sorte qu'un Membre ne demande pas l'établissement d'un groupe spécial au sujet d'un différend pour lequel l'ouverture de consultations n'a pas été demandée.

26. S'agissant de la question de savoir si, en l'espèce, les différences entre la demande d'établissement et la demande de consultations révisée mentionnées plus haut sont ou non telles que le Groupe spécial demeure en droit de prendre en considération les mesures concernées par l'argumentation des États-Unis, nous relevons que tant la demande de consultations révisée que la demande d'établissement contiennent des références à la même *léislation* pour chacun des États considérés. Toutefois, les disparités qui existent entre les deux ensembles de demandes se rapportent aux *dispositions* mentionnées. À première vue, ces disparités semblent de nature typographique. Étant donné que la jurisprudence envisage la modification des demandes d'établissement d'un groupe spécial dans certaines circonstances visées plus haut, il semblerait que de telles modifications dans le cas d'erreurs typographiques devraient être admises au vu de leur nature apparemment moins fondamentale.

27. Cependant, nous ne pouvons pas à ce stade évaluer d'une manière définitive si les différences sont de nature purement typographique étant donné qu'Antigua-et-Barbuda n'a pas encore fini d'établir

²⁰ Rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*, paragraphe 9.12.

²¹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 132.

²² Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 94.

des éléments *prima facie*²³ et que la législation en question n'a pas encore été produite en tant qu'élément de preuve. En outre, le Groupe spécial estime qu'il sera mieux à même de faire cette évaluation une fois qu'il aura entendu les arguments de fond des parties. Par conséquent, pour le moment, le Groupe spécial refuse de se prononcer sur cet aspect de la demande des États-Unis.

- ii) *Certains des éléments répertoriés dans l'annexe de la demande d'établissement ne constituent pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord et, par conséquent, n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial*

28. Nous notons que, dans sa réponse à la demande de décision préliminaire sur cette question présentée par les États-Unis, Antigua-et-Barbuda a souligné qu'il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial détermine si les éléments contenus dans la section III de l'Annexe de la demande d'établissement constituent des mesures distinctes et individuelles. De fait, Antigua-et-Barbuda a indiqué que les éléments contenus dans la section III sont fondés sur les dispositions législatives répertoriées dans les sections I et II.

29. S'agissant du statut juridique qui devrait être attribué aux éléments contenus dans la section III de l'annexe de la demande d'établissement, nous rappelons ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Acier au carbone*:

"Il incombe à la partie affirmant que la législation nationale d'une autre partie, en tant que telle, est incompatible avec les obligations conventionnelles pertinentes d'apporter des éléments de preuve quant à la portée et au sens de ladite législation pour étayer cette affirmation. De tels éléments de preuve seront habituellement constitués par le texte de la législation ou des instruments juridiques pertinents, qui pourra être étayé, selon que de besoin, par des éléments de preuve de l'application constante de cette législation, les arrêts des tribunaux nationaux concernant le sens de cette législation, les opinions des experts juridiques et les écrits de spécialistes reconnus. La nature et la portée des éléments de preuve exigés pour s'acquitter de la charge de la preuve varieront d'une affaire à l'autre."²⁴

30. Par conséquent, compte tenu de ce qui précède, un Membre plaignant est en droit d'utiliser divers types d'éléments de preuve pour montrer comment une mesure viole une disposition de l'OMC.²⁵ Les éléments répertoriés par Antigua-et-Barbuda dans la section III de l'annexe de sa demande d'établissement ne constituent peut-être pas (tous) des mesures²⁶, mais ils peuvent, néanmoins, être pertinents pour la démonstration par Antigua que les mesures législatives mentionnées dans les sections I et II de l'annexe de sa demande d'établissement entraînent une prohibition complète de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris.

31. Étant donné qu'Antigua-et-Barbuda a indiqué qu'elle n'entendait pas traiter les éléments répertoriés dans la section III comme des "mesures" distinctes et autonomes mais, pour l'essentiel, qu'elle s'efforcerait de les utiliser comme éléments de preuve pour illustrer l'existence d'une prohibition générale visant la fourniture transfrontières des services de jeux et paris aux États-Unis, nous refusons d'écarter la pertinence de ces éléments. Toutefois, comme l'a suggéré Antigua-et-Barbuda, durant notre examen du présent différend sur le fond, nous ne les prendrons pas en considération et ne les examinerons pas en tant que mesures distinctes et autonomes.

²³ À cet égard, voir les conclusions du Groupe spécial aux paragraphes 38 à 40 plus loin concernant l'allégation des États-Unis selon laquelle Antigua-et-Barbuda n'a pas réussi à fournir des éléments *prima facie*.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157.

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphes 156 et 157.

²⁶ Nous convenons avec le Japon que la question de savoir ce qui constitue une "mesure" dans le droit de l'OMC est une question sensible qui a été récemment débattue devant le Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*.

iii) *Certaines des mesures sont sans rapport avec la fourniture transfrontières de services de jeux*

32. Au paragraphe 14 de leur demande de décisions préliminaires, les États-Unis ont indiqué certaines dispositions législatives qui, selon ce qu'ils font valoir, sont "sans rapport avec le jeu transfrontières" et, par conséquent, ne devraient pas être prises en considération par le Groupe spécial dans le présent différend.²⁷

33. L'article 6:2 du Mémoire d'accord dispose que la demande d'établissement d'un groupe spécial "indiquera les mesures spécifiques en cause et contiendra un bref exposé du fondement juridique de la plainte, qui doit être suffisant pour énoncer clairement le problème".

34. Nous approuvons l'argument avancé par les Communautés européennes selon lequel, puisque l'article 6:2 du Mémoire d'accord est une disposition générale réglementant le contenu des demandes d'établissement de groupes spéciaux, il doit être lu conjointement avec les dispositions pertinentes contenues dans les Accords de l'OMC. À cet égard, les dispositions pertinentes de l'AGCS comprennent l'article XXIII dudit accord, qui dispose effectivement que le Mémoire d'accord régit les différends qui surviennent dans le cadre de l'AGCS. Nous notons, en outre, que les articles I:3 et XXVIII a) et c) définissent ensemble dans les grandes lignes les mesures auxquelles s'appliquent les dispositions de l'AGCS.²⁸ Dans la mesure où la définition d'une "mesure" que donne l'AGCS est plus large que celle qui est contenue dans l'article 6 du Mémoire d'accord, elle complèterait le sens du terme "mesures" figurant à l'article 6:2 du Mémoire d'accord²⁹, tel qu'il est interprété par la jurisprudence.

²⁷ Voir Georgia Code § 16-12-37; Iowa Code § 725.11; Arkansas Statutes § 5-66-115; California Penal Code §§ 337b à 337e; Georgia Code §§ 16-12-33 et 16-12-34; Massachusetts General Laws, chapitre 271, §§ 39 et 39A; California Penal Code §§ 337u à 337z; Delaware Code §§ 1470 et 1471; Maryland Code, Criminal Law, § 12-109; Massachusetts General Laws, chapitre 271, §§ 12 et 32; Ohio Revised Code § 2915.05; Oregon Revised Statutes § 167.167; Virginia Code § 18.2-327; Washington Revised Code §§ 9.46.196 à 9.46.1962; California Penal Code §§ 337f à 337h; Vermont Statutes, titre 13, § 2153; Massachusetts General Laws, chapitre 271, § 46.

²⁸ L'article I:3 de l'AGCS est libellé comme suit: a) les "mesures des Membres" s'entendent de mesures prises par: i) des gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux; et ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux; dans la mise en œuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent. L'article XXVIII a) dispose que le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme. En outre, l'article XXVIII c) dispose que les "mesures des Membres qui affectent le commerce des services" comprennent les mesures concernant i) l'achat, le paiement ou l'utilisation d'un service; ii) l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont ces Membres exigent qu'ils soient offerts au public en général; iii) la présence, y compris la présence commerciale, de personnes d'un Membre pour la fourniture d'un service sur le territoire d'un autre Membre.

²⁹ L'Organe d'appel a déjà déterminé (dans l'affaire *Guatemala – Ciment I*, paragraphe 75) que dans un différend dans le cadre de l'Accord antidumping, les prescriptions de l'Accord antidumping et du Mémoire d'accord doivent être respectées pour déterminer ce qu'est la "question" portée devant l'ORD: "Le fait que l'article 17.5 contient ces prescriptions additionnelles, qui ne sont pas mentionnées à l'article 6:2 du Mémoire d'accord, n'annule pas, ou ne rend pas inapplicables, les prescriptions spécifiques énoncées à l'article 6:2 du Mémoire d'accord pour les différends soumis en vertu de l'Accord antidumping. À notre avis, il n'y a pas d'incompatibilité entre l'article 17.5 de l'Accord antidumping et les dispositions de l'article 6:2 du Mémoire d'accord. Au contraire, ils sont complémentaires et devraient être appliqués conjointement. Une demande d'établissement d'un groupe spécial présentée au sujet d'un différend soumis en vertu de l'Accord antidumping doit donc être conforme aux dispositions pertinentes tant de cet accord que du Mémoire d'accord relatives au règlement des différends. Ainsi, lorsqu'une "question" est portée devant l'ORD par une partie plaignante au titre de l'article 17.4 de l'Accord antidumping, la demande d'établissement d'un groupe

35. La jurisprudence récente a établi qu'avant que les dispositions de l'AGCS puissent être appliquées pour déterminer s'il existe ou non une incompatibilité avec ledit accord, un groupe spécial doit, dans le cours normal de son analyse, déterminer si la mesure en question "affecte le commerce des services".³⁰ L'Organe d'appel a encore souligné que "l'expression "qui affectent" reflète l'intention des rédacteurs de donner une large portée à l'AGCS".³¹

36. Il nous semble que la majorité des lois mises en cause par les États-Unis comme étant sans rapport avec la fourniture transfrontières de services visent principalement à prohiber la corruption, la tricherie, etc. plutôt qu'à réglementer la fourniture de services de jeux en soi. Bien qu'il puisse être difficile à ce stade de comprendre pourquoi Antigua-et-Barbuda conteste ces lois pénales et la manière dont elles violent l'AGCS, il est théoriquement possible que ces mesures soient des mesures affectant le commerce transfrontières des services de jeux et paris au sens de l'AGCS. En tout état de cause, le Groupe spécial note qu'Antigua-et-Barbuda a indiqué dans sa demande d'établissement que "[l]es mesures répertoriées à l'annexe n'entr[ai]ent dans le cadre du présent différend que dans la mesure où elles empêch[ai]ent ou [pouvaient] empêcher les exploitants d'Antigua-et-Barbuda d'offrir légalement des services de jeux et paris aux États-Unis dans des conditions de concurrence compatibles avec les obligations des États-Unis".³² S'agissant de la question de savoir si ces mesures, de fait, affectent bel et bien le commerce transfrontières de services de jeux et paris, il doit y être répondu au cours de la procédure du Groupe spécial et elle ne peut pas, à notre avis, faire l'objet d'une décision préliminaire à ce stade précoce.

37. En outre, puisque Antigua-et-Barbuda semble faire valoir que toutes les lois répertoriées dans l'annexe de la demande d'établissement doivent être lues ensemble pour démontrer que les États-Unis prohibent d'une manière générale la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, le Groupe spécial estime qu'il serait plus approprié de s'abstenir de tirer une quelconque conclusion définitive quant à la question de savoir si telle ou telle loi répertoriée, lue isolément ou conjointement avec d'autres, est "sans rapport avec la fourniture transfrontières de services de jeux" à ce stade de la procédure.

iv) *Antigua-et-Barbuda n'a pas établi prima facie l'existence d'une violation de l'AGCS et, par conséquent, sa plainte devrait être rejetée*

38. Nous notons que la jurisprudence de l'Organe d'appel a établi qu'un plaignant disposait de deux ensembles de communications écrites et de deux auditions de groupe spécial pour convaincre le Groupe spécial qu'il a établi *prima facie* que la/les mesure(s) en cause violai[en]t effectivement une ou plusieurs dispositions de l'OMC.³³

39. De plus, nous rappelons la conclusion du Groupe spécial dans l'affaire *Thaïlande – Poutres en H*, qui a souligné l'importance de la distinction entre, d'une part, le caractère suffisant de la demande d'établissement d'un groupe spécial et, d'autre part, la question de savoir si la partie plaignante a oui ou non établi *prima facie* l'existence d'une violation:

"La Thaïlande fait valoir qu'"un groupe spécial ne peut admettre que la simple mention d'un article donné est suffisante que s'il ne peut y avoir absolument aucun préjudice au cours du déroulement de la procédure". Selon elle, "ce cas de figure n'existerait que 1) si un groupe spécial constatait que le plaignant n'avait pas établi *prima facie* le bien-fondé de sa plainte et que l'adéquation des moyens de défense

spécial doit satisfaire aux prescriptions de l'article 17.4 et 17.5 de l'Accord antidumping ainsi que de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord."

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphes 150 à 155.

³¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 220.

³² WT/DS285/2, paragraphe 2.

³³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphes 145 à 147.

était par conséquent sans intérêt, ou 2) si un groupe spécial ne statuerait pas sur les allégations formulées au titre des articles mentionnés parce qu'il avait tranché l'affaire en examinant uniquement les allégations correctement exposées dans la demande". Nous craignons ici que la Thaïlande ne gomme la distinction qui existe entre, d'une part, le caractère suffisant de la demande d'établissement d'un groupe spécial et, d'autre part, la question de savoir si la partie plaignante a oui ou non établi qu'il y a violation *prima facie* d'une obligation imposée par les accords visés. Nous rappelons qu'"il y a une grande différence entre les allégations indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui déterminent le mandat du groupe spécial au titre de l'article 7 du Mémorandum d'accord, et les arguments étayant ces allégations, qui sont exposés et progressivement précisés dans les premières communications écrites, dans les communications présentées à titre de réfutations et lors des première et deuxième réunions du groupe spécial avec les parties".³⁴ L'article 6:2 du Mémorandum d'accord ne traite pas directement du caractère suffisant des communications écrites ou orales qui sont présentées ultérieurement par les parties au cours de la procédure, dans lesquelles elles peuvent développer les arguments qu'elles ont avancés pour étayer les allégations qui sont formulées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Il ne permet pas non plus de dire si la partie plaignante réussira à démontrer au cours de la procédure du groupe spécial qu'il y a violation *prima facie* d'une obligation au titre d'un accord visé. Nous examinerons plus loin la question de savoir si la Pologne a établi qu'il y a violation *prima facie* des dispositions applicables, dans la mesure où les demandes présentées par la Thaïlande au titre de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord ont trait à cette question.³⁵ (non souligné dans l'original)

40. Conformément à cette jurisprudence, la question de savoir si oui ou non Antigua-et-Barbuda a établi des éléments *prima facie* est indépendante de la question de savoir si la demande d'établissement satisfait aux prescriptions de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, et doit être examinée séparément de celle-ci. Étant donné qu'Antigua-et-Barbuda dispose de deux ensembles de communications écrites et de deux auditions de groupe spécial pour convaincre le Groupe spécial qu'elle a établi des éléments *prima facie*, nous ne pouvons pas admettre la demande des États-Unis voulant que nous concluions à ce stade précoce de la procédure du Groupe spécial qu'Antigua-et-Barbuda n'est pas parvenue à démontrer *prima facie* que les mesures répertoriées dans l'annexe de sa demande d'établissement étaient incompatibles avec les obligations découlant pour les États-Unis de l'AGCS.

41. Les décisions ci-dessus sont sans préjudice du droit du Groupe spécial de préciser et de développer davantage ses constatations sur ces questions après avoir entendu toutes les parties et tierces parties sur les aspects de fond des allégations d'Antigua-et-Barbuda.

4. Ajustement du calendrier du Groupe spécial

42. Compte tenu de ce qui précède, nous demandons que les États-Unis versent leur première communication écrite au dossier au plus tard le vendredi 7 novembre 2003 et leur résumé analytique au plus tard le vendredi 14 novembre 2003. Les communications des tierces parties seront dues le vendredi 14 novembre 2003, et les résumés analytiques de ces communications, le 21 novembre. Par suite des modifications du calendrier qui résultent de la demande de décisions préliminaires des États-Unis, il est nécessaire d'ajourner la première réunion de fond avec les parties. En raison des engagements des membres du Groupe spécial, la première réunion du Groupe spécial avec les parties aura lieu les 10, 11 et 12 décembre 2003. Les réfutations des parties seront dues le

³⁴ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Bananes III*, paragraphe 141.

³⁵ Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 7.43.

vendredi 9 janvier 2004 et la deuxième réunion du Groupe spécial aura lieu les 26 et 27 janvier 2004. Un calendrier révisé a été joint.

[signé: B.K. Zutshi, Président du Groupe spécial]

B. ARGUMENTS DES PARTIES

1. Arguments des États-Unis

43. Ayant examiné la première communication d'Antigua, les **États-Unis** demandent au Groupe spécial de rendre des décisions préliminaires sur les questions ci-après, conformément au paragraphe 11 des procédures de travail du Groupe spécial: i) les éléments cités comme étant des "mesures" dans la section III de la demande d'établissement d'un groupe spécial³⁶ ne sont en fait pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et n'entrent donc pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial; et ii) la demande d'établissement du Groupe spécial présentée par Antigua incluait à tort certaines mesures qui n'avaient pas fait l'objet de consultations. Outre ces demandes, les États-Unis souhaitent attirer l'attention du Groupe spécial sur le fait que la première communication d'Antigua n'établit pas *prima facie* l'existence d'une incompatibilité avec les règles de l'OMC en ce qui concerne telle ou telle mesure spécifique des États-Unis. Au lieu de cela, Antigua fonde son allégation sur une proposition au sujet de l'effet d'une ou plusieurs mesure(s) non spécifiée(s) parmi les centaines d'éléments répertoriés dans l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Pour les raisons expliquées ci-après, cette approche ne peut pas servir de base pour la présentation d'éléments *prima facie*.

44. S'agissant de la première question soulevée au paragraphe 43, les États-Unis font valoir que, parmi les nombreux éléments contestés par Antigua, il y en a plusieurs dans la section III de l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, intitulée "Autres actions ou mesures ...", qui ne constituent pas des "mesures". Par conséquent, les États-Unis demandent au Groupe spécial de constater que ces éléments particuliers échappent à son mandat. Une "question" portée devant l'ORD consiste en une ou plusieurs mesure(s) "spécifique(s)", ainsi qu'une ou plusieurs allégations juridiques relatives à ces mesures.³⁷ Un groupe spécial doté du mandat type peut seulement examiner cette question, à savoir les allégations relatives à une "mesure" figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Pour que quelque chose soit une mesure aux fins du règlement des différends de l'OMC, il doit "constituer un instrument ayant une existence fonctionnelle qui lui est propre" dans le cadre du droit interne – c'est-à-dire qu'il doit "*faire* quelque chose de concret, indépendamment de tout autre instrument".³⁸ Par exemple, un groupe spécial a récemment constaté qu'un "policy bulletin" du gouvernement des États-Unis ne constituait pas une mesure susceptible d'être contestée dans une

³⁶ WT/DS285/2.

³⁷ Article 6:2 du Mémoire d'accord. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala - Ciment I*, paragraphe 72.

³⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 7.119, avec une citation du paragraphe 8.85 du rapport *États-Unis – Restrictions à l'importation* ("Pour examiner si l'une ou la totalité des mesures, individuellement, peuvent entraîner un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC, la question centrale à laquelle il faut répondre est de savoir si chacune des mesures a certains effets concrets par elle-même. Nous voulons dire par là que chaque mesure devrait constituer un instrument ayant une existence fonctionnelle qui lui est propre, c'est-à-dire qu'elle devrait *faire* quelque chose de concret, indépendamment de tout autre instrument, pour pouvoir donner lieu indépendamment à un manquement aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC." (italique dans l'original); rapport du Groupe spécial *États-Unis – Poutres en acier*, paragraphe 7.23 (constatant qu'une pratique contestée "n'a ... pas de statut opérationnel indépendant"; rapport du Groupe spécial *États-Unis - article 129 c) 1), URAA*, note n° 89 (analysant le rapport *États-Unis – Restrictions à l'importation*).

procédure de règlement des différends de l'OMC parce que, en lui-même et à lui seul, il n'était pas un instrument juridique ayant son fonctionnement propre.³⁹

45. Les États-Unis relèvent que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua cite plusieurs communiqués de presse en tant que mesures.⁴⁰ Ces communiqués de presse ont à l'évidence un caractère informatif et sont simplement destinés à informer et à sensibiliser le public au sujet des actions entreprises par les fonctionnaires. En eux-mêmes, ils n'ont aucun effet dans le cadre du droit des États-Unis⁴¹, et ne constituent donc pas des "mesures" au titre du Mémoire d'accord. Il en va de même de la page Web de la Commission de contrôle des jeux du Michigan citée par Antigua.⁴² Cette page Web (consistant en une section consacrée aux "questions fréquemment posées") informe le public, mais n'a aucun statut juridique indépendant au regard du droit des États-Unis. Le site fournit une réponse à une question conçue pour informer le public au sujet des lois relatives aux jeux sur Internet. La réponse n'a pas de statut opérationnel indépendant au regard du droit interne. Au contraire, elle décrit simplement la manière dont fonctionnerait la législation de l'État et/ou fédérale. En tant que tel, ce site Web ne constitue pas une mesure au sens du Mémoire d'accord. Les États-Unis font observer que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua cite aussi un avis de l'Attorney général du Kansas⁴³ en tant que mesure. Cet avis est une interprétation du droit applicable aux jeux sur Internet donnée par l'Attorney général et le Deputy Attorney général en 1996 à la demande d'un sénateur de l'État. Au Kansas, comme dans les autres États, les avis des Attorneys General ne sont pas juridiquement contraignants.⁴⁴ Tel qu'il est libellé, l'avis indique qu'il s'agit simplement de "notre avis" et ne présume pas avoir un quelconque statut juridique indépendant dans le cadre du droit interne des États-Unis. Il ne constitue donc pas une mesure au sens du Mémoire d'accord. Le même raisonnement s'applique à plus forte raison aux deux pages Web des bureaux des Attorneys General du Kansas et du Minnesota citées comme étant des mesures par Antigua dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.⁴⁵ Les deux documents sont similaires. Chacun "expose la position [de l'Attorney General] en matière d'exécution des

³⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 7.125. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.133 (constatant que l'Énoncé des mesures administratives des États-Unis accompagnant la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay "pourrait être considéré, non pas comme une mesure autonome de l'Administration déterminant sa manière d'appliquer l'article 304, mais comme un élément important pour l'interprétation du dispositif législatif de l'article 304 proprement dit").

⁴⁰ Florida Attorney General, *Press Release: Western Union Cuts Off Sports Betting Accounts* (23 décembre 1997); New York Attorney General, *Press Release: Ten Banks End Online Gambling With Credit Cards-Spitzer Hails Establishment of New Banking Industry Standard* (11 février 2003); New York Attorney General, *Press Release: Agreement Reached with Paypal to Bar New Yorkers from Online Gambling-Campaign Against Illegal Gambling Web Site in New York Continues* (21 août 2002); New York Attorney General, *Press Release: Financial Giant Joins Fight Against Online Gambling- Leading Credit Card Issuer Agrees to Block Key Internet Transactions*, 14 juin 2002.

⁴¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, paragraphe 73 (constatant que les déclarations des fonctionnaires des États-Unis dans un communiqué de presse ne permettaient pas, "en elles-mêmes et à elles seules", à l'Organe d'appel de déterminer le rapport juridique entre deux mesures).

⁴² Michigan Gaming Control Board, *Frequently Asked Questions: Is it Legal to Gamble Over the Internet in Michigan?* Le site indique que "toutes les formes de jeux sont illégales dans le Michigan hormis celles qui sont spécifiquement autorisées par la législation du Michigan" et engage le public à "[p]rendre contact avec la Division des affaires criminelles de l'Attorney général du Michigan (517/334-6010) pour plus d'information".

⁴³ Kansas Op. Att'y Gen. No. 96-31 (25 mars 1996).

⁴⁴ Voir *Kansas Ass'n of Public Employees v. Public Employee Rel. Bd.*, 13 Kan. App. 2d 657, 660; 778 P.2d 377, 379 (Cour d'appel du Kansas, 1989) ("Les avis des Attorneys General ne sont pas contraignants pour les tribunaux.").

⁴⁵ Kansas Attorney General, *Internet Gambling Warning*; Minnesota Attorney General, *Statement of Minnesota Attorney General on Internet Jurisdiction*.

obligations". Une "position en matière d'exécution des obligations" est au mieux une indication non contraignante à l'intention du public au sujet de l'attitude que les fonctionnaires de l'État sont susceptibles d'adopter dans l'exercice futur de poursuites pénales. Les deux déclarations sont comparables à cet égard au "policy bulletin" dont le Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion* a constaté qu'il n'était pas un "instrument juridique" qui puisse "avoir des effets indépendamment d'autres instruments juridiques", et qu'il ne pouvait donc pas être contesté dans une procédure de règlement des différends de l'OMC.⁴⁶ En tant que simples déclarations de principe ou exposés de position, ces documents n'ont pas de statut juridique indépendant au-delà des lois sur lesquelles ils s'appuient et ne peuvent donc pas être des mesures au sens du Mémoire d'accord.

46. Les États-Unis font par ailleurs observer que la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua cite deux avis judiciaires en tant que mesures.⁴⁷ Le statut opérationnel d'un avis judiciaire dans le cadre du droit interne des États-Unis découle de la mesure interprétée et appliquée, et du domaine de compétence du tribunal. Les avis d'un tribunal des États-Unis compétent sont contraignants pour les parties au différend uniquement. Ils peuvent aussi avoir valeur de précédent dans le cadre de décisions futures – mais les avis des juridictions inférieures à la Cour suprême des États-Unis n'ont une telle valeur qu'à l'égard du même tribunal et des juridictions inférieures dans le domaine de compétence du tribunal dont ils émanent.⁴⁸ Les États-Unis estiment que le Groupe spécial peut prendre en considération les deux avis cités par Antigua pour aider à déterminer le sens des lois des États-Unis qu'ils interprètent (dans la mesure où ces lois sont dans le champ d'application du présent différend), mais que ces avis ne sont pas des "mesures" au sens du Mémoire d'accord aux fins du présent différend. En conclusion, les États-Unis demandent que le Groupe spécial rende des décisions préliminaires constatant que les éléments évoqués plus haut ne sont pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et que par conséquent ils n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial.

47. S'agissant de la deuxième question soulevée au paragraphe 43, les États-Unis font valoir qu'Antigua a demandé l'établissement d'un groupe spécial au titre de trois mesures qui n'avaient pas fait l'objet de consultations: article I, section 9 de la Constitution de New York; article VI, section 22 de la Constitution du Rhode Island; et articles 18-10-101 à 18-10-108 des lois révisées du Colorado. Ces dispositions n'ont pas été citées dans la demande de consultations présentée par Antigua⁴⁹, n'ont pas fait l'objet de discussions durant les consultations, et sont sans rapport avec l'une quelconque des mesures et prétendues mesures citées dans la demande de consultations. Un Membre ne peut pas demander l'établissement d'un groupe spécial en ce qui concerne tout simplement *n'importe quelle* mesure; il peut seulement déposer une demande d'établissement d'un groupe spécial en ce qui concerne une mesure qui a fait l'objet de consultations.⁵⁰ L'article 4:4 du Mémoire d'accord

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphes 7.125 et 7.126.

⁴⁷ *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001); *Vacco ex rel. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 854 (N.Y. Sup. Ct. 1999).

⁴⁸ Les États-Unis relèvent que l'affaire *États-Unis v. Cohen* citée par Antigua a été tranchée par la Cour d'appel des États-Unis du deuxième circuit. Le deuxième circuit judiciaire, dont ladite Cour d'appel est la juridiction la plus élevée, est constitué uniquement des tribunaux fédéraux des États de New York, du Connecticut et du Vermont, y compris les tribunaux du district fédéral et les tribunaux des faillites des districts du Sud, du Nord, de l'Est et de l'Ouest de New York, du district du Connecticut et du district du Vermont. L'affaire *Vacco c. World Interactive Gaming* citée par Antigua a été tranchée par la Cour suprême de New York, Comté de New York. Dans le cadre du système judiciaire de New York, les cours suprêmes sont des tribunaux de première instance, et non pas des cours d'appel. Leurs avis ont donc une valeur de précédent très limitée.

⁴⁹ WT/DS285/1/Add.1.

⁵⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, paragraphe 70 (constatant qu'une action "[n'étant] pas formellement l'objet des consultations" n'était, pour cette raison, pas non plus une mesure en cause dans le différend et ne relevait pas du mandat du Groupe spécial (italique dans l'original)).

dispose qu'une demande de consultations doit exposer les motifs de la demande "[y compris] une indication *des mesures en cause* et du fondement juridique de la plainte" (pas d'italique dans l'original). En l'espèce, il n'est pas contesté qu'Antigua n'a pas inclus les dispositions citées dans la demande de consultations. Antigua a bel et bien inclus des références différentes à la Constitution de New York, à la Constitution du Rhode Island et aux lois révisées du Colorado dans sa demande de consultations, mais ces références étaient, comme l'admet Antigua elle-même, sans aucune pertinence et/ou signification.

48. Les États-Unis font observer qu'Antigua essaie de présenter les références différentes figurant dans sa demande de consultations comme étant "de simples erreurs typographiques" et fait valoir que, sur la base du contexte et de l'objet des dispositions erronément citées (droits de vote et droits au port d'armes), les États-Unis "auraient dû voir clairement" quelles étaient les références correctes. Contrairement à ce que laisse entendre Antigua, beaucoup des éléments répertoriés dans l'annexe de la demande de consultations présentée par Antigua sont sans rapport avec les jeux transfrontières, et n'ont pas été "corrigés" dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Il s'agit, entre autres, des lois contre les combats de chiens⁵¹ et les combats de taureaux⁵²; des lois contre la corruption⁵³, la tricherie⁵⁴, et le dopage des animaux de course⁵⁵; et d'une loi d'un État déclarant illégal de mettre au rebut un réfrigérateur sans en enlever la porte au préalable.⁵⁶ En tout état de cause, la capacité d'une partie de prévoir des modifications dans les mesures citées dans la demande de consultations n'est pas pertinente. La demande de consultations n'est pas une devinette. Incontestablement, Antigua n'a pas demandé l'ouverture de consultations sur l'article I, section 9 de la Constitution de New York; l'article VI, section 22 de la Constitution du Rhode Island; et les articles 18-10-101 à 18-10-108 des lois révisées du Colorado. Par conséquent, les États-Unis demandent que le Groupe spécial constate que les mesures citées pour la première fois dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua n'entrent pas dans le cadre de son mandat.

49. Enfin, les États-Unis font valoir qu'Antigua n'a pas établi d'éléments *prima facie* concernant des mesures spécifiques des États-Unis. Après avoir répertorié des centaines de dispositions légales, et d'autres éléments, comme pouvant faire partie des mesures contestées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, Antigua indique qu'à son avis, "[l']objet du présent différend est la *prohibition totale de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*." Tout en admettant apparemment que cette "prohibition totale" est constituée de certaines "lois ou réglementations", Antigua n'a pas cité, joint, ni débattu le sens de l'une quelconque de ces lois ou réglementations. Au lieu de cela, Antigua affirme qu'"il n'est pas nécessaire de débattre du champ d'application précis de lois et réglementations spécifiques des États-Unis". Elle indique par ailleurs que "[l]a façon précise dont cette prohibition à l'importation s'articule dans le cadre de la législation des États-Unis" – selon les obligations, au moyen d'une ou plusieurs des mesures et prétendues mesures répertoriées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial – "ne devrait pas avoir d'incidence sur le résultat de la présente procédure". Tant qu'Antigua refuse d'indiquer des mesures spécifiques comme constituant l'objet des éléments qu'elle présente *prima facie*, les États-Unis estiment qu'elle n'a présenté de tels éléments pour aucune mesure. Comme cela est expliqué plus haut, il est bien établi qu'une "question" portée devant l'ORD consiste en une ou plusieurs mesure(s) "spécifique(s)", ainsi qu'en une ou

⁵¹ Voir Georgia Code § 16-12-37.

⁵² Voir Iowa Code § 725.11.

⁵³ Voir, par exemple, Arkansas Statutes § 5-66-115 (prohibant la corruption des participants à des manifestations sportives); California Penal Code §§ 337b à 337e (*idem*); Georgia Code §§ 16-12-33 et 16-12-34 (*idem*); Massachusetts General Laws, chapitre 271, §§ 39 et 39A (*idem*).

⁵⁴ Voir, par exemple, California Penal Code §§ 337u à 337z; Delaware Code §§ 1470 et 1471; Maryland Code, Criminal Law, § 12-109; Massachusetts General Laws, chapitre 271, §§ 12 et 32; Ohio Revised Code § 2915.05; Oregon Revised Statutes § 167.167; Virginia Code § 18.2-327; Washington Revised Code §§ 9.46.196 à 9.46.1962.

⁵⁵ Voir, par exemple, California Penal Code §§ 337f à 337h; Vermont Statutes titre 13, § 2153.

⁵⁶ Massachusetts General Laws, chapitre 271, § 46 (imposant une amende dans les cas où les portes des réfrigérateurs mis au rebut n'ont pas été enlevées).

plusieurs allégations juridiques relatives à ces mesures.⁵⁷ Un groupe spécial doté du mandat type peut seulement examiner cette question, à savoir, les allégations relatives aux mesures "spécifiques" incluses dans une demande d'établissement d'un groupe spécial.

50. Les États-Unis font valoir qu'il incombe à Antigua, en tant que partie plaignante, d'indiquer les mesures spécifiques à l'égard desquelles elle affirme l'existence de violations des dispositions de l'OMC. Même au regard des prescriptions minimales applicables à une demande d'établissement d'un groupe spécial, un groupe spécial a récemment constaté que "[l]a régularité de la procédure suppose que la partie plaignante assume pleinement la charge d'indiquer les mesures spécifiques contestées" de façon que la partie défenderesse n'ait pas la charge de déterminer quelles mesures sont ou ne sont pas en cause.⁵⁸ Si les exigences visant une demande d'établissement d'un groupe spécial sont de cet ordre, à l'évidence, la régularité de la procédure n'exige pas moins de spécificité en ce qui concerne l'indication des mesures spécifiques visées par les éléments *prima facie* présentés par la partie plaignante.⁵⁹ Cette charge incombe à la partie plaignante, et elle ne peut pas la déplacer sur la partie défenderesse – comme Antigua cherche explicitement à le faire ici.⁶⁰ Antigua doit indiquer clairement quelles mesures spécifiques sont en cause en l'espèce.

51. Les États-Unis estiment que la proposition d'Antigua concernant une "prohibition totale" n'est pas elle-même une mesure.⁶¹ Comme on l'a expliqué plus haut, le terme "mesure" désigne quelque chose qui a une "existence fonctionnelle qui lui est propre" au regard du droit interne.⁶² Dans le cadre du droit interne des États-Unis, l'assertion d'Antigua relative à la "prohibition totale" n'a pas d'existence fonctionnelle. Par exemple, les autorités des États-Unis ne pourraient pas poursuivre un fournisseur de services en alléguant une violation de la "prohibition totale". Les procureurs doivent s'appuyer sur une loi spécifique, telle que la Loi fédérale invoquée dans l'affaire *États-Unis c. Cohen* citée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua.⁶³

52. Les États-Unis font observer qu'ils ont soulevé cette préoccupation à de nombreuses reprises avec Antigua, y compris durant les consultations et aux réunions de l'ORD auxquelles Antigua a

⁵⁷ Article 6:2 du Mémoire d'accord. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala - Ciment I*, paragraphe 72.

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial *Canada – Exportations de blé et importations de grain*, paragraphe 24.

⁵⁹ Les États-Unis relèvent que l'Organe d'appel a précisé dans l'affaire *Inde – Brevets (États-Unis)* que les parties ne peuvent pas être délibérément vagues en ce qui concerne leurs allégations et allégations factuelles, y compris les mesures spécifiques qui sont en cause. ("Toutes les parties participant au règlement d'un différend au titre du Mémoire d'accord doivent, dès le début, tout dire en ce qui concerne aussi bien les allégations en question que les faits en rapport avec ces allégations." Paragraphe 94).

⁶⁰ Les États-Unis rappellent qu'Antigua-et-Barbuda indiquent que les États-Unis sont "mieux placés qu'Antigua pour interpréter leurs propres lois d'une manière cohérente". Les États-Unis font observer que, si nécessaire, ils traiteront la question de la charge de la preuve ultérieurement dans leur première communication. Pour le moment, ils relèvent simplement que l'Organe d'appel a antérieurement précisé que c'était à une partie alléguant une incompatibilité avec les règles de l'OMC au sujet du droit interne d'une autre partie qu'il "incomb[ait] ... d'apporter des éléments de preuve quant à la portée et au sens de ladite législation pour étayer cette affirmation". Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 157.

⁶¹ Les États-Unis font observer qu'Antigua fait grand cas de l'accord supposé entre les parties au sujet de l'existence d'une "prohibition totale". Elle s'appuie à cet égard sur la déclaration des États-Unis à la réunion de l'ORD du 24 juin, à laquelle ils ont dit qu'ils avaient "fait savoir très clairement que leur législation prohibait les services de jeux et paris transfrontaliers" et qu'elle "les prohibait de la même manière à l'égard des fournisseurs de services nationaux et étrangers" (WT/DSB/M/151). Les États-Unis estiment que cette déclaration n'exonère pas Antigua de sa responsabilité, en tant que partie plaignante, d'indiquer quelles mesures spécifiques sont en cause et d'établir *prima facie* l'existence d'une violation des règles de l'OMC pour chaque mesure indiquée.

⁶² Voir plus haut la note de bas de page 38.

⁶³ Voir *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68, 71 (2nd Cir. 2001) ("Cohen a été arrêté en mars 1998 au titre de l'acte d'accusation en huit points, il a été inculpé de complot et d'infractions autonomes en violation de l'article 18 U.S.C. § 1084.

demandé l'établissement d'un groupe spécial. Les États-Unis, et de fait les tierces parties, subiraient un préjudice si Antigua était autorisée à remplacer des mesures spécifiques par une proposition générale dans le cadre du présent différend. Comme Antigua n'a pas indiqué les mesures spécifiques visées par les éléments qu'elle a présentés *prima facie*, les États-Unis n'ont pas pu préparer leur défense; ils ne savent tout simplement pas quelles mesures spécifiques des États-Unis parmi les centaines répertoriées par Antigua sont contestées. En outre, si elles ne connaissent pas les mesures spécifiques en cause ni la manière dont ces mesures violent selon les allégations les règles de l'OMC, les tierces parties se heurteront aux mêmes difficultés que les États-Unis pour présenter leurs vues au Groupe spécial. Enfin, Antigua ne doit pas être autorisée à prétexter que le droit des États-Unis serait trop complexe et opaque. Antigua et ses deux cabinets juridiques extérieurs sont certainement capables d'indiquer des mesures spécifiques et d'essayer de présenter des éléments *prima facie* à leur sujet s'ils choisissent de le faire.⁶⁴

53. Afin de faire en sorte que la première réunion du Groupe spécial soit constructive et de ménager une réelle possibilité de répondre à telles ou telles allégations qu'Antigua peut souhaiter formuler au sujet de mesures spécifiques, les États-Unis demandent que le Groupe spécial invite Antigua à présenter une autre communication, indiquant les mesures spécifiques en cause extraites de l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial et présentant des arguments au sujet de ces mesures, avant le 29 octobre 2003, date à laquelle la première communication écrite des États-Unis est actuellement due. Si le Groupe spécial exprime son accord et si Antigua accepte cette invitation, les États-Unis demandent que le Groupe spécial ajuste son calendrier de façon que la première communication des États-Unis soit due quatre semaines après réception de la communication supplémentaire d'Antigua (en reproduisant la période initialement prévue entre la première communication écrite d'Antigua et celle des États-Unis). En effet, les États-Unis auront besoin de beaucoup de temps pour répondre aux éventuels arguments qu'Antigua peut souhaiter avancer au sujet des mesures spécifiques dans une communication supplémentaire. En outre, les mesures en cause, y compris les mesures au niveau infafédéral, sont susceptibles d'être nombreuses; comme les États-Unis l'ont fait observer au cours de la réunion d'organisation du Groupe spécial, des consultations avec les organismes au niveau infafédéral sont requises par la législation des États-Unis lorsqu'on prépare la défense de mesures infafédérales spécifiques. Étant donné qu'Antigua n'a rien fait jusqu'à présent pour désigner clairement les mesures spécifiques qui font l'objet des arguments qu'elle présente *prima facie*, les États-Unis auront besoin d'une période de temps suffisante pour préparer leur communication, conformément à l'article 12:4 du Mémorandum d'accord.

54. Les États-Unis proposent que, au cas où Antigua indiquerait qu'elle n'a pas l'intention de présenter des arguments au sujet de mesures spécifiques, le Groupe spécial n'ait pas besoin d'ajuster le calendrier pour prévoir une communication supplémentaire. A cet égard, les États-Unis demandent par ailleurs qu'Antigua soit invitée à indiquer, au plus tard le 24 octobre 2003, si elle présentera une communication supplémentaire, de façon qu'ils puissent savoir à l'avance si leur première communication écrite restera due le 29 octobre. Au cas où Antigua confirmerait qu'elle ne versera pas cette autre communication au dossier, les États-Unis demanderaient que le Groupe spécial rende une décision préliminaire pour constater que toutes les mesures et prétendues mesures répertoriées dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua ne sont plus en cause dans le présent différend. Cette décision garantirait que les États-Unis ne subissent pas de préjudice et ne sont pas privés des garanties d'une procédure régulière du fait que la question de la

⁶⁴ Les États-Unis rappellent qu'un fonctionnaire du Département de la justice des États-Unis a été envoyé à Genève pour des consultations avec Antigua le 30 avril 2003, pour expliquer à Antigua et à son conseiller extérieur d'une manière relativement détaillée diverses lois des États-Unis relatives aux jeux. Outre cette explication, les États-Unis notent qu'Antigua semble ne pas être en manque d'autres connaissances spécialisées sur la législation des États-Unis relative aux jeux, puisqu'elle a pu consacrer plus de 18 pages de sa première communication écrite à expliquer les diverses formes de jeux dont elle allègue qu'elles sont autorisées par ladite législation. Les États-Unis trouvent donc curieux qu'Antigua se dise incapable de s'adapter à la supposée "complexité et opacité" des lois des États-Unis qui restreignent les jeux.

compatibilité de mesures spécifiques avec les règles de l'OMC serait soulevée à un stade ultérieur quelconque de la procédure, lorsque les États-Unis et les tierces parties n'auront pas toute la possibilité de répondre aux allégations d'Antigua au sujet de ces mesures spécifiques.⁶⁵

55. En conclusion, les États-Unis demandent que le Groupe spécial rende des décisions préliminaires constatant que: i) les éléments évoqués plus haut ne sont pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord; et ii) les mesures citées pour la première fois dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua n'entrent pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial. Les États-Unis demandent aussi que le Groupe spécial invite Antigua à présenter une autre communication exposant les éventuels arguments qu'elle souhaite avancer au sujet de mesures spécifiques répertoriées dans l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial; et que le Groupe spécial rende une décision préliminaire – si Antigua choisit de ne pas présenter cette autre communication – selon laquelle tous les éléments répertoriés dans l'annexe ne sont plus en cause dans le présent différend.

2. Arguments d'Antigua

56. Antigua fait valoir que, globalement, l'approche des États-Unis tranche au plus haut point par rapport aux principes du règlement des différends de l'OMC tels qu'ils ont été énoncés par l'Organe d'appel.⁶⁶ Les points soulevés à ce stade par les États-Unis sont inéquitables, sont loin d'être rapides et, s'ils sont admis, ils donneront lieu au moyen le plus inefficace de résoudre le présent différend commercial. L'argument des États-Unis selon lequel ils ne peuvent pas préparer leur défense est une tentative patente de retarder la présente procédure et de prolonger le calendrier, tandis qu'en parallèle les États-Unis, il faut le noter, s'efforcent agressivement de détruire le secteur des jeux et paris d'Antigua par un certain nombre de mesures d'exécution légales et autres actions.⁶⁷

57. Le 30 avril 2003, les États-Unis et Antigua ont tenu des consultations à Genève. Selon la seule explication qu'ont donnée les États-Unis à cette occasion au sujet de leur législation sur les jeux, un certain nombre des lois répertoriées dans la demande de consultations étaient certes sans rapport avec la fourniture transfrontières de jeux, mais en tout état de cause, une telle fourniture transfrontières était clairement prohibée par la législation des États-Unis. Le 8 mai 2003, Antigua a envoyé une lettre aux États-Unis proposant d'engager d'autres consultations. Fait important, dans la communication du 8 mai, Antigua a indiqué, entre autres choses, ce qui suit:

"En tout état de cause, le débat au sujet de la portée et la nature spécifiques des différentes mesures est devenu beaucoup plus simple, si ce n'est sans objet, parce que l'équipe américaine a expliqué que la fourniture de services et jeux et paris transfrontières était toujours illégale sur l'ensemble du territoire des États-Unis sous quelque que forme que ce soit. Ainsi, nous pensons qu'il n'est plus pertinent de poursuivre le débat au sujet de l'incidence de l'applicabilité de mesures spécifiques.

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Tôles en acier*, paragraphe 7.28 (constatant que le fait de permettre à une partie de rétablir une allégation après avoir déclaré qu'elle ne la maintiendrait pas "empêcherait ... les autres Membres participant à la procédure de règlement du différend d'avoir toutes les possibilités de défendre leurs intérêts au sujet de cette allégation").

⁶⁶ "[Les] règles de procédures du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux." Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 166; et rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Poutres en H*, paragraphe 97.

⁶⁷ Antigua fait observer qu'à la fin de septembre 2003, les États-Unis ont convoqué en qualité de témoin des sociétés gérantes de ce qu'on appelle des "portails Internet" et autres sociétés de média parce qu'elles affichaient des publicités pour des services de jeux transfrontières. Avant cela, le Département de la justice des États-Unis avait envoyé des lettres aux sociétés de média les avertissant de ne pas coopérer avec les opérateurs de jeux "offshore". (Département de la justice des États-Unis, lettre à la National Association of Broadcasters, datée du 11 juin 2003)

Ce qui importe du point de vue du droit de l'OMC, c'est l'effet d'une ou plusieurs mesures et, à cet égard, vous nous avez dit sans ambiguïté que la fourniture de ces types de services à partir d'Antigua-et-Barbuda à des personnes aux États-Unis était illégale aux États-Unis."

58. Antigua relève qu'en mai 2003, les États-Unis n'ont apparemment pas considéré que ce point valait la peine d'être discuté davantage.⁶⁸ Depuis, Antigua a répété sans ambiguïté cette approche de la prohibition générale établie par les États-Unis.⁶⁹ Durant cette même période, les États-Unis ont répété sans ambiguïté qu'ils prohibaient tous les jeux transfrontières.⁷⁰ D'autre part, les États-Unis ont poursuivi et incarcéré un individu au motif qu'il exploitait une société agréée de jeux et paris établie à Antigua⁷¹ et ils ont pris un certain nombre de dispositions pour empêcher l'utilisation de cartes de crédit et d'autres instruments et transactions financiers relativement à l'accès par les consommateurs des États-Unis aux services de jeux et paris situés dans d'autres pays comme Antigua.⁷² Manifestement, les États-Unis considèrent ces services comme illégaux et ont fait des déclarations publiques et engagé des actions allant dans ce sens. Dans ce contexte, il n'est tout simplement pas crédible pour les États-Unis d'alléguer maintenant qu'ils sont incapables de répondre aux arguments d'Antigua parce qu'ils ignorent leurs propres mesures.⁷³

⁶⁸ Le 28 mai, les États-Unis (seulement parce qu'Antigua leur a demandé) ont confirmé qu'ils étaient "en train de rédiger une réponse". Le 5 juin, Antigua a reçu des États-Unis la réponse ci-après en deux paragraphes:

Nous vous remercions pour votre lettre du 8 mai 2003, proposant de poursuivre les consultations pour ce qui est de [l'affaire États-Unis – Jeux].

Les États-Unis apprécient l'explication écrite de vos vues sur les questions visées dans votre lettre et l'explication supplémentaire de vos vues sur l'interprétation de la Liste des États-Unis concernant les services. Nous rappelons que les États-Unis ont fait part de leurs vues sur ces questions au cours des consultations tenues avec votre délégation à Genève le 30 avril 2003. Les États-Unis seraient désireux de rencontrer à nouveau les représentants de votre gouvernement à Genève, mais nous estimons avoir déjà présenté notre position sur les points soulevés dans votre lettre du 8 mai 2003. Nous notons que le Département de la justice des États-Unis a toujours estimé que les jeux sur Internet étaient prohibés par la législation des États-Unis.

⁶⁹ Dans la demande d'établissement d'un groupe spécial du 12 juin 2003 présentée par Antigua, à la réunion de l'ORD du 24 juin 2003 (WT/DSB/M/151, paragraphe 44), à la réunion de l'ORD du 21 juillet 2003 (WT/DSB/M/153, paragraphe 46), au cours de la réunion d'organisation avec le Groupe spécial le 3 septembre 2003 et dans la première communication d'Antigua du 1^{er} octobre 2003. À la réunion de l'ORD du 21 juillet 2003, Antigua a également indiqué qu'elle était disposée à "essayer de répondre à toute question particulière que les États-Unis pourraient se poser, tout comme elle se féliciterait de ce que les États-Unis expliquent par écrit et en détail ce qu'ils ne comprenaient pas au sujet de la demande d'établissement d'un groupe spécial". (WT/DSB/M/153, paragraphe 46)

⁷⁰ A la réunion de l'ORD du 24 juin 2003, le représentant des États-Unis a dit que "[c]hose toute aussi importante, [les États-Unis] avaient fait savoir très clairement que leur législation prohibait les services de jeux et paris transfrontaliers" (WT/DSB/M/151, paragraphe 47); à la réunion de l'ORD du 21 juillet 2003, le représentant des États-Unis a dit qu'"il était également manifeste que la législation américaine interdisait ces services" (WT/DSB/M/153, paragraphe 47). Voir aussi la lettre datée du 11 juin envoyée par le Département de la justice des États-Unis à la National Association of Broadcasters, datée du 11 juin 2003, mentionnée dans la note de bas de page 67.

⁷¹ Voir *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001).

⁷² Voir la discussion au paragraphe 3.80 du présent rapport et le communiqué de presse de l'Attorney General de New York (daté du 21 août 2002) à l'adresse suivante: <http://www.oag.state.ny.us/press/2002/aug/aug21a-02.html>, site visité le 23 septembre 2003, et le document *Assurance of Discontinuance* signé entre l'Attorney General de New York et Paypal Inc, daté du 16 août 2002.

⁷³ Antigua relève qu'il est remarquable que, tout en se plaignant du fait que certains des textes (délibérément incorrectement interprété – voir le paragraphe II.B.2.65 plus loin) auxquels il est fait référence dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial régissent aussi d'autres questions que les services de jeux transfrontières (telles que la mise au rebus des réfrigérateurs), les États-Unis n'essayent pas d'expliquer pourquoi exactement les nombreuses références aux lois qui prohibent clairement la fourniture de

59. Antigua relève que les États-Unis font valoir, en ce qui concerne les "mesures spécifiques" en cause, qu'ils "ont soulevé cette préoccupation de nombreuses fois auprès d'Antigua, y compris au cours des consultations et aux réunions de l'ORD auxquelles Antigua a demandé l'établissement d'un groupe spécial". Cela est incorrect. Les États-Unis ont soulevé d'autres questions de procédure concernant les "mesures" (voir plus loin les paragraphes 3.78 à 3.80). Jusqu'à ce qu'ils présentent leur demande de décisions préliminaires, les États-Unis n'ont jamais indiqué qu'ils ne pouvaient pas comprendre l'allégation d'Antigua faute d'explications supplémentaires de cette allégation telle qu'elle se rapporte à chaque loi prise individuellement. Si les États-Unis l'avaient fait, Antigua aurait traité cette question dans sa première communication. S'agissant de l'assertion des États-Unis selon laquelle Antigua n'a pas présenté de "preuve" suffisante pour établir *prima facie* que chaque loi prise individuellement répertoriée dans l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial prohibait effectivement la fourniture de services de jeux transfrontières, Antigua estime que les États-Unis admettent que la prohibition totale des jeux transfrontières existe. Compte tenu de leur explication de l'application de la Loi sur les communications par câble dans l'affaire *États-Unis c. Cohen*⁷⁴, il est clair que les États-Unis admettent aussi qu'au moins une loi spécifique répertoriée dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua (à savoir, la Loi sur les communications par câble) prohibe la fourniture de services de jeux transfrontières. Un rapport du GAO le confirme pour d'autres lois spécifiques des États-Unis mentionnées dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial.⁷⁵ En outre, les États-Unis n'ont pas encore contesté que la plupart des lois citées dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial se rapportaient effectivement à la prohibition des services de jeux et paris transfrontières (ils allèguent seulement que certaines ne s'y rapportent pas, et seulement sur la base d'une interprétation délibérément incorrecte des références à ces lois).⁷⁶ À cet égard, Antigua estime que dans la mesure où la "preuve" est une question ici, Antigua a en tout état de cause établi des éléments *prima facie* en ce qui concerne les mesures répertoriées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial qui entrent dans le cadre du présent différend (à savoir celles qui se rapportent bien à la fourniture transfrontières des services de jeux et paris).⁷⁷

60. Antigua estime qu'il est douteux que quiconque puisse composer une liste définitive de toutes les lois et réglementations des États-Unis qui pourraient être appliquées pour réprimer les jeux transfrontières. En effet, la législation des États-Unis à l'égard de cette question est elle-même peu claire et Antigua n'est certainement pas la seule partie à éprouver des difficultés pour comprendre le système légal des États-Unis tel qu'il se rapporte à la fourniture de services de jeux et paris transfrontières. Comme l'a déclaré l'Office de la comptabilité publique des États-Unis lui-même:

services de jeux et paris transfrontières, conjointement avec le texte de la demande d'établissement d'un groupe spécial, la première communication d'Antigua et ses autres communications, ne leur permettent pas de préparer leur défense. Le seul moyen de défense juridique que les États-Unis ont soulevé auprès d'Antigua jusqu'à présent est que leur liste dans le cadre de l'AGCS ne couvre pas les services de jeux et paris. Antigua ne voit pas comment les questions soulevées dans la demande pourraient avoir une incidence sur l'élaboration de cet argument.

⁷⁴ Voir plus haut le paragraphe II.B.1.51 et la note de bas de page 63.

⁷⁵ United States General Accounting Office, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89), décembre 2002, page 11. Voir aussi la lettre du Département de la justice du 11 juin 2003 à la National Association of Broadcasters, mentionnée dans la note de bas de page 67.

⁷⁶ Antigua note à cet égard que les lois apparemment non pertinentes déterminées au paragraphe II.B.1.48 plus haut sont, de fait, incluses dans un "éventail" de lois qui pour le reste se rapportent aux activités de jeux et paris. C'est une méthode de citation admise dans la législation des États-Unis que d'inclure un "éventail" de lois connexes même si cet éventail inclut aussi des lois abrogées ou non pertinentes.

⁷⁷ La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua indique expressément ce qui suit: "Les mesures répertoriées à l'annexe n'entrent dans le cadre du présent différend que dans la mesure où elles empêchent ou peuvent empêcher les exploitants d'Antigua-et-Barbuda d'offrir légalement des services de jeux et paris aux États-Unis dans des conditions de concurrence compatibles avec les obligations des États-Unis."

"Les jeux sur Internet sont une activité essentiellement sans frontières qui pose des problèmes épineux en matière de réglementation et d'application de la loi. Le cadre légal qui la régit aux États-Unis et à l'étranger est complexe. La législation des États-Unis telle qu'elle s'applique aux jeux sur Internet fait intervenir à la fois des lois des États et des lois fédérales."⁷⁸

61. Il existe aussi un débat important parmi les juristes aux États-Unis au sujet de la nature exacte de la prohibition frappant la fourniture de services de jeux et paris transfrontières établie par les États-Unis.⁷⁹ Par ailleurs, il y a même un désaccord entre les tribunaux des États-Unis sur l'interprétation précise des lois américaines sur cette question.⁸⁰ En raison de ce manque de clarté de la législation des États-Unis, Antigua s'est trouvée confrontée à un dilemme lorsqu'elle a rédigé sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Si elle avait dû répertorier uniquement la Loi sur les communications par câble, il n'est guère douteux qu'au stade où les États-Unis auraient eu besoin de mettre en œuvre les éventuelles recommandations et décisions résultant du présent différend, ils auraient adopté comme position de dire qu'il leur était simplement nécessaire de cesser d'appliquer ladite loi ou de l'adapter et qu'ils pouvaient continuer d'appliquer les autres lois parce qu'elles n'auraient pas relevé du mandat du Groupe spécial. Cette préoccupation a été confirmée par le fait que les États-Unis adoptent à présent une approche très semblablement formaliste et obstructive dans la demande de décisions préliminaires. C'était pour ces raisons – de même que parce que les États-Unis ont souvent déclaré qu'ils prohibaient tous les services de jeux et paris transfrontières – qu'Antigua a décidé de contester la prohibition générale desdits services qui existe effectivement aux États-Unis tout en faisant parallèlement un effort sérieux et de bonne foi pour indiquer des mesures spécifiques après avoir procédé à une enquête détaillée sur un domaine très complexe de la législation des États-Unis. Ce faisant, Antigua a déjà fait plus que ce qu'on peut raisonnablement attendre d'un plaignant dans la procédure de règlement des différends de l'OMC.⁸¹

62. Antigua rejette aussi l'argument des États-Unis selon lequel, conformément à son mandat, le Groupe spécial serait tenu d'enquêter séparément sur l'incidence de chaque loi spécifique répertoriée dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua.⁸² Antigua a du mal à voir comment – à plus forte raison pourquoi – le Groupe spécial irait jusqu'à évaluer "séparément" l'incidence spécifique de chacune des 93 mesures législatives établissant la prohibition répertoriées dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua. Une telle approche ne serait pas nécessaire, serait compliquée, répétitive, prendrait du temps et ne servirait pas à renforcer les droits légitimes de la défense (autrement qu'en neutralisant simplement l'efficacité du règlement des différends de l'OMC). Exiger d'Antigua et du Groupe spécial qu'ils consacrent du temps et des efforts à analyser exactement comment les mesures des États-Unis

⁷⁸ United States General Accounting Office, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89), (décembre 2002), page 3.

⁷⁹ Voir Jeffrey R. Rodefer, *Internet Gambling in Nevada. Overview of Federal Law Affecting Assembly Bill 466* publié le 18 mars 2003 sur le site Web du Département de la justice du Nevada (www.ag.state.nv.us), pages 8 à 13 dans le contexte de la Loi sur les communications par câble. Dans l'article, l'auteur relève qu'"(...) il y a un débat secondaire en cours sur la question de savoir si la définition de l'expression "dispositif de communication par câble" se limite aux compagnies de téléphone". *Ibid.*, page 13.

⁸⁰ Voir, en ce qui concerne la Loi sur les communications par câble, la discussion dans United States General Accounting Office, *Internet Gambling: An Overview of the Issues* (GAO-03-89) (décembre 2002), page 13.

⁸¹ Antigua estime que, si l'on rehausse encore le seuil, on rendra le règlement des différends de l'OMC quasiment ingérable pour tous les Membres de l'Organisation sauf les plus importants – par exemple dans les affaires faisant intervenir un contexte légal intérieur complexe à l'encontre d'un Membre de l'OMC dont les lois ne sont généralement pas disponibles en anglais (ou dans une autre langue largement comprise dans le monde entier). En pareil cas, s'il était obligatoire de procéder d'abord à une enquête détaillée sur toutes ces lois, même lorsque le Membre de l'OMC en cause ne nie pas l'incidence alléguée de sa législation, cela pourrait prendre des années et ne serait d'aucune utilité.

⁸² Voir le paragraphe 49 plus haut.

fonctionnent et interagissent dans la pratique compte tenu de la position juridique non ambiguë des États-Unis en ce qui concerne les services en cause serait manifestement absurde. En tout état de cause, le mandat du Groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua et Antigua n'a pas connaissance d'une disposition ou doctrine quelconque du droit de l'OMC qui empêcherait le Groupe spécial d'enquêter globalement sur l'incidence d'une série de mesures spécifiques qui ont toutes le même effet, à savoir la prohibition. Le Groupe spécial devrait noter que, relativement à cet argument, les États-Unis indiquent à tort ce qui suit: "Antigua refuse d'indiquer les mesures spécifiques faisant l'objet des éléments qu'elle présente *prima facie*." Comme il est dit au paragraphe 61 plus haut, nonobstant la difficulté de la tâche, Antigua a accompli un effort sérieux et de bonne foi pour indiquer les mesures spécifiques dans l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial.⁸³

63. En ce qui concerne l'argument des États-Unis selon lequel certains "éléments" répertoriés à la section III de l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua ne sont pas des "mesures" qui peuvent faire l'objet d'une enquête au titre du Mémoire d'accord, Antigua maintient que, puisque les mesures répertoriées à la section III de l'annexe sont fondées sur les dispositions législatives répertoriées aux sections I et II de l'annexe⁸⁴, elles sont en tout état de cause visées à ce titre. De l'avis d'Antigua, il n'importe pas réellement de savoir si les mesures répertoriées à la section III "font quelque chose de concret, indépendamment de tout autre instrument" ou si elles sont prises en compte par le Groupe spécial "pour aider à déterminer le sens des lois des États-Unis". En fait, les actions entreprises par les autorités chargées de l'application du droit pénal (telles que celles qui sont répertoriées à la section III de l'annexe) pourraient très bien être classées dans les deux catégories. Ce qui importe, c'est que les États-Unis maintiennent et font respecter une prohibition totale des jeux transfrontières (et c'est manifestement le cas). À cet égard, Antigua suggère que le Groupe spécial exerce son pouvoir discrétionnaire pour appliquer le principe d'économie jurisprudentielle et pour trancher la présente affaire sans se prononcer sur la question de savoir si les mesures telles que celles qui sont répertoriées à la section III de l'annexe sont des "mesures" qui peuvent faire l'objet d'une procédure de règlement des différends de l'OMC.

64. Si le Groupe spécial veut néanmoins traiter cette question, Antigua renvoie à la discussion figurant au paragraphe 3.77 du présent rapport. Antigua ajouterait seulement que les quatre communiqués de presse et documents connexes des Attorneys General ne sont manifestement pas inclus dans la demande d'établissement d'un groupe spécial en tant que communiqués de presse mais parce qu'ils décrivent les mesures, à savoir les actions en justice (sur lesquelles peu ou pas de renseignements officiels sont à la disposition du public).

65. Antigua rejette l'argument des États-Unis selon lequel la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua inclut à tort des mesures qui n'ont pas fait l'objet de consultations et fait

⁸³ Par exemple, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua indique 18 U.S.C. §§ 1081, 1084. Comme le soulignent les États-Unis eux-mêmes à la note de bas de page 63 plus haut, cette loi a été utilisée pour condamner M. Jay Cohen dans l'affaire *États-Unis c. Cohen* également citée dans la demande d'établissement. M. Cohen a été condamné parce qu'il travaillait pour le compte d'un fournisseur de services de jeux et paris d'Antigua. La demande d'établissement mentionne aussi 18 U.S.C. § 1952 (la "Loi sur les déplacements") et 18 U.S.C. § 1955 (la "Loi sur les jeux illicites") qui, selon l'Office de la comptabilité publique des États-Unis "ont été utilisées pour poursuivre en justice les organismes spécialisés dans le jeu qui prennent des paris au niveau interétatique ou international par téléphone et seraient susceptibles d'être applicables aux jeux sur Internet". En ce qui concerne ces trois lois, voir aussi la lettre du 11 juin 2003 du Département de la justice des États-Unis à la National Association of Broadcasters mentionnant "les articles 1084, 1952 et 1955 du Titre 18 du Code des États-Unis". Antigua a par ailleurs répertorié les mesures spécifiques de différents États qui sont décrites comme suit par le GAO: "Certains États ont pris des mesures législatives spécifiques pour viser les jeux sur Internet, dans certains cas en en faisant un crime, et dans d'autres en s'appuyant sur les lois existantes en matière de jeux pour tenter des actions contre les organismes qui exploitent des jeux sur Internet ou les facilitent", GAO, *Internet Gambling*, *op. cit.*, page 11.

⁸⁴ Antigua fait observer que cela est explicitement confirmé par les États-Unis au paragraphe II.B.1.52.

observer qu'elle a déjà répondu à cet argument au paragraphe 3.78 du présent rapport. Les États-Unis négligent simplement ces arguments et la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil - Aéronefs*⁸⁵ mentionnés par Antigua dans sa première communication. Antigua prend note de la référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en provenance des CE* faite par les États-Unis.⁸⁶ Antigua estime cependant que la question de savoir si oui ou non une mesure qui ne faisait formellement pas partie des consultations peut être incluse dans une demande d'établissement d'un groupe spécial dépend des circonstances propres à chaque affaire. En l'occurrence, Antigua estime que cela est possible (à l'instar de l'Organe d'appel dans les circonstances en cause dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*). Comme dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*, les parties en l'espèce ont en fait tenu des consultations sur la prohibition des jeux énoncées dans la Constitution de New York, la Constitution du Rhode Island et les lois révisées du Colorado (parce que les parties ont tenu des consultations sur la prohibition totale de la fourniture de services de jeux et paris transfrontières dont ces mesures font partie). Antigua estime par ailleurs que les erreurs typographiques qui ont été corrigées en ce qui concerne la Constitution de New York, la Constitution du Rhode Island et les lois révisées du Colorado sont différentes des références incorrectes, selon les allégations, aux lois prohibant les combats de chiens et autres lois non pertinentes que mentionnent les États-Unis au paragraphe 14 de la demande. Ces dernières constituent des cas où ces dispositions relatives à des activités autres que les jeux sont incluses dans un "éventail" de lois qui pour le reste se rapportent aux jeux et paris. C'est une méthode admise en matière de références dans les écrits juridiques aux États-Unis que d'inclure un "éventail" de lois connexes même si cet éventail renferme des lois abrogées ou non pertinentes. Lorsque les États-Unis laissent entendre que les références à ces lois "parties d'un éventail" compliquent leur compréhension de l'allégation d'Antigua, ils se montrent tout simplement hypocrites.

66. En conclusion, Antigua estime qu'il n'est pas nécessaire de présenter une communication supplémentaire comme le suggèrent les États-Unis. Néanmoins, si le Groupe spécial devrait décider qu'il souhaiterait une autre communication de la part d'Antigua sur les questions soulevées par les États-Unis (ou sur d'autres questions), Antigua demande que le Groupe spécial l'autorise à la présenter à une date déterminée par le Groupe spécial, mais qu'il ne repousse pas la date du 29 octobre 2003 à laquelle est due la première communication des États-Unis.⁸⁷ Antigua demande d'autre part au Groupe spécial de rejeter la demande de décisions préliminaires sur les trois questions soulevées par les États-Unis dans la demande.

C. ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES⁸⁸

1. Arguments des Communautés européennes

67. Les Communautés européennes relèvent que les États-Unis contestent d'abord la qualification de "mesures", au sens de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, pour certains documents mentionnés dans la section III de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda. Il s'agit des documents suivants: communiqués de presse; les réponses d'une commission de contrôle des jeux d'un État des États-Unis à des "questions fréquemment posées"; des avis et déclarations d'Attorneys General d'État faisant partie des États-Unis; et des décisions judiciaires de tribunaux des États-Unis. Les Communautés européennes rappellent que dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, Antigua-et-Barbuda fait une distinction entre, d'une

⁸⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*.

⁸⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*.

⁸⁷ Antigua relève que les États-Unis mentionnent pour justifier le report qu'ils ont besoin de tenir "des consultations avec les autorités infafédérales (...) prescrites par la législation des États-Unis (...)". Toutefois, en vertu de la loi fédérale applicable, ces consultations au niveau infafédéral auraient dû être engagées au plus tard sept jours après réception de la demande de consultations provenant d'Antigua, et auraient dû être effectivement tenues dans les 30 jours suivant cette date. Voir 19 U.S.C. § 3512 b) 1) C).

⁸⁸ Le Canada, le Mexique et le Taipei chinois ont informé le Groupe spécial qu'ils ne présenteraient pas leurs vues sur la demande de décisions préliminaires des États-Unis.

part, les sections I et II de l'annexe, et, d'autre part, la section III. S'agissant des sections I et II, Antigua allègue que "ces lois (séparément ou conjuguées) ont pour effet de prohiber toute fourniture de services de jeux et paris à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis". En revanche, elle qualifie les documents répertoriés à la section III d'"exemples de mesures prises par les autorités non législatives des États-Unis qui appliquent ces lois à la fourniture transfrontières de ... jeux". Il existe donc une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si le but de ces références est plus de donner des exemples et des précisions que de présenter une liste d'autres mesures proprement dites. D'autre part, la question soulevée par les États-Unis est strictement liée au fond de l'affaire, qui est, au plan juridique et factuel, assez complexe. À ce titre, elle ne se prête pas à être tranchée par la voie d'une procédure sommaire de décisions préliminaires engagée en vertu de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord.

68. Au cas où le Groupe spécial considérerait que l'allégation des États-Unis doit être traitée à ce stade, les Communautés européennes présenteraient les considérations suivantes. L'article 6:2 du Mémorandum d'accord est une disposition générale régissant le contenu des demandes d'établissement d'un groupe spécial en ce qui concerne quasiment la totalité des dispositions de l'OMC.⁸⁹ À ce titre, il faut qu'il puisse être lu de telle façon qu'il ne restreigne pas le contenu de l'une quelconque des dispositions des accords visés. Il n'est pas possible de donner au terme "mesure" figurant à l'article 6:2 une interprétation plus étroite que celle qui consiste à dire qu'il vise toute action pouvant représenter une violation d'une disposition de l'OMC. L'article 6:2 est censé s'appliquer à la totalité de l'*Accord sur l'OMC*. Sinon, il risquerait indûment de réduire la portée des obligations contenues dans d'autres dispositions des accords visés. Ainsi, par exemple, plusieurs dispositions de l'OMC utilisent le terme "mesure" ou "prescription" et ont été interprétées dans des rapports antérieurs. Ils suggèrent tous généralement une interprétation large du terme "mesure", surtout en ce qui concerne la forme que les mesures peuvent prendre. En particulier, puisqu'il existe une définition spécifique des mesures aux fins de l'AGCS dans l'article XXVIII dudit accord, toute interprétation du terme "mesure" plus étroite que la définition qui y est énoncée reviendrait à restreindre la portée de l'article XXVIII, et par là même, de l'ensemble de l'AGCS.⁹⁰ Cela reviendrait à diminuer les droits et obligations des Membres dans le cadre de l'*Accord sur l'OMC*, contrairement à l'article 3:2 du Mémorandum d'accord.

69. En outre, l'éventail des actions des Membres de l'OMC qui peuvent entrer dans le champ d'un examen au titre du règlement d'un différend est encore plus large que celui qui découle de l'article XXVIII de l'AGCS. Par exemple, les violations peuvent résulter non seulement d'un "instrument" donné, mais aussi d'une omission (par exemple, le fait de ne pas publier une législation, des règlements, des décisions judiciaires et administratives d'application générale liées au commerce, contrairement à l'article X:1 du GATT de 1994). De même, l'article XXIII:1 c) du GATT de 1994 autorise à introduire des plaintes sur la base de l'existence d'"une autre situation" (à savoir, autre que a) le fait de ne pas remplir une obligation dans le cadre de l'OMC et b) l'annulation ou la réduction d'avantages résultant d'une mesure, en violation ou non du GATT). De telles plaintes sont encore possibles et généralement régies par le Mémorandum d'accord, y compris l'article 6:2, conformément à l'article 26:2 dudit Mémorandum d'accord. Par conséquent, toute interprétation du terme "mesure" figurant à l'article 6:2 serait exagérément restrictive et elle risquait d'empêcher l'examen de ce type de plaintes au motif qu'il n'est pas autorisé par l'article 6:2.

70. Les Communautés européennes font valoir que, dans bon nombre de ces cas, la norme que proposent les États-Unis (à savoir, une mesure au sens de l'article 6:2 doit "constituer un instrument ayant une existence fonctionnelle qui lui est propre" au regard du droit interne – c'est-à-dire qu'elle doit "*faire* quelque chose de concret, indépendamment de tout autre instrument"⁹¹) ne permettrait pas

⁸⁹ Selon les Communautés européennes, l'article 17.4 de l'*Accord antidumping* constitue une exception notable (voir le rapport de l'Organe d'appel *Guatemala - Ciment I*, paragraphe 14).

⁹⁰ Conformément à l'article I:3, l'AGCS "s'applique aux mesures des Membres qui affectent le commerce des services".

⁹¹ Voir plus haut le paragraphe II.B.1.44.

à un groupe spécial d'examiner la violation de ces dispositions. Les références que font les États-Unis à la "jurisprudence" de l'OMC dans le cadre de l'*Accord antidumping*⁹² ne sont aucunement pertinentes, car elles ont trait à une règle spéciale et additionnelle par rapport au Mémorandum d'accord (l'article 17.4 de l'*Accord antidumping*) et non pas à la norme générale énoncée à l'article 6:2.

71. Les Communautés européennes soulignent qu'elles ne font pas valoir que le terme "mesure" figurant à l'article 6:2 est vide de tout sens autonome en comparaison, par exemple, des dispositions des accords visés.⁹³ D'une part, un groupe spécial pourrait s'appuyer sur l'article 6:2 pour refuser d'examiner intégralement un différend dans certains cas manifestes: lorsque, par exemple, la mesure alléguée mentionnée dans une demande d'établissement d'un groupe spécial n'était même pas imputable à un organe d'un Membre de l'OMC (par exemple, une déclaration de politique générale d'une organisation non gouvernementale). D'autre part, il ressort clairement de l'article 6:2 qu'il est nécessaire d'indiquer une mesure spécifique. Enfin, si le Groupe spécial devait décider d'examiner les documents que contestent les États-Unis dans le cadre de cette allégation et s'il devait conclure par ailleurs que certains d'entre eux ne constituent pas des "mesures" au sens de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, sa conclusion ne devrait avoir aucune incidence sur la pertinence en matière de preuve qu'ils peuvent avoir pour examiner la question de savoir si l'allégation d'Antigua-et-Barbuda est globalement bien fondée. De fait, cette activité relève de l'examen de fond de l'affaire par le Groupe spécial.

72. Passons à la deuxième allégation des États-Unis selon laquelle certaines dispositions de trois mesures américaines (la Constitution de New York; la Constitution du Rhode Island; les lois révisées du Colorado) ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial parce qu'elles ne figurent pas dans la demande de consultations présentée par Antigua-et-Barbuda au titre de l'article 4 du Mémorandum d'accord⁹⁴, les Communautés européennes croient comprendre que les références de ces mesures et des dispositions spécifiques qu'elles contiennent mentionnées par les États-Unis sont correctement citées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda, et que les références à ces dispositions spécifiques figurant dans ladite demande ont remplacé les références à d'autres dispositions des mêmes mesures contenues dans la demande de consultations. La question soulevée par les États-Unis doit être appréciée à la lumière du but des consultations et de la demande, du but de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord et, plus généralement, de la nature et de la fonction des procédures de règlement des différends.

73. Les Communautés européennes estiment que, relativement au premier aspect, l'Organe d'appel a donné une indication très claire dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*⁹⁵:

"Nous ne pensons pas, toutefois, que les articles 4 et 6 du Mémorandum d'accord, ou les paragraphes 1 à 4 de l'article 4 de l'Accord SMC, exigent une identité précise et exacte des mesures spécifiques qui ont fait l'objet des consultations et des mesures spécifiques indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Comme le Groupe spécial l'a dit, "[l]'un des objectifs des consultations, tel qu'énoncé à l'article 4.3 de l'Accord SMC, est de "préciser les faits", et on peut s'attendre à ce que les renseignements obtenus au cours des consultations puissent permettre au plaignant de préciser la portée de la question au sujet de laquelle il demande l'établissement d'un groupe spécial".

74. Les Communautés européennes partagent entièrement l'approche et les conclusions de l'Organe d'appel et ajouteraient qu'elles s'appliquent *a fortiori* dans une affaire, comme la présente, où les mesures sont les mêmes tant dans la demande de consultations que dans la demande

⁹² Voir plus haut la note de bas de page 38.

⁹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25.

⁹⁴ Voir plus haut le paragraphe II.B.1.47.

⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 132 (notes de bas de page omises).

d'établissement d'un groupe spécial. Il semble aux Communautés européennes que les seules dispositions de, par exemple, la constitution de New York qui auraient pu faire l'objet de consultations sont celles qui se rapportent aux restrictions visant les paris et les jeux. Il serait donc absurde que, alors qu'Antigua-et-Barbuda continue de s'appuyer sur la même mesure que celle qu'elle a indiquée dans sa demande de consultations, le Groupe spécial soit empêché par l'article 6:2 d'examiner la compatibilité de cette mesure avec les dispositions de l'OMC sur lesquelles s'appuie la partie qui présente l'allégation. En outre, le but des consultations doit être comparé à celui de la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui est de définir la portée du mandat du Groupe spécial, et de notifier à la partie défenderesse et aux tierces parties l'argumentation du plaignant.⁹⁶ C'est compte tenu de cette fonction différente qu'"[i]l n'est pas possible de "remédier" aux lacunes de la demande d'établissement dans les communications présentées ultérieurement par les parties pendant la procédure du groupe spécial".⁹⁷ Mais, là encore, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda inclut bel et bien non seulement les mesures spécifiques pertinentes, mais aussi les dispositions spécifiques qu'elles contiennent mentionnées par les États-Unis.

75. Les Communautés européennes souhaitent aussi rappeler comment le rôle des parties aux procédures de règlement des différends a été très efficacement défini par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – FSC*⁹⁸:

"L'article 3:10 du Mémorandum d'accord fait obligation aux Membres de l'OMC, si un différend survient, d'engager les procédures de règlement des différends "de bonne foi dans un effort visant à régler ce différend". Cela est une autre manifestation concrète du principe de la bonne foi qui, comme nous l'avons déjà indiqué, est en même temps un principe juridique général et un principe général du droit international. Ce principe général veut qu'aussi bien les Membres plaignants que les Membres défendeurs respectent les prescriptions du Mémorandum d'accord (et les prescriptions connexes des autres accords visés) de bonne foi. En respectant les prescriptions de bonne foi, les Membres plaignants accordent aux Membres défendeurs une protection intégrale et la pleine possibilité de se défendre, conformément à la lettre et à l'esprit des règles de procédure. Le même principe de la bonne foi impose aux Membres défendeurs de porter au moment opportun et rapidement à l'attention du Membre plaignant, et de l'ORD ou du Groupe spécial, les manquements allégués aux règles de procédure, de façon que, le cas échéant, des corrections puissent être apportées pour régler les différends. Les règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux."

76. Les Communautés européennes notent à cet égard que, s'il est vrai qu'il faut reconnaître que les États-Unis ont porté cette question devant l'ORD, il faudrait également reconnaître qu'Antigua-et-Barbuda a rapidement proposé d'engager d'autres contacts à des fins de clarification.⁹⁹ Il ne fait donc aucun doute que les États-Unis avaient pleinement la capacité de se défendre efficacement.

77. En ce qui concerne l'assertion des États-Unis selon laquelle Antigua n'a pas fourni d'éléments *prima facie* parce qu'"Antigua n'a pas cité ou joint l'une quelconque de ces lois ou réglementations ni n'en a débattu le sens", les Communautés européennes considèrent que cette question porte sur le fond

⁹⁶ Dans cette optique, voir le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 22; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphes 125 et 126.

⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 127.

⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 166.

⁹⁹ WT/DSB/M/153, paragraphes 43 et 46.

du différend et, de fait, le cœur même de la procédure de règlement des différends. À ce titre, elle ne convient pas à une décision préliminaire rendue sur la base d'une procédure sommaire telle que la présente, s'appuyant sur l'article 6:2 du Mémoire d'accord, mais il faut qu'elle soit traitée par le Groupe spécial tout au long de la procédure (complète).¹⁰⁰ Sinon, les parties se verraient refuser l'avantage d'un examen complet par un groupe spécial des questions juridiques et factuelles complexes telles que celles-ci sont en cause en l'espèce, avec des conséquences claires en matière de garantie d'une procédure régulière. Un groupe spécial a le devoir de faire une évaluation objective des faits. Cela suppose une évaluation en pleine connaissance de cause. En conséquence, les Communautés européennes se réservent le droit de formuler d'autres observations sur cet aspect du différend qui concerne le fond dans leur communication de tierce partie et à la séance avec les tierces parties dans le cadre de la première réunion de fond du Groupe spécial.

78. Les Communautés européennes estiment que l'allégation des États-Unis selon laquelle Antigua-et-Barbuda n'a pas fourni d'éléments *prima facie* semble aussi partir du principe qu'il est interdit à une partie qui présente une allégation d'agir ainsi au-delà d'un point donné dans le temps (vraisemblablement le dépôt de sa première communication écrite, comme en l'espèce). Un tel postulat serait manifestement incorrect.¹⁰¹ Qui plus est, dans la mesure où les États-Unis rattachent leur allégation selon laquelle Antigua-et-Barbuda n'a pas fourni d'éléments *prima facie* à l'obligation d'indiquer les mesures spécifiques énoncée à l'article 6:2 du Mémoire d'accord, leur argument est également incorrect et devrait être rejeté. Tout d'abord, Antigua-et-Barbuda a allégué qu'il existait une prohibition frappant toute fourniture de services de jeux et paris à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis aux consommateurs aux États-Unis.¹⁰² Deuxièmement, dans l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, elle a indiqué un certain nombre de mesures spécifiques. Il est donc possible pour les autres parties de comprendre le fond et le fondement de la plainte, et pour la partie défenderesse spécifiquement de réfuter la qualification juridique de ces mesures faite par Antigua-et-Barbuda.

79. Les Communautés européennes considèrent que le fait même que les États-Unis puissent débattre de la nature des documents cités dans l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda montre qu'ils peuvent parfaitement les identifier. Il n'y a donc pas de préjudice causé aux parties concernées, ce qui est un facteur qu'il faut prendre en considération pour déterminer si une violation de l'article 6:2 a été commise.¹⁰³ Le fait qu'une violation des dispositions de l'OMC puisse résulter de multiples mesures d'un Membre de l'OMC - par exemple, un ensemble de mesures de défense commerciale - peut compliquer la procédure, mais ne justifie pas qu'un groupe spécial se déclare incompétent en vertu de l'article 6:2 du Mémoire d'accord.

2. Arguments du Japon

80. S'agissant de l'allégation des États-Unis selon laquelle plusieurs éléments cités dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua-et-Barbuda ne constituent pas des "mesures" prévues à l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et n'entrent donc pas dans le cadre du mandat du Groupe spécial, le Japon ne veut pas préjuger la décision du Groupe spécial sur les éléments spécifiques en question, pas plus qu'il n'est en mesure de formuler des observations sur les

¹⁰⁰ Les Communautés européennes estiment que les États-Unis confondent l'aspect juridictionnel, régi par l'article 6:2 du Mémoire d'accord, et l'aspect substantiel, par exemple dans la note de bas de page 61 plus haut. Les Communautés européennes conviennent avec les États-Unis qu'Antigua-et-Barbuda n'est pas exonérée de la charge qui lui incombe de fournir des éléments *prima facie*; mais c'est là, précisément, la question de fond essentielle.

¹⁰¹ Voir par exemple le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 145, et la référence qui y est faite au rapport de l'Organe d'appel *Inde – Restrictions quantitatives*, paragraphe 143.

¹⁰² WT/DS285/2, paragraphe 2.

¹⁰³ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 126 et 127 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 70).

aspects factuels de la procédure en cours. Néanmoins, le Japon ne peut pas souscrire à l'argument présenté par les États-Unis qui s'appuient sur la constatation du Groupe spécial *États-Unis - Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*. Bien que le Groupe spécial *États-Unis - Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion* ait constaté que le "Sunset Policy Bulletin" n'était pas une mesure donnant lieu, en elle-même et à elle seule, à une violation des règles de l'OMC, cette constatation fait maintenant l'objet d'un examen par l'Organe d'appel. Le Japon, comme cela est précisé dans sa déclaration d'appel¹⁰⁴, demande à l'Organe d'appel d'infirmer cette constatation du Groupe spécial. Par conséquent, le Japon exprime à nouveau son désaccord avec la constatation du Groupe spécial *États-Unis - Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion* sur cette question, et estime que le Groupe spécial *États-Unis - Jeux* ne devrait pas tenir compte de cette constatation erronée.

81. En ce qui concerne l'allégation des États-Unis selon laquelle la première communication d'Antigua-et-Barbuda indique que l'objet de la procédure en cours est la prohibition totale de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris sans préciser les lois et réglementations englobant une telle prohibition totale, et, parce qu'Antigua-et-Barbuda a "refusé" d'indiquer les mesures spécifiques visées par les éléments qu'elle a présentés *prima facie*, elle n'est parvenue à établir des éléments *prima facie* pour aucune mesure, le Japon estime que les États-Unis confondent apparemment deux questions tout à fait distinctes. Le Japon pense que la question de savoir si Antigua-et-Barbuda a réussi à établir des éléments *prima facie* est une question de fond, qui ne devrait donc pas faire l'objet de décisions préliminaires du Groupe spécial.

82. Le Japon fait observer que, comme l'admettent les États-Unis eux-mêmes, les décisions préliminaires d'un groupe spécial sur la spécificité de mesures touchent aux droits de la défense en matière de garanties d'une procédure régulière. En revanche, comme l'a constaté l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis - Chemises et blouses de laine*, la partie qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier établit des éléments *prima facie* en fournissant des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, et "la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une telle présomption varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre".¹⁰⁵ Les délibérations du Groupe spécial sur cette question ont un caractère fondamental important et constituent la base de ses constatations relatives à la compatibilité/l'incompatibilité des mesures en question avec l'Accord sur l'OMC. Par conséquent, la question de savoir si oui ou non Antigua-et-Barbuda a établi des éléments *prima facie* est indépendante de la question de savoir si oui ou non le manque de spécificité allégué porte atteinte aux droits des États-Unis en matière de garanties d'une procédure régulière, et doit être séparée de celle-ci. Même si le Groupe spécial devait constater que l'indication des mesures par Antigua-et-Barbuda n'est pas suffisamment spécifique, il ne s'agirait que d'une constatation de l'existence d'une violation de l'article 6:2 du Mémoire d'accord, qui n'aurait aucun autre effet juridique.

¹⁰⁴ "Le Groupe spécial a fait erreur dans les conclusions juridiques figurant aux paragraphes 7.145, 7.195 et 7.246 de son rapport, et dans le raisonnement qui l'a amené à ces conclusions, selon lesquelles le Sunset Policy Bulletin, ... ne peut, à lui seul, donner lieu à une violation des règles de l'OMC, et ... n'est donc pas une mesure susceptible d'être contestée au regard de l'Accord sur l'OMC en tant que tel." WT/DS244/7, alinéa 4.

¹⁰⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Chemises et blouses de laine*, page 16.

ANNEXE C

QUESTIONS POSEES PAR LE GROUPE SPECIAL AUX PARTIES

Note

La présente annexe renferme les questions posées par le Groupe spécial et les réponses écrites fournies par les parties pendant la première (section I) et la deuxième (section II) réunions de fond, ainsi que les questions posées par le Groupe spécial et les réponses fournies par les tierces parties pendant la première réunion de fond (section IV).

Le Groupe spécial a expressément invité chacune des parties à répondre, si elles le souhaitent, aux questions posées à l'autre partie ainsi qu'aux questions posées aux tierces parties. À la première réunion, les tierces parties ont aussi été invitées à répondre aux questions posées aux parties (section I).

Par ailleurs, en ce qui concerne les questions posées à la deuxième réunion de fond, chacune des parties a été invitée à formuler des observations sur les réponses fournies par l'autre partie. Ces observations sont reproduites à la section III de la présente annexe.

I. QUESTIONS POSEES AUX PARTIES PAR LE GROUPE SPÉCIAL A LA PREMIERE REUNION DE FOND

A. LISTE DES ÉTATS-UNIS

Questions posées aux deux parties:

- 1. Quels sont le statut et la valeur juridiques des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et du document W/120 dans les procédures de règlement des différends de l'OMC et dans quelle mesure sont-ils pertinents pour interpréter les Listes annexées à l'AGCS lorsque ces listes ne font pas explicitement référence à la CPC?**

Antigua

Conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 qui ont été distribuées par le Secrétariat pendant les négociations du Cycle d'Uruguay¹⁰⁶ et le document W/120 représentent des outils importants pour l'interprétation des listes des Membres établies au titre de l'AGCS. Le fait qu'une liste annexée à l'AGCS renferme ou non des références explicites à la CPC n'a aucune incidence sur la valeur interprétative des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et du document W/120 telle que déterminée conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne.

Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 font partie du *contexte* de l'AGCS et des listes annexées à l'AGCS parce qu'elles sont un "instrument" établi à l'occasion de la conclusion du traité, ainsi qu'en dispose l'article 31 2) de la Convention de Vienne. Il est vrai que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 n'avaient pas, d'un point de vue technique, été "établies" par "une ou plusieurs parties", mais par ce qui était alors le secrétariat du GATT. Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 mentionnent toutefois explicitement qu'elles ont été "distribuée[s]" par le secrétariat en réponse aux demandes formulées par des participants". Au moment des négociations du Cycle d'Uruguay, elles avaient également été acceptées par toutes les parties pour servir de base à l'élaboration des listes concernant les services. C'est ce qui a été

¹⁰⁶ MTN.GNS/W/164 (3 septembre 1993).

explicitement confirmé lorsque le Conseil du commerce des services a adopté à l'unanimité de nouvelles Lignes directrices pour l'établissement des listes en 2001 (les "Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001"¹⁰⁷), dont la note de bas de page 1 indique ce qui suit: "[i]l est à noter que les listes en vigueur avant la date du présent document ont été élaborées sur la base des documents MTN.GNS/W/164 et MTN.GNS/W/164/Add.1". Dans ce contexte, Antigua estime que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 ne peuvent pas être exclues du "contexte" du simple fait que leur auteur formel est le secrétariat du GATT et non un Membre de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC").¹⁰⁸ Conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, le but de l'interprétation des traités est de déterminer les intentions communes des parties.¹⁰⁹ Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne devraient être appliqués avec cet objectif en vue et non littéralement.¹¹⁰ Ce qui est important pour déterminer si un instrument, tel que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, exprime l'intention *commune* des parties, c'est le point de savoir s'il est accepté par *toutes* les parties, et non s'il a pour auteur formel *l'une* des parties. Antigua est en outre d'avis que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 comprennent un *accord ultérieur* intervenu entre les parties (selon l'article 31 3) de la Convention de Vienne) au sujet de l'interprétation des listes existantes à la lumière des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993. Comme cela a été mentionné précédemment, la note de bas de page 1 des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 (qui ont été approuvées à l'unanimité par le Conseil du commerce des services) dispose ce qui suit: "Il est à noter que les listes en vigueur avant la date du présent document ont été élaborées sur la base des documents MTN.GNS/W/164 et MTN.GNS/W/164/Add.1."

Antigua estime que le document W/120 peut être considéré comme faisant partie du contexte de l'AGCS et des listes annexées à l'AGCS pour deux grandes raisons: i) le document W/120 est incorporé par référence dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends ("le Mémoire d'accord") de l'OMC (article 31 2) de la Convention de Vienne); et ii) le document W/120 est un instrument établi à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par toutes les parties (article 31 2) b) de la Convention de Vienne). En outre, il existe un accord ultérieur au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne et une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne qui confirment la valeur interprétative du document W/120.

Conformément à l'article II:2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'"Accord sur l'OMC"), l'AGCS, le Mémoire d'accord et les autres accords multilatéraux et plurilatéraux font partie intégrante de l'Accord sur l'OMC. L'article 31 2) de la Convention de Vienne définit le contexte comme étant (entre autres choses) le texte du traité, préambule et annexes inclus. Le Mémoire d'accord peut donc être considéré comme faisant partie du contexte pour l'interprétation de l'AGCS (et vice-versa) parce qu'ils font tous deux partie du même traité - l'Accord sur l'OMC. L'article 22 3) f) ii) du Mémoire d'accord fait explicitement référence au document W/120 pour définir le terme "secteur" du commerce aux fins de la suspension des concessions. Ce faisant, il incorpore par référence le document W/120 dans le Mémoire d'accord

¹⁰⁷ S/L/92 (28 mars 2001).

¹⁰⁸ Antigua est d'avis que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 ne peuvent pas non plus en être exclues parce qu'elles indiquent elles-mêmes qu'elles "ne doivent pas être considérées comme une interprétation juridique faisant autorité de l'Accord général sur le commerce des services (GATS)" (Voir I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (Manchester University Press, 1984), pages 129 et 130.

¹⁰⁹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Matériels informatiques*, paragraphe 84.

¹¹⁰ Voir, par exemple, I. Sinclair, *Vienna Convention*, pages 117 et 118: "Dans ses observations, la Commission se réfère à la grande diversité des principes et maximes appliqués par les tribunaux internationaux. Elle indique qu'il s'agit, pour l'essentiel, de principes de logique et de bons sens qui permettent uniquement de mieux apprécier le sens que les parties auraient pu vouloir attacher aux expressions employées dans un document; et que le recours à ces principes est facultatif et non obligatoire, l'interprétation étant dans une certaine mesure un art plutôt qu'une science exacte."

d'accord. Comme il fait partie du Mémorandum d'accord, le document W/120 est le contexte de l'AGCS et de la Liste des États-Unis, qui fait elle-même partie intégrante de l'AGCS au titre de l'article XX:3 de l'AGCS.

Le document W/120 peut en outre être considéré comme faisant partie du "contexte" parce que, tout comme les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, il s'agit, en vertu de l'article 31 2) b) de la Convention de Vienne, d'un instrument établi à l'occasion de la conclusion de l'AGCS. À la Réunion ministérielle de Montréal, en décembre 1988, il a explicitement été demandé au secrétariat du GATT d'établir une "liste de référence indiquant les secteurs".¹¹¹ Le document W/120 est le produit de cette compilation, et il découle des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et de la référence qui est faite au document W/120 dans le Mémorandum d'accord que tous les Membres ont accepté de prendre comme point de départ le document W/120, une "liste de référence" pour l'élaboration de leurs listes annexées à l'AGCS.¹¹² L'intention commune des parties (exprimée dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993) permettait à une partie de déroger à cette "liste de référence", à condition qu'elle le fasse de manière explicite. Le paragraphe 5 du Projet de liste finale des États-Unis confirme que ces derniers ont explicitement souscrit à cette "intention commune".

Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 comprennent un accord ultérieur confirmant la valeur interprétative des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993. Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 établissent explicitement que le document W/120 est la liste de référence "par défaut" pour les Listes issues du Cycle d'Uruguay. Par conséquent, en confirmant la valeur interprétative des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 ont aussi confirmé la valeur interprétative du document W/120.

Il existe une "pratique ultérieurement suivie", au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne, qui établit l'accord des Membres de l'OMC à l'égard de la valeur interprétative du document W/120. Depuis l'entrée en vigueur de l'AGCS, les Membres ont systématiquement fait référence au document W/120 comme étant la classification utilisée pour les fins de l'AGCS et le principal point de référence de tout examen de la classification des services. Cela englobe la propre communication des États-Unis présentée à l'OMC sur la classification des services relatifs à l'énergie¹¹³ et le Document de l'USITC.

Comme cela a été expliqué précédemment, les raisons pour lesquelles les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 peuvent être considérés comme étant des facteurs interprétatifs importants au sens de l'article 31 de la Convention de Vienne pour *toutes* les listes annexées à l'AGCS ne sont pas liées à des références à la CPC. Par conséquent, l'absence ou la présence de références explicites à la CPC dans une liste spécifique ne peut pas avoir d'incidence sur le statut juridique et la valeur interprétative des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et du document W/120.

¹¹¹ MTN.TNC/7(MIN), Partie II.

¹¹² En ce qui concerne la question voulant que le document W/120 ait été "établi" par le secrétariat du GATT et non par une partie, Antigua est d'avis que l'argumentation développée sur cette question au sujet des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 s'applique de la même manière au document W/120.

¹¹³ Communication des États-Unis: Classification des services relatifs à l'énergie. Document S/CSC/W/27. 18 mai 2000.

États-Unis

Ces documents de l'historique des négociations sont des "travaux préparatoires" au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne.¹¹⁴ Dans la mesure où ces documents la mentionnent, la CPC n'est pertinente pour l'interprétation d'un engagement particulier que si le Membre a inclus une référence explicite à la CPC dans ledit engagement. C'est ce que confirment: i) le texte de la Liste des États-Unis (qui ne contient pas de références à la CPC); ii) le contexte de la Liste des États-Unis (qui montre que d'autres listes contenaient des références à la CPC pour une partie ou la totalité des engagements, confirmant ainsi que ces références étaient facultatives); iii) d'autres éléments de l'historique de la négociation de l'AGCS (qui confirment que les parties aux négociations de l'AGCS n'avaient pas l'intention d'être liées par une quelconque nomenclature spécifique); et iv) les déclarations ultérieures des Membres dont font état les discussions tenues au Comité des engagements spécifiques (qui confirment qu'un Membre établissant des listes d'engagements au titre de l'AGCS pendant les négociations du Cycle d'Uruguay avait la faculté de décider de faire ou non référence à la CPC; et que de ce fait, les définitions de la CPC ne régissent pas l'interprétation du ou des engagements dudit Membre).¹¹⁵

Canada

Le Canada rappelle les arguments qu'il a avancés dans la communication écrite qu'il a présentée en tant que tierce partie au Groupe spécial.¹¹⁶

Tout d'abord, le Canada est d'avis que la question dont le Groupe spécial est saisi consiste à déterminer, conformément aux règles d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, l'intention commune des Membres en ce qui concerne les engagements spécifiques que les États-Unis ont contractés et inscrits dans leur Liste. Cette intention commune doit être établie en interprétant de bonne foi la Liste des États-Unis, suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes de la Liste dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'AGCS et de l'Accord sur l'OMC de façon plus générale. Dans la mesure où il sera approprié de le faire, il peut aussi être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation.

Les États-Unis ont clairement utilisé et suivi la structure du document W/120 pour établir la liste de leurs engagements spécifiques. Leur Liste ne contient toutefois pas de références explicites aux numéros de la CPC qui, dans le document W/120, sont associés à un secteur ou sous-secteur de services particulier. Cela ne veut pas dire, ainsi que le donnent à entendre les États-Unis, que les numéros de la CPC associés à un secteur ou sous-secteur de services particulier dans le document W/120 ne sont pas pertinents, qu'ils sont inapplicables ou qu'il ne faut pas en tenir compte pour interpréter les engagements spécifiques des États-Unis. Il font plutôt partie du contexte ou, à défaut, constituent un moyen complémentaire d'interprétation, qui, conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, est pertinent pour interpréter et établir le sens des engagements spécifiques des États-Unis.

Lorsque l'on interprète la Liste des États-Unis conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, et que l'on prend en compte tous les éléments qui sont pertinents pour établir l'intention commune des Membres concernant les engagements spécifiques des États-Unis, il n'y a qu'une seule conclusion raisonnable: là où la Liste des États-Unis reprend le document W/120, sans s'écarter clairement et explicitement de celui-ci et des numéros correspondants de la CPC, il faut en

¹¹⁴ Il est expressément indiqué dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 qu'elles "ne doivent pas être considérées comme une interprétation juridique faisant autorité de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS)."

¹¹⁵ Voir la section III.B.2 du présent rapport.

¹¹⁶ Voir la section IV.A du présent rapport.

inférer que les engagements spécifiques des États-Unis devaient et doivent être interprétés à la lumière du document W/120 et des numéros de la CPC qui y sont associés.

Lorsque les États-Unis ont établi la liste de leurs engagements spécifiques, ils avaient la possibilité de rejeter clairement le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC. Or, ils ne l'ont pas fait. Au contraire, ils ont expressément indiqué à leurs partenaires commerciaux que, sauf indication contraire, l'étendue de leurs engagements spécifiques correspondait aux secteurs figurant dans le document W/120.¹¹⁷ Comme le document W/120 définit les secteurs visés par référence aux numéros pertinents de la CPC, cela signifie que, sauf indication contraire dans la Liste des États-Unis, l'étendue des engagements spécifiques des États-Unis correspond à celle des numéros pertinents de la CPC (qui définissent l'étendue de secteurs ou sous-secteurs de services particuliers) auxquels il est fait référence dans le document W/120. Cela était et est la communauté de vues des Membres concernant les engagements spécifiques contractés par les États-Unis au titre de l'AGCS, et elle doit être respectée.

En ce qui concerne plus particulièrement le document W/120, le Canada rappelle sa conclusion selon laquelle le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC font partie du *contexte* dont doit tenir compte, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, le Groupe spécial pour interpréter les engagements spécifiques des États-Unis au titre de l'AGCS. De l'avis du Canada, le document W/120 (et par implication les numéros de la CPC auxquels il y est fait référence) doit au moins être considéré comme étant un "instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité" au titre de l'article 31 2) de la Convention de Vienne.¹¹⁸ De fait: i) le document W/120 est un instrument; ii) le document W/120 a été établi par le secrétariat du GATT à la demande et dans l'intérêt des participants au Cycle d'Uruguay. Il a été examiné et a fait l'objet d'observations formulées par ces pays.¹¹⁹ Les participants au Cycle d'Uruguay ont utilisé le document W/120 comme point de repère général pour l'établissement de leurs listes d'engagements spécifiques, incorporant par voie de conséquence sa nomenclature dans leurs listes, sauf indication contraire. Ces mêmes pays sont aussi convenus d'utiliser le document W/120 dans le Mémoire d'accord.¹²⁰ Le document W/120 a en fait été établi par les participants au Cycle d'Uruguay agissant par l'intermédiaire de ce qui était alors le secrétariat du GATT – ce qui était fort probablement le seul moyen pratique et efficace de travailler d'une manière concertée sur une question aussi complexe. Dans ces circonstances, il peut être considéré que le document W/120 a été "établi par les parties" au sens de l'article 31 2) b) de la Convention de Vienne¹²¹; iii) le document W/120 a été finalisé en juillet 1991 et utilisé par les participants au Cycle d'Uruguay jusqu'à la fin des négociations sur l'accès aux marchés. Il y a aussi été spécifiquement fait référence dans le Mémoire d'accord. Il a donc été établi à l'occasion de la conclusion de l'AGCS; et iv) le fait notable qu'il est spécifiquement fait référence au document W/120 dans le Mémoire d'accord¹²², qui est l'un des accords commerciaux multilatéraux contraignants pour tous les Membres¹²³, établit nécessairement qu'il a été accepté par tous les participants au Cycle d'Uruguay en tant qu'instrument lié à l'AGCS et à l'Accord sur l'OMC. Cela, en soi, infirme l'affirmation des États-Unis selon laquelle le document W/120 fait seulement partie de

¹¹⁷ Communication des États-Unis d'Amérique, *Draft Final Schedule of the United States of America Concerning Initial Commitments (Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux)*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 décembre 1993, paragraphe 5.

¹¹⁸ Voir la section IV.A du présent rapport.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Mémoire d'accord, article 22:3) f) ii).

¹²¹ Le Canada ne donne nullement à entendre que tout document établi par le Secrétariat, ou avec sa participation, peut être considéré comme étant un "instrument" ou un "accord" au titre de l'article 31 2) de la Convention de Vienne. Il fait valoir que le document W/120 doit être considéré comme étant un "contexte" pertinent pour l'interprétation de la Liste des États-Unis compte tenu des caractéristiques et circonstances particulières et uniques de ce document.

¹²² Mémoire d'accord, article 22:3) f) ii).

¹²³ Accord sur l'OMC, article II:2.

l'historique de la négociation de l'AGCS et qu'il ne peut donc être rien d'autre qu'un moyen complémentaire d'interprétation au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.¹²⁴

Advenant qu'il soit constaté que le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC ne puissent pas être considérés comme faisant partie du "contexte" au sens de l'article 31 2) de la Convention de Vienne, le Canada est d'avis qu'à défaut, ils peuvent être considérés comme étant des *moyens complémentaires d'interprétation* de la Liste des États-Unis au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne, et que le Groupe spécial devrait s'y référer à ce titre.¹²⁵

En fin de compte, ce qui est sûr, c'est que le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC sont pertinents et doivent être pris en compte par le Groupe spécial pour interpréter les engagements spécifiques inscrits dans la Liste des États-Unis conformément aux règles d'interprétation applicables énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Si l'on interprète la Liste des États-Unis conformément à ces règles d'interprétation, et que l'on prend en compte tous les éléments qui sont pertinents pour confirmer le sens des engagements spécifiques des États-Unis, la seule conclusion raisonnable est que lorsque la Liste des États-Unis reprend le document W/120, sans s'écarter clairement et explicitement de celui-ci et des numéros correspondants de la CPC, il faut en inférer que les engagements spécifiques des États-Unis doivent être systématiquement interprétés à la lumière du document W/120 et des numéros de la CPC qui y sont associés.¹²⁶

Pour ce qui est des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 en soi, elles constituent un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Le Canada rappelle qu'il ne conteste pas le fait que ces Lignes directrices ne constituent pas une interprétation juridique faisant autorité de l'AGCS.¹²⁷ De fait, il est expressément indiqué dans les Lignes directrices qu'elles ne constituent pas une telle interprétation juridique faisant autorité de l'AGCS. En tout état de cause, le pouvoir d'adopter des interprétations des Accords de l'OMC, y compris de l'AGCS, est réservé exclusivement à la Conférence ministérielle et au Conseil général.¹²⁸ Mais cela est toutefois sans rapport avec le sujet. Le fait que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 ne constituent pas des interprétations juridiques formelles de l'AGCS ne veut pas dire qu'elles ne peuvent pas servir à clarifier la compréhension générale des participants au Cycle d'Uruguay au sujet de l'établissement des listes d'engagements spécifiques. Il ne fait aucun doute que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 ne sont pas une interprétation juridique faisant autorité de l'AGCS, mais il ne fait non plus aucun doute que, conformément à leur but explicite, elles ont aidé tous les Membres à établir leur listes et à inscrire leurs engagements spécifiques. En tant que telles, elles peuvent être utilisées comme un élément qui confirme d'autres éléments de preuve indiquant ce que les États-Unis ont fait dans leur Liste.

En l'espèce, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 constituent un élément parmi d'autres qui réfute, au lieu de l'étayer, l'argument des États-Unis selon lequel le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC ne sont pas pertinents et qu'il ne faudrait pas en tenir compte. Elles s'accordent avec d'autres facteurs qui démontrent que, dans leur Liste, les

¹²⁴ Voir la section III.B.2 du présent rapport. Cela pourrait aussi étayer l'argument selon lequel le document W/120 peut être considéré comme étant un "accord" au sens de l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne.

¹²⁵ Le Canada a écrit que les États-Unis ne contestent pas que le document W/120 peut être considéré comme étant un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne (voir la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 63). Cependant, dans leur argumentation, les États-Unis passent simplement sous silence la pertinence et l'application du document W/120 en tant qu'un tel moyen complémentaire d'interprétation de leur Liste, et ils ne traitent pas de ses effets sur l'interprétation de leurs engagements spécifiques dans le présent cas d'espèce.

¹²⁶ Voir la section IV.A du présent rapport.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Accord sur l'OMC, article IX:2.

États-Unis se sont alignés sur le document W/120 et, par implication, sur les numéros correspondants de la CPC, sauf indication contraire. Ces facteurs sont les suivants: i) de façon générale, la Liste des États-Unis reprend le document W/120; ii) à plusieurs reprises, les États-Unis se sont écartés du document W/120 et des numéros correspondants de la CPC d'une manière claire et exempte d'ambiguïté, c'est-à-dire de la manière indiquée dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 (et dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes révisées de 2001); iii) pour préciser comment les Membres peuvent suspendre des concessions, l'article 22 du Mémorandum d'accord se fonde sur le document W/120 pour définir ces secteurs; iv) dans la note de couverture accompagnant leurs projets de listes qu'ils ont fait distribuer, les États-Unis indiquent que la liste de leurs engagements spécifiques a été établie conformément à la nomenclature du document W/120; et v) la concordance de l'USITC. Bien que les États-Unis souhaitent grandement qu'il en soit autrement, tous ces facteurs portent à conclure que la Liste des États-Unis suit le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC, sauf lorsqu'il est explicitement indiqué qu'elle s'en écarte.

Communautés européennes

Ainsi que l'ont indiqué les Communautés européennes dans leur communication en tant que tierce partie et dans leur déclaration orale, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 (W/164) et la Classification sectorielle de 1991 (W/120) sont des documents pertinents pour l'interprétation de la Liste des engagements spécifiques des États-Unis. Plus précisément, de l'avis des CE, elles constituent des moyens complémentaires d'interprétation au regard de l'article 32 de la Convention de Vienne.¹²⁹

Pour qu'un document soit jugé pertinent pour l'interprétation des traités, il n'est pas nécessaire qu'il soit expressément mentionné, qu'il fasse l'objet de références ou qu'il soit reproduit dans le texte du traité à interpréter. La Convention de Vienne (article 32) confère un caractère particulièrement pertinent à d'autres documents aussi. Les États-Unis soutiennent que puisqu'il n'y est pas fait expressément référence dans leur Liste, les codes de la CPC sont essentiellement dénués de pertinence pour l'interprétation de leurs engagements spécifiques. Mais si c'était seulement les documents auxquels il est expressément fait référence qui étaient pertinents pour interpréter une disposition d'un traité, la catégorie même des "travaux préparatoires" et des "circonstances dans lesquelles le traité a été conclu" n'aurait quasiment plus de raison d'être. Cela aurait pour effet de rendre superflues certaines règles coutumières d'interprétation des traités. Bien que ni la Classification sectorielle de 1991 ni les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 ne visent à constituer un accord juridiquement contraignant ou une interprétation faisant autorité, elles fournissent des indications importantes sur la façon dont les Membres ont compris les engagements qu'ils ont négociés. Les négociateurs ont abondamment fait référence aux deux documents ou les ont utilisés dans une large mesure. Les États-Unis l'admettent dans les projets de listes qu'ils ont déposés avant la phase finale du Cycle d'Uruguay.¹³⁰

¹²⁹ Voir la section IV.B du présent rapport. Les Communautés européennes notent qu'il a été fait référence dans le présent différend au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, document WT/DS160/R, adopté le 27 juillet 2000, pour étayer la proposition selon laquelle la Classification sectorielle de 1991 constitue un "contexte" au sens de l'article 31 2) de la Convention de Vienne. Dans ce rapport (note de bas de page 55), le Groupe spécial se réfère à des rapports explicatifs établis parallèlement à des conventions dans le cadre du Conseil de l'Europe. Contrairement à ces rapports explicatifs, qui ont été adoptés par des représentants du Conseil de l'Europe, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 n'ont pas fait l'objet d'une adoption par les parties contractantes du GATT.

¹³⁰ *Communication des États-Unis d'Amérique, Projet de liste finale des États-Unis d'Amérique présentée aux membres du Groupe de négociation sur les services*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 décembre 1993; *Communication des États-Unis d'Amérique, Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1^{er} octobre 1993; *Communication des États-Unis, Liste des États-Unis concernant les engagements initiaux pour le commerce des services*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 décembre 1993; voir aussi la section IV.B du présent rapport.

Mexique

Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 font partie des travaux préparatoires de l'AGCS et de l'Accord sur l'OMC. Ils peuvent donc tous deux être au moins considérés comme étant des "moyens complémentaires d'interprétation" conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne. En tant que tels, les deux documents peuvent toujours être utilisés pour confirmer le sens des engagements spécifiques des États-Unis résultant de l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne, ou pour en déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens obscur ou ambigu. En conséquence, les deux documents sont très pertinents dans le présent différend pour interpréter la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis annexée à l'AGCS sur la base de la Convention de Vienne. Le fait qu'il n'y a aucune référence explicite à la CPC dans la Liste des États-Unis n'influe aucunement sur cette question. La question pertinente consiste plutôt à déterminer si les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 appuient la conclusion selon laquelle le sous-secteur 10.D de la Liste des États-Unis renferme un engagement en matière de services de jeux et paris.

Taipei chinois

Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 n'ont pas un statut juridique indépendant dans le cadre de l'OMC en ce sens qu'ils n'ont aucun fondement juridique formel qui soit contraignant pour les Membres. En fait, dans la partie introductive des Lignes directrices, il est clairement indiqué que les réponses explicatives "ne devraient pas être considérées comme une interprétation juridique faisant autorité de l'Accord général sur le commerce des services (GATS)".¹³¹ Cela dit, les documents font effectivement partie des outils d'interprétation des Listes des Membres annexées à l'AGCS, même lorsque ces listes ne font aucune référence explicite à la CPC. Dans la mesure où les Membres, en général, se sont fondés sur les Lignes directrices et le document W/120 pour élaborer leurs propres listes annexées à l'AGCS et pour comprendre les listes des autres Membres, les deux documents sont pertinents dans les procédures de règlement des différends de l'OMC. En ce qui concerne la façon dont le Groupe spécial devrait utiliser les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 en tant qu'outils d'interprétation, le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu souscrit à la communication écrite du Canada en tant que tierce partie et à sa déclaration orale. Le raisonnement suivi par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*¹³² selon lequel une liste annexée au GATT fait partie intégrante du GATT de 1994 et est donc soumise aux règles d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne, est de la même manière applicable dans le contexte de l'AGCS. Entre autres documents, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 font donc partie du contexte, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, qu'il faut prendre en considération pour interpréter les Listes des Membres annexées à l'AGCS et, en l'espèce, les engagements spécifiques contractés par les États-Unis dans le cadre de l'AGCS.

2. En ce qui concerne le document de l'USITC contenu dans la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda¹³³:

a) Quels sont le statut et la valeur juridiques de ce document dans les procédures de règlement des différends de l'OMC?

¹³¹ Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, paragraphe 1.

¹³² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 84.

¹³³ La pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda contient le document de l'USITC présenté par Antigua; voir la section III.B.2 du présent rapport.

- b) **Quel parallèle peut-on établir entre ce document et l'Énoncé des mesures administratives des États-Unis?**
- c) **Une déclaration de l'USITC peut-elle être imputée aux États-Unis et peut-elle lier ces derniers?**
- d) **En ce qui concerne la question précédente, veuillez indiquer si l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international, qui sont annexés à la Résolution du 12 décembre 2001 de l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/56/83), est d'une quelconque pertinence. L'article 4 dispose ce qui suit:**

"1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État."

Antigua

[a] & [c]: L'USITC est un organisme du gouvernement fédéral des États-Unis, créé en vertu d'une loi du Congrès¹³⁴ et auquel plusieurs lois fédérales¹³⁵ ont conféré certains pouvoirs et responsabilités, dont le pouvoir de prendre des règles et des règlements.¹³⁶ Le document de l'USITC consiste en des "textes explicatifs" établis par l'USITC concernant la Liste des États-Unis. L'USTR est aussi un organisme du gouvernement fédéral des États-Unis, créé en vertu d'une loi du Congrès¹³⁷ et auquel plusieurs lois fédérales¹³⁸ ont conféré certains pouvoirs et responsabilités, dont le pouvoir de prendre des règles et des règlements¹³⁹, le pouvoir de recourir, avec leur consentement, aux services, au personnel et aux installations d'autres organismes fédéraux¹⁴⁰, le pouvoir et la responsabilité de mener toutes les négociations commerciales internationales, notamment en ce qui concerne toute question examinée sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce¹⁴¹ et, en particulier, d'élaborer les politiques des États-Unis concernant le commerce des services (et d'en coordonner la mise en œuvre).¹⁴² Dans une lettre datée du 18 avril 1994, l'USTR a demandé à l'USITC de se charger de la compilation et de la tenue de la Liste des États-Unis, ce qu'elle a alors fait jusqu'à ce jour.¹⁴³

En tant qu'instances du gouvernement des États-Unis dotées de responsabilités et pouvoirs particuliers, les actions entreprises dans le cadre de l'exercice de ces responsabilités et pouvoirs *sont* des faits des États-Unis. Bien que le document de l'USITC soit une "explication" et qu'il n'établisse pas spécifiquement de règles ou de règlements, il lie le gouvernement au regard du droit des États-Unis, à moins qu'il ne soit contraire aux lois et règlements en vigueur du rang le plus élevé ou

¹³⁴ 19 U.S.C. § 1330.

¹³⁵ Voir, par exemple, 19 U.S.C. §§ 1331-1339; 19 U.S.C. § 2151.

¹³⁶ 19 U.S.C. § 1335.

¹³⁷ 19 U.S.C. § 2171 a).

¹³⁸ Voir, par exemple, 19 U.S.C. §§ 2171 c)-f).

¹³⁹ 19 U.S.C. § 2171 e) 3).

¹⁴⁰ 19 U.S.C. § 2171 e) 4).

¹⁴¹ 19 U.S.C. § 2171 c) 1) C).

¹⁴² 19 U.S.C. § 2114c 1) A).

¹⁴³ Au cours de la période allant de 1994 à décembre 2003, l'USITC a tenu, révisé, modifié ou complété la Liste des États-Unis à trois reprises au moins.

d'un rang supérieur.¹⁴⁴ Dans l'affaire *Fiorentino v. United States*, le Tribunal des requêtes des États-Unis a été confronté à la question d'un manuel des politiques d'un organisme intérieur qui renfermait des termes contraires au droit fédéral. En l'occurrence, le Tribunal a relevé que "le gouvernement des États-Unis n'était pas lié par des arrêts prétendument rendus pour son compte par des personnes ne détenant pas un pouvoir réel"¹⁴⁵, mais que dans le cas de publications "informelles" il était nécessaire d'examiner la publication pour "déterminer si elle avait vraiment été rédigée dans le but d'avoir des conséquences juridiques pour le gouvernement".¹⁴⁶ Selon ce critère, le libellé même du document de l'USITC montre qu'il était destiné à "faciliter la comparaison de la Liste des États-Unis avec celles des autres pays (...)" ainsi qu'à "[montrer] les liens existant entre les secteurs contenus dans la Liste des États-Unis, les secteurs figurant dans la Classification sectorielle des services du GATT et les services définis et numérotés dans le Système de la Classification centrale de produits provisoire (CPC) des Nations Unies". En tant que tel, on ne peut pas contester le fait que le document de l'USITC sert d'aide à l'interprétation de la Liste des États-Unis et, qu'en tant qu'arrêt officiel d'un organisme des États-Unis ayant le pouvoir d'exercer son autorité en ce qui concerne les rapports des États-Unis avec l'OMC, l'Énoncé a une valeur importante dans la présente procédure.¹⁴⁷

En vertu des principes généraux du droit international, le document de l'USITC, qui a été établi au nom des États-Unis par un organe du gouvernement auquel ont été expressément délégués des pouvoirs d'agir dans le domaine, lie les États-Unis. À la demande de l'USTR, l'USITC a assumé la responsabilité de "tenir" la Liste des États-Unis.¹⁴⁸ Dans le document de l'USITC, qui est un document public ayant clairement pour but d'expliquer la liste des États-Unis au monde entier, l'USITC a indiqué que le sous-secteur 10.D de la Liste des États-Unis correspondait à la catégorie 964 de la CPC. Les États-Unis n'ont pas contesté l'interprétation de l'USITC jusqu'à ce que n'apparaisse le présent différend. L'une des règles fondamentales du droit international est qu'un État qui est partie à un traité a le droit de désigner l'organe ou les organes de son gouvernement qui sont chargés de s'acquitter de ses responsabilités au titre de ce traité.¹⁴⁹ Certains traités le prévoient expressément.¹⁵⁰ D'autres traités se fondent implicitement sur cette règle.¹⁵¹ L'USTR a chargé l'USITC de (pas d'italique dans l'original): "[é]tablir un programme permanent dans le but de compiler et tenir la Liste officielle des engagements des États-Unis concernant les services".¹⁵² Cela supposait "[l]a compilation d'une liste initiale des États-Unis reprenant les engagements finals concernant les services pris dans le cadre du Cycle d'Uruguay".¹⁵³

Pour "tenir", "compiler" et "expliquer" la Liste des États-Unis, l'USITC agissait au nom des États-Unis et engageait leur responsabilité au regard du droit international. Par conséquent, pour

¹⁴⁴ *Fiorentino v. United States*, 607 F.2d 963, page 968 (Ct. Cl. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1083 (1980).

¹⁴⁵ *Ibid.*, page 967.

¹⁴⁶ *Ibid.*, page 968.

¹⁴⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.112, où le Groupe spécial a indiqué au sujet de l'Énoncé des mesures administratives (SAA) des États-Unis que "[c]ette déclaration officielle dans le SAA (...) est un élément important qui nous permet de conclure (...)".

¹⁴⁸ Document de l'USITC, page vii et note de bas de page 6, et lettre de l'USTR à l'USITC (18 avril 1994).

¹⁴⁹ McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), page 345.

¹⁵⁰ Voir, par exemple, l'article 25 1) de la Convention de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

¹⁵¹ Les traités d'investissement bilatéraux, par exemple, prévoient des normes de traitement qui s'appliqueront aux investissements inclus, entre autres, dans les "contrats de concession" ou les "accords d'investissement". Dès lors que ces contrats ou accords sont conclus à un quelconque palier de gouvernement, l'État qui y est partie sera tenu d'observer les normes du traité concernant les investissements inclus dans ces contrats ou accords (voir, par exemple, *Azurix Corp. v Argentine Republic* (ICSID Case No ARB/01/12); et *Lanco International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/6)).

¹⁵² Lettre de l'USTR à l'USITC (18 avril 1994).

¹⁵³ *Ibid.*

interpréter la Liste des États-Unis conformément aux règles applicables du droit international, les déclarations de l'USITC au sujet du sens de ses dispositions sont d'une importance fondamentale. Outre la jurisprudence établie au regard du droit de l'OMC¹⁵⁴, d'autres règles du droit international appuient aussi cette conclusion, en particulier: i) l'interprétation des traités à la lumière de la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité; ii) le principe d'estoppel en droit international; et iii) le concept de la déclaration unilatérale liant la partie en droit international.

Le Document de l'USITC est une pratique ultérieurement suivie extrêmement pertinente. C'est une règle fondamentale du droit international que, dès lors qu'il existe un doute quant au sens d'une disposition ou d'une expression contenue dans un traité, la conduite pertinente des parties contractantes dans l'application du traité a une "valeur probante élevée" pour ce qui est de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité.¹⁵⁵ La Cour permanente de justice internationale a communément appliqué cette règle.¹⁵⁶ Cette règle a aussi été appliquée par la Cour internationale de justice, même avant la Convention de Vienne, dans son Avis consultatif sur le *Statut international du sud-ouest africain*¹⁵⁷, où la Cour a dit que: "[s]i l'interprétation d'instruments juridiques donnée par les parties elles-mêmes n'est pas concluante pour en déterminer le sens, elle jouit néanmoins d'une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument". Cette conclusion est conforme à l'article 31 3 b) de la Convention de Vienne qui dispose que, pour interpréter un traité, il sera tenu compte de "toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité".

Cette approche devrait être particulièrement pertinente pour l'interprétation d'un texte, tel que les listes établies dans le cadre de l'AGCS, qui émane de l'une des Parties contractantes seulement.¹⁵⁸ Par ailleurs, il faudrait ajouter tout spécialement foi à la pratique ultérieurement suivie par des organes de l'État qui, tels l'USITC dans le cas présent, se sont vu confier un rôle particulier en ce qui concerne l'obligation en cause du traité.¹⁵⁹ Dans le Document de l'USITC, l'USITC a indiqué de quelle manière la Liste des États-Unis correspondait à la CPC. Aucun autre organisme, organe ou responsable des États-Unis n'a eu un avis différent avant la présente procédure et aucun Membre de l'OMC n'a contesté l'interprétation de l'USITC. Cette absence de contestation montre que les Membres de l'OMC, et Antigua en particulier, avaient accepté l'interprétation de l'USITC.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Voir à ce sujet la note de bas de page 147 ci-dessus.

¹⁵⁵ McNair, *The Law of Treaties*, page 424. De la même manière, Rousseau a formulé l'observation suivante:

"Il arrive assez fréquemment que la jurisprudence internationale procède à l'interprétation d'un traité d'après l'application qui en a été faite par les parties contractantes, cette attitude relevant l'interprétation qui en fait a été effectivement suivie par les auteurs du traité." (*Principes Généraux du Droit International Public* (1944), pages 704 à 707.)

¹⁵⁶ Voir, par exemple, Avis consultatif sur la *Compétence de l'Organisation internationale du travail en ce qui concerne le travail dans l'agriculture* (1922), série B, n° 2 et 3, pages 40 et 41; Avis consultatif sur l'*Interprétation de l'article 3 2) du Traité de Lausanne* (1925), série B, n° 12, page 24; et Avis consultatif sur la *Compétence des tribunaux de Danzig* (1928), série B, n° 15, page 18.

¹⁵⁷ C.I.J., Recueil 1950, pages 128 et 135.

¹⁵⁸ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 93: "Dans le cas spécifique de l'interprétation d'une concession tarifaire reprise dans une liste, la pratique de classement du Membre importateur peut, en fait, revêtir une grande importance."

¹⁵⁹ Cette approche a été entérinée par la Cour suprême des États-Unis, qui a indiqué que: "il peut être conféré un grand poids au sens attribué aux dispositions des traités par les organismes gouvernementaux chargés de leur négociation et application ..." (*Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano*, 457 U.S. 176, 184-5 (1982), 101 ILR 570, pages 576-7, citant l'affaire *Kolovrat v. Oregon*, 366 U.S. 187, 194 (1961), 32 ILR 203, page 207).

¹⁶⁰ Voir l'affaire du *Différend territorial (Libye/Tchad)*, C.I.J., Recueil 1994, Arrêt du 13 février 1994, Opinion individuelle de M. Ajibola, paragraphe 96. M. McNair a dit ce qui suit: "lorsque l'une des parties à un certain document public ... adopte un sens particulier, il peut se présenter des circonstances, en particulier

Le principe de l'estoppel en droit international confirme en outre le caractère contraignant de l'interprétation que donne l'USITC de la Liste des États-Unis. La doctrine de l'estoppel a été reconnue et appliquée dans de nombreux contextes par des cours et tribunaux.¹⁶¹ Les États-Unis, agissant par l'intermédiaire de l'USITC, ont régulièrement indiqué que le sous-secteur 10.D de leur Liste correspondait à la catégorie 964 de la CPC. Ils l'ont fait à l'aide d'un document public destiné à clarifier les obligations des États-Unis au titre de l'AGCS. Le rôle central joué par l'USITC pour compiler et tenir la liste "officielle" des États-Unis témoigne de l'intention des États-Unis d'être liés par la déclaration de l'USITC. Le commerce des services de jeux et paris s'est en fait effectué depuis Antigua vers les États-Unis conformément à l'interprétation donnée par l'USITC. Il a donc été invoqué un principe d'estoppel contraignant au titre du droit international pour empêcher les États-Unis de renoncer unilatéralement à l'interprétation publique donnée par l'USITC au détriment des autres Membres de l'OMC qui auraient pu s'appuyer sur une telle interprétation.

Il est en outre estimé que le Document de l'USITC constitue une déclaration unilatérale des États-Unis selon laquelle le sous-secteur 10.D de la Liste des États-Unis correspond à la catégorie 964 de la CPC, qui lie les États-Unis et engage leur responsabilité. En tant que tel, il crée des droits exécutoires pour les autres Membres de l'OMC. Dans les affaires des *Essais nucléaires*¹⁶², la Cour internationale de justice a conclu que les déclarations faites par le gouvernement français, sur lesquelles devaient se fonder les autres États du fait qu'elles étaient une expression du comportement du gouvernement français, constituaient un engagement ayant un effet juridique. En tant que telles, elles liaient la France et engageaient sa responsabilité.¹⁶³ De la même manière, dans le présent cas d'espèce, la déclaration de l'USITC constitue une déclaration unilatérale contraignante en laquelle les autres Membres de l'OMC sont en droit d'avoir confiance.

Antigua conclut qu'étant donné le rôle de l'USITC en tant qu'organisme du gouvernement des États-Unis chargé de compiler et de tenir la Liste des États-Unis, la cohérence de son interprétation¹⁶⁴, l'absence de toute interprétation ou déclaration contradictoire de tout autre organisme du gouvernement des États-Unis et l'absence de toute protestation de la part des autres Membres de l'OMC, le Document de l'USITC représente une interprétation faisant autorité de la Liste par le gouvernement des États-Unis conformément aux règles applicables du droit international coutumier et à l'article 31 de la Convention de Vienne. Cette interprétation lie les États-Unis et engage leur responsabilité. Le Document de l'USITC comprend aussi une déclaration unilatérale contraignante

lorsque le temps passe sans que l'autre partie n'élève de protestation, où cet élément de preuve influencera le tribunal" (*The Law of Treaties*, page 427).

¹⁶¹ Voir, par exemple, l'affaire du *Groënland oriental*, CPJI (1933), Series A/B, No. 53, pages 22 et 68, où la Cour permanente de justice internationale a soutenu que la Norvège ne pouvait pas s'objecter à la revendication du Danemark sur le Groënland parce que le Ministre norvégien des affaires extérieures avait auparavant fait une déclaration allant dans le sens de la revendication du Danemark. Voir aussi l'*Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, C.I.J., Recueil 1962, page 6; le *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime, Salvador-Honduras*, C.I.J., Recueil 1990, pages 92 et 118; l'*Affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, C.I.J., Recueil 1997, page 7 (opinion individuelle de M. Weeramantry, pages 88, 115 et 116); l'*Affaire Cameroun c. Nigéria (Exceptions préliminaires)*, C.I.J., Recueil 1998, pages 275, 303; *Amco Asia Corporation et Autres c. La République d'Indonésie (Rectification)*, CIRDI, Affaire ARB/81/1 (affaire resoumise), 89 ILR 366, pages 400 et 401, où le concept était décrit comme reposant sur le principe fondamental de bonne foi; et l'examen général de la doctrine de l'estoppel en droit international par M. Ajibola dans l'*Affaire du Différend territorial (Libye/Tchad)*, C.I.J., Recueil 1994, Arrêt du 13 février 1994, pages 77 à 83.

¹⁶² C.I.J., Recueil 1974, pages 253 et 267; paragraphes 43 et 46 (*Australie c. France*), et pages 457, 472 et 473, paragraphes 46 et 49 (*Nouvelle-Zélande c. France*).

¹⁶³ Au sujet des déclarations unilatérales contraignantes en droit international, voir aussi: l'*Affaire du Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, C.I.J., Recueil 1986, pages 554, 573-4; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, C.I.J., Recueil 1984, pages 392 et 418.

¹⁶⁴ L'USITC a répété son interprétation en août 1998 lorsqu'elle a publié une seconde édition du Document de l'USITC.

sur laquelle les Membres de l'OMC sont en droit de se fonder. Les États-Unis sont dorénavant forclos, dans leurs relations avec les Membres de l'OMC, d'adopter une interprétation de leur Liste qui soit incompatible avec celle de l'USITC.

[b]: Antigua suppose que la question du Groupe spécial concerne le SAA qui accompagne la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay ("URAA").¹⁶⁵ Selon l'URAA, le SAA constitue "une expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de [la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*] dans toute action en justice dans laquelle se pose une question concernant une telle interprétation ou application".¹⁶⁶ Selon le SAA lui-même:

... c'est l'expression officielle de l'opinion de l'Administration sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. L'Administration croit savoir que le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici. De plus, comme cet énoncé aura été approuvé par le Congrès au moment où seront mis en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay, cela donne un poids particulier aux interprétations de ces accords qui y sont exposées.¹⁶⁷

Le SAA peut donc être considéré comme étant contraignant au regard du droit international parce qu'il énonce explicitement qu'il représente "une expression officielle" de l'opinion des États-Unis "aux fins des obligations internationales des États-Unis". Il n'est toutefois pas nécessaire qu'une déclaration soit aussi explicite pour qu'une interprétation lie un pays au regard du droit international.¹⁶⁸ En fait, les pays feront rarement des déclarations aussi explicites et même le SAA était essentiellement destiné à servir de guide pour l'interprétation de la législation intérieure¹⁶⁹ et il a principalement, pour ne pas dire exclusivement, été utilisé à cette fin par l'Organe d'appel et divers groupes spéciaux de l'OMC.¹⁷⁰ Le SAA indique explicitement qu'il était "conçu pour décrire les *changements* qu'il était proposé d'apporter à la législation et à la réglementation des États-Unis pour mettre en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay" (pas d'italique dans l'original).¹⁷¹ Mais auparavant, il "passe brièvement en revue les dispositions les plus importantes des [Accords de l'OMC]".¹⁷²

La concordance des classifications des industries contenues dans le Document de l'USITC s'intéresse toutefois exclusivement à l'explication et à la clarification des obligations internationales assumées par les États-Unis dans leur Liste:

Pour faciliter la comparaison de la Liste des États-Unis avec celles des autres pays, l'USITC a établi une concordance qui montre les liens entre les secteurs figurant dans [le document W/120] et les secteurs définis et numérotés dans [la CPC].

¹⁶⁵ H.R. 5110, H.R. Doc 316, Vol 1, 103d Congress, 2nd Session, 656 (1994).

¹⁶⁶ 19 U.S.C. § 3512(d).

¹⁶⁷ SAA, page 656.

¹⁶⁸ Voir, par exemple, l'Avis consultatif sur le Statut international du Sud-Ouest africain (C.I.J., Recueil 1950, pages 128 et 135), cité ci-dessus; et l'Affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande), C.I.J., Recueil 1962, page 6.

¹⁶⁹ Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.114.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, et le rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*.

¹⁷¹ SAA, page 657.

¹⁷² *Ibid.*, page 656.

La concordance établie par l'USITC permet d'apporter des clarifications sur la correspondance entre les secteurs de services auxquels il est fait référence dans [le document W/120], le système de la CPC et la Liste des États-Unis.¹⁷³

À cet égard, Antigua est d'avis que le Document de l'USITC a une valeur interprétative encore plus grande que le SAA.

[d]: Le projet d'articles de la CDI est pertinent pour la question de savoir si une déclaration de l'USITC peut être imputée aux États-Unis et les lier.¹⁷⁴ Il confirme avec clarté, et par rapport à un contexte donné, les conclusions qui ont été tirées précédemment au sujet des questions 2 a) et 2 c). Le projet d'articles de la CDI traite des prémisses permettant d'établir la responsabilité des États pour leurs faits internationalement illicites. Il ne traite pas de la responsabilité pour le comportement qui ne constitue pas un fait internationalement illicite. Cependant, même s'ils visent à codifier une branche du droit de la responsabilité des États, bon nombre des principes qui y sont mentionnés sont d'application plus large. Le chapitre II de la première partie du projet d'articles de la CDI, intitulé "Attribution d'un comportement à l'État", qui comprend l'article 4, reprend des principes généraux du droit international qui peuvent être transposés et appliqués au présent contexte. L'article 4 des articles de la CDI traite de l'attribution du comportement des organes de l'État. Il reprend une règle du droit international coutumier¹⁷⁵ selon laquelle un État souverain est responsable du comportement de tous ses organes dans l'exercice de leurs fonctions dans le cadre du principe de l'unité de l'État en droit international. La référence faite à un organe de l'État à l'article 4 est extrêmement large, et englobe les organes du gouvernement central jusqu'à toutes sortes d'organes de l'État, quelles que soient leurs fonction, position ou nature, et quel que soit leur niveau dans la hiérarchie de l'État. Le comportement de tout organe de l'État est donc susceptible d'engager la responsabilité de l'État, et il peut dans cette mesure lier l'État aux conséquences qui en découlent. Si l'on applique au présent cas d'espèce ces déclarations générales concernant les règles de responsabilité de l'État et d'imputation du comportement à l'État, l'USITC est un organe des États-Unis chargé, entre autres choses, de compiler et de tenir la Liste des États-Unis. Ses déclarations d'interprétation de la Liste des États-Unis sont donc des faits résultant de l'exercice de ses fonctions en tant qu'organe des États-Unis dont les États-Unis peuvent être tenus responsables en droit international.¹⁷⁶

¹⁷³ Document de l'USITC, page viii.

¹⁷⁴ La Commission du droit international est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies. Bien que le projet d'articles de la CDI n'ait pas en soi force exécutoire au niveau international, il témoigne de l'accord auquel sont parvenus des publicistes de renom issus de divers milieux politiques et régionaux. Comme la CDI a pour mandat de codifier le droit international, le projet d'articles de la CDI est donc une expression de poids du droit international coutumier.

¹⁷⁵ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 121 ILR 405, page 432, paragraphe 62, où il est fait référence à l'article 6 de la version précédente du projet d'articles de la CDI, qui est maintenant devenu l'article 4.

¹⁷⁶ Antigua indique qu'aux fins du projet d'articles de la CDI, même si l'USITC n'était pas un organe des États-Unis, ses énoncés d'interprétation de la Liste des États-Unis seraient toujours attribuables aux États-Unis en vertu de l'article 5 du projet d'article de la CDI. L'article 5 traite du comportement des organismes qui ne sont pas des organes de l'État pour être visés par l'article 4, mais qui sont néanmoins habilités à exercer des prérogatives de puissance publique. L'USITC a été explicitement habilitée par le gouvernement fédéral des États-Unis à compiler et tenir la Liste des États-Unis. Ce rôle entraîne nécessairement l'exercice d'une prérogative de puissance publique concernant les obligations des États-Unis dans le cadre de l'OMC. La déclaration de l'USITC au sujet de l'interprétation à donner à la Liste des États-Unis a été établie en cette qualité et serait donc attribuable aux États-Unis et les lierait en vertu de l'article 5, même si l'USITC n'était pas un organe des États-Unis.

États-Unis

Le document en question est simplement un texte "explicatif" établi par un organisme indépendant qui n'est pas habilité à négocier ou interpréter des accords au nom des États-Unis.¹⁷⁷ Le document indique que "[p]our faciliter la comparaison de la Liste des États-Unis avec celles des autres pays, l'USITC a établi une concordance ...". Cela ne montre pas que l'USITC était censée rendre une interprétation.

[a]: Antigua semble affirmer que le Document de l'USITC représente une "pratique ultérieurement suivie" au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne.¹⁷⁸ Antigua a tort. L'Organe d'appel a fait référence à une telle "pratique ultérieurement suivie" en disant qu'elle constituait "des actes ou des déclarations permettant de discerner l'accord des Membres de l'OMC".¹⁷⁹ Des textes explicatifs établis unilatéralement par un seul organe indépendant de l'un des Membres ne permettent pas de discerner un tel accord, et n'ont donc pas de statut particulier au regard des règles internationales coutumières d'interprétation des traités dont il est fait état dans la Convention de Vienne.

[b]: Le SAA de l'URAA a été établi et soumis avec l'URAA. Le rôle de ce SAA est énoncé dans son préambule, qui dispose ce qui suit:

Le présent Énoncé donne une description de mesures administratives importantes envisagées pour mettre en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay. Il contient en outre deux exposés requis au titre de l'article 1103: 1) une explication de la manière dont le projet de loi d'application et les mesures administratives envisagées modifieront la loi existante ou auront des effets sur cette loi; et 2) un exposé indiquant les raisons qui font que le projet de loi d'application et les mesures administratives envisagées sont nécessaires ou appropriées pour appliquer les Accords du Cycle d'Uruguay.

Comme d'autres énoncés des mesures administratives soumis au Congrès à propos de textes législatifs prévoyant des procédures accélérées, le présent Énoncé représente une expression officielle par l'Administration de son opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. En outre, l'Administration croit savoir que le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici. De plus, comme cet énoncé aura été approuvé par le Congrès au moment où seront mis en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay, cela donne un poids particulier aux interprétations de ces accords qui y sont exposées.

Le SAA relève de l'historique de la législation. Aux États-Unis, l'historique de la législation est fréquemment examiné en vue de déterminer la signification d'une loi, mais il ne peut changer la signification de la loi à laquelle il se rapporte, ni prévaloir sur cette loi. Il constitue une directive officielle en matière d'interprétation s'agissant de la loi. Le statut conféré à l'Énoncé, en vertu du système des États-Unis a trait, toutefois, à sa valeur en matière d'interprétation s'agissant de la loi.

¹⁷⁷ L'USITC est un organisme fédéral quasi judiciaire indépendant qui, dans le cadre de son mandat, administre la législation des États-Unis relative aux mesures correctives commerciales et qui fournit aussi des renseignements et des avis indépendants et non contraignants au Président et au Congrès sur les questions tarifaires et commerciales.

¹⁷⁸ Les États-Unis l'infèrent de la référence faite par Antigua à la partie du document intitulée "pratique dans l'application du traité". Voir la section III.B.2 du présent rapport.

¹⁷⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 214.

Par contre, le document "explicatif" de l'USITC qui précède l'exemplaire de la Liste des engagements spécifiques des États-Unis tenue par l'USITC n'a été établi que "pour faciliter la comparaison" pour le lecteur. Il n'est pas contraignant ni ne fait autorité en droit des États-Unis, et il ne prétend d'aucune façon être contraignant ou faire autorité en droit des États-Unis. Il n'a pas non plus été approuvé par le Congrès. Par ailleurs, les États-Unis font observer que le fait de faciliter "la comparaison" avec d'autres documents ne donne d'aucune façon à entendre qu'il y a identité de sens entre la Liste des États-Unis et de tels autres documents.

[c]: Les déclarations de l'USITC ne peuvent pas lier les États-Unis en ce qui concerne l'interprétation d'un traité multilatéral. Il est important d'indiquer qu'en l'espèce, la question concerne l'interprétation d'un terme d'une annexe de l'AGCS, et non le sens du droit des États-Unis ou le statut juridique de l'USITC. Ni les États-Unis (par l'intermédiaire de l'USITC ou autrement) ni aucun autre Membre ne peut unilatéralement adopter d'interprétations d'un terme de l'AGCS, ou de tout autre accord de l'OMC, qui soient contraignantes au niveau multilatéral.

[d]: Les États-Unis ne considèrent pas que l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite soit d'une quelconque pertinence pour l'interprétation de leur Liste, qui est la question faisant l'objet du présent différend. Premièrement, les États-Unis font observer que ledit article ne constitue pas une "règle coutumière d'interprétation du droit international" au sens de l'article 3:2 du Mémoire d'accord. Deuxièmement, il est de toute façon inapplicable parce que l'USITC ne prétend pas interpréter la Liste des États-Unis.

Canada

[a]: Les États-Unis disent que le document de l'USITC n'a pas de signification juridique puisque le but explicite de la concordance dans le document est uniquement de "faciliter la comparaison de la Liste des États-Unis avec celles des autres pays".¹⁸⁰ Cette déclaration est incomplète du point de vue des faits et juridiquement erronée. La partie pertinente du document de l'USITC est libellée comme suit:

Pour faciliter la comparaison de la Liste des États-Unis avec celles des autres pays, l'USITC a établi une concordance qui montre les liens entre les secteurs figurant dans la Classification sectorielle des services établie par le secrétariat du GATT et les secteurs définis et numérotés dans le Système de la Classification centrale de produits provisoire (CPC) des Nations Unies. Pour établir les listes nationales, il a été demandé aux pays d'identifier et de définir les secteurs et les sous-secteurs conformément à la liste du secrétariat du GATT [le document W/120], qui énumère les secteurs et leurs numéros correspondants de la CPC. En conséquence, les listes des pays étrangers font fréquemment des références explicites aux numéros de la CPC. La Liste des États-Unis ne fait aucune référence explicite aux numéros de la CPC, mais elle correspond de près à la liste du secrétariat du GATT.

La concordance établie par l'USITC permet d'apporter des clarifications sur la correspondance entre les secteurs de services auxquels il est fait référence dans la liste du secrétariat du GATT, le système de la CPC et la Liste des États-Unis. [...]¹⁸¹

Une telle déclaration de l'organisme fédéral des États-Unis qui, "[à] la demande du Bureau du Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales[,] [...] a assumé la responsabilité de tenir et de mettre à jour, au besoin, la [Liste des États-Unis]"¹⁸² a une valeur probante et est un facteur qui confirme d'autres éléments de preuve selon lesquels il existe une

¹⁸⁰ Voir la section III.B.2 du présent rapport.

¹⁸¹ Document de l'USITC, page viii.

¹⁸² *Ibid.*, page vii.

correspondance étroite entre les engagements spécifiques des États-Unis, le document W/120 et les numéros de la CPC auxquels il y est fait référence.

Dans l'affaire *Chili – Taxes sur les boissons alcooliques*, le Groupe spécial a constaté que les déclarations d'un gouvernement qui contredisaient les positions établies de l'OMC étaient les plus probantes.¹⁸³ Le document de l'USITC constitue une telle déclaration dans la mesure où, dans le présent différend, la position des États-Unis est qu'il n'y a pas de correspondance étroite entre leurs engagements spécifiques, le document W/120 les numéros de la CPC auxquels il y est fait référence.

[b]: Le fait que, contrairement à l'Énoncé des mesures administratives des États-Unis, le document de l'USITC n'indique pas expressément qu'il constitue une expression "officielle" par le gouvernement des États-Unis de son opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay ne change pas la conclusion en [a] ci-dessus.¹⁸⁴ La valeur probante d'une déclaration faite par un organe d'un État (Membre) doit être évaluée au cas par cas. Cela peut dépendre, par exemple, de l'identité de l'organe qui fait la déclaration, et de la nature et des circonstances de la déclaration.

Dans le cas présent, l'organe des États-Unis qui a rendu des arrêts au sujet de la structure et de la teneur de la Liste des États-Unis n'est pas un simple organisme quelconque. C'est l'organisme fédéral des États-Unis qui, à la demande du Bureau de l'USTR, a assumé la responsabilité de tenir et de mettre à jour, au besoin, la Liste des États-Unis.¹⁸⁵ La nature des arrêts, et les circonstances dans lesquelles ils ont été rendus, sont aussi formelles, explicites et sans équivoque. Dans les circonstances en l'espèce, le Canada est d'avis que le Document de l'USITC peut légitimement être considéré comme étant probant de l'interprétation par les États-Unis de leur propre Liste établie dans le cadre de l'AGCS. Ce document (concordance) affaiblit tout argument des États-Unis selon lequel leur Liste n'a aucun lien que ce soit avec le document W/120 et les numéros correspondants de la CPC, et qu'en conséquence, ces derniers ne devraient pas être pris en compte ou devraient être considérés comme étant non pertinents pour confirmer le sens des engagements spécifiques pris par les États-Unis. Au lieu d'étayer la position des États-Unis, le Document de l'USITC confirme d'autres éléments de preuve selon lesquels il y a une correspondance étroite entre les engagements spécifiques des États-Unis, le document W/120 et les numéros de la CPC auxquels il y est fait référence.

[c]: Comme cela est indiqué ci-dessus, dans les circonstances en l'espèce, les arrêts de l'USITC peuvent légitimement être imputés aux États-Unis, et donc être considérés comme des éléments de preuve de l'interprétation par les États-Unis de leur propre Liste établie dans le cadre de l'AGCS. Ils ont une valeur probante en ce sens qu'il s'agit d'une déclaration des États-Unis qui est contraire à la position adoptée par les États-Unis en l'espèce. Il s'agit d'un élément crédible parmi d'autres qui affaiblit, et réfute, la position soutenue par les États-Unis en l'espèce. Il s'agit d'une déclaration unilatérale des États-Unis qui a été faite de manière spontanée, et elle peut être utilisée "pour apporter

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 7.119.

¹⁸⁴ L'Énoncé des mesures administratives des États-Unis indique ce qui suit: Comme d'autres énoncés des mesures administratives soumis au Congrès à propos de textes législatifs prévoyant des procédures accélérées, le présent Énoncé représente une expression officielle par l'Administration de son opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne. En outre, l'Administration croit savoir que le Congrès escompte que les Administrations suivantes respecteront et appliqueront les interprétations et les engagements énoncés ici. De plus, comme cet énoncé aura été approuvé par le Congrès au moment où seront mis en œuvre les Accords du Cycle d'Uruguay, cela donne un poids particulier aux interprétations de ces accords qui y sont exposées. Énoncé des mesures administratives des États-Unis, H.R. 5110, H.R. Document 316, volume 1, 103d Congress, 2nd Session, 1994, page 656. Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphes 8.93-8.100, où une valeur interprétative a été donnée à l'Énoncé des mesures administratives des États-Unis.

¹⁸⁵ Document de l'USITC, page vii.

la lumière sur un point de fait contesté", à savoir l'intention des États-Unis d'adopter et de tenir une Liste qui correspond étroitement au document W/120 et aux numéros correspondants de la CPC.¹⁸⁶

[d]: Le Canada fait observer que l'imputation, en l'espèce, du document de l'USITC aux États-Unis est conforme à l'article 4 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État¹⁸⁷, qui exprime le principe bien connu et général du droit international de l'unité de l'État en droit international.¹⁸⁸ On trouve une autre expression de ce principe de l'unité de l'État en droit international à l'article 27 de la Convention de Vienne. Ce principe est aussi exprimé dans l'AGCS lui-même, en ce sens que les mesures d'un Membre qui sont assujetties à l'AGCS sont celles prises par les gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux, ainsi que celles prises par des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par ces mêmes gouvernements et administrations.¹⁸⁹ Toute mesure prise par de tels gouvernements et administrations, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme, est visée.¹⁹⁰ Tout comme une mesure de l'USITC peut être une mesure pour laquelle les États-Unis sont responsables au titre de l'AGCS, un arrêt de l'USITC, comme dans le document contenant la concordance, peut être attribué aux États-Unis lorsque l'on considère les obligations leur incombant dans le cadre de l'AGCS.

Communautés européennes

[a]: Le document de l'USITC contenu dans la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda est un document émanant d'un Membre de l'OMC – les États-Unis – qui fournit des indications sur le contenu de la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis, par rapport au document W/120 et à la CPC. L'imputabilité de ce document aux États-Unis en leur qualité de Membre de l'OMC ne fait aucun doute, tel qu'indiqué ci-après, dans la réponse à la question n° 2 c). Le document de l'USITC doit être considéré au même titre que les autres documents publiés par les différentes autorités des États-Unis pendant et après la conclusion du Cycle d'Uruguay, qui traite de la question des listes annexées à l'AGCS. Ces documents comprennent, tout d'abord, les diverses versions de leur Liste déposées par les États-Unis à l'étape finale du Cycle d'Uruguay, auxquelles il est fait référence ci-dessus dans la réponse à la question n° 1. Ils comprennent en outre les autres documents auxquels ont fait référence les Communautés européennes à la séance tenue avec les tierces parties par le Groupe spécial lors de sa première réunion de fond avec les parties. Il s'agit de la version de 1998 du document contenu dans la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda et des deux rapports annuels de l'USITC sur l'évolution du commerce des États-Unis en 1996 et 2003.¹⁹¹

¹⁸⁶ Voir l'Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, 1952, CIJ 93, page 107.

¹⁸⁷ Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a été adopté par la Commission du droit international le 9 août 2001. L'Assemblée générale des Nations Unies a pris acte du projet d'articles adopté par la Commission du droit international: Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adoptée le 12 décembre 2001.

¹⁸⁸ Pour les affaires où il a été fait référence aux articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite afin d'obtenir d'autres indications en matière d'interprétation, voir le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation*, paragraphes 259-262; les rapports de l'Organe d'appel, *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 120; *États-Unis – FSC (Article 22:6 – États-Unis)*, paragraphes 5.58-5.60; *Brésil – Aéronefs (Article 22:6 – Brésil)*, paragraphe 3.44. Voir aussi In the Matter of an Arbitration under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement Between ADF Group Inc. and United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, sentence du 9 janvier 2003, M. Florentino P. Feliciano (Président), paragraphe 166, où il a été déterminé que l'article 4 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est l'expression d'une règle établie du droit coutumier international.

¹⁸⁹ Article I:3 a) de l'AGCS.

¹⁹⁰ Article XXVIII a) de l'AGCS.

¹⁹¹ USITC, *U.S. Trade Shifts in Selected Industries: Services*, Enquête n° 332-345, juin 1996, Publication n° 2969 (que l'on peut consulter sur Internet à l'adresse suivante: <http://www.usitc.gov/wais/reports/arc/w2969.htm>); USITC, *Recent Trends in U.S. Services Trade*, 2003

La version de 1998 du document de l'USITC reproduit la table de concordance déjà contenue dans cette pièce.¹⁹² Dans le rapport annuel de 2003, au sujet des questions de classification qui se posent dans le domaine des services d'utilité publique, il est estimé que¹⁹³

[l]es questions de classification des industries posent un défi majeur pour les négociations sur les services d'utilité publique, en raison principalement du fait que ces services sont mal définis dans le système de classification utilisé par les Membres de l'OMC pour négocier les engagements dans le cadre du Cycle d'Uruguay. Cette classification repose sur la Classification centrale de produits provisoire (CPC) des Nations Unies, une classification des produits et services destinée à fournir un cadre général à des fins de comparaison internationale des données. Comme la CPC provisoire a été élaborée dans les années 80 et publiée en 1991, elle ne rend pas compte des grands changements apportés à la structure des industries d'utilité publique par les programmes de privatisation et de réforme de la réglementation qui ont proliféré dans les années 90. En conséquence, la CPC ne contient pas de catégories qui décrivent bien des marchés où les activités de production, de transport, de distribution et de commercialisation ont été dégroupées pour former des opérations individuelles qui sont ouvertes à la participation du secteur privé et, dans une certaine mesure, à la concurrence.³⁸

³⁸ La CPC provisoire a été mise à jour en 1998 avec la publication de la CPC Version 1, qui rend compte avec plus d'exactitude de certains des changements subis par l'industrie. Mais comme les engagements pris au titre de l'AGCS reposent sur la CPC provisoire, le fait de passer à la Version 1 pourrait modifier le fondement juridique des engagements existants.

Pour sa part, le Rapport annuel de 1996 fait référence au document W/120 "[p]our obtenir la liste complète des industries de services visées par le Cycle d'Uruguay".¹⁹⁴

Il convient de noter que ces déclarations ne sont assorties d'aucune réserve et qu'elles n'établissent aucune distinction ni entre les États-Unis et les autres Membres ni entre les Membres de l'OMC qui ont inclus des références expresses à la CPC dans leurs listes et ceux qui ne l'ont pas fait. Autrement dit, les États-Unis eux-mêmes ne semblent pas voir de différence fondamentale entre les listes des Membres qui ont inclus des références expresses à la CPC et celles qui n'en contiennent pas. Ensemble, ces documents révèlent une position systématique, de la part des États-Unis, selon laquelle les engagements spécifiques contractés au titre de l'AGCS, y compris les propres engagements des États-Unis concernant les services récréatifs, suivent les catégories de la CPC, sauf dérogations expresses.

En ce qui concerne le statut juridique du document de l'USITC contenu dans la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda, les CE sont d'avis que le document en question constitue une pratique des États-Unis dans l'application de l'*Accord sur l'OMC* qui est ultérieure à la conclusion dudit accord. En tant que tel, il s'agit d'un instrument d'interprétation pertinent des obligations incombant aux États-Unis dans le cadre de l'OMC, au sens de l'article 31.3 b) de la Convention de Vienne. Ainsi que l'ont fait observer les CE dans leur communication en tant que tierce partie et dans leur déclaration orale, ce document confirme simplement ce qui découle déjà des Lignes directrices pour

Rapport annuel, Enquête n° 332-345, mai 2003, Publication n° 3599 (que l'on peut consulter sur Internet à l'adresse suivante: <ftp://ftp.usitc.gov/pub/reports/studies/PUB3599.PDF>).

¹⁹² Comparer la page xxv de la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda et la page xxiv de la version de 1998.

¹⁹³ USITC, *Recent Trends in U.S. Services Trade*, Annuel Report 2003, Investigation No. 332-345, mai 2003, Publication No. 3599, page 12-9. (non souligné dans l'original)

¹⁹⁴ USITC, *U.S. Trade Shifts in Selected Industries: Services*, Investigation No. 332-345, juin 1996, Publication No. 2969, page 4-4, note de bas de page 14.

l'établissement des listes de 1993 et du document W/120, ainsi que de la note de couverture accompagnant le projet de liste finale des États-Unis.

Les Communautés européennes sont conscientes de l'objection soulevée par les États-Unis quant à la valeur "de pratique unilatérale" d'une partie à un traité.¹⁹⁵ La pertinence de la pratique unilatérale doit être évaluée à la lumière de l'obligation à mettre en œuvre. En particulier, la mise en œuvre d'une liste d'engagements spécifiques incombe au Membre de l'OMC concerné. Par conséquent, la pratique de ce Membre est particulièrement pertinente pour interpréter cette partie de l'Accord sur l'OMC. La "pratique de mise en œuvre" des autres Membres à l'égard de telles listes semble se limiter soit à l'acceptation de la manière dont le Membre concerné applique sa Liste ou à la formulation d'objections à cette manière. À la connaissance des CE, aucun Membre de l'OMC ne s'était opposé à la concordance fournie par l'USITC dans son document. De même, dans son rapport sur l'affaire *CE – Matériels informatiques*, l'Organe d'appel a fait référence à la pratique d'un seul Membre, les Communautés européennes, afin d'examiner la Liste des CE.¹⁹⁶ Les documents publiés par les autorités des États-Unis après le Cycle d'Uruguay, et l'absence d'objections des autres Membres de l'OMC à la position selon laquelle les engagements pris au titre de l'AGCS, et plus particulièrement les engagements pris par les États-Unis pour le sous-secteur 10.D, reposent sur la CPC, sauf dérogations expresses, montrent l'existence d'une suite concordante de faits "permettant de discerner" l'accord des Membres de l'OMC à l'égard de cette question interprétative.¹⁹⁷

[b]: La pertinence pour l'interprétation des obligations conventionnelles de chaque instrument conformément à la Convention de Vienne doit être évaluée au cas par cas, indépendamment du statut et de la valeur des autres documents et instruments possibles.

Le SAA est un document où les États-Unis ont indiqué ce qu'ils estimaient être l'interprétation des textes du Cycle d'Uruguay et de leurs obligations. Ainsi que l'a indiqué le Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, le SAA dispose dans ses propres termes que¹⁹⁸ "[...] c'est l'expression officielle de l'opinion de l'Administration sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay, tant aux fins des obligations internationales des États-Unis qu'aux fins de leur droit interne". Sur cette base, comme l'a dit le Groupe spécial, "[l]e SAA exprime donc l'opinion de l'Administration, soumise par le Président au Congrès qui l'a approuvée, à la fois sur l'interprétation et sur l'application des accords, et il énonce des engagements qui doivent être respectés par les Administrations suivantes, et auxquels les acteurs nationaux et internationaux peuvent se fier".¹⁹⁹ Bien entendu, le fait que le SAA est un document dans lequel a été exposée la position de l'Administration des États-Unis n'empêche pas que d'autres documents expriment aussi des positions attribuables aux États-Unis. Les autorités des États-Unis sont soumises aux règles coutumières internationales d'imputabilité des faits à un État tout comme c'est le cas pour les autorités de tous les autres Membres.

Les Communautés européennes relèvent aussi que le SAA ne contient aucune interprétation générale des engagements spécifiques des États-Unis. Les États-Unis n'étaient pas non plus tenus d'en donner une puisque le paragraphe 16 des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 précise qu'en l'absence de dérogations expresses, il faudrait faire référence aux codes de la CPC. Le SAA fait plutôt référence à un cas particulier où les États-Unis ont décidé de déroger au système de la CPC:

¹⁹⁵ Voir la section III.B.2 du présent rapport.

¹⁹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 93.

¹⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphes 213 et 214, où est cité le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 11.

¹⁹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.110; voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 2.4 et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 129 c) 1) URAA*, paragraphe 6.36.

¹⁹⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.111.

[c]ertains engagements pris dans le secteur des services financiers, y compris ceux contractés par les États-Unis, ont été inscrits dans les listes conformément au Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers, qui faisait partie de l'ensemble des résultats du Cycle d'Uruguay. Le Mémoire décrit certains engagements qui diffèrent, et qui sont dans certains cas plus détaillés, que ceux figurant dans l'AGCS.²⁰⁰

Cette indication spécifique du SAA confirme que lorsqu'il le fallait, les États-Unis ont pu indiquer qu'ils dérogeaient au système général de la CPC. L'Énoncé des mesures administratives ne mentionne aucune autre dérogation de ce type. Étant donné que le SAA ne contient aucune explication générale de la portée des listes des États-Unis, on est en droit de présumer que les autorités des États-Unis ont jugé utile de fournir une telle explication ailleurs, à l'intention aussi des opérateurs commerciaux. C'est ce qui a été fait, entre autres, dans le document de l'USITC. L'une des missions de l'USITC consiste en effet à fournir de telles clarifications²⁰¹ et les renseignements figurant dans le document de l'USITC sont, semble-t-il, exacts – ainsi qu'en témoigne le fait que la même table de concordance a été reproduite dans la version de 1998 de la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda. Sinon, on pourrait en inférer que l'USITC ne s'est pas acquittée de la tâche que lui a confié l'USTR (voir la réponse à la question n° 2 d) ci-après). Bien entendu, le document de l'USITC lui-même ne "crée" ou ne "détermine" pas la portée des obligations incombant aux États-Unis au titre de leur Liste (ce que ne fait pas non plus, pour cette question, le SAA). Un Membre de l'OMC n'a pas le droit de déterminer unilatéralement et ultérieurement le contenu de ses obligations internationales. Le document de l'USITC confirme plutôt ce qui peut déjà être glané dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et ce qu'ont déclaré les États-Unis lorsqu'ils ont déposé leur projet de Liste finale, qui renferme aussi une offre pour le sous-secteur 10.D.

[c]: Oui. Il conviendrait d'indiquer que la "déclaration" à laquelle semble se référer le Groupe spécial – à savoir la concordance entre la Liste des États-Unis, le document W/120 et la CPC – n'est pas fortuite ni spontanée. Il s'agit d'une déclaration faite par l'USITC à la demande de l'USTR, agissant pour sa part en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu de la législation par le Président au titre de l'article 332 de la Loi douanière de 1930.²⁰² La position exprimée par l'USITC dans la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda n'est pas non plus une position isolée. Ainsi que nous l'avons indiqué ci-dessus dans la réponse à la question n° 2 a), l'USITC a, pour plusieurs raisons, pris pour position générale que les engagements contractés dans le cadre de l'AGCS étaient négociés sur la base de la CPC. Pour ce qui est de la valeur juridique du document de l'USITC, un tel document confirme la position systématiquement adoptée par les États-Unis quant à la manière dont est structurée leur Liste et à l'étendue de leurs engagements spécifiques. Il ne crée pas une obligation juridique pour interpréter systématiquement la Liste des États-Unis avec les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et le document W/120 (et par conséquent, avec la CPC). Cette obligation découle déjà de la valeur des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et du document W/120 en tant qu'outils d'interprétation au sens de la Convention de Vienne. Elle découle aussi de l'indication expresse, dans la note explicative annexée aux versions provisoires et finale de la Liste des États-Unis, selon laquelle "Sauf indication contraire, l'étendue des engagements sectoriels des États-Unis correspond aux secteurs figurant dans la Classification sectorielle des services établie

²⁰⁰ Énoncé des mesures administratives, H.R. 5110, H.R. Document 316, volume 1, 103d Congress, 2nd Session, page 976 (1994).

²⁰¹ Voir, par exemple, le plan stratégique de l'USITC (que l'on peut consulter sur Internet, à l'adresse suivante: <http://www.usitc.gov/webabout.htm>), page 21, où il est mentionné ce qui suit:

Mission régulière. La Commission tient une vaste base de données commerciales et de connaissances spécialisées liées au commerce, et fournit des services d'information concernant le commerce et la compétitivité internationaux des États-Unis.

²⁰² 19 U.S.C. 1332 g) (les dispositions régissant l'organisation et le fonctionnement de l'USITC peuvent être consultées sur Internet à l'adresse suivante: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/19/ch4stIIpII.html>).

par le secrétariat (MTN.GNS/W/120, en date du 10 juillet 1991)".²⁰³ Cette question est traitée plus en détail dans la réponse à la question n° 2 d) ci-après.

[d]: La responsabilité de l'État n'est pas le seul contexte où se pose la question de l'imputabilité d'un fait à un État (ou à un autre sujet du droit international). Par exemple, la même question se pose – sous forme de question liminaire implicite – pour la conclusion des traités. Il est donc estimé que l'article 4 du *projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*²⁰⁴ est pertinent en ce sens qu'il codifie le principe de l'imputation du droit coutumier, concernant l'imputabilité des faits à un État en général – et non simplement dans le but d'établir une responsabilité internationale. En réalité, le fait de l'USITC n'est pas un fait illicite. Au chapitre II de la Première partie des articles sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international sont définies les circonstances dans lesquelles un certain comportement est attribuable à l'État, ce comportement étant une condition essentielle à l'établissement de la responsabilité internationale d'un État. En particulier, l'article 4 énonce la règle, sur la base du principe de l'unité de l'État, selon laquelle le comportement d'un organe de l'État est attribuable à cet État. Ainsi que l'indique la Commission du droit international dans ses commentaires concernant les articles sur la responsabilité de l'État, la règle selon laquelle "l'État est responsable du comportement de ses organes, agissant en cette qualité, est reconnu[e] de longue date par la jurisprudence internationale".²⁰⁵ Par ailleurs, la Cour internationale de justice a récemment confirmé la règle susmentionnée ainsi que son caractère coutumier. Dans le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a soutenu que "[s]elon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle, qui revêt un caractère coutumier, trouve son expression à l'article 6 du projet d'articles sur la responsabilité des États ...".²⁰⁶

Ainsi que l'indique la Commission du droit international, l'expression "organe de l'État" doit s'entendre dans son acception la plus large.²⁰⁷ Elle s'applique aux organes de toute subdivision de l'État qui exercent des fonctions législative, exécutive, judiciaire *ou autres*. Il convient de mentionner qu'il a été soutenu que ces fonctions pouvaient consister à donner des instructions au secteur privé.²⁰⁸ L'article 5 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État va plus loin et attribue à l'État le comportement d'une personne ou d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au sens de l'article 4, mais qui est néanmoins habilité par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique. Ainsi que l'indique la CDI dans ses commentaires sur l'article 5,

²⁰³ *Communication des États-Unis d'Amérique, Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique présentée aux membres du Groupe de négociation sur les services*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 décembre 1993; *Communication des États-Unis d'Amérique, Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1^{er} octobre 1993; *Communication des États-Unis, Liste des États-Unis concernant les engagements initiaux pour le commerce des services*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 décembre 1993.

²⁰⁴ Le texte du projet d'articles est reproduit dans une résolution adoptée le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/56/83).

²⁰⁵ *Commentaires concernant le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, adoptés par la Commission du droit international à sa cinquante-troisième session (2001), Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10), chapitre IV.E.2; J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility-Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, commentaires relatifs à l'article 4, page 94, paragraphe 3 et note de bas de page 108.

²⁰⁶ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, C.I.J., Recueil 1999, paragraphe 62, page 87, où il est fait référence à ce qui était auparavant l'article 6 des Projets et qui est maintenant intégré à l'article 4.

²⁰⁷ Les articles *sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international*, page 85, paragraphe 6.

²⁰⁸ Rapport du Groupe spécial *Japon – Semi-conducteurs*, IBDD, S35/116; rapport du Groupe spécial, *Japon – Film*.

le terme générique "entité" couvre une grande diversité d'organismes qui peuvent comprendre des entreprises publiques, des entités parapubliques, des *institutions publiques* diverses, "pour autant que l'entité en question soit habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État".²⁰⁹

Les membres de l'USITC sont nommés par le Président, avec l'assentiment du Sénat.²¹⁰ Par ailleurs, la Commission agit à la demande de l'USTR, et elle est tenue de mener les enquêtes et d'établir les rapports que demande le Président ou le Congrès.²¹¹ L'USITC est clairement investie de pouvoirs spéciaux, qui sont normalement exercés par des organes de l'État. Par exemple, elle est habilitée à "mener toute enquête nécessaire à l'exercice de ses fonctions dans toute partie des États-Unis ou dans tout pays étranger".²¹² De la même manière, l'USITC a le pouvoir d'obtenir des renseignements, notamment en ayant accès à tout document se rapportant aux enquêtes qu'elle mène, en citant des témoins à comparaître et en demandant à toute personne de lui fournir les renseignements qu'elle requiert.²¹³ La lettre par laquelle l'USTR a demandé à l'USITC d'assumer la responsabilité de tenir la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis²¹⁴ est tout à fait claire à cet égard:

[a]ux termes de l'AGCS, le gouvernement des États-Unis est tenu d'établir et de tenir une liste de ses engagements concernant les services. Je suis d'avis que la tenue de la Liste des États-Unis est une tâche dont s'acquittera de la façon la plus appropriée la Commission du commerce international des États-Unis. La Commission possède une expérience considérable de la tenue de notre Liste XX annexée au GATT, qui contient les concessions tarifaires accordées par les États-Unis dans le domaine des marchandises. Conformément aux pouvoirs qui me sont délégués par le Président au titre de l'article 332 de la Loi douanière de 1930, je demande donc à la Commission de mettre sur pied un programme permanent pour compiler et tenir la Liste officielle des engagements des États-Unis concernant les services.

Par ailleurs, le droit interne, bien que pertinent, n'est toutefois pas décisif pour déterminer en quoi consiste un organe de l'État. Sinon un État serait en mesure de se soustraire à sa responsabilité face au comportement de ses propres organes, dans l'exercice de leurs fonctions, en leur refusant simplement ce statut en vertu de son propre droit. Par conséquent, ainsi que l'a indiqué la Commission du droit international, certaines institutions assumant des fonctions publiques et exerçant des prérogatives de puissance publique (comme la police) doivent être considérées comme des organes de l'État, même si, en droit interne, elles sont réputées être autonomes et indépendantes du pouvoir exécutif.²¹⁵ Plus précisément, le fait que l'USITC soit qualifiée d'"organisme indépendant" n'a aucune incidence sur l'imputabilité de ses actions aux États-Unis. Ce qui est pertinent est, bien entendu, non pas la qualification formelle de l'organisme concerné, mais l'activité en cause dans une affaire particulière. De fait, plusieurs actions de l'USITC ont été examinées par des groupes spéciaux

²⁰⁹ Les articles *sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international*, page 100, paragraphe 2.

²¹⁰ 19 U.S.C. 1330 a).

²¹¹ 19 U.S.C. 1332 g).

²¹² 19 U.S.C. 1331 d).

²¹³ 19 U.S.C. 1333.

²¹⁴ Lettre de M. Kantor, Représentant des États-Unis pour les questions commerciales, à M. D. E. Newquist, Président de la Commission du commerce international des États-Unis, 18 avril 1994. (non souligné dans l'original)

²¹⁵ Les articles *sur la responsabilité de l'État de la Commission du droit international*, page 92, paragraphe 6, et page 98, paragraphe 11.

et l'Organe d'appel dans le passé – par exemple lors d'enquêtes en matière de sauvegardes et d'enquêtes sur l'existence d'un dommage dans des procédures antidumping.²¹⁶

Mexique

[a]: Ce document constitue à tout le moins un élément de preuve pertinent de la position et de la pratique de l'USITC en ce qui concerne la définition et l'étendue des engagements contractés par les États-Unis dans le cadre de l'AGCS. Ces éléments de preuve doivent être évalués par le Groupe spécial pour appliquer les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne dans le cadre de son analyse des allégations d'Antigua-et-Barbuda.

[b]: Le Mexique fait observer que la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda et le SAA ne semblent pas avoir été publiés pour les mêmes fins. Si la pièce n° 65 d'Antigua-et-Barbuda semble avoir pour but de fournir une explication générale de la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis, le SAA constitue une "expression officielle par les États-Unis de leur opinion sur l'interprétation et l'application des Accords du Cycle d'Uruguay et de [la *Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*] dans toute action en justice dans laquelle se pose une question concernant une telle interprétation ou application".²¹⁷

[c]: Dans le contexte du présent différend, la question consiste à déterminer si l'Énoncé de l'USITC peut être utilisé pour interpréter la Liste d'engagements spécifiques des États-Unis dans le cadre des règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne. Voir la réponse du Mexique à la question n° 2 a) ci-dessus.

[d]: Voir la réponse à la question précédente.

3. Antigua-et-Barbuda ainsi que les Communautés européennes (pièce n° 74 d'Antigua-et-Barbuda et paragraphe 15 de la déclaration orale des Communautés européennes à la première réunion du Groupe spécial avec les parties) ont fait référence à la note de couverture accompagnant le Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux, datée du 7 décembre 1993, qui contient un paragraphe libellé comme suit:

"Sauf indication contraire, l'étendue des engagements sectoriels des États-Unis correspond aux secteurs figurant dans la version révisée de la Classification sectorielle des services établie par le secrétariat (MTN.GNS/W/120, en date du 10 juillet 1991)."

- a) Dans quelle version révisée du Projet de Liste (finale) des États-Unis issue du Cycle d'Uruguay cette note de couverture a-t-elle été omise?
- b) Quels sont le statut et la valeur juridiques de cette note de couverture pour l'interprétation de la Liste des États-Unis annexée à l'AGCS?

²¹⁶ Voir, par exemple, pour les sauvegardes, le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier*; et pour les enquêtes antidumping, le rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Acier laminé à chaud*. Les faits d'autres organismes indépendants des États-Unis ont aussi été examinés par des juridictions internationales: par exemple, les actions de l'Agence pour la protection de l'environnement (EPA) (par exemple rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Essence*, ou de l'Agence centrale de renseignements (CIA) dans l'Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Arrêt sur le fond, C.I.J., Recueil 1986, page 14). Les deux entités sont tout comme l'USITC qualifiées d'"organismes indépendants" (voir les sites Web officiels du pouvoir exécutif des États-Unis, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://lcweb.loc.gov/global/executive/fed.html>, consultés le 17 décembre 2003).

²¹⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Restrictions à l'exportation*, paragraphe 2.3.

Antigua

[a]: À la connaissance d'Antigua, le document MTN.GNS/W/112/Rev.3 est la liste finale déposée par les États-Unis et la phrase tirée de la note de couverture n'a jamais été omise. Pendant la première réunion de fond avec le Groupe spécial, les États-Unis ont indiqué que cette note de couverture ne faisait pas partie de la liste proprement dite telle qu'annexée à l'AGCS. Cela n'est pas dû au fait que la note de couverture a été omise ou retirée par les États-Unis, mais simplement au fait qu'une telle note ne fait pas formellement partie d'une liste annexée à l'AGCS, telle qu'elle doit être annexée à l'AGCS en vertu de l'article XX:3.

[b]: La note de couverture fait partie des travaux préparatoires de la Liste des États-Unis. L'article 32 de la Convention de Vienne dispose qu'un tel document peut être utilisé comme moyen complémentaire d'interprétation pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 de la Convention de Vienne. Comme on l'a mentionné ci-dessus, la note de couverture confirme aussi l'acceptation par les États-Unis de la méthode d'établissement des listes exposée dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et dans le document W/120, confirmant ainsi le statut de ces deux documents en tant qu'instruments acceptés par toutes les parties (conformément à l'article 31 2) b) de la Convention de Vienne).

États-Unis

[a]: Une note sensiblement similaire au texte cité figurait dans les documents MTN.GNS/W/112/Rev.2 et MTN.GNS/W/112/Rev.3.²¹⁸ Elle ne figure pas dans le document final.

[b]: Ces documents de l'historique des négociations sont des "travaux préparatoires" au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Les valeurs de ces notes sont négligeables, puisqu'elles confirment tout au plus uniquement ce que les États-Unis ont déjà déclaré – à savoir qu'ils ont généralement suivi la structure du document W/120 dans leur liste d'engagements spécifiques. Le Groupe spécial devrait toutefois établir une distinction entre l'utilisation par un Membre du document W/120 pour établir sa liste et l'inscription de références à la CPC pour décrire plus en détail ses engagements. Tout comme les autres Membres, les États-Unis sont libres de choisir d'inscrire ou non des références à la CPC pour décrire plus en détail leurs engagements. Les États-Unis ont décidé de ne pas le faire.

Canada

[a]: Le *Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux* ("Projet de Liste finale"), daté du 7 décembre 1993, contient la note de couverture suivante:

Sauf indication contraire, l'étendue des engagements sectoriels des États-Unis correspond aux secteurs figurant dans la Classification sectorielle des services établie par le secrétariat (MTN.GNS/W/120, en date du 10 juillet 1991) [le document W/120].²¹⁹

Le Projet de Liste finale est le quatrième projet de liste et, comme son nom l'indique, le projet de liste finale que les États-Unis ont fait distribuer dans le contexte des négociations sur l'accès aux marchés au titre de l'AGCS. Le troisième projet de liste que les États-Unis ont fait distribuer contient

²¹⁸ Voir la Communication des États-Unis d'Amérique, *Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, 7 décembre 1993, MTN.GNS/W/112/Rev.3, paragraphe 5; la Communication des États-Unis d'Amérique, *Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, 7 décembre 1993, MTN.GNS/W/112/Rev.2, page 1. Le terme "revised" (version révisée) dans le texte mentionné par le Groupe spécial ne figure pas dans les documents cités.

²¹⁹ Communication des États-Unis d'Amérique, *Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, 7 décembre 1993, paragraphe 5.

une note de couverture identique à celle figurant dans le Projet de Liste finale.²²⁰ Cette note de couverture ne figure pas dans les premier et deuxième projets de listes que les États-Unis ont fait distribuer.²²¹

[b]: La note de couverture contenue dans les deux derniers projets de listes que les États-Unis ont fait distribuer fait partie des circonstances dans lesquelles ont été conclues les négociations sur l'accès aux marchés au titre de l'AGCS. En tant que telle, elle peut être considérée comme un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne. Conformément à cette disposition, le Groupe spécial peut faire appel à de tels moyens complémentaires d'interprétation, par exemple, afin soit de confirmer le sens des engagements spécifiques des États-Unis résultant de l'application de la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31, soit de déterminer ce sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 le laisse ambigu ou obscur. Le Canada a déjà montré dans sa communication que la seule conclusion raisonnable, pour confirmer l'intention commune des Membres concernant les engagements spécifiques des États-Unis, est que là où la Liste des États-Unis reprend le document W/120, sans s'écarter clairement et explicitement de celui-ci et des numéros correspondants de la CPC, les engagements spécifiques en cause doivent être interprétés à la lumière du document W/120 et des numéros de la CPC qui y sont associés. La note de couverture contenue dans les deux derniers projets de listes des États-Unis est encore un autre facteur confirmant, ou clarifiant, qu'il s'agit du sens exact qu'il faut donner aux engagements spécifiques des États-Unis. Le Groupe spécial est en droit de faire appel à cet élément additionnel au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne.

Bien que la note de couverture ne figure pas dans chacun des quatre projets de listes que les États-Unis ont fait distribuer, le fait qu'elle soit contenue dans les deux derniers projets est significatif et lui confère une valeur probante particulière. Il indique clairement qu'à mesure que progressaient et qu'étaient finalisées les négociations, la compréhension des Membres pour ce qui est des engagements spécifiques des États-Unis était, ainsi que l'a déjà fait valoir le Canada, que les États-Unis suivaient le document W/120 (et par implication les numéros correspondants de la CPC), sauf indication contraire.²²²

Le Canada rappelle que dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*, le Groupe spécial n'a pas pris en considération le *Système harmonisé* et ses *Notes explicatives* pour interpréter la Liste des Communautés européennes annexée au GATT. L'Organe d'appel a réagi comme suit:

Nous ne comprenons pas bien pourquoi le Groupe spécial, lorsqu'il s'est attaché à interpréter [...] la Liste LXXX, n'a pas pris en considération le *Système harmonisé* et ses *Notes explicatives*. Nous notons qu'au moment des négociations du Cycle d'Uruguay, aussi bien les Communautés européennes que les États-Unis étaient parties à la Convention internationale sur le *Système harmonisé*. En outre, *il semble incontesté que les négociations tarifaires du Cycle d'Uruguay se sont tenues sur la base de la nomenclature du Système harmonisé et que les demandes et offres de concessions ont généralement été formulées en fonction de cette nomenclature.* [...]

²²⁰ Communication des États-Unis d'Amérique, *Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1^{er} octobre 1993, paragraphe 4.

²²¹ Communication des États-Unis d'Amérique, *Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112, 13 novembre 1990. Communication des États-Unis d'Amérique, *Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.1, 21 janvier 1992.

²²² *Ibid.* Le Canada fait observer que le simple fait que les deux premiers projets de liste n'indiquaient pas explicitement qu'ils se fondaient sur le document W/120 ne veut pas nécessairement dire que ce n'était pas le cas. La mention, ou clarification, figurant dans les deux derniers projets de liste semble prouver le contraire.

Nous pensons ... que pour interpréter correctement la Liste [...], il aurait fallu examiner le *Système harmonisé* et ses *Notes explicatives*.²²³

L'inclusion de la note de couverture dans les deux derniers projets de liste distribués par les États-Unis représente un élément de preuve indiquant que jusqu'à leur fin, les négociations sur l'accès aux marchés entre les États-Unis et les autres participants au Cycle d'Uruguay ont été tenues sur la base de la nomenclature du document W/120. Autrement dit, elle représente un élément de preuve indiquant quelle était (et est toujours) l'intention commune des participants au Cycle d'Uruguay en ce qui concerne les engagements spécifiques des États-Unis.²²⁴ Cette intention commune doit maintenant être respectée. Elle ne peut pas être modifiée *a posteriori*, ainsi que le donnent à entendre les États-Unis, en se fondant presque exclusivement sur des définitions provenant de dictionnaires qui ont pour effet de donner une lecture des engagements spécifiques des États-Unis qui exclut leur contexte et qui ne tient pas compte de l'objet et du but de l'AGCS et de l'*Accord sur l'OMC*.²²⁵

Communautés européennes

[a]: Outre les documents auxquels ont fait référence les CE dans leur déclaration orale, il y a une autre liste finale révisée des engagements des États-Unis, qui a été distribuée le 15 décembre 1993 sous la cote MTN.GNS/W/112/Rev.4.²²⁶ Cette liste a été distribuée sur support papier uniquement dans les toutes dernières semaines des négociations, lorsque les États-Unis ont décidé de retirer certains de leurs engagements proposés (par exemple dans le secteur du transport maritime). Ce document ne comporte que quelques modifications touchant certaines entrées de la Liste des États-Unis, mais il ne modifie pas la note de couverture du projet final précédent (MTN.GNS/W/112/Rev3). Au contraire, il renferme la même déclaration que celle citée par le Groupe spécial, qui est tirée de la révision précédente. Il ne modifie donc en rien la conclusion sur la question en cause. La seule autre activité a été un processus de "vérification technique des listes", qui n'a pas du tout modifié la portée des résultats des négociations.²²⁷ Par conséquent, avant la fin des négociations, les États-Unis ne sont jamais revenus sur leur position selon laquelle l'étendue de leurs engagements se fondait sur la Classification sectorielle de 1991 du document W/120 et la CPC.²²⁸

[b]: Le statut et la valeur juridiques de la note de couverture sont les mêmes que ceux de la pièce jointe. Il s'agit d'un document préparatoire où les États-Unis ont indiqué la portée de leur offre finale et par conséquent, des obligations auxquelles ils offraient de souscrire. En tant que telle, cette note

²²³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 89.

²²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphes 84 et 109.

²²⁵ En tout état de cause, le Canada convient avec les Communautés européennes que les définitions de dictionnaires auxquelles font référence les États-Unis n'étaient pas la conclusion selon laquelle les engagements spécifiques pris par les États-Unis au titre du sous-secteur 10.D – Autres services récréatifs (à l'exception des services sportifs) excluent en tant que tels les services de jeux et paris. On peut se référer au préambule de l'AGCS pour obtenir des indications sur l'objet et le but de ce traité. Le préambule de l'AGCS souligne, par exemple, le désir des Membres d'"établir un cadre multilatéral de principes et de règles pour le commerce des services, en vue de l'expansion de ce commerce *dans des conditions de transparence* [...]". [pas d'italique dans l'original] L'approche des États-Unis pour interpréter leur Liste, qui laisse leurs engagements spécifiques ambigus et obscurs, est l'antithèse de cet objectif exprimé par les Membres dans le préambule de l'AGCS.

²²⁶ *Communication des États-Unis, Liste des États-Unis concernant les engagements initiaux pour le commerce des services*, MTN.GNS/W/112/Rev.4, 15 décembre 1993.

²²⁷ Voir GATT/AIR/3544, 15 janvier 1994, paragraphe 1:

[i]l est signalé que, les négociations sur les services étant terminées, l'objet de ce processus est de confirmer l'exactitude des listes sur le plan technique et non d'en modifier la teneur.

²²⁸ Comme il était clair pour tous les (futurs) Membres de l'OMC que les États-Unis avaient, jusqu'à la finalisation de leur Liste, suivi les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et la Classification sectorielle de 1991 et les codes de la CPC, sauf dérogations expresses, il n'était nullement nécessaire de répéter dans le document GATS/SC/90 ce qui découlait déjà, pour tous les Membres, du paragraphe 16 des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993.

fait partie des moyens complémentaires d'interprétation des Listes d'engagements spécifiques des États-Unis. Il s'agit du document qui avait été mis à disposition des autres parties (alors) contractantes au GATT pour évaluer l'offre finale des États-Unis concernant les services. Si les États-Unis avaient voulu, après la publication des documents MTN.GNS/W/112/Rev.3 et MTN.GNS/W/112/Rev.4, s'écarter de la Classification sectorielle de 1991, et par conséquent des catégories correspondantes de la CPC, la bonne foi dans la conduite des négociations internationales exigeait qu'ils avisent les autres parties contractantes de leur changement de position avant la fin des négociations. Comme ils ne l'ont pas fait, leurs listes, telles qu'elles ont finalement été adoptées, doivent être lues à la lumière du document W/120 et des numéros correspondants de la CPC depuis leur entrée en vigueur.

Mexique

[a]: À la connaissance du Mexique, la note de couverture figure dans le projet final de Liste d'engagements spécifiques des États-Unis (Communication des États-Unis d'Amérique, *Projet de Liste finale des États-Unis d'Amérique présentée aux membres du Groupe de négociation sur les services*, MTN.GNS/W/112/Rev.3, décembre 1993) et dans l'introduction de l'Offre conditionnelle révisée des États-Unis déposée pendant les négociations du Cycle d'Uruguay (Communication des États-Unis d'Amérique, *Offre conditionnelle révisée des États-Unis d'Amérique concernant les engagements initiaux*, MTN.GNS/W/112/Rev.2, 1^{er} octobre 1993).

[b]: Le Projet de Liste finale des États-Unis, qui contient la note de couverture, fait partie des travaux préparatoires de l'AGCS et de l'Accord sur l'OMC. Ces documents peuvent au moins être considérés comme des "moyens complémentaires d'interprétation" conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne.

Question posée à Antigua-et-Barbuda:

4. Quels sont le statut et la valeur juridiques des listes des autres Membres pour interpréter la Liste des États-Unis annexée à l'AGCS?

Antigua

L'article XX:3 de l'AGCS dispose que les listes font partie intégrante de l'Accord. Par conséquent, les listes des autres Membres annexées à l'AGCS fournissent un "contexte" pour l'interprétation de la liste des États-Unis conformément à l'article 31 2) a) de la Convention de Vienne. Aux paragraphes 41 à 60 de leur communication en tant que tierce partie, les Communautés européennes ont montré qu'une interprétation de la Liste des États-Unis dans le contexte des listes des autres Membres confirmait la conclusion selon laquelle les États-Unis ont contracté des engagements sans limitation concernant l'accès aux marchés et le traitement national selon les modes 1 et 2 pour les services de jeux et paris.

Canada

Il est frappant de constater que lorsqu'ils traitent du contexte des engagements spécifiques en cause dans le présent différend, les États-Unis cherchent à s'appuyer sur quelques entrées d'un nombre très limité et sélectif de listes d'autres Membres pour interpréter leur propre liste au lieu de se référer à celle-ci, par exemple à sa structure et au fait qu'elle reprend de façon générale le document W/120. Ainsi que l'ont montré les Communautés européennes, les entrées auxquelles font référence les États-Unis n'étaient pas clairement leur position. En tout état de cause, il n'est pas pertinent, aux fins de déterminer ce que les États-Unis ont fait dans leur propre liste, de s'appuyer sur ce qu'ont pu faire dans leurs listes un nombre très restreint des 146 Membres²²⁹ au sujet de services spécifiques. Le Canada a clairement indiqué qu'un Membre peut, dans certains cas, s'être écarté du document W/120

²²⁹ Au 4 avril 2003.

et des numéros correspondants de la CPC qui y sont associés. Aucun Membre n'était tenu d'inscrire dans sa liste des engagements spécifiques conformes au document W/120 et aux numéros correspondants de la CPC. Le fait que quelques Membres aient pu avoir inscrit dans leurs listes des engagements spécifiques concernant les services de jeux et paris de manière différente des États-Unis témoigne simplement de ce fait. La tâche d'un groupe spécial consiste à examiner ce que les États-Unis ont fait dans leur Liste et non ce que quelques autres Membres ont pu faire.

Questions posées aux États-Unis:

- 5. Quel système de classification, le cas échéant, les États-Unis ont-ils suivi pour établir leur liste d'engagements spécifiques annexée à l'AGCS? S'ils ont suivi un système de classification spécifique, les États-Unis pourraient-ils fournir au Groupe spécial une table de concordance entre ce système et le document W/120 pour la totalité de leur liste? En l'absence de référence explicite à la CPC dans la Liste des États-Unis, quel est le cadre de travail définitionnel dans lequel devrait être interprété l'engagement des États-Unis qui est inscrit dans la première colonne de leur liste?**

États-Unis

Sous réserve de certaines modifications (par exemple "à l'exclusion des services sportifs"), les États-Unis ont généralement suivi la *structure* du document W/120 dans leur liste d'engagements spécifiques. Ils n'ont toutefois pas fait référence à la CPC ni à aucune autre nomenclature particulière pour décrire les termes de leur Liste, préférant plutôt que ces termes soient interprétés selon leur sens ordinaire, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'AGCS. Ces règles, qui sont énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, fournissent le cadre de travail définitionnel dans lequel devrait être interprétée la description des engagements des États-Unis inscrits dans la première colonne de leur Liste. Comme les États-Unis ne sont pas convenus d'attribuer des sens particuliers aux termes de leur Liste, par exemple en convenant d'une nomenclature particulière, il n'existe aucun document additionnel qui puisse servir de base à une concordance.

- 6. Quelle est la pertinence du système de classification des industries des États-Unis pour interpréter leur Liste annexée à l'AGCS? Comment sont classés les services de jeux et paris dans ce système?**

États-Unis

Le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN 2002) vise à classer les types d'établissements à des fins statistiques. Il résulte des négociations trilatérales menées par trois Membres de l'OMC (Canada, Mexique et États-Unis). Il ne fait donc pas partie de l'historique des négociations en ce qui concerne la Liste des États-Unis annexée à l'AGCS, mais fournit des éléments de preuve indiquant qu'il existe des moyens acceptés au niveau international autres que la CPC pour classer les services. Le SCIAN étaye le point de vue des États-Unis selon lequel les jeux ne font pas partie des "autres services récréatifs (à l'exclusion des services sportifs)". Le SCIAN 2002 comprend la position à deux chiffres 71, "Arts, spectacles et loisirs". À l'intérieur de cette position, on retrouve la position à trois chiffres 713, "Divertissement, loisirs et jeux de hasard et loteries", qui comprend la position à quatre chiffres 7132 "Jeux de hasard et loteries". Il est significatif que les "Jeux de hasard et loteries" constituent une position distincte et qu'ils ne font pas partie de la position à quatre chiffres 7139, qui couvre les "Autres services de divertissement et de loisirs" (7139). Les "sites de jeux sur Internet" relèvent de la position distincte n° 516110 du SCIAN 2002, "Édition, radiodiffusion et télédiffusion par Internet". On peut trouver des définitions

de ces catégories sur le site Web du Bureau des statistiques des États-Unis "2002 NAICS Codes and Titles" en cliquant sur les hyperliens pour consulter les différents codes.²³⁰

Antigua

À l'époque des négociations du Cycle d'Uruguay, les États-Unis utilisaient le Standard Industrial Classification system (le "SIC") (système de classification type des industries), introduit en 1987. Bien que ce système de classification ait été remanié depuis (en 1997) pour devenir le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (le "SCIAN"), seul le système SIC peut être pertinent pour tout examen des engagements convenus par les États-Unis dans le Cycle d'Uruguay, car le SCIAN est postérieur aux Accords du Cycle d'Uruguay. Le SIC contenait une vaste catégorie, "79 - Divertissement et services récréatifs".²³¹ Celle-ci renfermait à son tour une sous-catégorie "7999 - Divertissement et services récréatifs [non classés ailleurs]." Cette dernière comprenait les "casinos" et les "établissements de loteries, bingos, paris et autres jeux". Par conséquent, dans le SIC, les services de jeux et paris étaient classés *exactement de la même manière* que dans la CPC et dans le document W/120, dans une sous-catégorie "résiduelle" d'une catégorie générale pour les services récréatifs.

7. Les États-Unis pourraient-ils fournir une ventilation des sous-secteurs de services qui sont couverts par:

- a) Le sous-secteur 10.D de la liste des États-Unis, intitulé *Autres services récréatifs (à l'exclusion des services sportifs)*?
- b) Le sous-secteur 10.A de la Liste des États-Unis, intitulé *Services de spectacles*?

États-Unis

Aucune ventilation de ce genre n'a été fournie par les négociateurs de l'AGCS en ce qui concerne la Liste des États-Unis, et il n'est donc pas possible de fournir une liste *a priori* du contenu des sous-secteurs 10.A et 10.D sur la base du texte de l'AGCS et de ses annexes. Le sens de chacun de ces sous-secteurs doit être discerné de la même manière que pour tout autre terme d'un traité – par l'application des règles coutumières d'interprétation des traités. Même un Membre qui aurait fait référence à la CPC dans sa Liste ne pourrait pas fournir une ventilation complète des sous-secteurs 10.A et 10.D, dans la mesure où les catégories de la CPC ne sont pas moins susceptibles de faire l'objet d'une interprétation que les positions mentionnées dans le document W/120. (En fait, cette observation est implicitement contenue dans la question du Groupe spécial concernant le sens des "services de jeux et paris" (question n° 13)).

Sous réserve des observations précédentes, les États-Unis estiment que l'interprète d'un traité pourrait constater, conformément aux règles coutumières d'interprétation des traités, que: i) les "Autres services récréatifs (à l'exclusion des services sportifs)" (10.D) comprennent les services qui relèvent carrément du sens courant du terme "récréatif" et qui peuvent être distingués soit des "services sportifs" soit des "services de spectacles". Ces activités pourraient comprendre, entre autres, l'exploitation d'installations récréatives telles que ports de plaisance, plages et parcs, ainsi que l'organisation et/ou la facilitation d'activités récréatives non sportives; et ii) les "Services de spectacles" (10.A) comprennent les services qui relèvent carrément du sens courant du terme "spectacles" et qui peuvent être distingués soit des "services sportifs" soit des "services récréatifs". Ces activités pourraient comprendre, entre autres, les services consistant en l'exploitation

²³⁰ Voir <http://www.census.gov/epcd/naics02/naicod02.htm>.

²³¹ Voir le système 1987 Standard Industry Classification ("SIC") et son équivalence avec le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord de 1997.

d'installations de spectacles, telles que théâtres, salles de danse, salles de concert et autres lieux des arts de la scène; et l'organisation et/ou la facilitation de telles activités de spectacles.

Dans la mesure où d'autres services relèvent du secteur 10 mais non des sous-secteurs 10.A à 10.D, ces services entrent par défaut dans le sous-secteur 10.E, "autres".

8. **Les États-Unis font valoir, entre autres, que i) "à l'exclusion des services sportifs" veut dire que les services de jeux et paris sont exclus de leur engagement au titre du sous-secteur 10.D et ii) s'ils avaient voulu prendre un engagement concernant les jeux et paris, il l'auraient fait au titre du sous-secteur 10.E (*Autres*). Pourquoi les États-Unis estimerait-ils nécessaire d'exclure les "services sportifs" (incluant, à leur avis, les services de jeux et paris), du sous-secteur 10.D s'ils considéraient que les jeux et paris sont inclus dans le sous-secteur 10.E? Comment peut-on concilier cette position avec le principe voulant que les entrées dans un système de classification s'excluent mutuellement?**

États-Unis

Les deux affirmations auxquelles fait référence le Groupe spécial répondent aux deux arguments subsidiaires avancés par Antigua (qui a la charge de prouver l'existence d'un engagement des États-Unis). Pour répondre à l'affirmation avancée par Antigua selon laquelle le sous-secteur 10.D de la Liste des États-Unis est défini par la CPC et comprend les services de jeux et paris, les États-Unis ont indiqué que 1) leur Liste n'est pas et ne peut pas être définie par la CPC; et 2) même si le sous-secteur 10.D comprenait effectivement les services de jeux et paris (*quod non*), l'expression "à l'exclusion des services sportifs" ("except sporting") exclut les services de jeux, qui relèvent du sens ordinaire du terme "sporting".²³² En réponse à l'affirmation d'Antigua selon laquelle les services de jeux relèvent du sens ordinaire des "services de spectacles" et également du sens ordinaire de "services récréatifs", les États-Unis ont indiqué ce qui suit: 1) Antigua n'a pas prouvé son affirmation; et 2) même si cela était vrai (*quod non*), la conséquence logique serait que les services de jeux ne rentrent en réalité dans aucune de ces deux catégories, et relèvent donc du sous-secteur "10.E Autres". Ce dernier point est encore plus convaincant si le Groupe spécial constate que les entrées du document W/120 pour les "services de spectacles" et les "autres services récréatifs" s'excluent mutuellement.

Concernant la raison pour laquelle ils jugeraient utile d'exclure les "services sportifs" (y compris les services de jeux) s'ils relevaient de toute façon du sous-secteur 10.E, les États-Unis considèrent que l'exclusion fournit une garantie additionnelle contre toute interprétation erronée de

²³² Concernant le sens du terme "sporting", les États-Unis joignent pour les soumettre à l'examen du Groupe spécial des copies des définitions suivantes: *New Shorter Oxford English Dictionary*, page 3000 (1993) ("Now *esp[ecially]* pertaining to or interested in betting or gambling") (*spéc[ialement]* ayant un rapport avec ou un intérêt dans les paris ou les jeux); *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, page 1134 (10^{ème} édition, 2001) ("of or relating to dissipation and *esp[ecially]* gambling") (de la distraction ou relatif à la distraction et *spéc[ialement]* aux jeux); *Webster's Third New International Dictionary*, page 2206 (1986) ("of, relating to, or preoccupied with dissipation and *esp[ecially]* gambling") (de dissipation et *spéc[ialement]* de jeux, ou s'y rapportant ou s'y intéressant); *The American Heritage Dictionary*, page 1681 (4^{ème} édition, 2000) ("Of or associated with gambling.") (des jeux ou associé aux jeux); *The Random House Dictionary of the English Language*, page 1844 (2^{ème} édition, 1987) ("interested in or connected with sports or pursuits involving betting or gambling: *the sporting life of Las Vegas.*") (intéressé par les sports ou par des activités consistant à se livrer à des paris ou des jeux, ou en rapport avec le sport ou ces activités: *la vie sportive de Las Vegas*); *Webster's II New Riverside University Dictionary*, page 1124 (1988) ("Of or having to do with gambling.") (du jeu ou ayant quelque chose à voir avec le jeu); *Encarta World English Dictionary*, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: http://encarta.msn.com/dictionary/_sporting.html (2004) ("of gambling: relating to gambling, or taking an interest in gambling") (du jeu: se rapportant au jeu: prenant un intérêt au jeu).

leurs engagements tout en clarifiant le statut des autres formes de services sportifs (autres que les services de jeux).

B. LE(S) MESURE(S) EN CAUSE

Questions posées aux deux parties:

9. Quels sont le statut et la valeur juridiques des observations formulées par le représentant des États-Unis aux réunions de l'ORD²³³ selon lesquelles la législation des États-Unis prohibe la fourniture de services de jeux et paris transfrontières?

Antigua

Dans le contexte du présent différend, les États-Unis ont à deux reprises déclaré sans ambiguïté devant l'ORD que "leur législation prohibait les services de jeux et paris transfrontaliers"²³⁴, confirmant ainsi ce qu'ils avaient déclaré auparavant à Antigua pendant les consultations. Ils ont aussi fait la même déclaration à plusieurs autres occasions qui n'étaient pas directement liées à la présente procédure.²³⁵ Même si, à la première séance du Groupe spécial sur cette question, les États-Unis semblaient initialement être revenus sur cette déclaration, lors de la réunion finale tenue dans le cadre de la séance du Groupe spécial, ils ont une fois de plus fait clairement savoir que leur position était que la fourniture transfrontières de services de jeux et paris en provenance d'Antigua et à destination des États-Unis était illégale en vertu de leur législation.²³⁶

L'examen figurant dans le rapport *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur* est très utile pour évaluer l'effet des déclarations faites par les États-Unis devant l'Organe d'appel ainsi que devant le Groupe spécial dans le cadre de la présente procédure. Dans l'affaire *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, les États-Unis ont "confirmé à plusieurs reprises, de manière explicite, officielle et inconditionnelle, un [de leurs] engagement (...)"²³⁷ tant lors d'une réunion avec le Groupe spécial qu'en réponse aux questions du Groupe spécial. Tout en faisant observer que "[l']attribution d'une portée juridique internationale à des déclarations unilatérales d'un État ne devrait pas se faire à la légère et devrait être soumise à des conditions strictes"²³⁸, le Groupe spécial a constaté que les déclarations faites devant lui "reflétaient leur politique officielle (...)" et

"ont été présentés solennellement, après mûre réflexion, pour être consignés au dossier, et ont été repris par écrit et confirmés à la seconde audition du Groupe

²³³ WT/DSB/M/151, paragraphe 47 and WT/DSB/M/153, paragraphe 47.

²³⁴ WT/DSB/M/151, paragraphe 47; WT/DSB/M/153, paragraphe 47.

²³⁵ Voir, par exemple, la lettre du Département de la justice des États-Unis à la National Association of Broadcasters intitulée "Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations"; la déclaration de M. John G. Malcolm devant le Sous-comité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme et de la sécurité intérieure de la Commission des lois de la Chambre des représentants) (29 avril 2003); la déclaration de M. John G. Malcolm à la réunion spéciale: Money Laundering and Payment Systems in Online Gambling Sponsored by World Online Gambling Law Report (20 novembre 2002).

²³⁶ À la réunion finale tenue dans le cadre de la séance du Groupe spécial, les États-Unis ont expliqué le retournement apparent de leur position en alléguant que ce n'était pas *tous* les services de jeux et paris qui étaient prohibés, et en indiquant que les services de calcul des cotes et autres activités ayant un rapport lointain avec les jeux et paris étaient autorisés, mais en réaffirmant que tous les paris transfrontières - placer et prendre des paris - étaient illicites en vertu de leur législation. Bien que l'on ne sache pas très bien pour quelle raison les États-Unis ont aussi tardivement décidé de modifier leur déclaration initiale concernant la "prohibition totale" des services de jeux et paris transfrontières, Antigua est convaincue que par ce changement de tactique, les États-Unis cherchent à échapper au piège de l'article XVI de l'AGCS. Voir la deuxième communication d'Antigua-et-Barbuda, WT/DS285, paragraphe 38.

²³⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, paragraphe 7.115.

²³⁸ *Ibid.*, paragraphe 7.118.

spécial. Ils n'avaient rien d'informels et ils n'ont pas été présentés dans le feu de l'argumentation. Les États-Unis ont eu amplement la possibilité de se rétracter. Mais ils ont cherché au contraire à rendre leur engagement juridique plus contraignant à cet égard".²³⁹

Le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

"Nous sommes convaincus que les représentants qui ont comparu devant nous étaient pleinement habilités à présenter ces arguments juridiques et qu'ils agissaient dans le cadre de leur mandat. Les travaux des groupes spéciaux font partie du processus de règlement des différends de l'ORD. Il est inconcevable, sauf dans des circonstances exceptionnelles, qu'un groupe spécial conteste le fait que les représentants légaux d'un Membre sont habilités à exposer à un groupe spécial, et par son intermédiaire, à l'ORD, la position juridique de ce Membre en ce qui concerne son droit interne interprété à la lumière de ses obligations au regard de l'OMC. Le système des groupes spéciaux ne fonctionnerait pas si l'on ne pouvait pas présumer cela."²⁴⁰

Concernant les faits de la présente procédure, la première déclaration des États-Unis devant l'ORD concernant l'"interdiction complète" a été faite par l'Ambassadeur des États-Unis auprès de l'OMC, Mme Linnet F. Deily, à la réunion tenue par l'ORD le 24 juin 2003. Elle a été lue à voix haute devant les membres de l'ORD à cette réunion et était sans équivoque. La même déclaration a été répétée presque textuellement par le représentant des États-Unis à la réunion de l'ORD tenue le 23 juillet 2003. Et à la réunion du Groupe spécial du 11 décembre 2003, le chef de la délégation des États-Unis, tout en réduisant ostensiblement la portée des déclarations antérieures des États-Unis sur le sujet, a encore clairement fait savoir que le fait de placer et prendre des paris - les "jeux et paris" - sur une base transfrontières était illicite en vertu de la législation des États-Unis. Selon le raisonnement suivi par le Groupe spécial, *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, le Groupe spécial est en droit de se fier à ces déclarations des États-Unis.²⁴¹ Étant donné ces déclarations claires des États-Unis sur "leur position juridique (...) en ce qui concerne [leur] droit interne"²⁴² qui est au cœur du présent différend, il est indéfendable que les États-Unis affirment qu'Antigua a fait valoir la "prohibition totale" sur la base d'une "simple affirmation" ou que, de fait, Antigua n'a pas fourni des éléments *prima facie* concernant les mesures des États-Unis en cause dans la présente procédure.

Le Groupe spécial, *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, a fait référence à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* (Australie c. France).²⁴³ Dans cette affaire, la CIJ avait constaté que la France s'était imposée une obligation de droit international en faisant des déclarations publiques répétées précisant qu'elle cesserait de procéder à des essais nucléaires dans l'atmosphère. Dans l'affaire *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, le Groupe spécial a indiqué que l'effet juridique de la déclaration des États-Unis en cause en l'espèce n'allait pas jusqu'à créer une nouvelle obligation juridique, mais il a cependant appliqué des conditions aussi strictes, voire plus strictes que celles auxquelles la CIJ n'avait pas recouru dans l'affaire des *Essais nucléaires*.²⁴⁴ Dans cette affaire, la CIJ avait fondé ses constatations essentiellement sur des déclarations faites par le Président français et le Ministre de la défense français lors de deux conférences de presse.²⁴⁵ Les déclarations des États-Unis en cause en l'espèce n'ont pas été faites lors

²³⁹ *Ibid.*, paragraphe 7.122.

²⁴⁰ *Ibid.*, paragraphe 7.123.

²⁴¹ *Ibid.*, paragraphes 7.123 et 7.124.

²⁴² *Ibid.*, paragraphe 7.123.

²⁴³ C.I.J., Recueil 1974, page 253.

²⁴⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, note de bas de page 692.

²⁴⁵ Voir le paragraphe 40 de l'arrêt dont il est rendu compte dans C.I.J., Recueil 1974, page 253.

de conférences de presse mais, comme dans l'affaire *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, dans le contexte d'une procédure spécifique de règlement des différends. Par ailleurs, les déclarations en cause en l'espèce ne créent pas une nouvelle obligation juridique pour les États-Unis, mais décrivent seulement l'effet de la législation intérieure des États-Unis encore en vigueur. Il en résulte une déclaration de fait à laquelle non seulement le Groupe spécial, mais également Antigua et les tierces parties sont en droit de se fier. Concernant le rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Article 301, Loi sur le commerce extérieur*, Antigua estime que le système de règlement des différends ne fonctionnerait pas si un plaignant ne pouvait pas se fier à de telles déclarations lorsqu'il soumet et formule un différend au titre des procédures de règlement des différends de l'OMC. Le défendeur devrait à tout le moins n'être autorisé qu'à "retirer" une telle déclaration à condition de présenter des éléments de preuve incontestables indiquant que sa déclaration antérieure sur les effets de sa législation intérieure était erronée - ce que les États-Unis n'ont pas cherché à faire. Sinon, un défendeur serait encouragé à faire des déclarations erronées sur sa législation intérieure simplement pour compliquer l'argumentation du plaignant et les travaux du Groupe spécial.

Bien que la présente procédure de règlement des différends ne soit pas régie par la législation des États-Unis, Antigua est d'avis que le droit des États-Unis sur l'effet de déclarations telles que celles faites par les États-Unis au sujet de la prohibition totale peut contribuer à confirmer l'intention ou *mens* des États-Unis dans leurs déclarations devant l'ORD et le Groupe spécial. Si cette question était examinée par un tribunal des États-Unis, les déclarations des représentants des États-Unis constitueraient, à elles seules, des éléments de preuve suffisants pour que le tribunal puisse faire une détermination sur le point de savoir si les exploitants antiguais font face à une prohibition totale de la fourniture de services de jeux et paris transfrontières. Autrement dit, les mots mêmes prononcés par les États-Unis devant l'ORD et le Groupe spécial seraient suffisants, sans qu'il soit nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve, pour qu'un tribunal des États-Unis conclue qu'Antigua s'est acquittée de la charge de prouver l'existence d'une mesure qui entrave la fourniture de services de jeux et paris en contravention avec les dispositions de l'AGCS.

En vertu de la législation des États-Unis, les déclarations des États-Unis seraient considérées être une "convention" (stipulation) quant à l'existence d'une prohibition totale des services de jeux transfrontières à distance. Dans une procédure juridique des États-Unis, une "convention" est définie comme suit:

"[U]n accord, une admission ou une *autre concession* fait dans une procédure judiciaire par les parties ou leurs avocats. L'essence d'une convention est un accord intervenu entre les parties ou entre les avocats en ce qui concerne une affaire portée devant un tribunal (...). Une convention est un procédé permettant de gagner du temps qui est utilisé pour admettre des éléments de preuve nécessaires, mais fondamentaux ou accessoires, dont les deux parties au litige concèdent la véracité et que ne constituent pas un point litigieux entre les deux parties. Une convention est un argument avancé volontairement reconnaissant qu'il n'est pas nécessaire de présenter des éléments pour prouver le fait, et il n'est pas permis à la partie de chercher par la suite à réfuter le fait en question.²⁴⁶

Les circonstances entourant la déclaration des États-Unis donnent fortement à entendre que celle-ci serait considérée être une convention en vertu de la législation des États-Unis. Pendant les consultations, Antigua a exposé sa position selon laquelle les mesures citées de manière circonstanciée dans l'annexe des États-Unis pouvaient, individuellement ou collectivement, être au mieux qualifiées de prohibition totale par les États-Unis des services de jeux et paris transfrontières à distance. La proposition d'Antigua témoignait de sa conviction que la notion de "prohibition totale" ne faisait pas l'objet du différend et qu'elle permettrait, en outre, d'achever rapidement l'examen de la

²⁴⁶ 83 *Corpus Juris Secundum* ("C.J.S.") Stipulations § 2. (pas d'italique dans l'original) (citations dans le corps du texte omises)

question car le Groupe spécial et les parties n'auraient pas à consacrer le temps et les ressources nécessaires pour décrire et définir les nombreuses lois fédérales et des législations des États qui constituaient la prohibition totale. En réponse à une lettre d'Antigua²⁴⁷ qui évoquait les avantages qu'il y avait à procéder ainsi, les États-Unis ont confirmé par écrit leur position selon laquelle leur législation prohibait les services de jeux transfrontières offerts par les exploitants antiguais.²⁴⁸ Les États-Unis ont ensuite entrepris de répéter la notion de "prohibition totale" dans leurs déclarations devant l'ORD et le Groupe spécial. Dans les circonstances dans lesquelles les États-Unis ont en toute connaissance de cause et de leur plein gré exposé leur position selon laquelle il existe une prohibition totale après qu'Antigua a indiqué que la notion était une mesure d'efficience, et où ils ont ensuite répété et clarifié la notion de prohibition totale devant l'ORD et le présent Groupe spécial, il est clair et sans équivoque que les États-Unis reconnaissent qu'une ou plusieurs de leurs mesures servent à prohiber la fourniture par les exploitants antiguais des services de jeux et paris à distance.²⁴⁹ Cette reconnaissance peut être considérée être une convention en vertu de la législation des États-Unis.²⁵⁰ Cette stipulation aurait pour effet de mettre fin à l'affirmation des États-Unis selon laquelle Antigua ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve lui incombant d'expliquer ou de décrire les mesures en cause. En règle générale, en vertu de la législation des États-Unis, les conventions sont déterminantes pour toutes les questions sur lesquelles elles portent à bon droit et qu'elles englobent nécessairement, et pour toutes les questions qui forment une partie essentielle de la convention.²⁵¹ Il ne sera habituellement pas permis à une partie de démentir une convention²⁵², même si elle est contraire au fait, et même si elle affecte les droits que confère la loi et la Constitution aux parties à l'affaire.²⁵³

En vertu de leur législation, les déclarations des États-Unis devant l'ORD selon lesquelles leur législation prohibe les services en question représenteraient un élément de preuve convaincant de l'existence du fait avancé - que la législation des États-Unis interdit aux exploitants antiguais de fournir à distance des services de jeux et paris transfrontières aux consommateurs aux États-Unis. Cet élément de preuve important serait à lui seul suffisant devant un tribunal des États-Unis pour étayer une constatation selon laquelle les États-Unis prohibent totalement les services de jeux et paris transfrontières. Antigua ne croit pas que les États-Unis nient l'existence de cette prohibition totale, mais s'ils cherchaient à le faire, un tribunal des États-Unis considérerait les déclarations formelles faites devant l'ORD comme un "aveu d'une partie adverse". Les aveux pertinents d'une partie, qu'il

²⁴⁷ Lettre d'Antigua-et-Barbuda adressée aux États-Unis (8 mai 2003). Voir les observations formulées par Antigua sur la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, paragraphe 7.

²⁴⁸ Lettre des États-Unis adressée à Antigua-et-Barbuda (5 juin 2003). Voir les observations formulées par Antigua sur la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, note de bas de page 4.

²⁴⁹ En vertu de la législation des États-Unis, il n'est pas nécessaire qu'une convention ait une forme particulière, si ce n'est que ses termes doivent être définis et certains, sachant qu'il est essentiel qu'elle soit acceptée par les parties ou leurs représentants. *C.J.S. Stipulations*, § 13. (citations dans le corps du texte omises)

²⁵⁰ En vertu de la législation des États-Unis, il incomberait au tribunal de décider si la déclaration constitue une convention. Ce faisant, le tribunal donnerait de la convention une interprétation large, ou une interprétation qui la rendrait raisonnable mais uniquement pour les deux parties. *C.J.S. Stipulations*, § 47. Une convention qui admet des faits précis, ou qui convient de leur existence, aux fins d'une instruction doit être interprétée de manière équitable et raisonnable dans son entièreté pour donner effet à l'intention des parties, et à la lumière de tous les éléments versés au dossier et des circonstances entourant la cause. *Ibid.*, § 84. L'une des règles premières de l'interprétation est de confirmer l'intention des parties et d'y donner effet. *Ibid.* § 46. (citations dans le corps du texte omises)

²⁵¹ *Ibid.*, § 6. (citations dans le corps du texte omises)

²⁵² On ne saurait à son gré passer outre à une convention ou la mettre de côté, mais un tribunal peut le faire. La question de savoir si une convention doit être mise de côté est du ressort du tribunal, et exige de sa part qu'il exerce ses pouvoirs de façon exceptionnelle, ce qui ne peut être permis et valable que lorsqu'il est clair que cela est nécessaire pour prévenir une injustice. Le tribunal n'utilisera généralement pas de son pouvoir discrétionnaire pour mettre de côté une convention à moins qu'il n'y ait des raisons valables de le faire et qu'une telle décision puisse être prise sans porter préjudice à l'une ou l'autre partie.

²⁵³ *C.J.S. Stipulations*, § 6. (citations dans le corps du texte omises)

s'agisse d'affirmations orales ou écrites ou d'un comportement non verbal²⁵⁴, sont recevables en preuve devant les tribunaux des États-Unis s'ils sont faits par une partie adverse.²⁵⁵ Les aveux se présentant sous la forme d'une opinion sont des éléments de preuve recevables, même si l'opinion est une conclusion de droit.²⁵⁶ En tant que telles, les déclarations faites par les États-Unis devant l'ORD seraient recevables en preuve par un tribunal des États-Unis et considérées être un aveu des États-Unis.

C'est un principe général de la législation des États-Unis qu'une partie qui a, en toute connaissance de cause et délibérément, pris une position particulière dans une procédure n'est généralement pas autorisée à prendre une position qui est incompatible avec celle-ci au détriment de la partie adverse. À titre d'illustration, il ne sera pas permis à une partie qui rompt un contrat pour des motifs donnés à un certain moment d'avancer par la suite, lorsqu'elle est poursuivie aux fins d'obtenir des dommages-intérêts, des raisons autres et différentes à l'appui de la rupture du contrat.²⁵⁷ En langage juridique des États-Unis, la partie en défaut dans cet exemple serait "forclose" à changer sa position.²⁵⁸

Comme les États-Unis ont fait les déclarations concernant la prohibition totale au cours de la présente procédure, si la cause était examinée par un tribunal des États-Unis, ces derniers seraient "judiciairement forclos" à soutenir maintenant qu'il n'existe pas d'interdiction complète. La doctrine de l'"estoppel judiciaire" se pose au titre de la jurisprudence des États-Unis lorsqu'une partie cherche à avancer, dans une procédure judiciaire ou quasi judiciaire, une position qui va à l'encontre de celle qu'elle a prise dans une procédure judiciaire ou quasi judiciaire antérieure.²⁵⁹ Les tribunaux des

²⁵⁴ Wright et Miller, 30B Federal Practice and Procedure § 7015, pièce n° 109 d'Antigua-et-Barbuda, citant *United States v. Nakaladski*, 481 F.2d 289 (5th Cir.1973), *cert.denied*, 414 U.S. 1064 (1973) (où il est constaté qu'un sourire constitue un aveu) et 4 Weinstein's Evidence ¶ 801 d) 2) A)[01] pages 801-239 (1990) (Rule 801 d) 2) "ne cherche aucunement à classer dans des catégories la myriade de moyens par lesquels une partie * * * peut faire un aveu. Les aveux peuvent être faits explicitement ou être inférés d'un comportement".

²⁵⁵ Cette doctrine est fondée sur l'article 801 d) 2) de la Federal Rule of Civil Procedure, qui dispose ce qui suit:

d) Déclarations ne constituant pas des oui-dire. Une déclaration n'est pas un oui-dire si [...]

2) Aveu par une partie adverse. La déclaration est faite à l'encontre d'une partie et est A) la propre déclaration de la partie soit à titre individuel soit en qualité de représentant ou B) une déclaration à laquelle la partie a exprimé son adhésion ou dont elle est convaincue de la véracité, ou C) une déclaration faite par une personne autorisée par la partie à faire une déclaration sur le sujet, ou D) une déclaration par le mandataire ou l'employé de la partie concernant une question entrant dans le cadre du mandat ou de l'emploi qui est faite pendant l'existence de la relation de mandataire ou d'emploi, ou E) une déclaration faite par un associé de la partie pendant le complot ou son exécution. La teneur de la déclaration sera prise en compte mais elle n'est pas à elle seule suffisante pour établir la compétence du déclarant au titre de la sous-section C), la relation de mandataire ou d'emploi et sa portée au titre de la sous-section D), ou l'existence du complot et la participation du déclarant et de la partie à l'encontre de laquelle est faite la déclaration audit complot au titre de la sous-section E).

²⁵⁶ Wright et Miller, 30B Federal Practice and Procedure § 7015, citant *Owens v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co.*, 393 F.2d 77, 79 (5th Cir.1968), *cert. denied* 393 U.S. 855, 89 S.Ct. 129, 21 L.Ed.2d 124 (1968) ("Il est bien établi que la règle de l'opinion ne s'applique pas aux aveux des parties"); voir aussi McCormick, Evidence § 256 pages 141 et 142 (5th ed. 1999).

²⁵⁷ *David J. Joseph Co. v. United States*, 82 F.Supp. 345 (Ct.Cl. 1949) (soutenant que si les États-Unis annulaient pour une seule raison bien précise un contrat prévoyant la livraison de ferraille de fer par une société, ils étaient forclos à alléguer au procès comme moyen de défense pour rupture de contrat qu'ils avaient annulé le contrat pour une autre raison).

²⁵⁸ Voir, par exemple, *United States v. Smith*, 781 F.2d 184 (10th Cir. 1986). ("([N]onobstant la position prise auparavant par l'Attorney des États-Unis, le gouvernement cherche maintenant à soutenir qu'il importe peu de savoir si [un fonctionnaire s'est conformé à certaines procédures]. C'est ce changement de position tardif et étonnant que nous nous refusons à permettre"). *Ibid.*, page 185.

²⁵⁹ T. Scott Belden, "Judicial Estoppel in Civil Action Arising from Representation or Conduct in Prior Administrative Proceeding," 99 American Law Reports 5th 65 (2002). Voir aussi 31 C.J.S. Estoppel and

États-Unis ont reconnu qu'il était inadmissible de permettre à une personne de faire un recours abusif au processus judiciaire en défendant une position, puis en défendant par la suite une position différente au moment où il est à son avantage de prendre cette nouvelle position.²⁶⁰ Si la doctrine est appliquée, le tribunal de l'instance suivante décidera que la partie est "forclose" ou l'empêchera d'avancer une position de fait ou de droit contraire à celle prise devant l'instance précédente.²⁶¹ Comme toute autre partie à un litige, le gouvernement des États-Unis est frappé de l'estoppel judiciaire chaque fois que cette doctrine est invoquée à bon droit.²⁶²

États-Unis

À la réunion de l'ORD tenue le 24 juin 2003, les États-Unis ont déclaré qu'ils avaient "fait savoir très clairement que leur législation prohibait les services de jeux et paris transfrontaliers" et qu'elle les "prohibait de la même manière à l'égard des fournisseurs de service nationaux et étrangers". Les États-Unis s'en tiennent à ces déclarations. Deux clarifications peuvent être utiles. Premièrement, les États-Unis n'ont pas dit à l'époque que cette prohibition était "totale" et ils ont à maintes reprises précisé qu'elle ne l'était pas. À l'époque de la réunion de l'ORD, cette clarification était inutile parce que la discussion se tenait dans le contexte d'allégations qui, selon ce que nous croyions comprendre, se rapportaient à la transmission de paris par Internet ou téléphone par des fournisseurs antiguais – des actions qui sont effectivement prohibées par la législation des États-Unis. Deuxièmement, il aurait dû ressortir clairement des observations que nous avons formulées au sujet de l'applicabilité de cette prohibition aux fournisseurs de services nationaux que la prohibition à laquelle nous faisons référence ne constituait pas une restriction à la fourniture transfrontières *en soi*; nous faisons plutôt référence à des lois d'application générale qui s'appliquent de la même manière à la fourniture transfrontières et à la fourniture de services similaires (c'est-à-dire la fourniture à distance) sur le territoire des États-Unis.

Ces deux précisions étaient implicites dans les observations que nous avons formulées à la réunion de l'ORD. Antigua a tort de voir dans ces observations une "concession", voire un appui, de l'existence de sa soi-disant "prohibition totale" de la fourniture transfrontières de tous les services de jeux. Ainsi que nous l'avons déclaré à maintes reprises, la législation des États-Unis ne prévoit pas une telle "prohibition totale". Qui plus est, comme la notion de "prohibition totale" est dénuée de tout sens ou conséquence juridique tant en droit des États-Unis qu'au regard de l'AGCS, les affirmations d'Antigua à ce sujet n'étaient aucunement son allégation *prima facie*.

Questions posées à Antigua-et-Barbuda:

10. **Antigua-et-Barbuda conteste-t-elle:** i) des *dispositions législatives et réglementaires spécifiques dont il est allégué qu'elles constituent une prohibition de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris en soi; et/ou ii) l'application spécifique de telles dispositions; et/ou iii) la pratique des États-Unis à l'égard de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris par l'étranger? Veuillez mentionner toutes les dispositions législatives et réglementaires pertinentes.*

Waiver, § 140 (indiquant que "[d]e façon générale, une partie est forclosée à prendre des positions incompatibles au cours de la même procédure judiciaire").

²⁶⁰ 99 A.L.R. 5th, 65, § 2.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *United States v. Levasseur*, 699 F Supp 965 (D. Mass, 1988). (indiquant que "([p]our l'essentiel, cette doctrine interdit à une partie d'avancer des positions incompatibles dans des procédures judiciaires. La doctrine résulte d'un refus judiciaire universel de permettre aux parties à des litiges de se jouer des tribunaux selon les vicissitudes de leurs intérêts personnels ainsi que de la volonté de protéger le processus judiciaire contre les abus".) 1B J. Moore & J. Lucas, *Moore's Federal Practice* ¶ 0.405[8] (2d ed. 1984) (*citant Scarano v. Central R. Co. of New Jersey*, 203 F.2d 510, 513 [3d Cir.1953] [Hastie, J.]").

Antigua

Antigua conteste l'ensemble des trois aspects qui sont intrinsèquement liés et qui sont tous des éléments de l'interdiction totale qu'elle cherche à contester en l'espèce. Un effet concret est donné aux *dispositions législatives et réglementaires* par leur *application* à des cas spécifiques. Si, par exemple, les États-Unis maintenaient leur prohibition sans toutefois la faire respecter, la réduction des avantages résultant de l'AGCS pour Antigua serait beaucoup moins importante et Antigua n'aurait probablement pas engagé la présente procédure. La *pratique* des États-Unis à l'égard de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris par l'étranger est aussi fondée, ou du moins censée être fondée sur des dispositions législatives et réglementaires.²⁶³ De l'avis d'Antigua, il ne serait ni logique ni efficace de contester certains de ces éléments et non les autres.

Dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua, il est dit que: "[L]a prohibition totale des services de jeux et paris offerts à partir d'un lieu situé à l'extérieur des États-Unis semble être en contradiction avec les obligations qui incombent aux États-Unis au titre de l'AGCS et de leur Liste d'engagements spécifiques annexée à l'AGCS (et en particulier le secteur 10.D de la Liste) (...)." L'objectif de cette déclaration était de porter la "prohibition totale" elle-même devant le Groupe spécial. Bien qu'ils ne nient pas l'existence de la prohibition totale, les États-Unis insistent pour dire qu'Antigua doit leur expliquer ainsi qu'au Groupe spécial comment est au juste interprétée la prohibition totale en vertu de leur législation. Antigua a systématiquement pris pour position que le fait de l'obliger à le faire – qui, selon les propres termes des États-Unis, est "une tâche impossible à notre avis"²⁶⁴ – serait une perte de temps et détournerait les efforts du Groupe spécial pour l'amener à se livrer à un exercice de compréhension minutieuse des particularités du système juridique des États-Unis alors que ces particularités ne devraient pas influencer sur le résultat de la présente procédure.

Antigua estime qu'il est logique et efficace de contester la prohibition totale imposée par les États-Unis, en tant que mesure en elle-même et à elle seule, constituée de dispositions, applications et pratiques législatives et réglementaires spécifiques, qui séparément et conjointement compromettent les avantages qui reviennent à Antigua en vertu de l'AGCS. Dans son récent rapport sur l'Affaire *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*²⁶⁵, l'Organe d'appel confirme qu'il est juridiquement possible de contester une telle prohibition totale et si le Groupe spécial, doit, sur le fond, établir la réduction des avantages résultant pour Antigua de l'AGCS causée par l'interdiction totale, il n'est pas obligé, à titre de question juridictionnelle préliminaire, d'examiner toutes les législations, réglementations, applications et pratiques nationales qui peuvent contribuer à ladite réduction.

L'objet de la présente procédure de règlement des différends est d'examiner la réduction des avantages résultant de l'AGCS pour Antigua. À cet égard, Antigua conteste en substance chaque disposition législative qui pourrait être interprétée comme constituant un élément de la prohibition totale de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris instituée par les États-Unis. Les dispositions légales sur lesquelles les États-Unis semblent s'appuyer le plus dans leurs actions en matière d'exécution de la législation, ou qui font très probablement partie de l'interdiction totale, ont été répertoriées à l'annexe de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua et ont aussi été présentées au Groupe spécial accompagnées de résumés. Le fait que la prohibition totale comprend un grand nombre de dispositions législatives différentes ne veut pas dire que les États-Unis devraient abroger ou modifier chacune de ces différentes dispositions législatives afin de rendre leur

²⁶³ Voir, par exemple, le document intitulé "Assurance of Discontinuance" ayant fait l'objet d'un accord conclu en août 2002 entre l'Attorney General de l'État de New York et Paypal, Inc. et la discussion concernant ce document dans la réponse d'Antigua à la question n° 29 du Groupe spécial.

²⁶⁴ Voir la section III.B.3 du présent rapport.

²⁶⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*.

législation conforme aux obligations leur incombant au titre de l'AGCS. Comme cela est mentionné dans la déclaration liminaire d'Antigua à la première réunion du Groupe spécial, le gouvernement fédéral des États-Unis a le pouvoir de légiférer dans le domaine du commerce international de manière à prévenir toute contradiction des législations et réglementations des États.²⁶⁶ Par ailleurs, un nombre considérable des lois qui peuvent actuellement s'appliquer à l'encontre des services de jeux et paris antiguais parce que ces services sont maintenant considérés comme "illicites" ne s'appliqueraient plus parce qu'une fois "autorisés", les services antiguais seraient "licites". De toute façon, ce qui importe pour Antigua, et ce qui importe pour le règlement des différends à l'OMC, c'est que les États-Unis cessent de réduire leurs obligations conventionnelles en accordant un accès aux marchés pour les services de jeux et paris transfrontières en provenance d'Antigua conformément aux obligations leur incombant au titre de l'AGCS. Il importe peu de savoir comment ils le feront formellement en vertu de leur législation.

États-Unis

Si l'on met de côté les questions relatives au fait qu'Antigua n'a pas fourni des éléments *prima facie*, sur lesquelles les États-Unis ont déjà formulé des observations, la question du Groupe spécial appelle l'attention sur une question distincte concernant le champ d'application de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua. Les États-Unis considèrent que les seules allégations qui entrent dans le champ de la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua (et, par conséquent, dans le mandat du Groupe spécial) seraient "en tant que telles" des allégations visant des dispositions législatives et réglementaires spécifiques et/ou l'effet collectif de deux ou plus de ces dispositions. La demande d'établissement d'un groupe spécial ne formule aucune allégation visant des applications particulières de ces mesures, et la clarification d'Antigua, telle qu'acceptée par le Groupe spécial, semblerait confirmer qu'aucune allégation de ce genre n'entre dans le champ de la demande d'établissement d'un groupe spécial.²⁶⁷ Dans la mesure où Antigua a soulevé la question de l'application des lois ou des réglementations dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, elle a mentionné des exemples d'une telle application uniquement dans le but de chercher à illustrer l'existence d'une "prohibition générale de la fourniture transfrontières des services de jeux et paris aux États-Unis" en tant que telle.²⁶⁸

11. À quelle "autorisation de fournir" fait référence Antigua-et-Barbuda au paragraphe 88 de sa première déclaration orale? Veuillez mentionner les cas où une telle "autorisation de fournir" aux États-Unis a été refusée et fournir des détails à ce sujet.

Antigua

Dans sa déclaration liminaire, à la première réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, Antigua a déclaré qu'"il n'[était] pas possible pour les fournisseurs antiguais d'obtenir une autorisation de fournir des services de jeux sur une base transfrontières". Ce que cela voulait dire, ce n'était pas que les exploitants antiguais avaient déposé une demande pour fournir des services de jeux et paris aux États-Unis et qu'on leur avait opposé un refus - la question en l'occurrence était qu'en vertu de la législation des États-Unis il est impossible pour les fournisseurs antiguais de répondre à un critère d'autorisation quelconque. Il y a deux raisons à cela. La première, qui est évidente, c'est que le gouvernement des États-Unis considère la fourniture de services de jeux et paris transfrontières comme illégale, et qu'il serait donc illégal pour les fournisseurs antiguais, en vertu de la législation des États-Unis telle qu'elle existe actuellement, d'obtenir une autorisation. À la première réunion du Groupe spécial, Antigua a demandé aux États-Unis d'expliquer comment les fournisseurs de services

²⁶⁶ Voir la section III.B.3 du présent rapport.

²⁶⁷ Voir la Communication du Groupe spécial, 29 octobre 2003, paragraphe 31, reproduite à l'annexe B du présent rapport.

²⁶⁸ *Ibid.*

antiguanais pourraient légalement fournir des services de jeux et paris aux États-Unis. En réponse, ceux-ci ont confirmé que cela n'était pas possible.

Deuxièmement, en vertu des lois ou de la pratique de chaque État qui fournit des services de jeux officiellement autorisés sous une forme ou une autre, les conditions régissant l'obtention du droit de fournir des services de jeux dans l'État empêchent par définition les exploitants antiguanais de répondre aux conditions requises sur une base transfrontières. Par conséquent, même si les États-Unis ne maintenaient pas leur prohibition totale, les exploitants antiguanais ne pourraient toujours pas offrir légalement leurs services dans le cadre des dispositifs d'autorisation des divers États.²⁶⁹

12. Au paragraphe 3 de sa première déclaration orale, Antigua-et-Barbuda donne un exemple de son allégation selon laquelle il est illégal pour les exploitants d'Antigua-et-Barbuda de fournir des services de jeux et paris aux États-Unis en indiquant que ces derniers ont emprisonné l'exploitant d'une société antiguanaise. Antigua-et-Barbuda pourrait-elle fournir plus de précisions sur cet exemple? Y a-t-il d'autres exemples qui illustrent l'argument d'Antigua-et-Barbuda? Dans l'affirmative, veuillez donner des précisions.

Antigua

L'affaire à laquelle il est fait référence est celle de *United States v. Jay Cohen*.²⁷⁰ L'affaire *Cohen* concerne la poursuite intentée au titre de la Loi sur les communications par câble²⁷¹ contre un citoyen américain qui s'était établi à Antigua où il y avait créé une société pour fournir des services de jeux et paris, entre autres, aux États-Unis sur une base transfrontières. En 1996, M. Cohen, qui était un opérateur de 29 ans sur le marché des options de la Pacific Stock Exchange et détenteur d'un diplôme en génie nucléaire de l'Université de Californie, à Berkeley, s'est établi à Antigua avec plusieurs de ses collègues et a fondé une société antiguanaise, la World Sports Exchange Limited ("WSE"), pour exploiter un établissement de paris sportifs sur Internet. La WSE avait obtenu à l'origine une licence du gouvernement antiguanais en 1996 pour fournir ces services et, depuis, elle n'a jamais cessé d'être agréée et en activité. En 1998, M. Cohen a été l'un des quelque 20 exploitants de sociétés antiguanaises et étrangères se livrant à la fourniture transfrontières de services de jeux et paris qui ont été accusés par le gouvernement des États-Unis d'avoir violé la Loi sur les communications par câble du simple fait qu'ils avaient fourni ces services aux consommateurs de l'État de New York.

Alors que la plupart des personnes accusées ont négocié des ententes avec les États-Unis ou sont simplement demeurées en dehors des États-Unis et à l'abri de toute poursuite, M. Cohen est rentré aux États-Unis dans le but uniquement de contester les accusations portées contre lui. Il était convaincu qu'il ne pourrait pas être reconnu coupable d'avoir violé la Loi sur les communications par câble parce qu'il avait expressément structuré les opérations de la WSE sur le modèle de la Capital OTB, une société nationale des États-Unis qui offrait des services inter-États de paris par téléphone depuis plus d'une vingtaine d'années - ainsi que plus récemment par Internet - sans avoir été poursuivie au titre de la Loi sur les communications par câble.²⁷² Lorsque M. Cohen a cherché à invoquer comme moyen de défense qu'il était convaincu de la légalité des activités de la WSE en vertu de la législation des États-Unis et qu'il s'était efforcé de se conformer à cette législation dans l'organisation et l'exploitation de sa société, le juge président a estimé que ces convictions et efforts étaient dénués de pertinence. À cet égard, il est pour le moins remarquable que pendant le procès de

²⁶⁹ Voir les exemples de systèmes d'autorisation contenus dans la deuxième communication écrite d'Antigua-et-Barbuda, WT/DS285, paragraphes 26 à 29.

²⁷⁰ *United States v. Jay Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), cert. denied 122 S.Ct. 2587 (2002).

²⁷¹ 18 U.S.C. § 1084.

²⁷² L'un des moyens de défense de M. Cohen, exposé dans la première communication d'Antigua, était d'avoir structuré les opérations de la WSE sur le modèle de la Capital OTB. Voir Cohen Trial Transcript, pages 838, 859-869 (témoignage de M. Cohen daté du 22 février 2000 à son procès à New York).

M. Cohen, le Département de la justice des États-Unis a exposé au tribunal que la comparaison avec la Capital OTB était dénuée de pertinence parce que les opérations inter-États de la Capital OTB n'étaient pas prohibées par la Loi sur les communications par câble, alors que celles de la WSE l'étaient.²⁷³ Cette déclaration faite devant le tribunal lors du procès Cohen au sujet de la légalité des activités de la Capital OTB va expressément à l'encontre de ce qu'ont dit les États-Unis au Groupe spécial dans le présent cas d'espèce.²⁷⁴ M. Cohen a en fin de compte été déclaré coupable et sa sentence a été maintenue par la Cour d'appel de deuxième circuit des États-Unis. Le juge président a condamné M. Cohen à 21 mois d'incarcération dans une prison fédérale et à deux autres années de probation sous surveillance. À la date à laquelle les présentes réponses sont rédigées, M. Cohen est incarcéré dans un établissement pénitentiaire fédéral qui, non sans grande ironie, se trouve à Las Vegas, au Nevada.

Les États-Unis prennent aussi des mesures d'exécution de la loi à l'encontre des intermédiaires financiers et des entreprises médiatiques qui font de la publicité pour les services de jeux et paris étrangers. Ces mesures sont considérées faire plus efficacement obstacle à la fourniture transfrontières de services de jeux étrangers que l'engagement de poursuites contre des personnes qui ne sont pas physiquement présentes sur le territoire des États-Unis.²⁷⁵ On peut trouver des exemples de ces types de mesures dans diverses pièces présentées par Antigua. Parmi les autres exemples de mesures prises par les autorités fédérales et les autorités des États aux États-Unis pour empêcher la fourniture de services de jeux et paris transfrontières figurent la procédure engagée par l'Attorney General de l'État de New York au titre de lois pénales d'États, de la Loi sur les communications par câble et de la Loi sur les déplacements dans l'affaire *World Interactive Gaming Corp.*²⁷⁶, et la poursuite infructueuse engagée dans l'affaire *United States v. Truesdale*²⁷⁷ contre un fournisseur de services de paris sur Internet établi en République Dominicaine en vertu de la Loi sur les jeux illicites.²⁷⁸ En outre, les autorités des États continuent de prendre des mesures pour prohiber ou entraver la fourniture de services transfrontières de jeux et paris. Tout comme dans la lettre récemment adressée par les États-Unis aux annonceurs nationaux pour les aviser de ne pas faire de publicité pour les services de jeux offshore sur Internet²⁷⁹, les États ont fait la même chose et ont pris des mesures similaires. Il a récemment été rapporté un exemple de ce type de mesures prises par les États en Alabama.²⁸⁰

²⁷³ Cohen Trial Transcript, page 857 (déclaration de Mme Pesce représentant le Département de la justice des États-Unis).

²⁷⁴ À la réunion du Groupe spécial et des parties tenue le 10 décembre 2003, le représentant des États-Unis a déclaré que les activités de sociétés telles que la Capital OTB étaient contraires à la législation fédérale.

²⁷⁵ Voir la Loi sur la prohibition du financement des jeux illicites sur Internet et la Loi sur la Commission des licences et de la réglementation concernant les jeux sur Internet, audition devant le Sous-Comité de la lutte contre la criminalité et le terrorisme et de la sécurité intérieure de la Commission des lois de la Chambre des représentants, 108th Congress 10 (2003), page 70.

²⁷⁶ *Vacco ex rel. People v. World Interactive Gaming Corp.*, 714 N.Y.S.2d 844, 854 (N.Y. Sup. Ct. 1999). Alors que l'affaire *Vacco* comportait des éléments non présents dans l'affaire *Cohen*, tels que des allégations de fraude contre des investisseurs, l'Attorney General de New York avait affirmé dans l'affaire *Vacco* que la Loi sur les communications par câble prohibait la fourniture transfrontières de services de jeux et paris à partir d'Antigua et à destination des États-Unis.

²⁷⁷ 152 F.2d 443 (5th Cir. 1998). Contrairement à la détermination du tribunal dans l'affaire *Cohen*, le tribunal a soutenu dans l'affaire *Truesdale* que les services de jeux et paris étaient fournis à partir de lieux situés à l'extérieur des États-Unis et qu'ils n'étaient donc pas illicites au regard de la législation des États-Unis.

²⁷⁸ 18 U.S.C. § 1955.

²⁷⁹ Lettre du Département de la justice des États-Unis à la National Association of Broadcasters intitulée "Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations" (11 juin 2003).

²⁸⁰ Outre l'Alabama, plusieurs États ont averti les annonceurs de ne pas accepter d'annonces d'exploitants de services de paris établis à l'étranger. En 1997, l'Attorney General de la Floride a avisé les annonceurs qu'ils faisaient illégalement la promotion de services de paris illicites en vertu de la législation de l'État en publicisant des entreprises de jeux offshore. Attorney General de la Floride, communiqué de presse:

En Alabama, la législation de l'État dispose qu'une personne commet le délit de "promotion des paris" si en toute connaissance de cause elle promeut des activités de paris illicites ou en tire profit autrement qu'à titre de joueur.²⁸¹ En novembre 2003, le bureau de l'Attorney General de l'Alabama a enjoint la station de radio sportive WJOX-AM de Birmingham, en Alabama, de cesser de diffuser des annonces pour les établissements de paris sur Internet, à défaut de quoi elle s'exposait à des poursuites pénales. L'avertissement a été signifié par écrit dans une lettre signée par M. Richard Allen, premier adjoint de l'Attorney General de l'Alabama, M. Bill Pryor. Dans la lettre, M. Allen informait la station de radio que le bureau de l'Attorney General de l'Alabama avait pris connaissance d'annonces publicitaires diffusées par la station de radio pour le compte d'établissements de paris sur Internet et par téléphone. "Si les annonces cessent immédiatement d'être diffusées, notre bureau n'envisage aucune suite. Il s'agit toutefois de la deuxième fois où nous communiquons avec vous au sujet de ce type d'activités", y disait M. Allen. La promotion des paris est un délit passible d'une peine d'emprisonnement maximale d'un an et d'une amende de 2 000 dollars. M. Allen a prévenu que chaque diffusion sur les ondes d'une annonce publicitaire serait considérée être un délit distinct. Par suite de la lettre de l'Attorney General, les animateurs de la station de radio ont informé leurs auditeurs qu'ils ne pouvaient plus appeler la station et discuter de paris – sujet courant pendant la saison du football collégial.²⁸²

États-Unis

Antigua semble faire référence à l'affaire Jay Cohen, un citoyen des États-Unis qui dirigeait un établissement de jeux à partir d'Antigua. M. Cohen a été arrêté en mars 1998 et reconnu coupable en février 2000 à l'issue d'un procès qui a duré dix jours. Les faits de la cause portée en appel sont exposés dans l'affaire *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001) (confirmant la culpabilité de M. Cohen).²⁸³

Questions posées aux États-Unis:

- 13. Comment les États-Unis concilient-ils leur assertion au paragraphe 46 de leur première déclaration orale selon laquelle "il n'y a pas de prohibition générale de la fourniture transfrontières de services de jeux dans la législation des États-Unis" avec leurs assertions aux paragraphes 47 des documents WT/DSB/M/151 et WT/DSB/M/153 respectivement selon lesquelles la législation des États-Unis prohibe la fourniture de services de jeux et paris transfrontières? Veuillez fournir la liste des transactions qui seraient incluses dans les "services de jeux et paris".**

États-Unis

Les États-Unis ont traité de la première partie de la question du Groupe spécial dans leur réponse à la question n° 9 ci-dessus. Pour ce qui est de la liste des transactions qui seraient incluses dans les "services de jeux et paris", ainsi l'ont indiqué les États-Unis auparavant, les "services de jeux et paris" ne figurent ni dans la Liste des États-Unis ni dans le document W/120. Et la CPC provisoire (le seul document qui se réfère à cette expression) ne comprend pas une telle liste. Les États-Unis ne peuvent toutefois concevoir aucune base sur laquelle Antigua puisse affirmer que les "services de jeux

Western Union Cuts off Sports Betting Accounts (23 décembre 1997). Voir aussi la déclaration de M. John Malcolm (20 novembre 2002). (Il convient de mentionner qu'en 2001, l'Attorney General du Colorado a avisé les annonceurs de ne pas faire de publicité pour les exploitants étrangers de services de jeux sur Internet et qu'en 2000, la Commission des courses de chevaux de la Californie a envoyé des avis à toutes les stations de radio de l'État pour qu'elles cessent de diffuser de la publicité sur les exploitants de services de paris étrangers.)

²⁸¹ Ala. Code § 13A-12-22.

²⁸² "State Warns All Sports Station About Gambling Ads", *Gadsden Times* (Alabama) (8 novembre 2003), (<http://www.gadsdentimes.com/apps/pbcs.dll/article?AID=/20031107/APN/311071052&cachetime=5>).

²⁸³ *United States v. Cohen*, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), cert. denied, 122 S. Ct. 2587.

et paris" excluent les services qui comportent l'organisation et/ou la facilitation des jeux, mais non la transmission même des paris.²⁸⁴

14. **Quel est le statut juridique de la Loi sur la prohibition des paris sur Internet ("Internet Gambling Prohibition Act") (mentionnée dans la pièce n° 4 des États-Unis), de la Loi sur la prohibition du financement des jeux illicites sur Internet ("Unlawful Internet Gambling Funding Prohibition Act") (mentionnée dans la pièce n° 5 des États-Unis) et de la Loi sur la Commission des licences et de la réglementation concernant les jeux sur Internet ("Internet Gambling Licensing and Regulation Commission Act") (mentionnée dans la pièce n° 5 des États-Unis)? Veuillez fournir des exemplaires de ces documents.**

États-Unis

Il s'agit de projets de loi (c'est-à-dire de mesures proposées) qui ont été débattus au Congrès. Aucun d'entre eux n'a été promulgué.²⁸⁵ Les États-Unis ont transmis au Groupe spécial des éléments clés des dépositions faites devant le Congrès lors de l'examen de ces projets de loi pour fournir des éléments de preuve des diverses questions et préoccupations que soulèvent actuellement les services de paris sur Internet. Des exemplaires des projets de loi non adoptés sont joints à la réponse.

C. ARTICLE XVI

Question posée aux États-Unis:

15. **Lorsqu'un Membre a contracté des engagements sans limitation concernant l'accès aux marchés pour la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, une prohibition de la fourniture à distance de services de jeux et paris sur le territoire de ce Membre pourrait-elle permettre à ce même Membre de soutenir qu'il n'y a pas violation de l'article XVI de l'AGCS? Veuillez formuler des observations.**

États-Unis

Oui. Comme cela a été discuté dans la deuxième communication des États-Unis, une "prohibition" n'est pas *ipso facto* incompatible avec l'article XVI de l'AGCS. Un groupe spécial doit examiner si la prohibition alléguée constitue une limitation qui répond aux critères précis de l'article XVI:2. Ces critères concernent l'objet de la limitation ainsi que sa forme et/ou la manière précises dont elle est exprimée. Toute limitation qui ne correspond pas à ces critères ne viole pas l'article XVI:2.

Antigua

L'article XVI ne concerne pas la non-discrimination ou le traitement national. Le point de savoir si une mesure qui viole l'article XVI (en l'espèce, une prohibition de la fourniture transfrontières) s'applique aussi sur le territoire d'un Membre est dénué de pertinence aux fins de l'application de l'article XVI. Le paragraphe 6 des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 donne quatre exemples de limitations de l'accès aux marchés qui sont visés par l'article XVI:2 a): i) licence pour un nouveau restaurant, dont l'octroi est fonction de critères relatifs aux besoins économiques; ii) contingents établis chaque année pour les médecins étrangers; monopole d'État ou privé pour les services de placement; et prescriptions en matière de nationalité pour les fournisseurs de services (contingent équivalant à un contingent nul). Ces exemples comprennent clairement des exemples de mesures qui s'appliquent à des services étrangers et

²⁸⁴ Des exemples de ces services sont énumérés à la section III.B.3.

²⁸⁵ L'emploi du terme "Loi" ("Act") dans les titres des projets de loi est dû à une convention législative des États-Unis pour la désignation des projets de loi; il ne signifie pas que les projets de loi ont été promulgués.

nationaux et à des fournisseurs de services également. Il n'en reste pas moins que ces mesures sont visées par l'article XVI:2 a). Le dernier exemple, celui des prescriptions en matière de nationalité, confirme en outre que, contrairement à ce que font valoir les États-Unis, une prohibition totale qui n'est pas exprimée en termes numériques est visée par l'article XVI:2 a) comme étant équivalente à un contingent nul (en dépit du fait que, théoriquement, une prescription en matière de nationalité s'applique aussi aux fournisseurs de services du Membre concerné). De la même manière, une prohibition totale de la fourniture à distance se traduit par un refus total - équivalent à un contingent nul - de l'accès aux marchés par le mode de la fourniture transfrontières, puisque la fourniture transfrontières n'est pas possible si la fourniture à distance est illicite.

Dans la réponse à la question n° 1 ci-dessus, Antigua a indiqué que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 étaient très pertinentes pour interpréter la Liste des États-Unis car elles faisaient partie du contexte de toutes les listes annexées à l'AGCS. Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 sont aussi très pertinentes pour interpréter l'AGCS lui-même et l'article XVI en particulier.

L'article XVI ne peut s'appliquer qu'au moyen d'engagements spécifiques inscrits dans les listes. En conséquence, l'approche suivie par les Membres lorsqu'ils ont inscrit des engagements contractés au titre de l'article XVI dans leurs listes du Cycle d'Uruguay est un bon indicateur de l'intention commune des parties concernant le sens de l'article XVI. Cette intention commune est décrite dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 (ainsi que l'ont unanimement et explicitement confirmé tous les Membres dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001). Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 renferment exactement les mêmes exemples que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993.²⁸⁶ Pour ce qui est du point précis selon lequel une prohibition totale non numérique est visée par l'article XVI:2 a) comme étant équivalente à un contingent nul, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 peuvent donc être considérées comme étant un accord ultérieur intervenu entre les parties au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne. Comme cela a été mentionné dans la réponse à la question n° 1, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 ont été approuvées à l'unanimité par les Membres. Le Groupe spécial devrait en outre relever que les États-Unis ont eux-mêmes reconnu la valeur des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 pour interpréter l'article XVI.²⁸⁷

Communautés européennes

Non. Les Communautés européennes croient comprendre que le Groupe spécial suppose qu'outre "une prohibition de la fourniture à distance des services de jeux et paris sur le territoire [du] Membre" qui a contracté des engagements en matière d'accès aux marchés, le Membre en question maintient aussi une mesure qui relève de l'un des éléments mentionnés à l'article XVI:2 de l'AGCS (tel que, de l'avis des CE, une prohibition de la fourniture transfrontières des services de jeux). Une fois qu'il est conclu qu'une mesure (telle qu'une prohibition de la fourniture transfrontières des services de jeux) relève de l'un des éléments mentionnés à l'article XVI:2, le fait que le même Membre maintient en même temps une prohibition de la fourniture à distance sur le territoire national n'est pas pertinent et ne permet ni d'écarter ni de justifier *ipso facto* une violation de l'article XVI.

Mexique

Dans la mesure où l'expression "fourniture à distance" signifie la fourniture transfrontières de services de jeux et paris et à supposer qu'elle ait un tel sens, il semble que dans le scénario évoqué dans la question, tout accès aux marchés selon le mode 1 (transfrontières) serait en fait refusé aux fournisseurs des autres Membres de l'OMC. Par conséquent, les fournisseurs de services des autres

²⁸⁶ Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001, paragraphe 12.

²⁸⁷ Voir la section III.B.2 du présent rapport.

Membres de l'OMC pourraient accorder un traitement moins favorable que celui prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans la liste d'un Membre qui a contracté des "engagements sans limitation concernant l'accès aux marchés".

D. ARTICLE XVII

Questions posées aux deux parties:

16. S'il existe aux États-Unis une "prohibition totale" de la fourniture transfrontières des services de jeux et paris, ainsi que l'allègue Antigua-et-Barbuda, peut-il y avoir encore une violation de l'article XVII?

Antigua

De l'avis d'Antigua, l'interprétation la plus appropriée de la relation entre les articles XVI et XVII est qu'une détermination établissant qu'une prohibition totale de la fourniture transfrontières viole l'article XVI dispense de la nécessité d'évaluer si la prohibition viole aussi l'article XVII. Antigua reconnaît toutefois que le texte des articles XVI, XVII et XX:2 de l'AGCS permet aussi de conclure que les articles XVI et XVII peuvent s'appliquer simultanément à une prohibition totale de la fourniture transfrontières. À cet égard, Antigua estime que le règlement du débat sur la relation précise existant entre les articles XVI et XVII ne présente pas d'intérêt pratique pour l'issue de la présente affaire. Pour Antigua, il n'importe pas vraiment de savoir si la prohibition totale des États-Unis viole l'article XVI mais non l'article XVII ou si elle viole les deux articles.

La question du chevauchement des articles XVI et XVII semble être l'une des questions juridiques les plus controversées qui entourent l'application de l'AGCS. Cependant, la question du chevauchement ne crée un problème d'ordre pratique que si le Membre a contracté dans le même secteur des engagements différents concernant l'accès aux marchés et le traitement national.²⁸⁸ Ce n'est pas le cas pour les sous-secteurs de la Liste des États-Unis en cause ou susceptibles d'être en cause en l'espèce: le sous-secteur 10.D et le sous-secteur 10.A. Par conséquent, dans le contexte spécifique du présent différend, la question du chevauchement est simplement une question technique – peu importe si la prohibition totale des États-Unis viole l'article XVI uniquement ou les articles XVI et XVII, les États-Unis sont tenus de remédier au manquement à leurs obligations au titre de l'AGCS que constitue l'interdiction totale. Il ne s'agit pas d'un cas où des aspects différents des mesures des États-Unis tombent sous le coup de l'article XVI ou XVII, respectivement. Il s'agit simplement d'une question de "double usage" des articles XVI et XVII. Il existe sans aucun doute des circonstances où l'article XVI peut s'appliquer à une situation mais pas l'article XVII, et vice versa. Le fait que dans le présent différend les mesures des États-Unis violent les deux dispositions ne rend pas l'une ou l'autre disposition moins utile. Antigua est toutefois d'avis que, considéré séparément, le libellé de l'article XVII est suffisamment large pour englober presque toutes les restrictions concernant l'accès aux marchés qui sont visées par l'article XVI, en particulier parce qu'il couvre la discrimination *de facto* ainsi que la discrimination *de jure*.²⁸⁹

²⁸⁸ Voir la Note informelle du Secrétariat, "Examen technique des dispositions de l'AGCS," JOB(01)/17, datée du 16 février 2001; voir aussi la Note informelle du Secrétariat, "Propositions en vue d'un examen technique des dispositions de l'AGCS – Article XX:2", JOB(02)/153, datée du 24 octobre 2002.

²⁸⁹ Un Membre peut, par exemple, maintenir une limitation quantitative de cinq fournisseurs dans un sous-secteur donné qui s'applique autant aux fournisseurs étrangers qu'aux fournisseurs nationaux. Dans de nombreuses circonstances, il en résultera une discrimination *de facto* en faveur, par exemple, des trois fournisseurs exerçant déjà leurs activités sur ce marché.

Le problème plus vaste du chevauchement des articles XVI et XVII a été qualifié de problème du "Text versus Context" (texte et contexte).²⁹⁰ Son libellé permet à l'article XVII de s'appliquer à presque toutes les restrictions concernant l'accès aux marchés qui sont visées par l'article XVI. Par ailleurs, la structure de l'AGCS (c'est-à-dire le fait que l'article XVI existe et qu'il occupe une place aussi importante que l'article XVII dans l'AGCS et dans les listes qui y sont annexées) montre qu'il faut établir une distinction significative entre les deux articles. Bien qu'elle n'ait pas pu passer en revue l'historique de la négociation de ces dispositions, Antigua est tombée sur un commentaire contradictoire à ce sujet. Certains donnent à entendre que les négociateurs ont travaillé sur la base d'une ligne de séparation entre les articles XVI et XVII²⁹¹; d'autres donnent à entendre que les négociateurs étaient bien conscients du chevauchement.²⁹² De l'avis d'Antigua, l'interprétation la plus appropriée de la relation entre les articles XVI et XVII en est une d'"hiérarchie pratique" dans laquelle: i) l'article XVI s'intéresse à "la clé qui ouvre la porte", c'est-à-dire à la réglementation qui affecte la capacité d'un opérateur d'accéder à un marché; et l'article XVII s'intéresse à la réglementation qui fausse la concurrence en faveur des fournisseurs nationaux une fois qu'un opérateur a "franchi la porte" et exerce ses activités sur le marché.

Selon cette approche, la portée de l'article XVII est définie négativement par la portée de l'article XVI - si une mesure est couverte par l'article XVI, elle n'est pas couverte par l'article XVII. Cette interprétation ne débouche pas sur un résultat inacceptable dans une situation où un Membre n'a contracté aucun engagement dans la colonne de l'accès aux marchés et a contracté un engagement prévoyant le plein traitement national, soit dans la situation qui est perçue comme étant celle où le chevauchement des articles XVI et XVII pose le problème pratique le plus important.²⁹³ Dans une telle situation, l'interprétation proposée par Antigua signifierait que dans la mesure où un Membre ne maintient pas de mesures contraires à l'article XVI (ce qui veut dire qu'il permet l'accès aux marchés même si cet accès va au-delà des engagements inscrits dans sa liste), il doit accorder le traitement national. Bien entendu, la valeur de cet engagement concernant le traitement national sera limitée parce que les négociants sauront que le droit de l'OMC permet au Membre de restreindre l'accès aux marchés et de les exclure du marché. Cependant, pour autant qu'il leur est permis d'avoir accès au marché, ils devront se voir accorder le traitement national.

Antigua estime que cette interprétation relative à l'"hiérarchie pratique" est étayée par: i) la structure de l'AGCS; ii) la place importante occupée par les articles XVI et XVII dans les listes annexées à l'AGCS; iii) la règle selon laquelle une interprétation doit donner sens et effet à tous les termes d'un traité; et le parallélisme entre le GATT et l'AGCS qui était l'une des hypothèses de travail des négociateurs. La situation est toutefois compliquée par l'article XX:2 de l'AGCS. Cela semble confirmer que des mesures peuvent tomber sous le coup à la fois de l'article XVI et de l'article XVII. Dans le même temps, toutefois, cela exclut la possibilité que l'article XVII puisse servir à amoindrir l'efficacité des restrictions à l'application de l'article XVI (comme dans l'exemple mentionné ci-dessus du Membre qui n'a contracté aucun engagement concernant l'accès aux marchés mais qui a contracté

²⁹⁰ A. Mattoo, "National Treatment in the GATS," 31 *Journal of World Trade* 1997, 107-135, page 113. M. Mattoo est l'un des plus éminents commentateurs de l'AGCS, et il travaillait à la Division du commerce des services du Secrétariat de l'OMC à l'époque où il a rédigé cet article.

²⁹¹ *Ibid.*, pages 115 et 116.

²⁹² Note informelle du Secrétariat, "Propositions en vue d'un examen technique des dispositions de l'AGCS – Article XX:2", JOB(02)/89, datée du 16 juillet 2002.

²⁹³ Une interprétation extensive, rigoureusement fondée sur le libellé de l'article XVII serait problématique dans l'exemple cité (aucun engagement concernant l'accès aux marchés et un engagement sans limitation concernant le traitement national): si l'article XVII couvrait aussi les mesures visées par l'article XVI, la restriction concernant l'accès aux marchés inscrite dans la liste serait sans effet parce que la mesure violerait l'article XVII et ne pourrait pas être maintenue. Les parties ne peuvent pas avoir eu pour intention commune d'annuler les limitations concernant l'accès aux marchés expressément inscrites par les Membres dans leurs listes.

un engagement sans limitation concernant le traitement national).²⁹⁴ De l'avis d'Antigua, cela confirme que, même si le texte des articles XVI et XVII permet une application qui se chevauche ou qui fait "double usage", c'était l'intention commune des parties que ce ne soit pas le cas et que les dispositions s'appliquent séparément. Par ailleurs, l'article XX:2 pourrait être interprété comme étayant l'interprétation fondée sur le texte selon laquelle les articles XVI et XVII peuvent s'appliquer aux mêmes mesures. De l'avis d'Antigua, ce n'est pas l'interprétation la plus appropriée, mais ce n'est pas une interprétation inappropriée et le Groupe spécial pourrait l'adopter. Quelle que soit la décision du Groupe spécial, Antigua est fortement d'avis que la décision sur cette question n'aura aucun effet important sur l'issue pratique du présent différend.

États-Unis

Dans le présent différend, où les restrictions en cause s'appliquent aux fournisseurs transfrontières et aux fournisseurs nationaux des services "similaires", les États-Unis ne voient pas comment il pourrait y avoir une violation de l'article XVII. Cela dit, ils notent qu'il semblerait important pour répondre à la question du Groupe spécial de procéder à l'analyse d'une "prohibition" alléguée au titre de l'article XVI. L'article XVI (contrairement à l'article XI du GATT) n'exclut pas automatiquement toute "prohibition." Le Groupe spécial devrait donc examiner si la prohibition alléguée répond aux critères précis énoncés à l'article XVI:2.

- 17. Pour déterminer si les services sont "similaires" est-il pertinent de tenir compte des différences de réglementation entre le lieu à partir duquel le service est fourni et celui où il est fourni? Dans quelle mesure, le cas échéant, le régime réglementaire d'Antigua-et-Barbuda applicable à la fourniture de services de jeux et paris sur Internet est-il pertinent pour déterminer la "similarité" avec la fourniture de ces services aux États-Unis?**

Antigua

L'article XVII de l'AGCS concerne la similarité des services et non la "réglementation des services". Par conséquent, les différences dans la réglementation ne peuvent pas, en tant que telles, jouer un rôle pour déterminer la similarité pour les fins de l'article XVII. En particulier, la réglementation dans le pays du Membre importateur ne peut normalement pas jouer un rôle pour déterminer la "similarité" parce qu'elle dépend entièrement de ce Membre importateur qui pourrait agir sur la réglementation d'une manière telle que les services étrangers seraient soumis à une réglementation différente, voire à aucune réglementation, ce qui les rendrait alors non similaires. Dans l'affaire *CE – Bananes*, l'Organe d'appel a explicitement statué sur cette question lorsqu'il a rejeté l'argument des Communautés européennes selon lequel elles n'établissaient pas de discrimination en faveur des bananes originaires du groupe de pays des régions de l'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, les pays "ACP" comme on les appelle, parce qu'elles maintenaient deux régimes réglementaires différents pour l'importation des bananes: l'un pour les bananes originaires des pays ACP et l'autre pour les bananes originaires des autres Membres, ce qui, d'après leurs allégations, écartait toute possibilité de discrimination. L'Organe d'appel a constaté ce qui suit:

En l'espèce, la question n'est pas de savoir si les Communautés européennes ont raison de dire qu'il existe deux régimes d'importation distincts pour les bananes, mais si l'existence de deux, ou davantage, régimes d'importation communautaires distincts présente un intérêt quelconque pour l'application des dispositions en matière de

²⁹⁴ L'article XX:2 ne traite pas de la situation où un Membre contracte un engagement sans limitation au titre de l'article XVI et ne contracte aucun engagement au titre de l'article XVII. De l'avis d'Antigua, la situation n'est pas problématique. Elle signifie simplement qu'un Membre ne peut pas maintenir des mesures visées par l'article XVI mais qu'il peut toujours maintenir des mesures qui dépassent la portée de l'article XVI et qui seraient prohibées par l'article XVII si le Membre avait contracté un engagement au titre de cet article.

non-discrimination du GATT de 1994 et des autres accords figurant à l'annexe 1A. L'aspect essentiel des obligations de non-discrimination est que des produits similaires doivent être traités de la même manière, quelle que soit leur origine. Étant donné qu'aucun participant ne conteste que toutes les bananes sont des produits similaires, les dispositions en matière de non-discrimination s'appliquent à *toutes* les importations de bananes, qu'un Membre compartimente ou subdivise ou non ces importations pour des raisons administratives ou autres et quelle que soit la façon dont il le fait. Si, en choisissant une base juridique différente pour imposer des restrictions B l'importation, ou en appliquant des taux de droits différents, un Membre pouvait éviter l'application des dispositions en matière de non-discrimination aux importations de produits similaires en provenance de Membres différents, l'objet et le but desdites dispositions seraient compromis. Il serait très facile à un Membre de contourner les dispositions en matière de non-discrimination du GATT de 1994 et des autres accords figurant à l'annexe 1A si ces dispositions s'appliquaient uniquement à l'intérieur des régimes réglementaires établis par ledit Membre.²⁹⁵

La réglementation du Membre exportateur peut jouer un rôle indirect parce qu'elle peut déterminer une ou plusieurs caractéristiques du service, qui peuvent être importantes pour déterminer la similarité du service lui-même. Cela pourrait être pertinent dans un différend où un Membre importateur allègue que le service importé est "non similaire" à cause d'une ou de plusieurs caractéristiques spécifiques déterminées par la réglementation du Membre exportateur. En l'espèce, toutefois, ce n'est pas le cas parce que la prohibition des États-Unis ne se rapporte pas à des caractéristiques spécifiques des services antillais déterminées par la réglementation antillaise. Par ailleurs, Antigua a indiqué à plusieurs reprises quelle était disposée à modifier son régime réglementaire afin de répondre à toute préoccupation particulière que pourraient avoir les États-Unis. Dans les circonstances en l'espèce, les régimes réglementaires du Membre importateur et du Membre exportateur ne jouent aucun rôle, pas même un rôle indirect, dans la détermination de la similarité des services.

Tel qu'indiqué dans la déclaration liminaire d'Antigua à la première réunion du Groupe spécial, le point de vue d'Antigua selon lequel la réglementation n'est pas pertinente pour déterminer la similarité est confirmé par l'avis exprimé par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* au sujet de l'article III:4 du GATT de 1994.²⁹⁶ Dans l'affaire *CE – Bananes III (États-Unis)*, le Groupe spécial a interprété l'article II de l'AGCS (qui est une disposition NPF) à la lumière de l'article XVII de l'AGCS et de l'article III du GATT (qui sont tous deux des dispositions relatives au traitement national). L'Organe d'appel a critiqué cette approche, en indiquant que la comparaison appropriée devait se faire entre l'article II de l'AGCS et les obligations de type NPF énoncées dans le GATT de 1994.²⁹⁷ Le Groupe spécial a donc été critiqué pour ne pas avoir interprété une disposition de l'AGCS à la lumière d'une disposition correspondante du GATT de 1994. Ni les États-Unis ni aucune des tierces parties n'ont expliqué de façon convaincante pour quelle raison le présent groupe spécial devrait adopter une approche différente de celle exposée par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Bananes III*, et ne pas établir une analogie entre les dispositions du GATT et de l'AGCS relatives au traitement national. En l'absence d'une telle explication, le Groupe spécial devrait, *mutatis mutandis*, adopter l'approche retenue par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante* pour appliquer l'article XVII. Il découle de l'affaire *CE – Amiante* que le régime réglementaire d'Antigua pour la fourniture de services de jeux et paris *pourrait* être pertinent pour le présent différend dans le contexte

²⁹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 190.

²⁹⁶ À savoir que la détermination de la "similarité" est "essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits" (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99), et que les préoccupations réglementaires des autorités d'un Membre (par opposition aux préoccupations du consommateur) doivent être traitées dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, et non dans celui de l'évaluation de la similarité.

²⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 231.

d'un moyen de défense soulevée par les États-Unis au titre de l'article XIV - par exemple pour déterminer si une interdiction totale des paris transfrontières à accès à distance est nécessaire afin de protéger le type de considérations d'intérêt public soulevées par les États-Unis dans leur première communication.

Contrairement à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, les États-Unis et le Japon semblent donner à entendre qu'il faudrait aussi tenir un tel débat sur l'intérêt public dans le contexte de l'article XVII. Selon cette approche, un service pourrait être déclaré "non similaire" parce qu'il soulève des considérations d'intérêt public différentes, qui justifient une réglementation différente. À cet égard, Antigua estime, pour les besoins de l'argumentation, que si des considérations d'intérêt public pouvaient jouer un rôle dans le débat sur la similarité, d'autres éléments du débat sur l'article XIV, tels que le critère de la nécessité, devraient aussi être pris en compte. Ce ne sont pas toutes les différences des considérations d'intérêt public soulevées par les services nationaux et étrangers qui peuvent justifier un traitement radicalement différent. Ce n'est pas le cas au titre de l'article XIV et cela ne devrait pas être le cas au titre de l'article XVII – la différence de traitement n'est justifiée que dans la mesure où elle est nécessaire pour répondre à des risques différents. Cependant, le fait de poser les conditions d'application de l'article XIV dans le contexte de l'article XVII se traduit inévitablement par une situation où un critère identique est appliqué dans deux contextes différents, une fois dans celui du débat sur les services similaires et une fois dans celui de l'article XIV. De l'avis d'Antigua, cela ne fera que semer la confusion et Antigua remet donc en question la nécessité, voire l'utilité, de faire en sorte que le système juridique de l'AGCS reproduise le débat sur la réglementation au titre de l'article XIV dans le contexte de l'article XVII. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel n'a clairement pas jugé qu'il était judicieux de suivre l'une ou l'autre approche.

États-Unis

Dans certaines circonstances, il peut être important de tenir compte des différences de réglementation entre le lieu à partir duquel le service est fourni et celui où il est fourni. Par exemple, théoriquement, si les États-Unis permettaient que des services de jeux offerts à distance sur son territoire soient soumis à des prescriptions réglementaires particulières, il pourrait se poser des questions de "services similaires et de fournisseurs de services similaires" concernant la mesure dans laquelle les services fournis à partir d'Antigua satisfont aux mêmes prescriptions. Cela n'est toutefois pas le cas. Dans le présent différend, le facteur de similarité le plus pertinent est donc, non pas les différences de réglementation en soi, mais les différences entre les caractéristiques des services et des fournisseurs qui influent sur la manière dont ils sont réglementés. Plus précisément, plus des services de jeux fournis à distance sont susceptibles de faire l'objet de diverses menaces (la criminalité organisée, le blanchiment d'argent, les risques pour la santé, le jeu chez les enfants et les jeunes, etc.) plus ils sont non similaires à d'autres formes de paris non à distance.

18. En ce qui concerne le paragraphe 63 de la première déclaration orale d'Antigua-et-Barbuda, dont la partie pertinente indique que la "similarité des fournisseurs de services n'a guère de pertinence fonctionnelle en l'espèce":

- a) **Est-il toujours nécessaire d'évaluer la similarité des "services" et des "fournisseurs de services" au titre de l'article XVII de l'AGCS?**
- b) **Y a-t-il une différence dans la pertinence de la "similarité" des fournisseurs de services pour les modes 1 et 2 par rapport aux modes 3 et 4? Autrement dit, la similarité des *fournisseurs de services* ainsi que la similarité des *services* devraient-elles être prises en compte pour les modes 1 et 2?**

Antigua

[a]: Antigua est d'avis que ce n'est pas le cas. Au paragraphe 95 de leur première communication, les États-Unis semblent indiquer que l'article XVII ne peut s'appliquer que si des services similaires sont fournis par des fournisseurs de services similaires. Par conséquent, la référence faite aux "fournisseurs de services" à l'article XVII:1 opérerait pour limiter la portée dudit article: le traitement moins favorable des services similaires ne serait visé par l'article XVII que dans la mesure où les services sont fournis par des fournisseurs de services similaires. Cependant, le libellé de l'article XVII:1 n'étaye absolument pas cette conclusion. Le libellé de l'article XVII dispose que:

chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre, (...), un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires.

Par conséquent, l'article XVII prescrit un traitement "non moins favorable" pour les "services similaires" et les "fournisseurs de services similaires", sans limiter cette obligation aux situations où les services et les fournisseurs de services sont tous deux "similaires". Le texte de l'article ne fait *pas* référence aux "services similaires fournis par des fournisseurs de services similaires". De fait, il serait difficile d'imaginer pour quelle raison les rédacteurs de l'AGCS auraient voulu restreindre la portée de l'article XVII de telle manière. On est en droit de supposer qu'en ajoutant la notion de "fournisseurs de services similaires" les rédacteurs voulaient étendre et non restreindre la portée de l'article XVII. La raison en est qu'il est bien plus fréquent dans le domaine du commerce des services que dans celui du commerce des marchandises, que les conditions de la concurrence sur le marché soient susceptibles d'être affectées par des mesures applicables aux fournisseurs de services plutôt qu'aux services eux-mêmes. Cela est particulièrement vrai lorsque les services sont fournis selon le mode 3 ou 4. Par exemple, un Membre pourrait frapper de taxes discriminatoires un fournisseur de services étranger "ayant une présence commerciale" sur son territoire. De l'avis d'Antigua, l'obligation de traitement national a été étendue aux fournisseurs de services à l'article XVII dans le but de s'appliquer à de telles mesures. Elle ne vise pas à restreindre en quelque sorte la portée de l'article XVII.

[b]: Pour les modes 3 et 4, on peut faire valoir que l'*identité* du fournisseur de services pourrait être plus pertinente, étant donné que les deux modes nécessitent la présence réelle, physique, des entreprises ou des personnes physiques établies sur le territoire du Membre. Dans ces circonstances, il est peut-être plus probable que le refus d'accorder le traitement national se fasse sur la base de l'identité du fournisseur de services et sans tenir compte des services réellement fournis. Par ailleurs, la présence même des entreprises ou des personnes physiques risque de soulever les nombreuses préoccupations qui peuvent se poser dans ce contexte, telles que l'immigration, l'utilisation des fonds et services publics, et une foule d'autres questions que suscite la présence physique. Mais le point de savoir si l'identité peut ou devrait être synonyme de la "similarité" est contestable.

États-Unis

[a]: Oui. L'article XVII requiert la similarité des services et des fournisseurs de services. Ainsi que l'a fait observer le Groupe spécial, *Canada – Automobiles*, "en l'absence de fournisseurs de services nationaux "similaires", une mesure d'un Membre ne peut pas être jugée incompatible avec l'obligation d'accorder le traitement national énoncée à l'article XVII de l'AGCS".²⁹⁸ Le même Groupe spécial a également souligné que la charge de prouver cet élément incombait à la partie plaignante.²⁹⁹

²⁹⁸ Rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.289.

²⁹⁹ *Ibid.*

[b]: Il incombe à Antigua de prouver la similarité des fournisseurs de services indépendamment du mode de fourniture concerné. Les États-Unis ne peuvent trouver aucun fondement ni à l'article XVII ni dans une autre disposition de l'AGCS qui permette de ne pas tenir compte de la similarité des modes particuliers de fourniture.

Communautés européennes

[a]: Non, parce qu'il est, par exemple, suffisant d'établir une discrimination entre les services étrangers et les services nationaux pour qu'il y ait violation de l'article XVII. L'article XVII:1 exige des Membres qu'ils accordant le traitement national aux services étrangers et aux fournisseurs de services étrangers.

[b]: Compte tenu de la réponse à la question a) ci-dessus, cette question ne présente plus d'intérêt. Cela dit, il n'y a rien dans le texte de l'Accord qui semblerait indiquer qu'il faudrait établir une différence entre les modes.

Mexique

[a]: L'étendue de l'évaluation requise dépendra des allégations spécifiques de violation dans tout différend donné et des faits et circonstances de chaque cas d'espèce.

[b]: Voir la réponse du Mexique à la question a) ci-dessus.

19. Les jeux et paris sur Internet/à distance sont-ils autorisés entre les États sur le territoire des États-Unis?

Antigua

Pour répondre à cette question, Antigua n'a pas été mesure d'effectuer un examen exhaustif de toutes les circonstances dans lesquelles les jeux et paris inter-États sont autorisés sur le territoire des États-Unis. Les exemples ci-après indiquent toutefois le plus clairement possible qu'il existe des jeux et paris inter-États à distance qui sont agréés par les États sur le territoire des États-Unis: ce qui montre que la pratique contredit la déclaration des États-Unis selon laquelle de telles activités sont illicites. Comme la question du Groupe spécial fait spécifiquement référence aux services de paris entre États, Antigua n'inclut pas dans sa réponse des renseignements au sujet des services de paris sur Internet/à distance qui sont autorisés *sur le territoire* d'un État aux États-Unis.³⁰⁰

Les États-Unis ont depuis longtemps pour politique de permettre les paris placés par téléphone à partir de comptes inter-États sur les courses de chevaux qui sont autorisées par la législation des États et des localités. En 1973, l'État de New York a légalisé les paris mutuels placés à partir de comptes et il a commencé à exploiter son propre système de paris mutuels de ce genre, la New York Capital OTB.³⁰¹ Au cours des 15 années qui ont suivi, trois autres États ont autorisé les paris placés à partir de comptes sur les courses de chevaux: le Connecticut en 1976, le Maryland en 1984 et la Pennsylvanie en 1987.³⁰² À la fin des années 90, les exploitants autorisés offraient à distance des services de paris placés à partir de comptes depuis les 12 États³⁰³ qui avaient promulgué

³⁰⁰ Par exemple, le Nevada a instauré en vertu de sa législation une exemption pour les paris placés à partir de comptes détenus dans l'État qui sont liés à des manifestations sportives, telles que des courses de chevaux et des compétitions pour professionnels et amateurs. Nevada Revised Statutes § 465.094.

³⁰¹ 2003 North American Gaming Almanac, page 558.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Antigua a fait référence à huit États qui autorisaient des exploitants à accepter des paris placés à distance depuis l'État ou l'extérieur de l'État. Après un examen plus approfondi, il y a au moins 12 États qui offrent des services de paris placés à partir de comptes sur les courses de chevaux, et deux autres États doivent s'y ajouter. Un important cabinet juridique du Nevada spécialisé dans les paris, Lionel Sawyer & Co., indique

des régimes d'octroi de licences pour de tels services. Dans les 12 États, les exploitants qui acceptent les paris à distance acceptent à leur tour les paris transfrontières transmis par voie électronique par les résidents de 37 autres États.³⁰⁴ La multiplication rapide des paris en provenance de tout endroit s'est traduite par une augmentation du nombre total de paris dans l'industrie du pari mutuel, malgré une légère diminution de la présence dans les hippodromes et du nombre de courses au cours de la même période. En 1999, près de la moitié de tous les paris placés sur des courses de chevaux aux États-Unis étaient placés hors hippodromes ou par téléphone³⁰⁵ et, en 2003, c'était 85 pour cent des 15 milliards de dollars EU de paris placés annuellement sur des courses de chevaux aux États-Unis qui provenaient de l'extérieur des hippodromes où se déroulaient les courses grâce aux paris à distance.³⁰⁶

Les exploitants des États-Unis qui offrent des services transfrontières de paris placés à partir de comptes le font en vertu de précédents juridiques créés aux États-Unis qui prévoient que l'État a le pouvoir discrétionnaire de déterminer l'effet juridique des communications entrant dans l'État.³⁰⁷ Il a été constaté dans ces avis juridiques que les paris étaient effectués à l'endroit où l'argent était échangé, et pas nécessairement à celui où se trouvait la personne qui plaçait le pari.³⁰⁸ Cette notion est codifiée dans la réglementation des paris à distance de l'Oregon qui dispose que "tout pari placé à partir d'un compte tenu par un exploitant de l'Oregon en Oregon est considéré avoir été effectué dans l'État de l'Oregon" et est juridiquement valable.³⁰⁹ Bien que le statut des paris transfrontières aux États-Unis fasse l'objet d'un débat³¹⁰, il est incontestable que les services de paris à distance agréés par les États, tels que ceux offerts par Youbet.com et Capital OTB, sont admis depuis plus de 30 ans aux États-Unis sans qu'aucune poursuite connue n'ait été engagée au fédéral contre les grands fournisseurs de ces services. Il a été indiqué que l'Association nationale des États-Unis pour les courses de pur sang avait

qu'en 2002 il y avait 12 États qui avaient adopté une législation autorisant l'acceptation des paris placés à partir de comptes dans les courses du pari mutuel hors hippodromes inter-États, à savoir le Connecticut, l'Ohio, le Kentucky, le Maryland, New York, l'Oregon, la Californie, la Louisiane, le Massachusetts, le New Hampshire, le Dakota du Nord et la Pennsylvanie. Voir Nevada Pari-Mutuel Association, Las Vegas Dissemination Co. et Lionel Sawyer & Collins, *An Overview of Off-Track Wagering* (25 juillet 2002), page 27 (présenté à la Commission des jeux du Nevada et à la Commission de contrôle des jeux de l'État). Bear Stearns & Co. indique qu'en 2003, 14 États permettaient aux preneurs de paris d'accepter les paris à distance sur les courses de chevaux. *2003 North American Gaming Almanac*, page 558.

³⁰⁴ Voir, par exemple, www.Youbet.com et www.CapitalOTB.com.

³⁰⁵ *2003 North American Gaming Almanac*, page 560, (graphique intitulé "Exhibit 3: The Numbers Don't Lie", où il est indiqué que 46,3 pour cent de tous les paris mutuels – la composante la plus importante des recettes de paris mutuels – avaient été placés à partir de comptes hors hippodromes ou par téléphone).

³⁰⁶ Voir aussi le graphique intitulé "US Horseracing Statistics".

³⁰⁷ Antonia Z. Cowan, *The Global Gambling Village: Interstate and Transnational Gambling*, 7 *Gambling Law Review* 251 (août 2003), pages 259 et 260, citant *Lescallet v. Commonwealth*, 89 Va. 878, 17 S.E. 546, 547-48 (Va. 1893) et *United States v. Truesdale*, 152 F. 3d 443 (5th Cir. 1998).

³⁰⁸ Cowan, *The Global Gambling Village*, page 260, citant Jeffrey A. Modisett, *A Brief Look at The Past, Present and Future through The Eyes of A Former Attorney General*, 6 *Gaming Law Review* 198 (2002), page 203 et Memorandum de Gregory C. Avioli, National Thoroughbred Horseracing Association (sur la question: "Whether Account Wagering may be lawfully conducted by a state-licensed pari-mutuel facility with account holders located in a state other than the state where the account is located") (3 août 1999), pages 2 à 8.

³⁰⁹ Voir Oregon Administrative Rule 462-220-0060.

³¹⁰ À titre d'exemple de cette très grande incertitude, en février 2000, le Département de la justice des États-Unis a lui-même fait des déclarations contradictoires sur le point de savoir si les services transfrontières de pari mutuel, tels que ceux offerts par Capital OTB, étaient réglementés par la Loi sur les communications par câble. Au procès de Jay Cohen, le 22 février 2000, les avocats du Département de la justice ont convaincu le juge que Capital OTB n'était pas réglementée par la Loi sur les communications par câble. Cohen Trial Transcript, pages 839-859. Trois semaines plus tôt, par contre, un représentant du Département de la justice avait avisé la New York State Racing and Wagering Board que les services de paris tels que ceux de la Capital OTB étaient probablement réglementés par la Loi sur les communications par câble et qu'ils étaient, par conséquent, illicites en vertu de la législation des États-Unis. Lettre de M. Kevin DiGregory, Attorney General adjoint, Département de la justice des États-Unis, adressée à Mme Nicole Thuillez de la New York State Racing and Wagering Board (1^{er} février 2000). Les États qui se sont penchés sur cette question sont aussi parvenus à des conclusions contradictoires.

déclaré que des entités agréées et réglementées par plus de 30 États avaient fourni des services de pari mutuel inter-États pendant plus de 20 ans au vu et au su du Département de la justice des États-Unis.³¹¹

Alors que certains services de pari mutuel agréés par les États, tels que ceux de Youbet.com et Capital OTB, acceptent actuellement des paris par Internet et téléphone, il existe d'autres services de paris agréés par les États qui acceptent seulement les paris par téléphone. Autotote Enterprises, Inc., par exemple, est un exploitant de paris mutuels titulaire d'une licence du Connecticut qui offre à sa clientèle 12 lieux hors hippodromes à partir desquels regarder des courses de chevaux et placer des paris.³¹² L'entreprise maintient un système de paris par téléphone placés à partir de comptes dénommé "On the Wire", qui est accessible aux résidents de 27 États.³¹³ La politique suivie de longue date et sans interruption par les États-Unis, qui consiste à accepter les paris à distance hors hippodromes et par téléphone placés à partir de comptes, a été codifiée en décembre 2000, lorsque le Congrès des États-Unis a amendé la Loi sur les courses de chevaux inter-États (la "IHA")³¹⁴ et a plus précisément élargi la définition de "paris hors hippodromes inter-États" pour englober les paris du pari mutuel transmis entre les États par téléphone ou par d'autres moyens électroniques. Le libellé ajouté à la Loi est formulé comme suit:

[L]'expression ... "pari hors hippodrome inter-États" s'entend d'un pari légal placé ou accepté dans un État sur le résultat d'une course de chevaux se tenant dans un autre État, et elle comprend les paris du pari mutuel, quand ils sont licites dans l'État concerné, placés ou transmis par téléphone ou par d'autres moyens électroniques par une personne dans un État, et acceptés par un système de paris hors hippodrome dans le même État ou dans un autre État, ainsi que les combinaisons de paris mutuels.³¹⁵

Les termes mêmes de la version révisée de la Loi semblent à première vue autoriser les paris mutuels inter-États par téléphone ou par d'autres moyens de communication électroniques, dont Internet, pour autant que ces paris soient licites dans les deux États. L'historique de la modification apportée à la Loi étaye cette conclusion. Dans le cadre du débat sous-jacent entourant l'adoption de la modification, le membre de la Chambre des représentants, M. Frank R. Wolf de l'État de la Virginie, a indiqué en ces termes quelle était sa compréhension de l'effet du nouveau libellé:

Je tiens à ce que les membres de cette Chambre sachent que l'article 629 légaliserait le pari mutuel inter-États par Internet. Selon l'interprétation actuellement faite de la Loi de 1978 sur les courses de chevaux inter-États, ce type de paris est illicite, même si le Département de la justice n'a pris aucune mesure en ce sens. Cette disposition rendrait licite au regard de la loi le fait de placer des paris par téléphone ou par d'autres moyens électroniques comme Internet.³¹⁶

Par suite de cet amendement apporté à l'IHA, le système des paris sur compte a commencé à se propager dans d'autres États. En 2003, le Nevada a approuvé les paris placés à partir de comptes sur les courses de chevaux, mais le système n'est pas entré en opération tant que la réglementation n'a pas été finalisée.³¹⁷ Par ailleurs, en 2003, la Virginie a amendé sa législation relative au pari mutuel

³¹¹ Lettre de M. Greg Avioli, conseil de l'Association nationale pour les courses de pur sang à M. W.J. Tauzin, membre du Congrès.

³¹² Voir <http://www.autobet.com/>.

³¹³ Voir www.ctotb.com/wire.asp et www.ctotb.com/open.asp. Autotote Enterprises est une filiale de la Scientific Games Corporation, une société cotée en bourse établie aux États-Unis qui est un chef de file mondial dans les technologies des industries de pari mutuel et de loterie. Voir www.scigames.com/sgcorp/index.asp.

³¹⁴ Voir DC Appropriations, Pub. L. No. 106-553, § 629, 114 Stat. 2762A-108 (2000).

³¹⁵ 15 U.S.C. § 3002 3).

³¹⁶ 146 Cong. Rec. H 11230, 11232, 106th Cong. 2nd Sess. (2000).

³¹⁷ Cowan, *The Global Gambling Village*, page 259, note de bas de page 61.

pour accorder à la Commission des courses de la Virginie le pouvoir de réglementer les paris placés à partir de comptes, modification en vertu de "laquelle une personne pouvait ouvrir un compte auprès d'une entité, agréée par la Commission, afin de placer des paris en personne ou par voie électronique".³¹⁸

En vertu de la Loi réglementant les paris dans les réserves indiennes ("Indian Gaming Regulatory Act") (l'"IGRA"), il est permis aux joueurs dans les établissements de jeux exploités par des Américains autochtones de parier les uns contre les autres à l'aide de consoles de jeux électroniques à distance.³¹⁹ Dans deux jugements distincts rendus en 2000, *United States v. 162 MegaMania Gambling Devices*³²⁰ et *United States v. 103 Electronic Gambling Devices*³²¹, des cours d'appel fédérales ont confirmé l'utilisation agréée de consoles de jeux électroniques qui permettaient à des joueurs situés dans divers réserves indiennes de se livrer les uns contre les autres à des jeux de type bingo. Les deux affaires concernaient la légalité d'un jeu de type bingo dénommé MegaMania, qui se joue sur une machine portant le nom de "console de jeux électronique" (electronic player station).³²² On trouve des consoles de jeux de ce genre sur les terres des Américains autochtones de l'Oklahoma, de la Californie et ailleurs.³²³ Une personne qui joue sur MegaMania commence à jouer en choisissant au plus quatre cartes dont les numéros sont obtenus de manière aléatoire. Le joueur doit payer 0,25 dollar EU par carte pour commencer la partie. La partie ne débutera que lorsqu'au moins 12 joueurs répartis sur l'ensemble du territoire national auront acheté 48 cartes au moins. Un appareil de sélection aléatoire situé sur des terres d'Américains autochtones de l'Oklahoma choisit trois boules numérotées, et un employé transmet les numéros inscrits sur les boules au siège social de Multimedia, où ils sont envoyés par un réseau d'ordinateurs à chaque console de jeu. Le joueur touche alors l'espace ou les espaces correspondants sur la ou les cartes affichées sur l'écran de la console de jeu MegaMania. Pour poursuivre la partie, le joueur doit payer 0,25 dollar EU par carte en échange des numéros inscrits sur les trois boules suivantes. Ces numéros sont transmis par voie électronique toutes les dix secondes environ. Par conséquent, le joueur doit continuer de payer 0,25 à 1,00 dollar EU toutes les dix secondes pour poursuivre la partie. Le joueur qui gagne est celui qui, parmi tous ceux qui jouent dans l'ensemble du pays, est le premier à obtenir une série de numéros qui correspondent à un certain agencement des numéros figurant sur sa carte électronique. En moyenne, Multimedia et les tribus d'Américains autochtones participantes conservent 15 pour cent des sommes introduites dans les machines tandis que les joueurs gagnants en reçoivent 85 pour cent.³²⁴

Dans les deux affaires *162 MegaMania Gambling Devices* et *103 Electronic Gambling Devices*, les tribunaux fédéraux ont été d'avis que le jeu électronique transfrontières MegaMania était licite en vertu de l'IGRA. L'analyse effectuée dans ces deux affaires indique que l'IGRA permet le recours à la technologie, y compris à Internet, pour accroître la participation des joueurs à un jeu commun si ledit jeu et les joueurs qui y participent utilisent des terminaux situés sur des terres d'Américains autochtones.³²⁵

Aux États-Unis, on joue à la loterie d'un État à l'autre dans le cas des loteries Powerball et Mega Millions. Powerball est une loterie multi-États qui offre de super gros lots et à laquelle on joue dans 24 États, dans le District de Columbia et aux Îles Vierges des États-Unis. Le jeu est exploité par l'Association des loteries multi-États (la "MUSL"), une association à but public qui est détenue et gérée par ses loteries membres.³²⁶ À chaque tirage, cinq boules blanches sont choisies dans un

³¹⁸ James R. Kibler, Jr., "Annual Survey of Virginia Law: Administrative Law, 38 University of Richmond Law Review 39 (2003), pages 44 et 45, citant Va. Code Ann. § 59.1-369(5) (Cum. Supp. 2003).

³¹⁹ Cowan, *The Global Gambling Village*, page 258. (citations dans le corps du texte omises)

³²⁰ 231 F.3d 713 (10th Cir. 2000).

³²¹ 223 F.3d 1091 (9th Cir. 2000).

³²² *U.S. v. 162 MegaMania Gambling Devices*, 231 F.3d, pages 716 et 717.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Cowan, *The Global Gambling Village*, page 258. (citations dans le corps du texte omises)

³²⁶ Voir www.powerball.com/pb_about.asp.

tambour qui en contient 53 et une boule rouge est choisie dans un autre tambour qui en contient 42.³²⁷ Mega Millions est une loterie multi-États à laquelle on joue dans onze États, dont la Georgie, l'Illinois, le Maryland, le Massachusetts, le Michigan, le New Jersey, l'État de New York, l'Ohio, le Texas, la Virginie et l'État de Washington.³²⁸ Les tirages de Mega Millions ont lieu tous les mardi et vendredi soirs. Ils sont effectués par la Georgia Lottery, à Atlanta, en Georgie.³²⁹ Dans ces deux jeux multi-États, les joueurs des États participants achètent leurs billets de loterie auprès de terminaux de points de vente qui sont reliés au réseau informatique multi-États de Powerball ou de Mega Millions.

États-Unis

Les services de jeux mentionnés au paragraphe 20 de la deuxième communication écrite des États-Unis peuvent être transmis entre des États des États-Unis ou sur une base transfrontières. Les autres formes de services de jeux sur Internet/à distance ne sont pas autorisées entre les États des États-Unis ou sur une base transfrontières.

Question posée à Antigua-et-Barbuda:

- 20. Antigua-et-Barbuda pourrait-elle donner des précisions sur les observations qu'elle a formulées au paragraphe 43 de sa première déclaration orale selon lesquelles "[n]ous convenons que dans certaines circonstances spécifiques un service pourrait être considéré comme non similaire uniquement parce qu'il est fourni sur une base transfrontières"? (pas d'italique dans l'original)**

Antigua

Il est possible que dans la présente procédure le débat se soit ressenti de l'utilisation susceptible de prêter à confusion des expressions "transfrontières" et "fourniture à distance". Antigua a employé ces deux expressions comme suit: i) le terme *transfrontières* est défini à l'article I 2) a) de l'AGCS: "en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre". Cela signifie que "le fournisseur n'est pas présent sur le territoire du Membre où le service est livré" et cela comprend "les services fournis par voie de télécommunication ou par courrier postal"³³⁰ (mais seulement lorsque le fournisseur du service et le consommateur sont physiquement établis sur le territoire de Membres différents); et ii) l'expression *fourniture à distance* comprend les services fournis par voie de télécommunication ou par courrier postal ou par tout autre moyen lorsque le fournisseur du service et le consommateur ne sont pas physiquement ensemble, qu'ils soient ou non établis dans le même pays ou dans des pays différents.

Par conséquent, la fourniture transfrontières est nécessairement une fourniture à distance, mais la fourniture à distance est une fourniture transfrontières uniquement lorsque le fournisseur du service et le consommateur sont physiquement établis sur le territoire de Membres différents. Dans sa déclaration, Antigua a comparé les services étrangers fournis sur une base transfrontières (c'est-à-dire à distance) avec les services nationaux fournis au moyen d'une présence physique (c'est-à-dire non à distance).³³¹ Antigua ne comparait pas la fourniture à distance transfrontières avec la fourniture à distance nationale. Il serait plus juste de reformuler les observations d'Antigua comme suit:

Antigua-et-Barbuda estime donc que, dans le contexte d'un engagement contracté par un Membre concernant le traitement national de la fourniture transfrontières, il doit au moins y avoir une présomption que le fait que les services soient fournis à distance

³²⁷ Voir www.nmlottery.com/PowerBall/AboutPowerball.htm.

³²⁸ Voir www.megamillions.com/aboutus/lottery_faq.asp.

³²⁹ Voir www.megamillions.com/aboutus/lottery_faq.asp.

³³⁰ Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, paragraphe 19.

³³¹ Voir la section III.B.5 du présent rapport.

ne peut pas, à lui seul, rendre "non similaire" un service fourni au moyen d'une présence physique. Nous convenons que dans certaines circonstances spécifiques un service *pourrait* être considéré comme non similaire uniquement parce qu'il est fourni à distance. Cependant, conformément à notre raisonnement ci-dessus, et à la position exprimée par le Japon dans sa communication en tant que tierce partie, Antigua-et-Barbuda est d'avis qu'il incombe aux États-Unis de réfuter ce qui devrait être une hypothèse de "similarité" *prima facie* des services fournis à distance.

États-Unis

Les États-Unis tiennent à clarifier qu'ils n'allèguent pas que les services fournis en provenance d'Antigua sont non similaires parce qu'ils sont fournis sur une base transfrontières. En principe, la fourniture à distance peut se faire soit sur une base transfrontières soit sur une base purement nationale. Les restrictions imposées par les États-Unis à la fourniture à distance s'appliquent de la même manière indépendamment de l'origine nationale du service.

Questions posées aux États-Unis:

21. Dans la pièce n° 42 d'Antigua-et-Barbuda³³², il est indiqué que Youbet.com offre à ses abonnés la possibilité de parier "dans la plupart des États" sur des courses de chevaux. Les résidents autorisés des États-Unis âgés de plus de 21 ans peuvent devenir membres et placer des paris en ligne ou par téléphone à partir du moment où ils ouvrent un compte. Youbet.com dit être "en pleine conformité avec toutes les lois des États et lois fédérales applicables". Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur ce cas, en particulier compte tenu de leur assertion (au paragraphe 33 de leur première communication écrite) selon laquelle la *Loi sur les courses de chevaux inter-États* "n'autorise aucune forme de paris sur Internet"?

États-Unis

Même si Youbet.com dit être "en pleine conformité avec toutes les lois des États et lois fédérales applicables", le Département de la justice des États-Unis (le principal organisme national chargé de l'exécution de la loi) ne partage pas cet avis. La Loi de 1978 sur les courses de chevaux inter-États est une loi du droit civil pour laquelle le gouvernement fédéral ne joue aucun rôle en matière d'application. En décembre 2000, la définition de l'expression "pari hors hippodrome inter-États" figurant dans l'IHA a été modifiée. Le Congrès n'a toutefois pas modifié les lois pénales préexistantes. Lorsque le Président William J. Clinton a signé le projet de loi portant modification de l'IHA après son adoption par le Congrès, la Déclaration du Président à l'occasion de la signature se lisait comme suit:

Enfin, l'article 629 de la Loi modifie la Loi de 1978 sur les courses de chevaux inter-États pour y inclure dans la définition de l'expression "pari hors hippodrome inter-États" les paris du pari mutuel sur les courses de chevaux qui sont placés ou transmis par téléphone ou d'autres moyens électroniques par des personnes dans un État et acceptés par un système de paris hors hippodromes dans le même État ou dans un autre État. Le Département de la justice, toutefois, ne considère pas cette disposition comme codifiant la légalité des paris mutuels et des paris placés à partir d'un compte inter-États, même lorsque ces paris sont licites dans les divers États intéressés en matière de courses de chevaux, pas plus qu'il ne considère que cette disposition abroge ou modifie les lois pénales existantes qui peuvent s'appliquer à une

³³² Extrait du site Web de Youbet.com, à l'adresse suivante: www.youbet.com/faq/, présenté par Antigua en tant que pièce.

telle activité, en particulier les articles 1084, 1952 et 1955 du Titre 18 du Code des États-Unis.³³³

Après avoir tenu des auditions sur les jeux sur Internet en 2003, le Département de la justice a réitéré son avis selon lequel la législation fédérale en vigueur prohibe tous les types de jeux sur Internet, y compris les paris sur les courses de chevaux, les courses de chiens ou les loteries. Le Département de la justice maintient cet avis parce que les modifications apportées en 2000 à l'IHA n'abrogent pas les lois fédérales préexistantes qui en font des activités illicites. En vertu des principes de l'interprétation des lois applicables dans les tribunaux des États-Unis, "[c]'est un principe fondamental d'interprétation que de ne pas privilégier les abrogations par implication ... L'intention du législateur d'abroger une disposition doit être claire et manifeste".³³⁴

22. Comment les États-Unis traitent-ils les services fournis sur Internet par Youbet.com, TVG, Capital OTB et Xpressbet.com, auxquels Antigua-et-Barbuda a fait référence au paragraphe 118 de sa première communication écrite?

États-Unis

Antigua a parlé des paris placés à partir de comptes sur des courses de chevaux par Internet et par téléphone.³³⁵ Les États-Unis ne sont pas d'avis que les modifications apportées en 2000 à l'IHA permettent la transmission inter-États des paris hippiques parce que les lois pénales préexistantes prohibent de telles activités.³³⁶ Il conviendrait toutefois d'indiquer que ces services offerts sur Internet fournissent des services autres que la simple acceptation des paris hippiques. Ils donnent accès à des renseignements sur les chevaux, sur les cotes dans les courses de chevaux, sur la retransmission simultanée des courses de chevaux, etc. Bien que la législation des États-Unis ne permette pas la transmission inter-États par un dispositif de communications par câble des paris hippiques, la transmission inter-États par un dispositif de communications par câble de l'information permettant d'aider à placer des paris hippiques ne serait pas prohibée, conformément à 18 U.S.C. § 1084(b), pour autant que l'information soit transmise à partir et à destination d'endroits où il est légal de parier sur la même manifestation.

23. Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur une déclaration faite par M. Bear Stearns dans le Rapport de l'industrie du jeu (pièce n° 36 d'Antigua-et-Barbuda³³⁷) selon laquelle un certain nombre d'exploitants du Nevada ont créé des sites de jeux sur Internet?

États-Unis

Le rapport de M. Bear Stearns examinait des propositions de jeux sur Internet dans l'État du Nevada. Il indiquait que les projets du Nevada à ce sujet étaient en suspens, et que le Nevada avait été informé par le Département de la justice que la législation fédérale des États-Unis ne permettait pas la transmission de paris par Internet. Les responsables du Nevada ont assuré leurs homologues

³³³ Déclaration à l'occasion de la signature de la Loi portant ouverture de crédits pour les départements du commerce et de la justice, le Département d'État, le système judiciaire et autres organismes apparentés, 2001, 36 Weekly Comp. Pres. Document 3153, 3155-3156 (25 décembre 2000).

³³⁴ *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188, 188 (1939).

³³⁵ Les États-Unis estiment qu'Antigua a à tort déclaré qu'"[a]fin de tenir compte de cette nouvelle forme de paris placés à partir de comptes les États-Unis ont, en 2000, élargi le champ d'application de l'IHA [Loi de 1978 sur les courses de chevaux inter-États] pour permettre les paris hippiques sur Internet. Aujourd'hui, les résidents des États-Unis peuvent légalement parier sur des courses de chevaux par téléphone ou en ligne auprès de plusieurs sociétés établies aux États-Unis". Voir la section III.B.5 du présent rapport.

³³⁶ Voir la réponse des États-Unis à la question n° 21 du Groupe spécial.

³³⁷ Michael Tew et Jason Ader, Bear Stearns & Co. Inc., Equity Research, *Gaming Industry: E-Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, présenté par Antigua en tant que pièce.

fédéraux qu'aucun établissement agréé au Nevada n'avait été autorisé à utiliser un quelconque système de paris exploitable sur Internet. Au sujet des établissements de jeux sur Internet situés à Aurigny et sur l'île de Man, il est indiqué à la page 18 du rapport que la Venetian Casino Resort Athens LLC, une filiale de Las Vegas Sands, Inc., avait demandé une licence de jeux en ligne à Aurigny. À la page 19 du rapport, il est dit que MGM Mirage avait reçu une licence de l'île de Man. Les États-Unis croient savoir que MGM Mirage exploitait auparavant un site Web de jeux sur Internet à partir de l'île de Man, mais qu'elle avait depuis cessé cette activité. En outre, d'après nos renseignements, lorsque le site Web était en exploitation, il n'acceptait pas de paris provenant de personnes établies aux États-Unis. Les États-Unis ne possèdent pas de renseignements spécifiques sur la question de savoir si ou quand Venetian Casino Resort a commencé à exploiter un site Web de jeux sur Internet. Bien que nous ne soyons pas en mesure de fournir une analyse de l'exploitation d'un site Web particulier à partir de l'île de Man ou d'Aurigny, nous pouvons catégoriquement affirmer que tant que ces sites n'acceptent pas de paris en provenance de personnes établies aux États-Unis et qu'ils ne fournissent pas de renseignements permettant d'aider à placer des paris à des personnes établies aux États-Unis, où ces types de paris sont illicites, l'exploitation de sites Web de ce genre à partir d'Aurigny ou de l'île de Man par des "exploitants du Nevada" ne viole pas les lois fédérales des États-Unis sur les jeux.

24. Quel est le statut du projet de loi du New Jersey auquel il est fait référence dans le Rapport de l'industrie du jeu de M. Bear Stearns (pièce n° 36 d'Antigua-et-Barbuda) et qui permettrait aux casinos réels du New Jersey d'exploiter des sites de jeux sur Internet à partir de leurs propres établissements?

États-Unis

À la page 35 de la pièce n° 36 d'Antigua-et-Barbuda, il est question d'un projet de loi qui a été présenté en 2001 devant le corps législatif de l'État du New Jersey. Ce projet de loi n'a pas été adopté par le corps législatif de l'État du New Jersey. Il est question d'un autre projet de loi, AB 568, à la page 36. Ce projet de loi avait été présenté à la session 2002-2003 mais il n'a pas été adopté au cours de cette session. Nous ne savons pas si ce projet de loi ou toute autre législation similaire a été ou sera présenté devant le corps législatif du New Jersey.

25. En ce qui concerne la pièce n° 18 d'Antigua-et-Barbuda³³⁸, les États-Unis pourraient-ils indiquer comment ils traitent les services fournis par Alliance Gaming Corp?

États-Unis

La pièce n° 18 d'Antigua-et-Barbuda est un article tiré du *Las Vegas Review-Journal* sur un système de machines à sous à lot progressif implanté à Moscou qui est surveillé par des opérateurs à partir d'une salle de contrôle située à Las Vegas. Cet article semble concerner un système de machines à sous à lot progressif qui comprend des machines à sous physiques situées dans des casinos et non des machines à sous en ligne. Il ne contient pas suffisamment d'allégations factuelles sur l'exploitation de ce système pour que les États-Unis puissent tirer de quelconques conclusions au sujet du caractère licite du système. De façon générale, les machines à sous à lot progressif sont des machines à sous qui sont reliées au même casino ou à de multiples casinos dans le but de faire augmenter le gros lot. Les États-Unis croient savoir que le joueur doit se rendre à un casino participant où est installée la machine à sous à lot progressif, insérer de ses mains la mise dans la machine et faire actionner la machine à sous sur les lieux mêmes du casino participant. Selon ce cas de figure, la mise est placée dans le casino où se trouve le joueur. Elle n'est donc pas placée à distance.

³³⁸ Rod Smith, "Casino Industry Technology: Open Wide, New Progressive slot System Lets Las Vegas Company Serve Russian Gamblers", *Las Vegas Review Journal* (2 septembre 2003), présenté par Antigua en tant que pièce.

26. Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur l'extrait ci-après du document WT/GC/16 (auquel il est fait référence au paragraphe 42 de la première déclaration orale d'Antigua-et-Barbuda) et sur la pertinence, le cas échéant, des observations qui y sont faites pour le présent différend:

"il doit être bien clair que les engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national qui ont été pris s'appliquent aux services fournis par voie électronique, conformément au principe de la neutralité des engagements du point de vue technologique".

États-Unis

Les États-Unis souscrivent au point de vue selon lequel la livraison par voie électronique, en elle-même et à elle seule, n'a pas pour effet d'exclure un service des engagements d'un Membre. Les États-Unis ne préconisent pas une telle exclusion dans le présent différend. Il n'est pas dit dans la citation, et il ne faudrait pas l'interpréter comme le signifiant, que la livraison d'un service par voie électronique, ou par d'autres moyens de fourniture à distance, a automatiquement, pour cette raison, pour effet de rendre ce service "similaire" à tout autre service national qui fait l'objet du même engagement pour les fins de l'analyse de la similarité de l'article XVII. La fourniture à distance ne signifie pas que le service ainsi fourni (ou son fournisseur) obtient automatiquement un "laissez-passer" qui lui permet de bénéficier des dispositions relatives à la similarité. Ainsi que les États-Unis l'ont indiqué dans leur deuxième communication écrite, Antigua n'a pas prouvé que les services de jeux qu'elle fournit à distance sont similaires aux services de jeux des États-Unis fournis non à distance.

E. ARTICLE VI

Questions posées à Antigua-et-Barbuda:

27. Antigua-et-Barbuda pourrait-elle préciser à quelles "procédures d'autorisation" elle fait référence dans son allégation de violation de l'article VI:1 et VI:3 de l'AGCS?

Antigua

La réponse à cette question est la même que pour la question n° 11. Il n'est pas possible, pour les fournisseurs de services antiguais, d'obtenir l'autorisation de fournir des services de jeux et paris sur le territoire des États-Unis. Cela viole l'article VI:1 de l'AGCS parce que les "procédures d'autorisation", de par leurs termes mêmes, excluent les fournisseurs antiguais et ne peuvent donc être considérées comme étant "administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale". Cela viole l'article VI:3 parce qu'en raison de l'impossibilité de demander une autorisation, les États-Unis ne peuvent pas se conformer aux prescriptions de l'article VI:3.

28. En ce qui concerne son allégation de violation de l'article VI:1, Antigua-et-Barbuda pourrait-elle indiquer quelles sont les "mesures d'application générale" qui ne sont pas "administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale" et pourquoi?

Antigua

L'approche généralement adoptée en matière de législation sur les jeux aux États-Unis est que tous les jeux et paris sont prohibés à moins qu'une autorisation spécifique n'ait été accordée. Par conséquent, les États-Unis maintiennent d'abord leurs "mesures d'application générale" - les mesures des États et les mesures fédérales dont le rôle est de prohiber la fourniture de services de jeux et paris aux États-Unis. Les mesures des États et les mesures fédérales autorisant certaines personnes à fournir certains services de jeux et paris dans des situations très nombreuses et très diversifiées se

superposent aux prohibitions générales.³³⁹ En ne prévoyant pas de méthode permettant aux fournisseurs antiguais d'obtenir l'autorisation d'offrir leurs services sur le territoire des États-Unis, les États-Unis contreviennent à l'article VI:1.

F. ARTICLE XI

Question posée à Antigua-et-Barbuda:

29. Au paragraphe 108 de sa première déclaration orale, Antigua-et-Barbuda fait référence aux "dispositions juridiques" qui étaient à la base de l'action intentée par l'Attorney General de l'État de New York contre Paypal.

- a) À quelles dispositions juridiques Antigua-et-Barbuda fait-elle référence?
- b) Antigua-et-Barbuda conteste-t-elle ces dispositions juridiques et/ou leur application?

Antigua

[a]: Aux paragraphes 14 à 18 de l'"Assurance de cessation" conclue en août 2002 entre l'Attorney General de l'État de New York et Paypal, Inc.³⁴⁰, il est fait référence aux deux dispositions juridiques et aux deux affaires (qui figurait chacune dans l'annexe jointe à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua). Dans son examen des deux affaires, l'Attorney General de l'État de New York fait en outre référence à deux autres dispositions juridiques qui figurent aussi dans l'annexe jointe à la demande d'établissement d'un groupe spécial. Antigua fait référence à toutes ces dispositions juridiques. Les dispositions et les affaires en question sont les suivantes:

- **N.Y. General Obligation Law §§ 5-401 et 5-411 (McKinney 2001).** L'article 5-401 rend illicites tous les paris placés sur des courses et tous les jeux de hasard. L'article 5-411 entache de nullité tous les contrats fondés sur des mises ou des paris.
- **N.Y. Const. article premier, §9.** La partie pertinente de l'article premier, paragraphe 9, de la Constitution de l'État de New York dispose ce qui suit:

"excepté dans les conditions ci-après définies, il ne sera organisé aucune loterie ou vente de billets de loterie ou de tombola avec mise collective, ni aucun concours de pronostics ou pari ou autre type de jeu d'argent ou de hasard, à l'exception des loteries organisées par l'État et de la vente de billets pour ces loteries conformément aux prescriptions fixées par le pouvoir législatif, le produit net de ces loteries devant être utilisé exclusivement pour financer ou aider à financer des activités éducatives dans l'État de New York selon les modalités prescrites par le pouvoir législatif, et à l'exception du pari mutuel sur les courses de chevaux, selon les modalités prescrites par le pouvoir législatif, pari d'où l'État de New York tirera des recettes raisonnables pour le soutien des finances publiques, ... le pouvoir législatif adoptera les lois appropriées pour prévenir toute infraction aux dispositions du présent article."

- **U.S. v. Cohen, 260 F.3d 68 (2nd Cir. 2001), cert. denied, 536 U.S. 922 (2002).** Cette affaire concerne la poursuite engagée par les États-Unis contre M. Jay Cohen dont a traité Antigua dans sa réponse à la question n° 12. L'Attorney General de l'État de New York a cité l'affaire de M. Cohen pour prouver que la législation fédérale – la Loi sur les communications par

³³⁹ Voir la section III.B.7 du présent rapport.

³⁴⁰ Attorney General de l'État de New York, Internet Bureau, *In the Matter of Paypal, Inc.*, Assurance of Discontinuance (16 août 2002).

câble³⁴¹ – prohibe "les établissements de paris sportifs offshore exploités par des personnes établies dans l'État de New York".³⁴²

- ***The People of the State of New York v. World Interactive Gaming Corp.*, 185 Misc. 2d 852 (Sup. Ctr.N.Y. Co. 1999).**³⁴³ L'Attorney General de l'État de New York a cité cette affaire pour avancer l'idée que les lois pénales de l'État concernant les jeux illicites³⁴⁴ permettent à l'État de New York d'enjoindre une entreprise de jeux antiguaise titulaire d'une licence de ne pas fournir de services de jeux à des utilisateurs d'Internet dans l'État de New York.

[b]: Ainsi qu'elle l'a dit dans sa réponse à la question n° 10, Antigua conteste les lois (*et leur application ainsi que le montrent les affaires citées*) dans la mesure où les États-Unis les utilisent pour empêcher les fournisseurs de services antiguais de fournir des services de jeux et paris aux consommateurs aux États-Unis.

II. QUESTIONS POSÉES PAR LE GROUPE SPÉCIAL À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

B. LISTE DES ÉTATS-UNIS

Questions posées aux États-Unis:

- 30. Dans leur réponse à la question n° 3 posée aux tierces parties, les Communautés européennes font référence à la dernière révision de la Liste finale révisée des États-Unis concernant les engagements initiaux qui a été distribuée le 15 décembre 1993 sous la cote MTN.GNS/W/112/Rev.4. Les Communautés européennes font observer que cette révision renfermait une note de couverture qui était libellée comme suit:**

"Sauf indication contraire, l'étendue des engagements sectoriels des États-Unis correspond aux secteurs figurant dans la version révisée de la Classification sectorielle des services établie par le secrétariat (MTN.GNS/W/120, en date du 10 juillet 1991."

Les Communautés européennes font observer que la seule autre activité a avoir été entreprise après la distribution de ce document par les États-Unis avait été un processus de "vérification technique des listes", qui n'a pas du tout modifié la portée des résultats des négociations" (tel qu'indiqué dans le document GATT/AIR/3544 , qui renvoie à son tour à une décision du GNS datée du 11 décembre 1993 disposant la même chose).

- a) Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur la réponse des Communautés européennes?**
- b) Comment les États-Unis définissent-ils le terme "étendue" figurant dans cette note de couverture?**

³⁴¹ 18 U.S.C. § 1084.

³⁴² "Assurance of discontinuance" signée entre l'Attorney General de l'État de New York et Paypal Inc., datée du 16 août 2002, paragraphe 16.

³⁴³ Antigua cite la même affaire à la section III de l'annexe de sa demande d'établissement d'un groupe spécial. Bien qu'elle se rapporte à la même affaire, la citation d'Antigua concerne un service de compte rendu différent.

³⁴⁴ N.Y. Penal Law § 225 (lois de prohibition générale des jeux, inclus dans l'annexe jointe à la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua).

États-Unis

[a]: Le document MTN.GNS/W/112/Rev.4 cité par les Communautés européennes renferme une phrase, sensiblement identique à celle qui figurait dans le document MTN.GNS/W/112/Rev.3, qui est libellée comme suit: "[s]auf indication contraire, l'étendue des engagements sectoriels des États-Unis correspond aux secteurs figurant dans la version révisée de la Classification sectorielle des services établie par le secrétariat (MTN.GNS/W/120, en date du 10 juillet 1991)". Les CE ont à tort considéré que la note de couverture accompagnant des projets de versions de la Liste des États-Unis indiquait une position des États-Unis "selon laquelle l'étendue de leurs engagements se fondait sur la Classification sectorielle de 1991 du document W/120 et la CPC".³⁴⁵ L'ajout des mots "et la CPC" à la fin de cette phrase présente sous un faux jour le contenu de la lettre de couverture. Les États-Unis n'ont pas fait référence à la CPC dans cette note. De même, les États-Unis ont auparavant indiqué que l'établissement d'une liste sur le modèle du document W/120 et l'utilisation de la CPC étaient deux questions distinctes. Le fait d'utiliser le document W/120 ne liait pas un Membre à la CPC, et cela est confirmé par le fait que les Membres souhaitant faire référence à la CPC ont inscrit les numéros de la CPC dans leurs listes.

Concernant les discussions qui avaient eu lieu à la fin de 1993 et au début de 1994, elles avaient amplement fourni aux autres participants aux négociations de l'AGCS l'occasion de demander aux États-Unis d'inclure des références à la CPC dans leur Liste. Une déclaration faite par le Président du Groupe de négociation sur les services à une réunion informelle tenue le 29 octobre 1993 le confirme. Le Président avait déclaré ce qui suit:

[J]'ai également l'intention d'organiser des consultations, si possible à une assez grande échelle et probablement le 16 novembre, au sujet de l'établissement des listes d'engagements. Je dois souligner que l'objet de cet exercice ne serait pas d'examiner la teneur économique ou la valeur des offres, mais plutôt, dans l'intérêt de tous les participants, de déterminer les améliorations qu'il serait possible d'apporter dans la présentation des offres, sur la base d'exemples concrets. L'organisation de ces débats serait grandement facilitée si les participants informaient à l'avance le secrétariat des erreurs qui pourraient revenir fréquemment dans l'établissement des listes et qui, à leur avis, affectent la clarté ou la sécurité juridique des engagements. Cela permettrait au secrétariat d'élaborer un document de travail qui servirait pour la discussion.³⁴⁶

Les instructions du Président donnaient fortement à entendre que tout participant souhaitant que des références à la CPC soient incluses dans la Liste des États-Unis était libre de soulever la question à ce moment-là.

Par la suite, le secrétariat du GATT avait demandé aux parties aux négociations de l'AGCS de soumettre leurs questions sur les listes d'engagements et les exemptions NPF des autres Membres au plus tard le 27 janvier 1994. Début février 1994, des réunions avaient été organisées et les parties intéressées avaient été invitées à y participer pour discuter des projets de listes de chaque participant dans le cadre d'un processus de "rectification", les listes finales étant demandées au plus tard au début de mars 1994. Bien que cette période ait surtout été destinée à traiter de questions techniques, plusieurs questions de fond étaient aussi demeurées en suspens.³⁴⁷ Les États-Unis ne partageraient

³⁴⁵ Réponse des Communautés européennes à la question n° 3 du Groupe spécial.

³⁴⁶ Réunion informelle du GNS – 29 octobre 1993: Déclaration du Président, MTN.GNS/48 (29 octobre 1993).

³⁴⁷ Par exemple, les participants ont continué de débattre du champ d'application de l'AGCS et de la nécessité d'inscrire certains types de mesures dans les listes. Ils ont eu aussi jusqu'à juin 1994 pour terminer l'inscription de certaines mesures des gouvernements sous-centraux dans leurs listes. Voir la Déclaration du Président: Établissement de listes de subventions et impôts au niveau sous-central, MTN.GNS/50 (13 décembre 1993).

donc pas l'affirmation selon laquelle la question de la "portée des résultats des négociations" était entièrement réglée en décembre 1993.

[b]: La note concerne l'"étendue" des engagements des États-Unis par rapport aux "secteurs" figurant dans le document W/120, dont il est possible d'inférer que l'expression "étendue des engagements" et le terme "secteurs" étaient employés grosso modo comme des synonymes. Contrairement aux affirmations des CE, les participants aux négociations ne pouvaient raisonnablement pas avoir interprété cette note comme signifiant qu'elle avalisait la classification de la CPC. Il avait déjà été consigné par écrit que les États-Unis ne tenaient pas à être liés par une nomenclature particulière. En outre, ainsi que l'ont noté les États-Unis dans leur réponse à la partie a) de la présente question, il était reconnu que le document W/120 et la CPC étaient des questions distinctes. Bien que de nombreux participants privilégiaient la CPC, d'autres ne tenaient pas à y faire référence. Les textes des listes rendaient compte du fait que les Membres qui souhaitaient faire référence à la CPC l'ont indiqué en y inscrivant des références numériques à la CPC.

31. Dans leur réponse à la question n° 2 posée par le Groupe spécial aux parties, les Communautés européennes ont dit que "[l]a pertinence de la pratique unilatérale doit être évaluée à la lumière de l'obligation à mettre en œuvre". Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur le point de vue des Communautés européennes concernant la pertinence de la pratique unilatérale d'un Membre pour l'interprétation de la Liste de ce Membre annexée à l'AGCS?

États-Unis

Cette déclaration a été faite dans le contexte du document de l'USITC. Étant donné les limitations de ce document sur lesquelles ils se sont déjà longuement étendus³⁴⁸, les États-Unis ne voient pas comment il pourrait constituer une "pratique" de l'application de l'AGCS – même une pratique unilatérale.

Les États-Unis ne partagent pas l'argument avancé par les CE selon lequel la pratique unilatérale est pertinente pour interpréter la Liste des États-Unis dans le présent différend. Les CE ne citent aucune règle coutumière d'interprétation du droit international public qui donne du poids à la pratique unilatérale. Elles font référence à l'affaire *CE – Matériels informatiques*, mais elles passent sous silence des aspects majeurs de ce rapport qui montrent qu'ils étaient le point de vue des États-Unis, notamment en ce qui concerne les points suivants: i) Dans ce différend, l'Organe d'appel a critiqué le Groupe spécial pour avoir examiné la pratique de classement d'un Membre tout en négligeant d'examiner celle d'un autre Membre.³⁴⁹ ii) Dans l'affaire *CE – Matériels informatiques*, l'Organe d'appel a constaté que la "pratique de classement" n'était qu'un moyen complémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 de la Convention de Vienne, et ne faisait pas partie du contexte au sens de l'article 31.3 b).³⁵⁰ À cet égard, l'affaire *CE – Matériels informatiques* contredit encore une fois directement les arguments avancés par les CE et Antigua. iii) L'affaire *CE – Matériels informatiques* traite exclusivement de la "pratique de classement" – c'est-à-dire de l'application pratique du classement douanier à des marchandises.³⁵¹ Par contre, le document de l'USITC ne représente pas l'application pratique de classements au titre de l'AGCS; son but est uniquement de "faciliter la comparaison". Il ne reflète donc pas la mise en œuvre concrète des engagements des États-Unis au titre de l'AGCS contrairement à cette pratique de classement qui reflète la mise en œuvre des engagements concernant les marchandises.

³⁴⁸ Voir la section III.B.2 du présent rapport; réponse à la question n° 2 du Groupe spécial.

³⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels informatiques*, paragraphe 93.

³⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 92.

³⁵¹ *Ibid.*, paragraphes 92 et 93.

Les États-Unis font en outre observer que nonobstant le fait que le document de l'USITC ne représente pas la mise en œuvre, l'interprétation ou l'application d'un quelconque engagement des États-Unis, les observations des CE sur la "pratique unilatérale" renferment un certain nombre de propositions étonnantes et en fin de compte irrecevables.

Premièrement, les CE semblent donner à entendre que la mise en œuvre d'un engagement est "particulièrement pertinente" pour l'interprétation d'un engagement. Cela est quelque peu surprenant. Tout d'abord, les CE n'invoquent aucune règle coutumière de l'interprétation des traités à l'appui de leur proposition. En fait, il est difficile de concilier cette position avec le principe de base codifié à l'article 31 1) de la Convention de Vienne: "Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but." De plus, les CE semblent complètement éluder le fait que de nombreux engagements spécifiques ont fait l'objet de demandes-offres ou d'autres négociations bilatérales ou plurilatérales. L'approche des CE étonnerait certainement de nombreux Membres qui pensaient que les listes des autres Membres annexées à l'AGCS reprenaient les résultats de leurs négociations et ne consistaient pas simplement en une série de mots que le Membre établissant sa Liste pouvait "mettre en œuvre" et par là même interpréter.

Deuxièmement, les CE semblent donner à entendre que l'absence d'objection de la part des autres Membres quant à la façon dont un Membre applique un engagement spécifique peut permettre de déterminer le sens de cet engagement. Les conséquences de l'approche des CE ne sont pas tout à fait claires, ni pour la Liste des États-Unis ni pour celle de tout autre Membre. (L'idée que l'AGCS avait mené à cette sorte de résultat étonnerait aussi certainement de nombreux Membres qui avaient participé aux négociations mais qui ne disposaient pas de suffisamment de ressources pour surveiller la mise en œuvre de chaque engagement des autres Membres.) De toute façon, la position des CE repose fondamentalement sur un principe qui a été rejeté au titre du GATT de 1947. Ainsi que l'avait clairement indiqué un Groupe spécial du GATT qui avait rejeté un argument similaire des Communautés européennes, "... 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".³⁵²

C. LA OU LES MESURE(S) EN CAUSE

Questions posées à Antigua-et-Barbuda:

32. Dans sa première déclaration orale (paragraphe 21), pour faire valoir qu'il existe une prohibition de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, Antigua mentionne trois lois fédérales, à savoir la Loi sur les communications par câble (18 U.S.C. § 1084), la Loi sur les déplacements (18 U.S.C. § 1952) et la Loi sur les jeux illicites (18 U.S.C. § 1955). Dans sa première déclaration orale (paragraphe 20), Antigua fait aussi référence, au moyen de la pièce n° 84 d'Antigua-et-Barbuda, aux lois de cinq États qui prohibent les jeux sur Internet. Antigua pourrait-elle indiquer s'il s'agit des seules lois spécifiques sur lesquelles elle cherche à s'appuyer pour étayer son allégation de l'existence d'une prohibition de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris? Dans la négative, Antigua pourrait-elle indiquer les autres lois ou mesures sur lesquelles elle cherche à s'appuyer à cet égard et fournir des explications à ce sujet?

³⁵² Rapport du Groupe spécial CEE – *Restrictions à l'importation*, paragraphe 28. Un autre groupe spécial a indiqué que "[l]a décision d'une partie contractante de ne pas invoquer un droit à l'égard d'une autre partie contractante à un moment donné ne pouvait donc pas en soi être raisonnablement considérée comme une décision de relever cette autre partie contractante des obligations qui découlaient pour elle de l'Accord général". Rapport du Groupe spécial CEE (*États Membres*) – *Bananes I*, paragraphe 3.62.

Antigua

Toutes les lois spécifiques figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua font partie de la prohibition totale qui existe effectivement aux États-Unis (et qui est reconnue par les États-Unis). Au paragraphe 25 de sa déclaration orale du 10 décembre 2003 et dans ses pièces n° 81 et 88, Antigua a donné d'autres explications de toutes ces lois particulières, dont le libellé figure dans les pièces n° 82, 89, 90, 91 et 99 d'Antigua-et-Barbuda. Tous ces éléments matériels concernant des lois spécifiques étayent encore l'existence d'une prohibition totale. Il importe de noter toutefois qu'Antigua a cité toutes ces lois dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial afin d'être aussi exhaustive que possible, et *non pas* parce qu'elle estime que chaque loi est une pièce essentielle d'un "puzzle" sans laquelle il n'existerait pas de prohibition totale. La plupart des lois citées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial sont des lois de prohibition qui pourraient être appliquées indépendamment les unes des autres pour prohiber la fourniture transfrontières à partir d'Antigua.

Antigua présente sa réponse à la question avant l'échéance du 2 février parce que cette question pourrait aussi être interprétée comme une invitation à soumettre des explications plus détaillées au sujet des lois fédérales et des lois des États qui n'ont pas été examinées aux paragraphes 20 et 21 de la déclaration orale du 10 décembre et dans la pièce n° 84 d'Antigua-et-Barbuda. Antigua est d'avis que cela n'est probablement pas le but de la question n° 32 parce que les documents présentés en tant que pièces n° 81 et 88 contiennent déjà une explication de toutes les lois fédérales et des lois des États énumérées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial qui est similaire à l'explication que nous avons donnée des trois lois fédérales dans notre déclaration orale du 10 décembre 2003 et des lois des cinq États dont un résumé figure dans la pièce n° 84 d'Antigua-et-Barbuda. Antigua est bien entendu disposée à présenter d'autres explications des lois en cause si le Groupe spécial le souhaite, mais nous ne voulons pas surcharger le Groupe spécial avec d'autres documents écrits si telle n'est pas son intention. Si nous avons mal compris la question n° 32, nous demandons respectueusement au Groupe spécial de la clarifier afin que nous puissions y répondre le plus utilement possible avant l'échéance du 2 février.

États-Unis

Les États-Unis tiennent à réserver leur droit de répondre à tout nouvel argument et/ou élément de preuve avancé par Antigua dans ses réponses aux questions additionnelles du Groupe spécial. Conformément aux vues exprimées dans leur demande de décisions préliminaires, les États-Unis demandent au Groupe spécial de leur accorder au moins quatre semaines pour répondre à tout nouvel argument ou observation sur tout nouvel élément de preuve avancé par Antigua concernant des mesures qu'ils n'ont pas traitées dans leurs communications et déclarations antérieures.

- 33. Antigua pourrait-elle fournir une liste des services de jeux et paris qu'elle cherche à fournir sur une base transfrontières aux États-Unis et dont elle allègue qu'ils font l'objet d'une prohibition?**

Antigua

Antigua cherche à fournir aux consommateurs aux États-Unis tous les types de services qui ont pour objet de placer et prendre des paris ou des mises, sous réserve des services qui sont prohibés par la législation antiguaïse, tels que ceux comportant l'utilisation de matériel pornographique, indécent ou choquant. Il est difficile de couvrir chaque permutation possible des éléments d'une liste, mais les produits offerts par les services de jeux et paris qu'Antigua cherche à fournir sont notamment les suivants: i) les jeux de tirage aléatoire (de quelque forme que ce soit, y compris les jeux qui sont traditionnellement qualifiés de "loteries" ou de "jeux de casino" dans leurs permutations probablement infinies); ii) les paris liés à des manifestations; iii) les jeux de cartes et autres jeux d'adresse

comportant des enjeux pécuniaires; iv) les paris de personne à personne (les "échanges de paris" ainsi qu'il est convenu de les appeler).

Questions posées aux États-Unis:

- 34. En quoi le paragraphe 20 de la deuxième communication écrite des États-Unis est-il pertinent pour la question n° 19 du Groupe spécial? Les jeux et paris sur Internet/à distance sont-ils autorisés entre les États sur le territoire des États-Unis?**

États-Unis

En réponse à la question n° 19 du Groupe spécial, les États-Unis ont dit que les services de jeux mentionnés au paragraphe 20 de la deuxième communication écrite des États-Unis pouvaient être transmis entre des États des États-Unis ou sur une base transfrontières, mais que les autres formes de services de jeux sur Internet/à distance n'étaient pas autorisées entre les États des États-Unis ou sur une base transfrontières. La référence faite au "paragraphe 20" dans cette réponse était erronée; les États-Unis voulaient plutôt faire référence au paragraphe 26 de leur deuxième communication écrite, dans lequel ils disaient que les restrictions qu'ils maintenaient n'empêchaient pas la fourniture transfrontières de tous les services de jeux et où ils en ont donné plusieurs exemples. Les services de jeux sur Internet/à distance mentionnés au paragraphe 26 sont permis entre les États sur le territoire des États-Unis et sur une base transfrontières, mais d'autres formes de services de jeux sur Internet/à distance (c'est-à-dire ceux comportant la transmission d'un pari ou d'une mise à l'aide d'un dispositif de communications par câble) ne le sont pas. Les États-Unis remercient le Groupe spécial d'avoir porté cette erreur à leur attention.

Les États-Unis tiennent à indiquer qu'il y a un lien entre le paragraphe 20 de leur deuxième communication écrite et la question n° 19. Le tableau fourni au paragraphe 20 précise que pour qu'il y ait violation de l'article XVI:2 a), ce sur quoi Antigua fonde maintenant ses arguments au titre de l'article XVI:2, une limitation doit restreindre le "nombre de fournisseurs de services" et cette limitation doit se présenter "sous forme de contingents numériques", etc. En vertu de la législation des États-Unis, le fait qu'un service puisse être permis entre des États et sur une base transfrontières dépend de la nature de l'activité concernée. Ce type de restriction ne limite pas le nombre de fournisseurs (de fait, il peut y avoir un nombre indéfini de fournisseurs de services de jeux transfrontières admissibles), et elle ne se présente pas sous "forme" de "contingents numériques".

- 35. Au paragraphe 17 de leur deuxième déclaration orale, les États-Unis font observer ce qui suit: "Nous avons très ouvertement dit à l'ORD et au présent Groupe spécial que les États-Unis ne permettaient pas certains services, tels que les paris sur Internet, qu'ils soient fournis à partir du territoire national ou sur une base transfrontières". Les États-Unis pourraient-ils identifier les "certains services" dont la fourniture est prohibée à partir du territoire national et sur une base transfrontières?**

États-Unis

Oui. Les États-Unis font principalement référence aux services comportant la transmission d'un pari ou d'une mise à l'aide d'un dispositif de communications par câble au travers des frontières des États ou des États-Unis, comme les paris sur Internet et par téléphone. Parmi les autres services de jeux qui font l'objet de restrictions semblables, tant au niveau interne que transfrontières, on peut citer l'envoi de billets de loterie d'un État à un autre par la poste, le transport inter-États d'articles de promotion des paris, et les paris sur les manifestations sportives.

36. En ce qui concerne la référence faite aux "quelques rares exceptions limitées aux établissements de paris sportifs titulaires d'une licence au Nevada" au deuxième paragraphe de la pièce n° 73 d'Antigua-et-Barbuda³⁵³, les États-Unis pourraient-ils indiquer quelles sont ces exceptions, même à titre d'exemple?

États-Unis

La pièce n° 73 d'Antigua-et-Barbuda est une lettre du Deputy Assistant Attorney General, M. John Malcolm, à la National Association of Broadcasters. La phrase extraite de la lettre à laquelle fait référence le Groupe spécial est libellée comme suit: "Hormis quelques rares exceptions limitées aux établissements de paris sportifs titulaires d'une licence au Nevada, la législation fédérale et les lois des États prohibent l'exploitation des établissements de paris sportifs et de jeux sur Internet sur le territoire des États-Unis, que ces établissements soient ou non établis offshore." Le Nevada est le seul État où les services de paris sportifs sont licites aux États-Unis. Cette exception découle d'un fait historique, à savoir que le Nevada avait déjà autorisé de tels services à l'époque où le gouvernement fédéral des États-Unis a décidé de prohiber toute autre autorisation des paris sportifs par les États.³⁵⁴ Les services de paris sportifs sont limités au Nevada, et les établissements de paris sportifs au Nevada ne peuvent pas accepter de paris provenant de personnes établies dans d'autres États.

Antigua

Antigua voudrait indiquer que la déclaration faite au nom des États-Unis dans la lettre jointe en tant que pièce n° 73 d'Antigua-et-Barbuda n'est pas tout à fait exacte lorsqu'elle mentionne "Hormis quelques rares exceptions limitées aux établissements de paris sportifs titulaires d'une licence au Nevada, la législation fédérale et les lois des États prohibent l'exploitation des établissements de paris sportifs et de jeux sur Internet sur le territoire des États-Unis (...)". En vertu de la législation connue sous le nom de "PASPA"³⁵⁵, le gouvernement fédéral des États-Unis a expressément exempté quatre États, le Nevada, l'Oregon, le Delaware et le Montana, de l'application de sa prohibition générale frappant les paris sportifs autres que sur les courses de chevaux, les courses de lévriers et la pelote basque. Actuellement, seul le Nevada est autorisé à exploiter des établissements de paris sportifs en tous genres, quoiqu'il existe en Oregon certaines possibilités de paris sportifs par l'intermédiaire de la loterie de l'État.³⁵⁶ Il n'y a pas dans la PASPA ni dans d'autres lois fédérales de dispositions restreignant la capacité de ces États d'offrir toute la gamme des services de paris sportifs sur une base commerciale ou par des organismes des États. Par ailleurs, bien que les États-Unis semblent établir diverses distinctions entre les paris sur les courses de chevaux et d'autres formes de paris sportifs, Antigua estime qu'il n'existe pas vraiment de fondement logique à ces distinctions. Les services de paris sur les courses de chevaux *sont* des services de paris sportifs et ils sont agréés sur l'ensemble du territoire des États-Unis, qu'ils soient livrés "en personne", au téléphone ou par Internet.

³⁵³ Lettre du Département de la justice des États-Unis à la National Association of Broadcasters intitulée "Advertising for Internet Gambling and Offshore Sportsbooks Operations" (11 juin 2003), présentée par Antigua en tant que pièce.

³⁵⁴ 28 U.S.C. §§ 3701-3704. Cette loi a été promulguée en 1991 pour "faire cesser la progression des paris sportifs organisés sous l'égide des États et préserver l'intégrité de notre passe-temps national". Rapport du Sénat, 102-248, réimprimé en 1992 U.S.C.C.A.N. 3553, 3555. Le Congrès était d'avis que "[l]es paris sportifs menacent de changer la nature des manifestations sportives et de faire d'activités saines pour tous les âges des instruments de paris". *Ibid.* Le Nevada était le seul État à avoir autorisé les établissements de paris sportifs à l'époque de la promulgation de cette loi fédérale (ou dans l'année qui a suivi), et il était donc devenu aux termes de la loi le seul État auquel il était permis de continuer à le faire.

³⁵⁵ 28 U.S.C. §§ 3701-3704.

³⁵⁶ www.oregonlottery.com.

D. ARTICLE XVI

Questions posées aux États-Unis:

37. À supposer, pour les besoins de l'argumentation, que dans leur Liste annexée à l'AGCS les États-Unis ont contracté un engagement pour les services de jeux et paris, quel est le but de l'évaluation de la conformité avec le paragraphe 2 de l'article XVI alors qu'il est procédé à cette même évaluation dans le cas du paragraphe 1, puisque les États-Unis ont inscrit "néant" dans leur Liste pour ce qui est des engagements concernant l'accès aux marchés?

États-Unis

Le mot "néant" figure sous la colonne "limitations de l'accès aux marchés". Afin de déterminer si un Membre a violé l'engagement que reflète l'inscription du mot "néant", il faut donc établir ce que signifie une "limitation de l'accès aux marchés". L'article XVI:2 dresse la liste fermée des restrictions quantitatives minutieusement décrites qui sont considérées comme des "limitations de l'accès aux marchés" au titre de l'AGCS. Par conséquent, il faut logiquement se tourner vers l'article XVI:2 pour déterminer si un Membre a maintenu ou adopté une mesure incompatible avec l'article XVI.

38. Quelle est la réaction des États-Unis vis—vis des arguments avancés par Antigua au paragraphe 31 de sa deuxième déclaration orale concernant la signification de l'expression "que ce soit" à l'article XVI:2 a)?

États-Unis

Antigua s'appuie sur l'expression "que ce soit" pour affirmer que l'article XVI:2 a) constitue, en soi, une liste ouverte plutôt qu'une liste fermée. L'expression "que ce soit" ne dénote pas automatiquement une liste ouverte. En fait, les Accords de l'OMC sont remplis d'exemples à l'effet contraire dont étaient conscients les rédacteurs et c'est pourquoi ils ont ajouté certaines expressions fourre-tout telles que "sous toute autre forme". L'exemple particulier où est employée cette expression est l'article XXVIII a) de l'AGCS, qui dispose que "le terme "mesure" s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme". Un autre exemple, plus analogue sur le plan du fonctionnement à l'article XVI de l'AGCS est l'article XI du GATT, qui définit une liste ouverte par référence à "de[s] prohibitions ou de[s] restrictions ... que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé". En fait, cet exemple confirme en outre les arguments précédemment avancés par les États-Unis sur les différences importantes qui existent entre l'article XI du GATT et l'article XVI de l'AGCS.

On en retrouve un autre exemple dans l'Annexe sur les services financiers de l'AGCS, qui emploie l'expression "que ce soit dans une bourse, sur un marché hors cote ou autre". En fait, l'Accord sur l'OMC en contient plusieurs autres exemples. Ensemble, ces exemples confirment que puisque l'article XVI:2 a) ne comprend pas d'expression fourre-tout, il doit à juste titre être interprété comme constituant une liste fermée.

Antigua

Antigua tient à souligner que l'expression "que ce soit" doit avoir un *certain* sens. Si l'article XVI:2 a) devait être interprété comme le souhaitent les États-Unis - un énoncé exprès des seules "formes" que peut prendre le refus de l'accès aux marchés pour se traduire par une violation de l'article XVI - l'expression "que ce soit" est dénuée de sens. Si l'on retire l'expression "que ce soit" de son contexte, alors le texte se lit ainsi que l'ont résumé les États-Unis au paragraphe 20 de leur

deuxième communication écrite. Pourtant, les États-Unis voudraient que le texte *même* de l'article XVI:2 a) se lise exactement de la même manière, malgré l'inclusion de l'expression "que ce soit". À cet égard, le Groupe spécial devrait noter que dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "En matière d'interprétation des traités, la règle fondamentale veut que l'interprète du traité lise et interprète les mots qui ont été effectivement utilisés dans l'accord à l'examen (...)." ³⁵⁷

L'argument des États-Unis selon lequel les grands buts exposés à l'article XVI:1 sont ensuite réfutés par une lecture formaliste de l'article XVI:2 est manifestement illogique et viole la règle fondamentale de l'interprétation des traités énoncée au premier paragraphe de l'article 31 de la Convention de Vienne, à savoir: "Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but." Selon son préambule, l'objet et le but de l'AGCS sont la "libéralisation progressive" du commerce des services "comme moyen de promouvoir la croissance économique de tous les partenaires commerciaux et le développement des pays en développement". Les engagements concernant l'accès aux marchés sont manifestement l'un des grands mécanismes par lesquels cette "libéralisation progressive" est mise en application. Le fait de permettre à un pays de se soustraire à des engagements sans limitation concernant l'accès aux marchés inscrits dans sa liste en adoptant simplement un obstacle sous la "forme" d'une prohibition totale, pure et simple rendrait ces engagements ineffectifs. Il est clair que cela ne peut pas avoir été l'intention des rédacteurs de l'AGCS.

- 39. Les États-Unis pourraient-ils formuler des observations sur les arguments avancés par Antigua au paragraphe 32 de sa deuxième déclaration orale concernant la signification des Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et de 2001 dans la mesure où elles disposent qu'une prescription en matière de nationalité pour les fournisseurs de services serait visée par l'article XVI:2 a) de l'AGCS? Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 pourraient-elles constituer un "accord ultérieur" au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne ou une "pratique ultérieurement suivie" au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne?**

États-Unis

Au paragraphe 32 de sa deuxième déclaration orale, Antigua affirme que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993 et de 2001 "disposent sans équivoque qu'une prescription en matière de nationalité pour les fournisseurs de services tomberait sous le coup de l'article XVI:2 a) comme équivalant à un contingent nul, même si elle n'a pas la forme d'un contingent numérique". Antigua fonde cette affirmation sur une liste d'exemples de limitations de l'accès aux marchés que fournissent les Lignes directrices pour l'établissement des listes. Cette liste comprend, sous l'intitulé "[l]imitations concernant le nombre de fournisseurs de services", l'entrée "[p]rescriptions en matière de nationalité pour les fournisseurs de services (contingent équivalant à un contingent nul)".

Les États-Unis ne souscrivent pas aux affirmations générales d'Antigua-et-Barbuda fondées sur cette ligne des Lignes directrices pour l'établissement des listes et ce, pour les raisons suivantes: i) rien dans le texte de l'article XVI ne soutient la thèse d'un "contingent nul" implicite. La partie pertinente du libellé de l'article XVI:2 a) sur lequel s'est appuyée Antigua fait référence aux "limitations concernant le nombre de fournisseurs ... sous forme de contingents numériques". Selon le sens ordinaire de ce libellé, la "forme" de la limitation est le fait juridiquement pertinent, et non son implication ou effet allégué. Selon le libellé cité, cette forme doit être "numérique" (ce qui veut dire "of, pertaining to, or characteristic of a number or numbers" (qui vient d'un ou de plusieurs chiffres, qui s'y rapporte ou qui en est caractéristique)) et être un "contingent" (ce qui veut dire une "quantity ... which under official regulations must be ... imported" (quantité ... qui en vertu d'une

³⁵⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 181.

réglementation officielle doit être ... importée)).³⁵⁸ Les restrictions appliquées par les États-Unis à la fourniture à distance de services de jeux ne prennent pas la forme de contingents numériques pour les fournisseurs de services; ii) les Lignes directrices pour l'établissement des listes disposent elles-mêmes à un autre endroit que les "[p]lafonds numériques doivent être exprimés sous forme de quantités définies, soit en valeur absolue soit en pourcentage".³⁵⁹ Cet énoncé est plus compatible avec le libellé de l'article XVI; iii) telles qu'elles sont libellées, les Lignes directrices pour l'établissement des listes disposent qu'elles "ne doivent pas être considérées comme une interprétation juridique faisant autorité de l'Accord général sur le commerce des services (GATS)"³⁶⁰; iv) l'exemple d'une prescription en matière de nationalité est hors de propos parce que théoriquement une telle prescription empêche toute fourniture transfrontières, alors que – ainsi que l'ont à maintes reprises souligné les États-Unis – les restrictions appliquées par les États-Unis sur la fourniture à distance des services de jeux ne prohibent pas toute la fourniture transfrontières des services de jeux, et elles s'appliquent indépendamment de la nationalité; v) contrairement aux prescriptions en matière de nationalité, les restrictions appliquées par les États-Unis sur la fourniture à distance de services de jeux sont des restrictions applicables aux attributs d'un service, et non des limitations de l'accès aux marchés. En 1997, dans un document examinant (entre autres choses) la ligne "contingent nul" dans les Lignes directrices pour l'établissement des listes, le Secrétariat de l'OMC a fait observer que, même si une prescription en matière de nationalité pouvait être considérée comme un contingent nul (*quod non*), "[u]ne restriction concernant la composition de la direction en cas de présence commerciale ne peut pas être considérée comme une restriction directe à l'accès au marché visant un fournisseur de services étranger".³⁶¹ Le Secrétariat établissait donc une distinction entre les restrictions concernant les "attributs" d'un service, qui relevaient de la colonne relative au traitement national, et les restrictions concernant "les personnes physiques qui fournissent effectivement le service", qui relevaient de la colonne relative à l'accès aux marchés.³⁶² Conformément à cette analyse, les restrictions appliquées par les États-Unis concernant les attributs d'un service ne sont pas des limitations de l'accès aux marchés.

Le Groupe spécial demande si les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 constituent un "accord ultérieur" au sens de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne. Ce n'est pas le cas. Les États-Unis ont déjà indiqué que le texte du document disposait qu'elles ne devaient pas être considérées comme une interprétation juridique de l'AGCS. Il serait donc incompatible avec les termes du document lui-même de les interpréter comme un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions". De même, le Conseil général et la Conférence ministérielle ont le "pouvoir exclusif" d'adopter des interprétations juridiques des Accords de l'OMC.³⁶³ Enfin, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 ne se rapportent pas à l'"interprétation" ou à l'"application" de l'AGCS; elles représentent plutôt des travaux préparatoires pour la négociation de nouveaux engagements. Pour toutes ces raisons, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 ne constituent pas un "accord ultérieur" au titre de l'article 31 3) a) de la Convention de Vienne.

Le Groupe spécial demande si les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 constituent une "pratique ultérieurement suivie" au sens de l'article 31 3) b) de la Convention de Vienne. Ce n'est pas le cas. L'article 31 3) b) de la Convention de Vienne fait référence à une "pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à

³⁵⁸ The *New Shorter Oxford English Dictionary*, pages 1955 et 2454 (4^{ème} édition 1993).

³⁵⁹ Addendum aux Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993; réponse à la question n° 3; Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001, paragraphe 9.

³⁶⁰ Lignes directrices pour l'établissement des listes de 1993, paragraphe 1; Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001, paragraphe 1.

³⁶¹ Révision des Lignes directrices pour l'établissement des listes – Note du Secrétariat, S/CSC/W/19, paragraphe 20 (5 mars 1999).

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ Article IX:1 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce.

l'égard de l'interprétation du traité". Les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 constituent des indications non contraignantes pour la négociation des dispositions du traité et, en tant que telles, elles représentent des travaux préparatoires pour des engagements futurs, et non une pratique "dans l'application du traité". Par ailleurs, les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 n'"établi[ssent pas] l'accord des parties à l'égard de" l'interprétation de l'AGCS. Au contraire, ces "Lignes directrices" disposent expressément qu'elles ne représentent pas une interprétation, et elles ont été rédigées avec grand soin pour proposer ou recommander, plutôt que pour prescrire des approches, des nomenclatures ou des interprétations particulières. Par conséquent, on ne saurait en conclure que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 reflètent une communauté de vues des Membres au sujet de l'interprétation de quelconques dispositions de l'AGCS.

Les positions exprimées aux deux paragraphes précédents sont en outre confirmées par le texte de la décision en vertu de laquelle le Conseil du commerce des services a adopté les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001. Le Conseil a décidé ce qui suit:

1. Il adopte les Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services reproduites dans le document S/CSC/W/30 *en tant qu'ensemble non contraignant de lignes directrices*.
2. Les Membres sont invités à suivre ces lignes directrices *à titre volontaire* pour l'établissement des listes futures d'engagements spécifiques, afin d'en promouvoir la précision et la clarté.
3. Les lignes directrices *ne modifieront en rien les droits et obligations* des Membres au titre de l'AGCS.³⁶⁴

Les parties en italique montrent que les Lignes directrices pour l'établissement des listes de 2001 ne visaient ni à lier les Membres ni à modifier l'ampleur de tout droit ou obligation au titre de l'AGCS (y compris l'ampleur des engagements). En outre, il était entendu que les Lignes directrices révisées ne constitueraient pas une interprétation faisant autorité des dispositions de l'AGCS, puisqu'une telle interprétation devrait être fondée sur l'article IX de l'Accord sur l'OMC. Elles constituaient plutôt des travaux préparatoires pour l'"établissement futur de listes" d'engagements spécifiques.

E. ARTICLE XVII

Questions posées à Antigua-et-Barbuda:

40. **Antigua dispose-t-elle d'éléments de preuve quelconques fondés sur le marché/économiques pour étayer son affirmation figurant au paragraphe 36 de sa deuxième déclaration orale selon laquelle les services de jeux et paris "sur Internet" et les services de jeux et paris "réels" se font concurrence et que les consommateurs passent des uns aux autres?**

Antigua

En 2001, certains participants du secteur ont réalisé une étude afin de déterminer le "marché" des joueurs à l'échelle internationale. Le résumé des conclusions de l'étude³⁶⁵ contient certains

³⁶⁴ Décision sur les Lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques dans le cadre de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) – Adoptée par le Conseil du commerce des services le 23 mars 2001, S/L/91 (29 mars 2001). (pas d'italique dans l'original)

éléments intéressants sur la population des joueurs.³⁶⁶ L'étude de la River City a constaté l'existence d'un chevauchement considérable dans l'utilisation des services de jeux par les joueurs réguliers. En particulier, elle a constaté que "[l]es joueurs des établissements réels et virtuels, ceux qui jouent pour de l'argent en ligne et hors ligne, sont les véritables passionnés des jeux sur le marché. (...) [C]e sont eux qui dépensent le plus sur le marché".³⁶⁷ L'étude a aussi constaté que les joueurs qui jouaient pour de l'argent en ligne uniquement, mais qui ne jouaient pas dans les établissements réels "forment un segment unique du marché total des jeux en ligne".³⁶⁸

Plusieurs études universitaires réalisées aux États-Unis et au Royaume-Uni ont constaté qu'il existait un degré élevé de substituabilité entre différentes formes de jeux. À la connaissance d'Antigua, aucune étude de ce genre ne s'est penchée en particulier sur la substituabilité des jeux "sur Internet" par rapport aux jeux "réels". Antigua a toutefois demandé l'opinion de deux éminents économistes spécialistes du domaine (M. Donald Siegel, professeur au Rensselaer Polytechnic Institute de Troy, dans l'État de New York, et M. Leighton Vaughan Williams, professeur à la Nottingham Trent University) sur le degré de substituabilité sur les marchés des jeux. Ils ont tous deux conclu que les jeux "sur Internet" sont un solide substitut des jeux "réels".³⁶⁹

En même temps que sa première communication, Antigua a présenté au Groupe spécial des éléments de preuve empiriques de la concurrence entre les services de jeux sur Internet et les services de jeux nationaux aux États-Unis.³⁷⁰ Il existe de nombreux autres éléments de preuve empiriques de la concurrence entre les services de jeux sur Internet et les autres services de jeux.³⁷¹

En ce qui concerne la proposition générale selon laquelle le commerce "sur Internet" concurrence le commerce "réel", Antigua renvoie à l'initiative de la Commission fédérale du commerce des États-Unis ("la FTC") pour promouvoir la concurrence sur Internet.³⁷² La FTC avait toutefois constaté "que de nombreuses réglementations des États favorisent les fournisseurs locaux par rapport aux concurrents de l'extérieur de l'État et que d'autres prohibent complètement la concurrence en ligne pour des produits et services particuliers". Concernant une étude sur les ventes de vins par

³⁶⁵ "The River City Gambler Monitor," The River City Group, Reymers & Associates (2001).

³⁶⁶ "Internet Gambling Report, Sixth Edition," River City Group, LLC (2003) (the "River City Study").

³⁶⁷ *Ibid.*, page 57.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ La déclaration de MM. Donald Siegel et Leighton Vaughan Williams, et la déclaration additionnelle de M. Leighton Vaughan Williams sont présentées en tant que pièces par Antigua. Certains documents auxquels se réfère la première opinion sont aussi présentés en tant qu'éléments de preuve: D. Siegel et G. Anders, "The Impact of Indian Casinos on State Lotteries: A Case Study of Arizona", *Public Finance Review*, volume 29, n° 2, mars 2001, pages 139 à 147; D.S. Elliott et J.C. Navin, "Has Riverboat Gambling Reduced State Lottery Revenue?", *Public Finance Review*, volume 30, n° 3, mai 2002, pages 235 à 247.

³⁷⁰ Ces éléments de preuve figurent dans "The Handle: Thursday Roundup", *The Spokesman Review* (Spokane Washington) (2 février 2001); David Bennett, "Lottery's pot for schools ends up short", *Crain's Cleveland Business* (23 juillet 2001); Jim Saunders, "Video-gambling debate spins in soft economy", *The Florida Times-Union* (29 décembre 2002); et Michael Kaplan, "Gambling in America: A Special Report", *Cigar Aficionado*, (octobre 2002).

³⁷¹ Voir, par exemple, Rod Smith, "Online Betting Growth Called Threat to Nevada", *Las Vegas Review-Journal* (24 janvier 2003), D1 (http://www.reviewjournal.com/lvrj_home/2004/Jan-24-Sat-2004/business/23006933.html) (Nevada gambling industry experts view on-line betting growth as a threat to the Nevada gambling industry's standing as the centre of the world gaming industry); Ed DeRosa, "NYRA, Magna Withhold Simulcast Signal From Attheraces", *Thoroughbred Times.com*, 13 janvier 2004 (<http://www.thoroughbredtimes.com/todaysnews/newsview.asp?recno=41340&subsec=>) (Internet betting sites adversely impacting horse race betting). Dans son étude sur l'industrie des jeux réalisée en 2002 et intitulée "E-Gaming: a giant beyond our borders" (septembre 2002), la banque d'investissement Bear Stearns & Co., Inc. cite un certain nombre de préoccupations en matière de concurrence exprimées par l'industrie nationale des jeux des États-Unis à propos de la concurrence des paris sur Internet. Voir Michael Tew et Jason Ader, Bear Stearns & Co., Inc., Equity Research, *Gaming Industry: E-Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, pages 32-39.

³⁷² FTC, "E-commerce lowers prices, increases choices in wine market".

Internet, la FTC a constaté ce qui suit: "Le commerce électronique offre aux consommateurs des prix plus bas, un plus grand choix et une facilité accrue. Sur le marché du vin et sur d'autres marchés, toutefois, des obstacles à la concurrence du commerce électronique privent les consommateurs de ces avantages." La FTC a en outre constaté ce qui suit: "Les prohibitions des services de livraison directe inter-États instaurées par les États sont le principal obstacle réglementaire à l'expansion du commerce électronique du vin". En ce qui concerne la préoccupation des États au sujet de la consommation d'alcool par les mineurs, la FTC conclut que "les États peuvent interdire la vente aux mineurs par des moyens moins restrictifs qu'une interdiction pure et simple".

41. En ce qui concerne l'argument d'Antigua figurant au paragraphe 38 de sa deuxième déclaration orale, Antigua fait-elle maintenant valoir que toutes les activités de jeux et paris dans lesquelles on gagne et perd de l'argent sont nécessairement "similaires" et que cela constituerait le principal critère pour décider de la "similarité" au sens de l'article XVII?

Antigua

Depuis le début du présent différend, Antigua maintient que tous les services de jeux et paris consistant à placer une mise sont "similaires" pour les fins de l'article XVII de l'AGCS. En raison de l'absence de jurisprudence de l'OMC sur la question de la "similarité" au sens de l'AGCS, comme cela a été évoqué en détail dans la déclaration orale d'Antigua du 10 décembre, Antigua estime que le précédent sur la question dans le cadre du GATT de 1994, à savoir l'affaire *CE – Amiante*³⁷³, offre un contexte approprié pour évaluer la "similarité".

Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté que les deux critères les plus importants pour la détermination de la "similarité" étaient: i) la mesure dans laquelle les produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales ou des utilisations finales semblables; et ii) la mesure dans laquelle les consommateurs perçoivent et considèrent les produits comme d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique. À cet égard, Antigua a estimé au paragraphe 38 de sa déclaration liminaire du 26 janvier 2004 que le fait de gagner ou de perdre de l'argent était la condition *sine qua non* des services de jeux et paris, qui peuvent tout aussi bien être livrés localement qu'"à distance". Ce n'est pas le cas de la comparaison que les États-Unis cherchent à faire au paragraphe 39 de leur deuxième communication écrite où ils s'efforcent d'établir une analogie avec la différence existant entre la participation à une course de chevaux réelle et la participation à une course de chevaux "en réalité virtuelle" - situation où la principale caractéristique des deux activités est clairement différente (activité physique par opposition à activité non physique).

À la lumière des critères avancés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, Antigua estime que le critère le plus important pour la détermination de la "similarité" au regard du droit de l'OMC est la substituabilité du produit (ou du service). Il y a, bien entendu, divers degrés de substituabilité. Par exemple, les éléments de preuve économiques existant aux États-Unis montrent qu'à un niveau les activités de jeux servent de large substitut pour d'autres "services de divertissement et services récréatifs".³⁷⁴ Antigua ne donne toutefois pas à entendre que n'importe quel degré de substituabilité rend nécessairement deux services "similaires". Par ailleurs, le degré de substituabilité qui est requis pour que deux services soient jugés "similaires" ne devrait pas être indûment élevé et il devrait être considéré dans le contexte de l'autre "composante de la concurrence" de l'article XVII: la prescription selon laquelle les "conditions de concurrence" doivent être non moins favorables. Autrement dit, les services dont le degré de substituabilité est faible auront droit à un niveau de traitement différent très important sans que cela n'affecte les "conditions de concurrence" et sans qu'il n'y ait violation de l'article XVII. Dans le cas de deux services dont le degré de substituabilité est

³⁷³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*.

³⁷⁴ D. Siegel et G. Anders, *op. cit.*, page 140.

élevé, un faible niveau de traitement différent modifiera les conditions de concurrence et entraînera par conséquent une violation de l'article XVII.³⁷⁵ Les éléments de preuve économiques disponibles indiquent qu'il existe un degré de substituabilité élevé ou relativement élevé entre les diverses formes traditionnelles des services de jeux, ainsi qu'une substituabilité entre les diverses méthodes de distribution des services de jeux.³⁷⁶ À cet égard, Antigua estime qu'un traitement radicalement différent d'une forme de jeux, ou d'une méthode de distribution, par rapport à une autre viole nécessairement l'article XVII.

Questions posées aux États-Unis:

- 42. Dans leurs communications, les États-Unis ont introduit une distinction entre, d'une part, la fourniture à distance des services de jeux et paris et, d'autre part, la fourniture non à distance de ces services. Les États-Unis pourraient-ils préciser comment ils définissent la fourniture "à distance" et "non à distance" de ces services, en faisant référence à l'application spécifique de cette distinction aux États-Unis? Par exemple, si un billet d'une loterie de l'État de New York est acheté auprès d'un vendeur titulaire d'une licence en Floride, cela est-il considéré comme une fourniture à distance, compte tenu de la définition de cette expression à laquelle font référence les États-Unis au paragraphe 7 de leur première communication écrite?**

États-Unis

Par fourniture à distance, les États-Unis entendent des situations où le fournisseur de services de jeux (qu'il soit étranger ou national) et le consommateur de services ne sont pas physiquement au même endroit. Autrement dit, le consommateur d'un service fourni à distance n'a pas à se rendre à un type de point de vente quelconque, qu'il s'agisse d'un établissement de vente au détail, d'un casino, d'un distributeur automatique, etc. En fait, le fournisseur à distance n'a pas de point de présence mais offre le service directement au consommateur par un quelconque moyen de communication à distance. La fourniture non à distance signifie que le consommateur se présente en personne à un point de présence du fournisseur, ce qui facilite son identification, la vérification de son âge, etc. Les États-Unis tiennent à ajouter une courte observation sur l'exemple de l'État de New York/Floride. En pratique, cette situation ne se présenterait pas car les loteries des États fonctionnent sur une base exclusivement territoriale.³⁷⁷ Si l'on met cela de côté pour les besoins de la discussion, les États-Unis considèrent que si le consommateur doit se rendre à un point de présence local du vendeur pour acheter le service de jeux, celui-ci est fourni non à distance. Dans l'exemple du Groupe spécial, le fournisseur de New York doit conclure une entente contractuelle avec un vendeur en Floride, au lieu de fournir le service directement par un moyen de communication à distance.

³⁷⁵ Voir aussi, A. Mattoo, "MFN and the GATS", dans T. Cottier et Petros C. Mavroidis, *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, (The University Of Michigan Press, 2000), 51-99, pages 73 à 75.

³⁷⁶ Déclaration de MM. Donald Siegel et Leighton Vaughan Williams en réponse à la question suivante: "Antigua dispose-t-elle d'éléments de preuve quelconques fondés sur le marché/économiques pour étayer son affirmation selon laquelle les services de jeux et paris "sur Internet" et les services de jeux et paris "réels" se font concurrence et que les consommateurs passent des uns aux autres?", présentée au Groupe spécial par Antigua; D. Siegel et G. Anders, "The Impact of Indian Casinos on State Lotteries: A Case Study of Arizona", *Public Finance Review*, volume 29, n° 2 (mars 2001); D.S. Elliott et J.C. Navin, "Has Riverboat Gambling Reduced State Lottery Revenue?", *Public Finance Review*, volume 30, n° 3 (mai 2001).

³⁷⁷ Les États des États-Unis pourraient théoriquement permettre à des entreprises d'acheter dans un État pour le compte d'une personne un billet, une probabilité, une part ou un intérêt dans une loterie exploitée dans un autre État (sans avoir en fait à transmettre le billet à l'extérieur de l'État où il a été acheté) en vertu d'un accord conclu par les deux États pour autoriser une telle activité. Mais les États-Unis n'ont pas connaissance d'États ayant conclu les accords qui seraient nécessaires pour permettre une telle activité. Même si les États concluaient de tels accords, la présence locale dans l'État du consommateur serait nécessaire, car les billets ne pourraient pas être expédiés par la poste d'un État à un autre.

- 43. Quelle est la réaction des États-Unis vis-à-vis des déclarations faites par le représentant d'Antigua lors de la deuxième réunion de fond du Groupe spécial selon lesquelles il n'y a pas eu de communication entre les autorités d'Antigua et des États-Unis au sujet des préoccupations soulevées par les États-Unis pour justifier l'établissement d'une distinction réglementaire entre les jeux à distance et les jeux non à distance?**

États-Unis

Les États-Unis ne voient pas le rapport qu'il y a entre les affirmations d'Antigua et une analyse de la similarité dans le cadre de l'article XVII. Aucune disposition de l'article XVII n'indique que la similarité dépend du degré de communication entre les autorités des Membres au sujet des différences entre les services. Les États-Unis ont déjà fait observer qu'ils avaient eu des échanges importants avec Antigua-et-Barbuda sur les questions d'exécution des lois. Dans la mesure où la question du Groupe spécial fait référence aux affirmations d'Antigua concernant des demandes d'assistance au sujet de l'exécution des lois, les États-Unis renvoient le Groupe spécial aux paragraphes 7 à 10 de leur deuxième déclaration finale. En ce qui concerne d'autres formes de coopération dans le domaine de la réglementation, les États-Unis accueilleraient favorablement des missions de gouvernements qui souhaiteraient faire des études et établir des faits pour se familiariser avec la réglementation des services de jeux aux États-Unis. Les États-Unis n'ont pas connaissance que le gouvernement d'Antigua a entrepris de quelconques démarches en vue d'une telle coopération. Tel qu'indiqué dans la deuxième communication et dans la deuxième déclaration liminaire des États-Unis, en raison de l'absence de tout régime réglementaire aux États-Unis qui permet la fourniture à distance de services de jeux, il est déraisonnable qu'Antigua s'attende que les États-Unis engagent des négociations internationales en vue de l'établissement d'un tel régime à l'intention de ses fournisseurs transfrontières. Par ailleurs, les positions adoptées par Antigua dans le présent différend montrent clairement qu'Antigua n'est pas disposée à reconnaître l'existence des préoccupations réglementaires spécifiques des États-Unis entourant la fourniture à distance des jeux.

F. ARTICLE XIV

Questions posées aux États-Unis:

- 44. Les États-Unis invoquent-ils formellement l'article XIV et s'attendent-ils à une détermination sur ledit article, s'il y a lieu?**

États-Unis

Les États-Unis maintiennent leur ferme conviction qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la question. Il n'existe aucune prescription voulant qu'une mesure soit incompatible avec l'AGCS pour que l'article XIV puisse s'appliquer (encore que les États-Unis admettraient qu'un groupe spécial ne tienne normalement pas à aborder la question de l'article XIV à moins d'avoir constaté l'existence d'une incompatibilité). L'article XIV s'applique donc dans le présent différend que l'existence d'une incompatibilité avec l'AGCS soit ou non constatée. Comme les mesures examinées dans la deuxième communication écrite des États-Unis répondent à des objectifs de politique importants qui relèvent du champ d'application de l'article XIV, les États-Unis invoquent ledit article dans le présent différend et ils s'attendraient à une détermination sur celui-ci, s'il y a lieu. Cependant, compte tenu du libellé exprès de l'article XIV ("aucune disposition du présent accord n'empêchera ..."), les États-Unis estiment que le rôle primordial de l'article XIV dans le présent différend permet de confirmer une fois de plus l'absence de toute incompatibilité.

- 45. Si la réponse à la question précédente est positive, les États-Unis pourraient-ils indiquer clairement et spécifiquement les dispositions des lois et réglementations dont, selon eux, les mesures contestées assurent le respect au sens de l'article XIV c)?**

États-Unis

Les États-Unis tiennent tout d'abord à indiquer que les lois et réglementations d'un Membre sont présumées être compatibles avec les règles de l'OMC sauf preuve du contraire. La charge de la preuve concernant les mesures appliquées au titre de l'article XIV c) qui incombe à une partie défenderesse diffère donc de celle imposée à une partie qui cherche à prouver que des lois ou réglementations sont incompatibles avec l'AGCS. En vertu de l'article XIV c), la partie défenderesse doit seulement montrer que de telles lois existent et qu'il n'a pas été constaté qu'elles étaient incompatibles avec l'AGCS. De telles lois existent en l'espèce, et même si Antigua en conteste certaines (restrictions que les États appliquent aux jeux, selon les allégations), Antigua n'a pas montré que certaines de ces lois (et encore moins toutes ces lois) sont incompatibles avec l'AGCS.

Les articles 1084, 1952 et 1955 garantissent la conformité avec les lois des États qui imposent des restrictions aux jeux et qui s'appliquent aux infractions similaires. Les lois des États qui imposent des restrictions aux jeux sont notamment celles en vertu desquelles les États prohibent certains jeux ou tous les jeux.³⁷⁸ En ce qui concerne cette question, Antigua a indiqué au paragraphe 30 de sa deuxième communication que "[l]'existence d'une législation fédérale facilite la poursuite des fournisseurs de "jeux non autorisés" en vertu de la législation de l'État". Antigua elle-même reconnaît donc que les lois fédérales des États-Unis sur les jeux servent de mesures d'exécution des lois des États.

Les États-Unis ont fait valoir aux paragraphes 100 et 101 de leur deuxième communication que les articles 1084, 1952 et 1955 étaient des mesures visant à lutter contre le crime organisé, et que certains types d'activité criminelle auxquels se livre habituellement les groupes de criminalité organisée étaient inhérents à la notion de "crime organisé". Les États-Unis estiment donc qu'en tant que mesures visant à lutter contre le crime organisé, les articles 1084, 1952 et 1955 garantissent la conformité avec leurs lois et réglementations qui définissent et/ou prohibent le crime organisé, ainsi qu'avec les lois et réglementations prohibant les activités criminelles qui, lorsqu'elles sont commises de certaines façons, constituent le crime organisé. Ces lois et réglementations sont notamment les suivantes:

- i) Loi sur les organisations mafieuses et frauduleuses: le crime organisé est un sous-ensemble de la catégorie plus vaste des "activités mafieuses". La principale loi des États-Unis qui définit et prohibe les activités mafieuses est la Loi sur les organisations mafieuses et frauduleuses ou loi "RICO" ainsi qu'elle est plus couramment connue³⁷⁹;
- ii) constatations de la Loi de 1970 sur la lutte contre le crime organisé: bien qu'aucune loi des États-Unis ne définisse en tant que telle l'expression "crime organisé", les constatations du Congrès dans la Loi de 1970 sur la lutte contre le crime organisé font référence à "une activité extrêmement complexe, diversifiée et répandue" du fait "d'un comportement illégal et de l'utilisation illicite de la force, la fraude et la corruption" qui "tire une grande partie de son pouvoir de l'argent obtenu par des moyens aussi illicites que les jeux mafieux, les prêts usuraires, le vol et le recel de biens, l'importation et la distribution de stupéfiants et autres drogues dangereuses, et autres formes d'exploitation sociale"³⁸⁰;
- iii) Décret n° 1386-89 de l'Attorney General: au niveau fédéral, le "crime organisé" est défini à des fins opérationnelles dans l'Appendice de l'Arrêté n° 1386-89 de l'Attorney General. Ce document dispose ce qui suit: "La définition de l'expression "crime organisé" ... fait référence aux associations autoengendrées, structurées et encadrées de personnes ou de groupes, qui s'associent dans le but de réaliser des gains ou profits pécuniaires ou

³⁷⁸ Voir, par exemple, Utah Code Ann. § 76-10-1102; Hawaii Rev. Statutes §§ 712-1221 à 712-1223.

³⁷⁹ Loi RICO, 18 U.S.C. §§ 1961-1968.

³⁸⁰ Voir la section III.B.5 du présent rapport.

commerciaux par des moyens illicites, tout en protégeant leurs activités par un système de pots-de-vin et de corruption." Selon cette définition, les groupes de criminalité organisée possèdent certaines caractéristiques qui sont notamment, mais pas exclusivement, les suivantes: i) leurs activités illicites sont marquées par la conspiration; ii) dans une partie au moins de leurs activités, ils commettent ou menacent de commettre des actes de violence ou d'autres actes qui sont susceptibles d'être intimidants; iii) ils mènent leurs activités d'une manière méthodique, systématique ou très encadrée et secrète; iv) ils établissent une séparation entre leurs dirigeants et la participation directe aux activités illicites grâce à la complexité de leur structure organisationnelle; v) ils cherchent à acquérir de l'influence dans les milieux gouvernementaux, politiques et commerciaux par la corruption, les pots-de-vin et des moyens légitimes; vi) ils ont pour but premier l'obtention d'un gain économique, tiré non seulement de l'exercice d'activités de toute évidence illégales, telles que le trafic de stupéfiants, le jeu et les prêts usuraires, mais aussi d'activités comme le blanchiment d'argent illicite grâce à des investissements dans des entreprises légitimes³⁸¹;

- iv) Activités criminelles occultes: ainsi que l'indiquent clairement les descriptions ci-dessus, le crime organisé consiste en définitive en la perpétration d'une manière donnée d'une combinaison de crimes occultes. Une mesure contre le crime organisé est donc aussi une mesure contre la perpétration de tels crimes occultes. Les grands exemples de crimes occultes qui sont souvent perpétrés en tant que crime organisé sont notamment les suivants: i) crime de violence: La législation des États des États-Unis interdit le recours illicite à la force. Par exemple, tous les États prohibent le meurtre et les voies de fait.³⁸² La législation fédérale s'applique aussi à de tels actes lorsqu'ils sont commis dans une juridiction fédérale.³⁸³ La législation fédérale et les lois des États prohibent aussi les actes impliquant la menace de recours à la force, tels que l'extorsion³⁸⁴; ii) les crimes contre les biens: les lois des États aux États-Unis prohibent aussi les actes de vol simple et de fraude³⁸⁵, et d'autres crimes contre la propriété. La législation fédérale s'applique aussi à de tels actes lorsqu'ils sont commis dans certaines circonstances, tels que les escroqueries par le service postal des États-Unis ou par les transmissions par câble inter-États, ou lorsque des biens volés traversent les frontières des États³⁸⁶; iii) crimes de corruption et de conspiration: Les lois des États et la législation fédérale prohibent diverses formes de corruption et de conspiration.³⁸⁷ L'une de ces lois, la loi fédérale RICO, est mentionnée ci-dessus. Une autre est la loi fédérale sur la conspiration³⁸⁸; iv) blanchiment d'argent. La législation fédérale et les lois des États prohibent aussi le blanchiment d'argent.³⁸⁹

³⁸¹ Order Directing Realignment of Organized Crime Program Resources, Décret n° 1386-89 de l'Attorney General, Appendice (26 décembre 1989).

³⁸² Des exemples de ces lois sont celles adoptées par les deux plus grands États, à savoir le Code pénal de la Californie, §§ 187-89 (meurtre) et §§ 240-41 (voies de fait); et le Code pénal de l'État de New York, §§ 120.00-.15 (voies de fait).

³⁸³ Voir, par exemple, 18 U.S.C. § 1111 (crime fédéral de meurtre).

³⁸⁴ Un exemple de ces lois au niveau fédéral est le 18 U.S.C. § 875. Pour ce qui est des États, il y a, par exemple, dans les deux plus grands États le Code pénal de la Californie, §§ 518-527 (extorsion) et la Loi pénale de l'État de New York, § 155.05(2)(e) (vol simple par extorsion).

³⁸⁵ À titre d'exemples, il y a dans les deux plus grands États le Code pénal de la Californie § 484 (vol) et la Loi pénale de l'État de New York, § 190.40-.83 (usure criminelle, escroquerie, usage criminel d'un dispositif d'accès, usurpation d'identité, et possession illégale de renseignements d'identification personnelle).

³⁸⁶ 18 U.S.C. § 1341 (fraude par la poste), 18 U.S.C. § 1343 (fraude par câble), et 18 U.S.C. § 2314 (transport inter-États de biens volés).

³⁸⁷ Voir, par exemple, la Loi pénale de l'État de New York Arts. 180, 200 (corruption et corruption de fonctionnaires).

³⁸⁸ 18 U.S.C. § 371.

³⁸⁹ 18 U.S.C. §§ 1956-1957; Loi pénale de l'État de New York Art. 470.

III. OBSERVATIONS DES PARTIES SUR LES REPONSES FOURNIES À LA SECTION II

A. OBSERVATIONS D'ANTIGUA-ET-BARBUDA SUR LES REPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS POSEES PAR LE GROUPE SPECIAL A LA DEUXIEME REUNION DE FOND

Question n° 36 (posée aux États-Unis)

En ce qui concerne la référence faite aux "quelques rares exceptions limitées aux établissements de paris sportifs titulaires d'une licence au Nevada" au deuxième paragraphe de la pièce n° 73 d'Antigua-et-Barbuda³⁹⁰, les États-Unis pourraient-ils indiquer quelles sont ces exceptions, même à titre d'exemple?

Dans leur réponse à cette question, les États-Unis ont dit que le Nevada était le seul État où les services de "paris sportifs" sont licites aux États-Unis. Cela n'est pas exact. Ainsi qu'Antigua l'a précédemment indiqué, il y a quatre États aux États-Unis qui sont exemptés de l'application de la législation fédérale de 1992 qui limite certaines formes de paris liés aux sports aux États-Unis.³⁹¹ Bien qu'appliquées d'une manière quelque peu sibylline, les exemptions figurent à l'article 3704 de la législation.³⁹² L'Oregon maintient des paris organisés par l'État et liés à certaines manifestations sportives sur la base de cette exemption et le Delaware a envisagé de mettre en place un système de paris sportifs de grande envergure.

Une analyse valable du marché des paris sportifs aux États-Unis devrait prendre en compte l'industrie des paris sportifs non agréés, ou "illicites", qui comprend un énorme segment du marché des paris aux États-Unis et qui, malgré les dénégations des États-Unis, n'est, ainsi que l'a déclaré la NGISC des États-Unis, "*pas susceptible de faire l'objet de poursuites*".³⁹³

Question n° 42 (posée aux États-Unis)

Dans leurs communications, les États-Unis ont introduit une distinction entre, d'une part, la fourniture à distance des services de jeux et paris et, d'autre part, la fourniture non à distance de ces services. Les États-Unis pourraient-ils préciser comment ils définissent la fourniture "à distance" et "non à distance" de ces services, en faisant référence à l'application spécifique de cette distinction aux États-Unis? Par exemple, si un billet d'une loterie de l'État de New York est acheté auprès d'un vendeur titulaire d'une licence en Floride, cela est-il considéré comme une fourniture à distance, compte tenu de la définition de cette expression à laquelle font référence les États-Unis au paragraphe 7 de leur première communication écrite?

Dans leur réponse à cette question, les États-Unis présentent pour la première fois une définition claire et concise de ce qu'ils ont appelé la "fourniture à distance" - ce qu'ils considèrent être les services de jeux et paris "non similaires" dont ils peuvent prohiber la fourniture sur une base transfrontières sans se trouver en situation de violation des engagements qu'ils ont contractés dans le cadre de l'AGCS.³⁹⁴ La réponse mérite d'être reproduite dans son intégralité (pas d'italique dans l'original):

³⁹⁰ Voir la note de bas de page 353 ci-dessus.

³⁹¹ 28 U.S.C. §§ 3701-3704.

³⁹² Anthony N. Cabot et Robert D. Faiss, "Sports Gambling in the Cyberspace Era", 5 *Chapman Law Review* 1, printemps 2002, page 7, note de bas de page 31.

³⁹³ Rapport final de la NGISC, pages 2 à 4. Voir de façon générale la discussion et les sources figurant à la section III.B.2 du présent rapport.

³⁹⁴ Et qui, apparemment, font aussi à leur avis l'objet d'une exclusion au titre de l'article XIV de l'AGCS.

Par fourniture à distance, les États-Unis entendent des situations où le fournisseur de services de jeux (qu'il soit étranger ou national) et le consommateur du service ne sont pas physiquement au même endroit. Autrement dit, le consommateur d'un service fourni à distance n'a pas à se rendre à un type de point de vente quelconque, qu'il s'agisse d'un magasin de vente au détail, d'un casino, d'un distributeur automatique, etc. En fait, le fournisseur à distance n'a pas de point de présence, mais offre le service directement au consommateur par un quelconque moyen de communication à distance. *La fourniture non à distance signifie que le consommateur se présente en personne à un point de présence du fournisseur, ce qui facilite son identification, la vérification de son âge, etc.*

Cette déclaration est importante à plusieurs égards. Premièrement, elle établit la position des États-Unis selon laquelle la seule véritable différence entre les services de jeux et paris "à distance" et "non à distance" est la capacité du consommateur de se présenter en personne devant une autre personne (ou à sa proximité) ou d'un distributeur automatique (ou à sa proximité). Elle clarifie aussi implicitement que la seule préoccupation sociétale contestable à laquelle pourraient le mieux répondre les services de jeux et paris "non à distance" est la pratique du jeu par des mineurs.³⁹⁵ Antigua n'a connaissance d'aucune forme de jeu aux États-Unis où l'identité du joueur doit être vérifiée pour qu'il puisse placer sa mise, que ce soit dans un casino, devant un distributeur automatique, dans un point de vente au détail ou ailleurs. En outre, il n'y a rien d'inhérent au fait de se présenter en personne devant un fournisseur ou vendeur de services de jeux qui puisse empêcher la participation du crime organisé ou le blanchiment d'argent - du moins dans ce que les États-Unis ont produit dans la présente procédure. En fait, à défaut de formuler des allégations sans fondement, les États-Unis n'ont rien produit dans la présente procédure pour soit i) contester l'efficacité du régime réglementaire antiguais concernant le crime organisé ou le blanchiment d'argent, soit ii) montrer l'existence du crime organisé ou du blanchiment d'argent dans le secteur antiguais des jeux et paris, et encore moins dans des proportions supérieures à ce qui existe dans le secteur du jeu aux États-Unis.

Si la pratique du jeu par des mineurs est leur préoccupation première, les États-Unis n'ont dans la présente procédure rien produit non plus pour: i) montrer qu'il y ait jamais eu un problème de pratique du jeu par des mineurs dans le cas du secteur antiguais des jeux et paris, et encore moins dans des proportions supérieures à ce qui existe dans le secteur du jeu aux États-Unis; ii) montrer l'insuffisance du régime réglementaire antiguais pour prévenir la pratique du jeu par des mineurs; iii) expliquer pourquoi le Congrès des États-Unis considère que l'utilisation de cartes de crédit est suffisante pour prévenir l'accès des mineurs aux dangers manifestes de la pornographie et de la pédophilie sur Internet, mais qu'elle ne l'est pas pour prévenir l'accès des mineurs aux services de jeux et paris sur Internet; ou iv) réfuter les affirmations d'Antigua selon lesquelles l'amélioration de la coopération entre les gouvernements ou le recours à d'autres moyens de vérification de l'âge pourrait réduire davantage le risque de pratique du jeu par des mineurs.

En ce qui concerne les déclarations faites par les États-Unis dans leur réponse à cette question, Antigua invite le Groupe spécial à se reporter à sa réponse à la question n° 19 du Groupe spécial, dans laquelle elle a indiqué qu'il existait actuellement des loteries multi-États aux États-Unis.³⁹⁶ On joue à la plus grande de celles-ci, la loterie "Powerball", dans 24 États.

³⁹⁵ Les États-Unis ont déjà concédé que l'"on [pouvait] s'attendre à ce que les adultes exercent leur propre jugement moral (...)". En outre, les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve pour établir que ce qu'ils appellent le jeu "à distance" présente de plus grands risques "pour la santé" que le jeu "non à distance" alors qu'Antigua a produit les rapports de trois éminents experts qui démontrent le contraire.

³⁹⁶ Réponse d'Antigua à la question n° 1 du Groupe spécial.

Question n° 43 (posée aux États-Unis)

Quelle est la réaction des États-Unis vis-à-vis des déclarations faites par le représentant d'Antigua lors de la deuxième réunion de fond du Groupe spécial selon lesquelles il n'y a pas eu de communication entre les autorités d'Antigua et des États-Unis au sujet des préoccupations soulevées par les États-Unis pour justifier l'établissement d'une distinction réglementaire entre les jeux à distance et les jeux non à distance?

Dans leur réponse à cette question, les États-Unis disent qu'ils "ne voient pas le rapport qu'il y a entre les affirmations d'Antigua et une analyse de la similarité dans le cadre de l'article XVII". Ils ne comprennent pas ce qu'Antigua fait valoir dans sa déclaration. Antigua a clairement fait connaître sa conviction que les régimes réglementaires ne peuvent pas être pertinents pour les fins de l'évaluation de la "similarité" dans le cadre de l'article XVII. La déclaration avait plutôt pour but d'indiquer que même si les États-Unis voulaient que le présent Groupe spécial soit d'avis que le blanchiment d'argent était endémique dans le secteur antiguanais des jeux et paris, ils n'avaient *pas même une seule fois* contacté le gouvernement d'Antigua à ce sujet. Antigua réfutait donc simplement les allégations sans fondement avancées par les États-Unis.

Des observations s'imposent aussi au sujet de deux autres questions soulevées par les États-Unis dans leur réponse à cette question. (pas d'italique dans l'original)

en raison de l'absence de tout régime réglementaire aux États-Unis qui permet la fourniture à distance de services de jeux, *il est déraisonnable qu'Antigua s'attende que les États-Unis engagent des négociations internationales* en vue de l'établissement d'un tel régime à l'intention de ses fournisseurs transfrontières. Par ailleurs, les positions adoptées par Antigua dans le présent différend montrent clairement qu'Antigua n'est pas disposée à reconnaître l'existence des préoccupations réglementaires spécifiques des États-Unis entourant la fourniture à distance des jeux.

Antigua considère que la première question soulevée est étonnante pour un certain nombre de raisons, mais en particulier dans le contexte des prescriptions du "texte introductif" de l'article XIV. En ce qui concerne la deuxième question soulevée dans le paragraphe, elle est manifestement fausse. Antigua a conscience des préoccupations associées sur le plan de la réglementation aux services de jeux et paris – c'est la raison pour laquelle Antigua dispose de sa propre série complète de réglementations. Mais surtout, Antigua estime que les autres préoccupations que pourraient encore avoir les États-Unis sur le plan de la réglementation peuvent et doivent faire l'objet de discussions et de négociations entre les parties. Ainsi que l'a indiqué Antigua, il est fort possible qu'il existe des technologies et des méthodes de coopération qui pourraient dissiper les préoccupations que les États-Unis sont susceptibles d'avoir au sujet de la fourniture des services de jeux et paris transfrontières. Antigua a proposé à maintes reprises de tenir des consultations avec les États-Unis à ce propos, mais ceux-ci ont refusé de le faire – ainsi qu'ils l'indiquent clairement dans leur réponse à cette question.

Question n° 44 (posée aux États-Unis)

Les États-Unis invoquent-ils formellement l'article XIV et s'attendent-ils à une détermination sur ledit article, s'il y a lieu?

La position des États-Unis sur cette question n'est toujours pas claire. Il est possible d'interpréter les déclarations contenues dans leur réponse à la question comme signifiant qu'ils n'invoquent pas l'article XIV en tant que moyen de défense, mais simplement en tant que méthode permettant de "confirmer une fois de plus l'absence de toute incompatibilité" de leur législation avec l'AGCS, apparemment. Antigua ne partage pas la position des États-Unis selon laquelle l'article XIV peut s'appliquer en l'absence d'une détermination de l'incompatibilité d'autres mesures nationales avec

l'AGCS. La jurisprudence établie à l'OMC montre clairement que des moyens de défense tels que ceux contenus à l'article XIV sont "des exceptions aux obligations de fond" des parties.³⁹⁷ En l'absence d'une "obligation de fond", les "exceptions" de l'article XIV ne peuvent pas s'appliquer.

Question n° 45 (posée aux États-Unis)

Si la réponse à la question précédente est positive, les États-Unis pourraient-ils clairement et spécifiquement indiquer les dispositions des lois et réglementations dont, selon eux, les mesures contestées assurent le respect au sens de l'article XIV c)?

La partie de l'article XIV c) sur laquelle s'appuient les États-Unis dans leur réponse à la question n° 45 fait référence aux mesures "nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord (...)".

Le Groupe spécial a demandé aux États-Unis d' (pas d'italique dans l'original) indiquer "*clairement et spécifiquement* les dispositions des lois et réglementations dont, selon eux, les mesures contestées assurent le respect au sens de l'article XIV c)". Dans leur réponse, les États-Unis reconnaissent qu'il appartient à la partie défenderesse qui cherche à invoquer l'article XIV c) de "montrer que de telles lois existent". Les États-Unis traitent ensuite de deux catégories de lois: les "lois et réglementations des États sur le jeu" et les "lois et réglementations sur la lutte contre le crime organisé".

En ce qui concerne la catégorie des "lois et réglementations des États sur le jeu", les États-Unis font valoir ce qui suit:

Les lois des États qui imposent des restrictions aux jeux sont notamment celles en vertu desquelles les États prohibent certains jeux ou tous les jeux.²⁰

²⁰ Voir, par exemple, Utah Code Ann. § 76-10-1102; Hawaii Rev. Statutes §§ 712-1221 à 712-1223.

Ce faisant, les États-Unis confirment clairement que les lois des États prohibant le jeu s'appliquent aux services de jeux et paris fournis sur une base transfrontières en provenance d'Antigua - si les lois des États ne s'appliquaient pas à une telle fourniture, les États-Unis ne pourraient pas faire valoir que les trois lois fédérales de prohibition³⁹⁸ sont nécessaires pour assurer le respect de ces lois des États. Le Groupe spécial devrait noter que les deux lois spécifiques citées dans la note de bas de page 378 des États-Unis sont répertoriées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua. La réponse des États-Unis à la question n° 45 confirme donc que les lois de prohibition des États qui ont été identifiées par Antigua font partie de la prohibition totale des États-Unis et y contribuent. En conséquence, elles sont elles-mêmes incompatibles avec l'AGCS et ne peuvent pas être à la base d'un moyen de défense au titre de l'article XIV c).

Pour ce qui est de l'argument même que les États-Unis cherchent à avancer sur la base des prohibitions du jeu instaurées par les États, Antigua tient à formuler les observations suivantes. L'argument des États-Unis repose apparemment sur une situation hypothétique où le Groupe spécial devait constater que trois lois fédérales violent l'AGCS, mais non les lois des États, sans doute sur la base du point de vue formaliste voulant qu'Antigua ait présenté suffisamment de renseignements "par disposition" concernant ces trois lois fédérales mais non en ce qui concerne les lois des États. De l'avis d'Antigua, cela n'est de toute façon pas le cas, ne serait-ce que parce que le niveau des renseignements "par disposition" qu'Antigua a présentés pour ces trois lois fédérales est le même que

³⁹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 121.

³⁹⁸ 18 U.S.C. § 1084; 18 U.S.C. §§ 1952 et 1955.

pour d'autres législations fédérales et lois des États - les textes mêmes des lois, les résumés de chacune d'entre elles et l'examen de leur fonctionnement.

En tout état de cause, si le Groupe spécial n'en devait pas moins adopter une telle position, le moyen de défense des États-Unis tomberait quand même parce que n'importe quelle analyse montrerait qu'il ne comportait pas suffisamment de renseignements "par disposition". De l'avis d'Antigua, le niveau d'"indication des mesures" auquel doit satisfaire une partie défenderesse invoquant le moyen de défense affirmatif au titre de l'article XIV c) est à tout le moins similaire à celui d'une partie plaignante qui cherche à contester une mesure dans le cadre de la procédure de règlement des différends de l'OMC: elles doivent tous deux établir l'existence de "mesures" ayant les effets allégués. En ce qui concerne la catégorie des "lois et réglementations des États sur le jeu", le seul renseignement "par disposition" que les États-Unis ont présenté en réponse à la demande du Groupe spécial se ramène à une seule phrase, accompagnée d'une note de bas de page qui cite simplement, et uniquement à titre d'exemple, les dispositions statutaires de deux États, à savoir l'Utah et Hawaï.

La demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par Antigua contient déjà à elle seule plus de renseignements que n'en présentent les États-Unis dans leur tentative d'invoquer l'article XIV c) parce qu'elle énumère les principales lois de *tous* les États et territoires prohibant le jeu et non de deux États seulement. Et bien entendu, Antigua ne s'est pas contentée de citer simplement des références, entre autres en réponse à la question n° 10 du Groupe spécial qui était formulée en des termes similaires à ceux de la question n° 45 posée aux États-Unis: "veuillez mentionner toutes les dispositions législatives et réglementaires pertinentes".

Antigua n'est pas d'accord non plus avec l'argument des États-Unis selon lequel une partie défenderesse qui cherche à invoquer l'article XIV c) ne doit pas établir *prima facie* que la loi dont le respect doit nécessairement se traduire par une incompatibilité avec l'AGCS est elle-même incompatible avec l'AGCS (en particulier si cette loi a en substance les mêmes effets que la loi dont il a déjà été constaté qu'elle était incompatible avec l'AGCS). L'article XIV est un moyen de défense affirmatif et il incombe donc aux États-Unis d'établir *prima facie* que les conditions de l'article XIV c) sont remplies, y compris la présence de lois qui ne sont "pas incompatibles" avec l'AGCS.

En ce qui concerne les lois et réglementations sur la lutte contre le crime organisé, les États-Unis ne satisfont pas au critère strict de l'"indication des mesures" qui, disent-ils, existe dans la procédure de règlement des différends de l'OMC. Ils citent un certain nombre de lois spécifiques à titre d'exemple³⁹⁹, mais ils ne cherchent même pas à présenter un aperçu détaillé des principales lois des États et lois fédérales en cause. Dans la mesure où ils expliquent ces lois, ils le font d'une manière sommaire qui est moins détaillée que l'explication donnée par Antigua de toutes les grandes lois prohibant le jeu au niveau fédéral et au niveau des États. Par ailleurs, les États-Unis incluent dans leur brève énumération des "lois et réglementations" un "Décret de l'Attorney General" et des "constatations du Congrès" qui, de leur propre aveu, ne peuvent pas être considérés comme des "lois et réglementations".⁴⁰⁰

³⁹⁹ Voir, par exemple, la Loi sur les organisations mafieuses et frauduleuses ("RICO"); Code pénal de la Californie, §§ 187-189 et §§ 240-241; Code pénal de l'État de New York, §§ 120.00-.15; 18 U.S.C. § 1111; 18 U.S.C. § 875; Code pénal de la Californie, §§ 518-527; et Loi pénale de l'État de New York, § 155.05(2)(e).

⁴⁰⁰ Le Décret n° 1386-89 de l'Attorney General est utilisé par les États-Unis pour illustrer leur définition du "crime organisé". De la même manière, les constatations de la Loi de 1970 sur la lutte contre le crime organisé servent aussi à expliquer ce qu'ils entendent par "crime organisé" car "aucune loi des États-Unis ne définit en tant que telle [cette] expression". Bien entendu, les États-Unis ont à plusieurs reprises fait valoir qu'une "mesure" devait en substance être une loi individuelle en elle-même et à elle seule. Voir, par exemple, la demande de décisions préliminaires présentée par les États-Unis, WT/DS285 (17 octobre 2003), paragraphes 3 à 10.

Cela étant, Antigua ne donne pas à entendre que le niveau d'"indication des mesures" donné par les États-Unis des "lois et réglementations sur la lutte contre le crime organisé" est nécessairement insuffisant pour les fins de l'article XIV c) ou de la procédure de règlement des différends de l'OMC en général. Antigua estime seulement que si le critère de l'"indication des mesures" est aussi strict que l'ont fait valoir les États-Unis tout au long du présent différend, le moyen de défense des États-Unis au titre de l'article XIV c) concernant les lois et réglementations sur la lutte contre le crime organisé ne satisfait pas à ce critère.

Enfin, Antigua estime que rien dans la réponse des États-Unis à cette question du Groupe spécial ou dans les documents présentés avec cette réponse n'établit que la prohibition totale de la fourniture transfrontières de services de jeux en provenance d'Antigua est "nécessaire" pour assurer la conformité avec les aspects compatibles avec l'AGCS des lois des États-Unis sur la lutte contre le crime organisé. En fait, il n'y a absolument aucun élément de preuve d'une quelconque implication des fournisseurs antiguais de services de jeux et paris dans le crime organisé, ni aucun élément de preuve de la participation de l'industrie antiguaise des jeux et paris dans l'une quelconque des autres activités criminelles mentionnées par les États-Unis dans leur réponse à la question n° 45.

B. OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS SUR LES REPONSES D'ANTIGUA-ET-BARBUDA AUX QUESTIONS POSEES PAR LE GROUPE SPECIAL A LA DEUXIEME REUNION DE FOND

Question n° 40 (posée à Antigua)

Antigua dispose-t-elle d'éléments de preuve quelconques fondés sur le marché/économiques pour étayer son affirmation figurant au paragraphe 36 de sa deuxième déclaration orale selon laquelle les services de jeux et paris "sur Internet" et les services de jeux et paris "réels" se font concurrence et que les consommateurs passent des uns aux autres?

Antigua a affirmé que les services de jeux en ligne et les services de jeux réels "se faisaient concurrence" "parce que les consommateurs passent des uns aux autres – tout comme un joueur peut passer d'un casino réel à un autre". Le Groupe spécial a demandé des "éléments de preuve" fondés sur le marché/économiques pour étayer cette affirmation. Dans sa réponse, Antigua n'en présente aucun. Elle offre plutôt une série d'affirmations sans fondement qui supposent l'existence d'une telle concurrence, au lieu de la prouver.

Au premier paragraphe de sa réponse à la question n° 40, Antigua affirme qu'il existe "un chevauchement considérable dans l'utilisation des services de jeux par les joueurs réguliers". En fait, Antigua n'a présenté aucun élément de preuve abordant la question du "chevauchement considérable" entre les utilisateurs de services de jeux à distance sur Internet et les utilisateurs de services de jeux non à distance.

Antigua cite le résumé d'une "étude" du River City Group, mais ne peut pas fournir l'étude elle-même.⁴⁰¹ Par ailleurs, le résumé cité par Antigua contredit en fait l'argument qu'elle avance au sujet du "chevauchement". Plus précisément, il indique que 28 pour cent seulement de tous les joueurs jouent en ligne pour de l'argent. Selon une autre source, le Manuel sur les études du marché des jeux en ligne, le chevauchement de la clientèle serait beaucoup plus petit – peut-être inférieur à 5 pour cent.⁴⁰²

⁴⁰¹ Le résumé cité par Antigua (et dont l'auteur est le président de l'Interactive Gaming Council, groupe qui se consacre à promouvoir les jeux sur Internet) ne présente ni une série complète de données ni une explication de la méthodologie utilisée, de sorte que sa validité, si elle existe, est impossible à percevoir.

⁴⁰² Online Gambling Market Research Handbook (Manuel sur les études du marché des jeux en ligne), page 8 (2003) ("De nombreux analystes du secteur estiment que moins d'alors [*sic*] 5 pour cent des joueurs sur Internet sont de "vrais joueurs". Cela est dû aux raisons suivantes:

- La génération qui se connecte en ligne est plus jeune

Au deuxième paragraphe de sa réponse à la question n° 40, Antigua affirme que des "études universitaires réalisées aux États-Unis et au Royaume-Uni ont constaté qu'il existait un degré élevé de substituabilité entre différentes formes de jeux". Se fondant sur de tels documents, Antigua et ses économistes consultants affirment l'existence d'une substitution entre les jeux sur Internet et les jeux réels. Ce raisonnement est gravement erroné.

Tout d'abord, Antigua surestime les conclusions limitées de ses propres consultants concernant la substituabilité des jeux sur Internet et des jeux réels. Elle indique que ses consultants "conclu[ent] que les jeux "sur Internet" sont un solide substitut des jeux "réels"". Par contre, les consultants eux-mêmes ont en fait conclu qu'"il exist[ait] une forte substituabilité entre les *choix de jeux*" – généralisation qui ne compare pas précisément les jeux sur Internet et les jeux réels. Mais lorsqu'ils cherchent à comparer précisément les jeux sur Internet et les jeux réels, les consultants d'Antigua ne peuvent que tirer la maigre conclusion qu'il existait "des éléments de preuve substantiels pour étayer l'affirmation selon laquelle les jeux "réels" et les services de paris se font concurrence et que les consommateurs passent de l'un à l'autre".⁴⁰³ Or, après examen, les prétendus "éléments de preuve substantiels" de cette affirmation semblent ne consister qu'en des documents concernant les jeux non à distance.⁴⁰⁴

Antigua et ses consultants font une extrapolation injustifiée. Ils ne citent aucune étude empirique traitant effectivement du lien entre les jeux sur Internet et les jeux réels. Ils allèguent plutôt simplement, et sans fondement, que les constatations de la documentation selon lesquelles les recettes des diverses possibilités de jeux réels existantes ont changé avec l'avènement d'autres nouvelles possibilités de jeux réels montrent en quelque sorte qu'il existe une substituabilité entre les jeux sur Internet et les jeux réels.⁴⁰⁵

-
- Son expérience est différente
 - Elle provient de régions où les casinos réels sont licites
 - Elle est formée de joueurs occasionnels, qui aiment bien parier de petites sommes de temps en temps."

⁴⁰³ Déclaration de MM. Donald Siegel et Leighton Vaughan Williams présentée par Antigua au Groupe spécial.

⁴⁰⁴ *Ibid.* Les États-Unis ont examiné autant de ces sources qu'ils le pouvaient dans le laps de temps dont ils disposaient et ils n'ont trouvé aucun élément de preuve empirique comparant les jeux sur Internet et les jeux réels.

En outre, dans sa déclaration distincte, M. Williams parvient à une conclusion encore plus mince. Il s'appuie sur des études "considérant d'autres secteurs de l'industrie du jeu" et "des produits du jeu qui à certains égards ressemblent aux jeux sur Internet", mais non aux jeux sur Internet proprement dits, pour étayer "une conclusion selon laquelle les jeux sur Internet sont susceptibles de se substituer *dans une certaine mesure* aux jeux réels". (pas d'italique dans l'original) Il va sans dire que M. Williams se permet de faire une extrapolation injustifiée en étendant aux jeux sur Internet les conclusions applicables à d'autres secteurs et produits, et que c'est à dessein que l'expression "certaine mesure", qui n'exclut pas une faible ou infime mesure, a été employée.

⁴⁰⁵ Il n'est pas étonnant qu'Antigua passe sous silence des aspects de cette même documentation qui semblent contredire ses propres conclusions. Par exemple, Paton, Siegel et Williams (2003a), qui sont cités par Antigua, n'ont constaté "aucun élément de preuve de la substitution des jeux sur machines ou des jeux de casinos par les paris", ce qui semblerait démentir l'hypothèse selon laquelle toutes les formes de jeux ont en soi un degré de substituabilité élevé. De même, les études font état de résultats contradictoires pour la "substitution" entre les loteries et les casinos exploités par des Américains autochtones. Les consultants d'Antigua s'appuient considérablement sur les résultats de Siegel et Anders, qui ont constaté que le nombre accru de machines à sous dans les casinos exploités par des Américains autochtones en Arizona réduisaient les recettes des loteries de l'État. Mais ils ne tiennent pas compte des résultats de Elliott et Navin, qui n'ont constaté aucune incidence pour les réserves d'Américains autochtones dont l'échantillon était beaucoup plus grand que celui utilisé dans l'étude de Siegel et Anders. Ils ne cherchent pas non plus à expliquer la contradiction apparente entre les constatations de Elliott et Navin pour les casinos flottants et leurs constatations pour les casinos exploités par des Américains autochtones.

En outre, les arguments avancés par Antigua et ses consultants reposent sur l'hypothèse implicite que les individus consacrent au jeu un montant précis de leur budget qui doit être réaffecté lorsque se présente une nouvelle possibilité de jeu. Or, selon les résultats des études qui ont été présentées, cela ne semble pas être le cas.⁴⁰⁶ La croissance relativement rapide de l'industrie des paris est plus compatible avec l'hypothèse voulant que l'augmentation des formes disponibles de paris fasse progresser les dépenses totales de paris, au lieu de modifier simplement la répartition des dépenses entre les diverses options de paris.

Bref, Antigua et ses consultants n'ont pas expliqué pourquoi il leur semblait que les jeux sur Internet seraient fortement substituables aux jeux réels. Ils n'ont pas non plus tenu compte des variables uniques qui seraient susceptibles d'avoir une incidence sur la substituabilité dans le cas des jeux sur Internet, telles que la disponibilité de l'accès à Internet⁴⁰⁷ et le caractère différent de l'environnement des jeux sur Internet.⁴⁰⁸

Fait révélateur, Antigua ne fournit aucune donnée économique directe sur les élasticités-prix croisées de la demande entre les jeux sur Internet et les jeux réels, alors que l'un de ses consultants reconnaît que c'est une "pratique courante d'évaluer la substitution à l'aide d'études d'estimation des "élasticités-prix croisées de la demande"". ⁴⁰⁹ Dans leurs rapports, des groupes spéciaux antérieurs qui se sont penchés sur l'argument de la substitution économique se sont appuyés sur des éléments de preuve statistiques de grande qualité de l'existence d'élasticités-prix croisées de la demande (en l'espèce, ce serait entre les jeux sur Internet et les jeux réels ou entre les jeux à distance et les jeux non à distance), et non sur des spéculations sans fondement et des "faits fantaisistes" présentés par Antigua et ses consultants.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Elliot et Navin ont indiqué que Gulley et Scott (1989) ont constaté que "[l]on estime que chaque dollar additionnel parié dans une loterie d'État se traduit par une baisse de trois cents des recettes des courses de pur sang". David O. Gulley et Frank A. Scott Jr, "Lottery Effects On Pari-Mutuel Tax Revenues", *National Tax Journal*, volume 42, 1989, pages 89 à 93, tel que cité dans Elliott et Navin. Même les résultats d'Elliott et Navin sur l'incidence des jeux à bord des bateaux fluviaux établissent que pour chaque hausse de 5 dollars des sommes brutes dépensées à bord des bateaux, les recettes des loteries des États diminuent de 1,38 dollar. Il semble donc que l'incidence plus grande de l'ajout de nouvelles possibilités de paris ait été d'accroître les dépenses totales de paris.

Une étude réalisée par Kearney (2003) indique de la même manière que l'augmentation des possibilités de jeu se traduit par une hausse des dépenses de jeu. Kearney a constaté qu'aux États-Unis, les dépenses totales des ménages qui sont consacrées au jeu ont augmenté après le lancement d'une loterie d'État. Voir Melissa Schettini Kearney, "State Lotteries and Consumer Behaviour", ébauche de septembre 2003, page 30, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://www.wellesley.edu/Economics/kearney/mskearney-lotteries-9-03.pdf> ("Les données provenant de micro-études du comportement des joueurs corroborent l'allégation selon laquelle les sommes mises par les ménages dans les loteries sont financées par une réduction des dépenses autres que de jeu, et non par le fait qu'elles se substituent à d'autres formes de jeu.").

⁴⁰⁷ Les jeux sur Internet nécessitent l'accès à un ordinateur et à Internet, tandis que les formes réelles de jeu analysées dans la documentation citée par Antigua ne requièrent pas du participant qu'il possède un équipement particulier. Ainsi que l'ont indiqué certaines études, bon nombre des personnes qui jouent à la loterie ont tendance à être issues de ménages à faible revenu et sont moins susceptibles de posséder un ordinateur.

⁴⁰⁸ D'autres formes de jeux exigent un engagement plus actif du participant pour qu'il se rende, dans le but délibéré de jouer, au point de vente. Sur Internet, toutefois, les annonces-éclair et d'autres incitations peuvent amener le joueur potentiel à se retrouver devant une possibilité de jeu alors qu'il n'avait aucunement l'intention de jouer, et elles encouragent le jeu dans un environnement où la facilité d'accès et la protection de la vie privée sont sans pareil. Cet environnement très différent du jeu sur Internet est susceptible d'amener des individus à jouer par l'intermédiaire d'Internet alors qu'ils ne le feraient pas dans un autre environnement.

⁴⁰⁹ Déclaration additionnelle de M. Leighton Vaughan Williams présentée par Antigua au Groupe spécial.

⁴¹⁰ Rapport du Groupe spécial *Japon – Boissons alcooliques II*, paragraphe 6.31 (faisant observer que l'élasticité de substitution est évaluée par "[d]es méthodes statistiques officielles" et "sur la base d'observations réelles", et critiquant le fait qu'une partie n'avait pas examiné des variables particulières). Voir aussi le rapport

Par ailleurs, les éléments de preuve en provenance du Royaume-Uni, sur lesquels Antigua et ses consultants se sont considérablement appuyés, ont peu de poids pour évaluer le comportement des consommateurs aux États-Unis.⁴¹¹ Cela dit, il est intéressant de constater que le propre consultant d'Antigua a dit, dans ce contexte, que les échanges de paris sur Internet étaient des compléments, plutôt que des substituts, aux paris existants placés auprès des bookmakers.⁴¹² Conjugée à l'analyse précédente, cette déclaration confirme une fois de plus que les affirmations d'Antigua concernant la substituabilité des jeux sur Internet et des jeux réels reposent sur des hypothèses discutables et sans fondement, plutôt que sur des faits.

Au troisième paragraphe de sa réponse à la question n° 40, Antigua affirme qu'il y a "de nombreux autres éléments de preuve empiriques de la concurrence entre les services de jeux sur Internet et les autres services de jeux", mais les sources qu'elle cite n'étaient aucunement ce point de vue.⁴¹³ En fait, dans certains cas, les sources contredisent ce point de vue en donnant à entendre que les jeux sur Internet sont un complément plutôt qu'un substitut des jeux réels.⁴¹⁴

du Groupe spécial *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 7.63 et 7.64 (traitant avec circonspection des études sur l'élasticité-prix croisée de la demande parce qu'elles pêchaient par l'absence de données sur l'offre et s'appuyaient sur de petits échantillons, et indiquant qu'"un coefficient d'élasticité estimatif élevé constituerait un élément de preuve important pour démontrer que des produits sont directement concurrents ou directement substituables, à condition que l'analyse statistique soit de qualité élevée"). (pas d'italique dans l'original) En l'espèce, Antigua n'a fourni aucune analyse statistique que ce soit comparant les jeux sur Internet et les jeux réels.

⁴¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 20 (citant l'observation faite par le Groupe de travail *Ajustements à la frontière* selon laquelle les "goûts et habitudes des consommateurs [sont] variables d'un pays à l'autre"). Voir aussi le compte rendu du témoignage pris devant la Commission mixte du projet de loi sur les jeux, jeudi 8 janvier 2004, Q250, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtgamb/uc139-iii/uc13902.htm> (réponse de M. Mark Griffiths, consultant d'Antigua dans le présent différend, qui témoignait que "[c]haque pays a une culture de jeu différente. Chaque pays que j'ai étudié et qui a procédé à une déréglementation majeure a enregistré une hausse des problèmes liés au jeu et je ne vois pas pourquoi ce serait différent ailleurs, mais il y aura une culture différente pour ce qui est du plaisir que les gens éprouvent à jouer"); David Paton, Donald S. Siegel et Leighton Vaughan Williams, "A Policy Response to the E-Commerce Revolution: The Case of Betting Taxation in the U.K.", *Economic Journal*, Vol. 111, Issue 480, F296-F314 (2002) ("Il est alors clair qu'il existe des différences majeures dans la nature des jeux et la façon dont ils sont perçus et réglementés au Royaume-Uni et aux États-Unis.").

⁴¹² Compte rendu du témoignage pris devant la Commission mixte du projet de loi sur les jeux, le jeudi 13 janvier 2004, Q324, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200304/jtselect/jtgamb/uc139-iv/uc13902.htm> (réponse de M. Williams, disant que "la rotation qui s'effectue par les échanges de paris est un complément et non un substitut aux paris existants placés auprès des bookmakers"). Un représentant du secteur du jeu qui témoignait devant la même commission en même temps que M. Williams a dit que "notre activité consist[ait] à offrir des possibilités de destinations ludiques par lesquelles est livré le jeu. Il s'agit d'un marché très, très différent de celui où une personne place un pari à un échange de paris ou joue sur Internet". Voir *ibid.*, Q326 (réponse de M. John Kelly, Cross-Industry Group on Gaming Deregulation).

À la même audition, M. Williams a aussi émis des réserves au sujet de ses propres conclusions concernant la substituabilité des jeux en général en déclarant que "Je n'ai toutefois trouvé que de minces éléments de preuve de la substitution des dépenses entre les jeux de casinos et les paris, et que de minces éléments de preuve à ce jour de la substitution entre les jeux et le bingo". *Ibid.*, Q315 (réponse de M. Williams). Cette déclaration confirme que le sentiment voulant qu'il puisse y avoir substituabilité entre les formes de jeux réels est loin d'être unanime, et que l'on ne saurait simplement supposer l'existence d'une substituabilité entre les jeux sur Internet et les jeux réels.

⁴¹³ Dans l'article intitulé "Online Betting growth called threat to Nevada", cité dans la note de bas de page précédente 371 de la réponse d'Antigua à la question n° 40, il est fait état d'affirmations selon lesquelles le Nevada et les casinos implantés au Nevada perdent des possibilités profitables parce que la législation des États-Unis les empêche d'avoir leur "juste part" des recettes de jeux sur Internet. Il n'est ni dit ni donné à entendre dans l'article que les jeux sur Internet se disputent les recettes des formes non à distance de jeux. La

Des éléments de preuve "empiriques" beaucoup plus solides sont fournis par des chefs de file du secteur des jeux sur Internet et du secteur des jeux réels, qui contredisent les affirmations d'Antigua selon lesquelles ces deux services différents se font concurrence. Par exemple, le Président de l'Association américaine du jeu, M. Frank Fahrenkopf, qui témoignait devant le Congrès des États-Unis, a dit que les casinos commerciaux des États-Unis n'étaient pas menacés par la concurrence des jeux sur Internet.⁴¹⁵

Il semble que d'importantes entreprises du secteur des jeux sur Internet partagent ce point de vue. Par exemple, Boss Media, l'un des quelques grands fournisseurs de technologies du jeu sur Internet, indique sur son site Web que "Boss Media considère que les casinos sur Internet ne font pas concurrence aux casinos réels".⁴¹⁶ De même, selon un rapport financé par Microgaming et publié par l'industrie en 2002, un autre grand fournisseur de technologies du jeu sur Internet, les jeux sur Internet et les jeux réels sont en fait des produits complémentaires plutôt que des produits concurrents.⁴¹⁷

position des États-Unis y est simplement confirmée, à savoir que les jeux sur Internet sont illicites aussi bien pour les exploitants nationaux que pour les exploitants transfrontières. De la même manière, dans l'article intitulé "NYRA, Magna Withhold Simulcast Signal From Attheraces", cité dans la note de bas de page 371 de la réponse d'Antigua, il est indiqué que la crainte en l'espèce n'était pas la concurrence d'Internet, mais l'incapacité de certains fournisseurs de mettre en commun les données sur les paris qui servent à tous les paris mutuels.

⁴¹⁴ Par exemple, dans la note de bas de page 371 de sa réponse à la question n° 40, Antigua cite le rapport Bear Stearns. Là encore, un examen du rapport montre qu'il étaye la position des États-Unis. Les pages citées du rapport ne fournissent aucun élément de preuve de l'existence d'une concurrence directe entre les jeux sur Internet et les jeux réels. Au contraire, les analystes de Bear Stearns avancent la théorie que les jeux sur Internet sont un complément aux jeux réels en ce sens qu'ils permettent aux exploitants réels de "cibler indirectement une clientèle différente". Michael Tew et Jason Ader, Bear Stearns & Co, Inc., Equity Research, *Gaming Industry: E- Gaming: A Giant Beyond Our Borders*, page 33. Ce point de vue va dans le même sens que la conclusion du même rapport selon laquelle "Les joueurs sur Internet ne font généralement pas partie de la même clientèle que ceux qui participent aux jeux réels". Voir *ibid.*, page 55.

⁴¹⁵ M. Fahrenkopf a déclaré ce qui suit:

Il n'y a tout simplement pas de comparaison entre l'expérience sociale et axée sur le groupe que représente le fait de se rendre dans un casino de nos lieux de destination et l'expérience solitaire que représente le fait de placer un pari ou une mise au moyen d'un ordinateur personnel. Quand on se rend dans un casino de nos jours, on ne se contente pas de profiter de l'occasion de placer des paris licites. On constate que la clientèle des casinos commerciaux des États-Unis est de plus en plus attirée par les restaurants, les spectacles, les activités récréatives et les autres attraits que le jeu, et ce, qu'on évalue comment les gens passent leur temps au casino ou comment ils y dépensent leur argent.

L'idée que la concurrence des jeux sur Internet ne menace pas les casinos commerciaux des États-Unis est partagée par les analystes financiers des grandes firmes de Wall Street, dont le travail consiste à analyser l'incidence sur le plan de la concurrence de l'évolution du marché sur les industries et les entreprises qu'ils suivent, y compris les grandes sociétés de jeux cotées en bourse que représente AGA.

Témoignage de M. Frank J. Fahrenkopf, Jr., Président et premier dirigeant de l'Association américaine du jeu, devant la Commission du Sénat chargée des questions bancaires, 18 mars 2003, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: http://www.senate.gov/~banking/_files/fahrenkopf.pdf. Voir aussi, Net Gambling Bills Protect Established Gambling Interests, Tech Law Journal, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://www.techlawjournal.com/Internet/19991025b.htm> (25 octobre 1999) (citant M. Fahrenkopf qui dit que "Nous ne nous préoccupons pas du fait que les jeux sur Internet pourraient nous faire perdre des clients. Il n'y a tout simplement aucune comparaison entre le fait de jouer à la maison sur son ordinateur et la grande expérience qu'offrent nos destinations ludiques sur le plan du divertissement. Les analystes de Wall Street le confirment.").

⁴¹⁶ http://www.bossmedia.se/about/risk_analysis.asp, pièce n° 45 des États-Unis.

⁴¹⁷ Internet Gaming: An Industry Survey, Internet Gaming & Wagering Business, page 7, que l'on peut consulter à l'adresse suivante: <http://www.microgaming.com/themes/microgaming/brochure/survey.pdf> (août 2002) ("[C]ontrairement aux craintes exprimées auparavant par l'industrie des jeux réels, les jeux en ligne ne devraient pas avoir d'effet sur le montant total des sommes pariées hors lignes. En fait, les grands patrons du secteur estiment maintenant que les jeux en ligne contribueront à l'essor du marché des casinos réels car ils aideront virtuellement les futurs joueurs à se familiariser avec le jeu.").

Dans sa réponse à la question n° 40, Antigua fait référence à "la proposition générale selon laquelle le commerce "sur Internet" concurrence le commerce "réel" et elle cite un communiqué de presse concernant un rapport de la Commission fédérale du commerce des États-Unis sur les ventes de vins sur Internet. Les États-Unis ne peuvent pas déterminer en quoi cet examen d'un secteur qui n'a aucun rapport avec le sujet est d'une quelconque façon pertinent à la charge de la preuve spécifique incombant à Antigua au sujet des services de jeu. Ainsi que l'ont indiqué les États-Unis, dans le présent différend, la question n'est pas de déterminer si les services fournis à distance sont *toujours* similaires aux services fournis non à distance. La question de la similarité est une analyse au cas par cas. En ce qui concerne les jeux, Antigua n'a pas étayé ses affirmations relatives à la similarité par des éléments de preuve économiques ni par d'autres éléments de preuve convaincants.

Question n° 33 (posée à Antigua)

Antigua pourrait-elle fournir une liste des services de jeux et paris qu'elle cherche à fournir sur une base transfrontières aux États-Unis et dont elle allègue qu'ils font l'objet d'une prohibition?

Les États-Unis sont étonnés par la liste de services fournis par Antigua dans sa réponse à la question n° 33. Cette nouvelle taxonomie des services est difficile à concilier avec la déclaration antérieure d'Antigua qui désigne les "casinos virtuels" sur Internet et les preneurs de paris sportifs par Internet et téléphone ("établissements de paris sportifs") comme étant les types de services et de fournisseurs auxquels elle accorde des licences. Si les éléments figurant dans la réponse d'Antigua à la question n° 33 doivent dorénavant être considérés comme les services que cherche à fournir Antigua, alors les États-Unis estiment qu'en plus de ne pas avoir à de nombreuses autres reprises fourni d'éléments *prima facie*, Antigua n'a pas établi de lien entre, d'une part, son argumentation et ses éléments de preuve et, d'autre part, cette liste particulière de services ni n'a montré comment une ou des mesures particulières quelconques des États-Unis affectent la fourniture des services nouvellement répertoriés.

Les États-Unis jugent aussi paradoxal qu'après avoir systématiquement cherché à atténuer ou à rejeter les graves préoccupations d'ordre réglementaire reproduites dans la législation des États-Unis, Antigua fasse maintenant valoir son propre droit de prohiber des services qu'elle considère "choquants". Antigua fait valoir un tel droit tout en cherchant en même temps à contester le fait que les États-Unis ont le pouvoir de restreindre les services qui, de leur point de vue (et sur la base d'éléments de preuve solides), posent de graves risques pour l'exécution de la législation, la protection des consommateurs et la santé – sans parler des risques pour l'ordre public et la moralité.

Question n° 36 (posée aux États-Unis)

En ce qui concerne la référence faite aux "quelques rares exceptions limitées aux établissements de paris sportifs titulaires d'une licence au Nevada" au deuxième paragraphe de la pièce n° 73 d'Antigua-et-Barbuda, les États-Unis pourraient-ils indiquer quelles sont ces exceptions, même à titre d'exemple?

Les observations formulées par Antigua sur la question n° 36 décrivent d'une façon inexacte la Loi sur la protection du sport amateur et professionnel, codifiée dans 28 U.S.C. §§ 3701-3704. Les observations d'Antigua sont formulées comme suit:

En vertu de la législation connue sous le nom de "PASPA", le gouvernement fédéral des États-Unis a expressément exempté quatre États, le Nevada, l'Oregon, le Delaware et le Montana, de l'application de sa prohibition générale frappant les paris sportifs autres que sur les courses de chevaux, les courses de lévriers et la pelote basque. ... *Il n'y a pas dans la PASPA ni dans d'autres lois fédérales de dispositions restreignant la capacité de ces États d'offrir toute la gamme des services de paris*

sportifs sur une base commerciale ou par des organismes des États. (pas d'italique dans l'original)

Les deux phrases citées sont inexactes.

Les buts de la Loi sur la protection du sport amateur et professionnel (PASPA) ont été exposés dans la réponse des États-Unis à la question n° 36. En substance, la PASPA a mis un terme à l'autorisation par les administrations infrafédérales de tous les jeux liés aux sports aux États-Unis.

La PASPA a permis de maintenir certains paris sportifs auparavant autorisés dans certains États (quoique, contrairement à ce qu'indique Antigua, ces États ne soient pas "expressément" mentionnés dans la législation). Elle ne dispose toutefois pas que ces États peuvent ajouter autant de nouvelles formes de paris sportifs qu'ils le souhaitent.

En fait, le Nevada, l'Oregon, le Delaware et le Montana⁴¹⁸ avaient autorisé des formes particulières de paris liés aux sports pendant les périodes spécifiées dans la législation, et il était donc permis de les autoriser à l'avenir aux termes de la loi. De ces États, seul le Nevada a autorisé les services des établissements de paris sportifs. Les autres États ont autorisé des jeux de loterie liés aux sports.⁴¹⁹

La PASPA ne permet pas de délivrer à l'avenir d'autres autorisations des paris sportifs dans ces États sous toute autre forme que celles qui existaient au moment de sa promulgation. Par conséquent, l'Oregon, le Delaware et le Montana ne peuvent pas promulguer de législation autorisant des établissements de paris sportifs à offrir leurs services, et le Nevada ne peut dorénavant pas promulguer de législation autorisant des jeux de loterie liés aux sports.⁴²⁰ En conséquence, le Nevada est le seul endroit aux États-Unis où des établissements de paris sportifs peuvent être autorisés à offrir leurs services.

⁴¹⁸ Lors du débat sur la PASPA au Congrès, il a aussi été mentionné à un moment que les paris "calcutta" au Wyoming et les paris mutuels sur les courses de vélos au Nouveau-Mexique étaient des formes de paris auparavant autorisés.

⁴¹⁹ Aucun État n'a promulgué de nouvelle législation autorisant les paris sportifs visés avant les dates d'expiration des périodes spécifiées dans la législation, de sorte que l'étendue des activités admissibles n'a pas changé depuis la promulgation de la législation.

⁴²⁰ Une commission sénatoriale a examiné dans un rapport comment la PASPA s'appliquerait aux États qui avaient autorisé certaines formes de paris sportifs. Dans ce rapport, il était dit ce qui suit:

En vertu de l'alinéa 1) du paragraphe a), l'Oregon et le Delaware peuvent organiser des loteries pour n'importe quel sport parce qu'ils organisaient des loteries de ce genre avant le 31 août 1990. L'alinéa 1) ne vise pas à empêcher l'Oregon et le Delaware d'étendre leurs systèmes de paris sportifs à d'autres sports dans la mesure où ils étaient autorisés par la législation de l'État avant la promulgation de la présente loi. Dans le même temps, l'alinéa 1) ne vise pas à permettre d'étendre les paris sportifs aux paris sur les placements individuels.

En vertu de l'alinéa 2), les jeux de casino sur les manifestations sportives peuvent continuer au Nevada, dans la mesure où ils sont autorisés par la législation de l'État, parce que des paris sportifs étaient en fait organisés au Nevada entre le 1^{er} septembre 1989 et le 31 août 1990, conformément à la législation de l'État. L'alinéa 2) ne vise pas à empêcher le Nevada d'étendre ses systèmes de paris sportifs à d'autres sports pour autant qu'ils aient été autorisés par la législation de l'État avant la promulgation de la présente loi. Par ailleurs, les paris sportifs visés par l'alinéa 2) peuvent être organisés dans n'importe quelle région de l'État et dans tout établissement existant ou non de l'État. Dans le même temps, l'alinéa 2) ne permet pas d'implanter une loterie sportive d'État dans n'importe quel État où une telle loterie n'était pas exploitée avant le 31 août 1990.

Le champ d'application étroit du paragraphe a) témoigne du fait que la Commission a pour position que les paris sportifs devraient être soumis à de strictes limitations.

Rapport du Sénat n° 102-248 (1992), réimprimé en 1992, U.S.C.C.A.N. 3553, 3561. Par conséquent, le Nevada, l'Oregon, le Delaware et le Montana ne peuvent pas à leur gré ajouter autant de nouvelles formes de paris sportifs qu'ils le souhaitent.

Dans le contexte du présent différend, il est aussi important de noter qu'aucune disposition de la PASPA n'exempte un quelconque exploitant national ou étranger de l'application de la 18 U.S.C. § 1084. Par conséquent, la PASPA ne permet pas d'autoriser les paris sportifs sur Internet dans quelque État que ce soit en violation de la 18 U.S.C. § 1084, ni toute autre transmission inter-États ou transfrontières d'un pari ou d'une mise au moyen d'un dispositif de communications par câble. Par ailleurs, Antigua n'a présenté aucune théorie sur la base de laquelle il pourrait être constaté que la PASPA viole une quelconque disposition de l'AGCS.

Concernant la question des paris mutuels sur les courses de chevaux, les observations formulées par Antigua sur la question n° 36 selon lesquelles "[p]ar ailleurs, bien que les États-Unis semblent établir diverses distinctions entre les paris sur les courses de chevaux et d'autres formes de paris sportifs, Antigua estime qu'il n'existe pas vraiment de fondement logique à ces distinctions" sont sans fondement. De fait, bien qu'Antigua ait fait plusieurs affirmations au sujet des paris mutuels sur les courses de chevaux, il n'en reste pas moins qu'elle n'a présenté aucun élément de preuve spécifique montrant que de quelconques services et fournisseurs de jeux antiguanais sont "similaires" aux services de paris mutuels sur les courses de chevaux des États-Unis et à leurs fournisseurs.

Question n° 41 (posée à Antigua)

En ce qui concerne l'argument d'Antigua figurant au paragraphe 38 de sa deuxième déclaration orale, Antigua fait-elle maintenant valoir que toutes les activités de jeux et paris dans lesquelles on gagne et perd de l'argent sont nécessairement "similaires" et que cela constituerait le principal critère pour décider de la "similarité" au sens de l'article XVII?

Antigua déclare que "le fait de gagner ou de perdre de l'argent était la condition *sine qua non* des services de jeux et paris, qui peuvent tout aussi bien être livrés localement qu'"à distance".

En plus des arguments déjà avancés par les États-Unis pour réfuter cet argument, nous notons la récente déclaration ci-après de M. Griffiths, consultant d'Antigua dans le présent différend, qui témoignait devant un comité mixte du Parlement britannique:

Je suppose que 99 pour cent des personnes qui se rendent à un certain endroit pour jouer, comme c'est mon cas lorsque je vais à Las Vegas ou ailleurs, le font, je crois, parce qu'elles pensent y passer un bon moment. Je ne m'y rends pas pour gagner de l'argent. Si je gagne, tant mieux. Lorsque je me rends au casino local, à Nottingham, j'y vais pour prendre un repas, pour être avec des amis, pour bavarder ou pour toute autre raison, mais le jeu est accessoire. Je suppose que c'est le but de la plupart des personnes qui se rendent à des destinations ludiques, tout simplement pour y passer un bon moment. C'est un fait, elles peuvent parfois gagner et parfois perdre, mais le fait est que ce n'est pas la seule activité à laquelle elles se livrent.⁴²¹

IV. QUESTIONS POSEES PAR LE GROUPE SPECIAL AUX TIERCES PARTIES SEULEMENT

Questions posées à toutes les tierces parties:

B. ARTICLE XVI

1. Les tierces parties partagent-elles l'opinion exprimée par les CE au paragraphe 84 de leur communication écrite selon laquelle une prohibition générale de la fourniture de

⁴²¹ Procès-verbaux des témoignages, jeudi 8 janvier 2004, *supra*, note de bas de page 11, Q257 (réponse de M. Mark Griffiths).

services de jeux et paris transfrontières équivaut à une restriction quantitative au sens de l'article XVI:2 a)?

Communautés européennes

Les Communautés européennes confirment leur position. J'aimerais ajouter que la position exprimée n'exclut pas qu'une telle prohibition générale, si elle existe, peut aussi être pertinente au regard de différents points de l'article XVI:2 de l'AGCS. Par exemple, selon la manière dont la prohibition est libellée, elle peut aussi être pertinente au regard des points b) ou c). De même, une prohibition générale qui ne s'appliquerait, *de jure* ou *de facto*, qu'aux services fournis sur une base transfrontières pourrait être pertinente au regard de l'article XVII.

Japon

Le Japon souscrit à l'idée qu'une prohibition complète de la fourniture dans un secteur de services où des engagements spécifiques ont été contractés équivaut à une restriction quantitative au sens de l'article XVI:2 a), lorsque cette prohibition complète se présente expressément sous forme d'une législation ou réglementation nationale ou d'une combinaison de celles-ci. Il réserve ses vues dans les cas où la fourniture des services dans un secteur spécifique n'est pas expressément prohibée par une législation ou réglementation nationale ou par une combinaison de celles-ci, mais où son application est rendue extrêmement difficile par une législation ou réglementation nationale ou par une combinaison de celles-ci qui, respectivement, ne constituent pas des mesures visées par l'article XVI:2 a) à f) et ne font donc pas l'objet de réserves dans la liste d'un Membre. Le Japon considère qu'il faut examiner au cas par cas la question de la compatibilité d'une telle situation avec l'article XVI, alors que la situation pourrait en même temps fort bien soulever une question de compatibilité avec l'article VI:5.

Mexique

Le Mexique est d'avis que lorsque la fourniture d'un service selon le mode 1 (fourniture transfrontières) fait l'objet d'une prohibition générale, le nombre de fournisseurs qui peuvent fournir un service par ce mode est de zéro. Par conséquent, une prohibition générale de la fourniture d'un service selon le mode 1 équivaut à une restriction quantitative au sens de l'article XVI:2 a).

C. ARTICLE XVII

2. **Dans quelle mesure le rapport de concurrence entre, d'une part, les services et les fournisseurs de services sur le territoire à partir duquel le service est fourni et, d'autre part, les services et les fournisseurs de services sur le territoire où le service est fourni est-il pertinent pour évaluer la "similarité"?**

Communautés européennes

Les Communautés européennes tiennent d'emblée à indiquer que pour établir l'existence d'une violation de l'article XVII de l'AGCS, il n'est nul besoin de considérer le rapport entre à la fois les services et les fournisseurs de services (voir la réponse à la question n° 9 ci-dessus). Ainsi que l'a clarifié l'Organe d'appel dans l'affaire *Corée – Boissons alcooliques*⁴²², les produits "similaires" sont toujours un sous-ensemble des "produits directement concurrents". Par conséquent, le rapport de concurrence (réel ou potentiel) sera toujours dans une certaine mesure pertinent pour une analyse de la "similarité". Cette mesure dépendra du cas particulier considéré. Dans ce contexte, les Communautés européennes notent aussi que si le rapport de concurrence est faussé (ou absent) en raison d'une mesure appliquée sur le territoire où le service est fourni, le point de repère pertinent est le rapport de

⁴²² Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 118.

concurrence *potentiel* qui existerait si les services fournis ne faisaient pas l'objet de cette mesure. Les Communautés européennes invitent aussi le Groupe spécial à se reporter à leur communication en tant que tierce partie et à leur déclaration orale où cette question est examinée plus en détail.

Mexique

De l'avis du Mexique, ce sont la nature et les caractéristiques du service en cause qui sont directement pertinentes pour le point de savoir si ces services sont "similaires". En ce qui concerne les fournisseurs de services, lorsque les services fournis sont "similaires", les fournisseurs de ces services sont aussi "similaires".⁴²³ Le Mexique fait en outre observer que le paragraphe 3 de l'article XVII dispose qu'un traitement formellement identique ou formellement différent sera considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre (c'est-à-dire du Membre appliquant la mesure en cause) par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre. Par conséquent, le rapport de concurrence entre les services sur le territoire à partir duquel le service est fourni et les services sur le territoire où le service est fourni est très pertinent pour la question de savoir si les services et les fournisseurs de services d'un autre Membre sont traités d'une manière "non moins favorable" que les services et les fournisseurs de services du Membre de l'OMC appliquant la mesure mise en cause.

- 3. Les tierces parties considèrent-elles que les circonstances réglementaires sur le territoire où le service est fourni et/ou sur le territoire à partir duquel le service est fourni devraient être prises en compte au titre de l'article XVII dans l'analyse de la "similarité" et/ou dans l'analyse du "traitement moins favorable"? Dans l'affirmative, quels sont les paramètres à l'intérieur desquels il faudrait prendre en compte les circonstances réglementaires?**

Communautés européennes

Les Communautés européennes répondent à la question sur la base de deux hypothèses quant au sens de l'expression "circonstances réglementaires". Si, en faisant référence aux "circonstances réglementaires", le Groupe spécial entend désigner le régime applicable, tel que mentionné dans la communication des Communautés européennes en tant que tierce partie et leur déclaration orale, les CE sont d'avis que les circonstances réglementaires en tant que telles ne sont pas pertinentes pour déterminer si deux services sont "similaires". Plus précisément, le simple fait que des réglementations différentes s'appliquent aux services fournis depuis le territoire d'un Membre et depuis l'extérieur de ce territoire, voire les problèmes d'application particuliers que peuvent créer ces derniers, ne peut pas rendre "non similaires" les services étrangers et nationaux. L'objectif même de l'article XVII est de protéger, entre autres, les services fournis depuis l'extérieur du territoire d'un Membre contre les réglementations qui sont moins favorables que celles qui s'appliquent aux services fournis depuis ce même territoire. Le point, s'il en est, qui traite des circonstances réglementaires spéciales des services étrangers à l'article XVII est la notion de "traitement moins favorable", que nous examinons ci-dessous.

Par contre, en faisant référence aux "circonstances réglementaires", le Groupe spécial pourrait vouloir désigner les circonstances factuelles qui font l'objet de la réglementation. Les Communautés européennes feraient alors aussi observer que le "territoire où le service est fourni" différera en principe du "territoire à partir duquel le service est fourni" uniquement en cas de fourniture selon le mode 1. Si les différences dans les circonstances factuelles avaient une incidence, par exemple, sur les caractéristiques des services eux-mêmes, puisqu'ils sont fournis sur le territoire du Membre dont la mesure est en cause, elles pourraient aussi avoir une incidence sur la "similarité" du service national et du service étranger. Le critère du "traitement moins favorable" a fait l'objet de nombreux rapports

⁴²³ Rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III (États-Unis)*, paragraphe 7.322.

de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel du GATT et de l'OMC, en particulier en ce qui concerne l'article III du GATT. La pratique établie de longue date du GATT a précisé que le "traitement non moins favorable" exigeait l'égalité effective des possibilités de concurrence offertes aux produits étrangers et nationaux.⁴²⁴ Cette approche, qui a été développée pour le secteur des produits, est maintenant codifiée à l'article XVII:2-3 de l'AGCS.

Bien que l'objectif fondamental du critère du "traitement non moins favorable" soit de garantir l'égalité de traitement, il peut y avoir des cas où l'application d'un traitement formellement identique se traduirait dans la pratique par l'octroi d'un traitement moins favorable aux produits ou services étrangers. Cela pourrait être le cas lorsque les différences dans les circonstances réglementaires sur le territoire à partir duquel le service est fourni et sur le territoire où le service est fourni ont une incidence sur la fourniture du service sur le territoire du Membre dont la mesure fait l'objet du différend. L'application de l'article XVII de l'AGCS nécessite l'établissement d'une comparaison entre deux "traitements" accordés par le même Membre de l'OMC sur le territoire duquel le service est fourni – le traitement des services nationaux et le traitement des services étrangers. L'atteinte de l'objectif du critère du traitement "non moins favorable" pourrait donc exiger d'un Membre de l'OMC qu'il applique un régime différent aux produits ou services étrangers de façon à s'assurer que le traitement accordé est en fait non moins favorable. Elle pourrait aussi permettre un traitement formellement différent lorsqu'un traitement identique se traduirait par un traitement plus favorable du service étranger, à condition que le traitement des services étrangers demeure "non moins favorable". Bien entendu, cela ne permettrait pas une prohibition pure et simple des services étrangers alors que les services nationaux sont permis. Enfin, un traitement formellement différent fondé sur des circonstances différentes sur le territoire du Membre à partir duquel le service est fourni, pour autant que ces circonstances aient une incidence sur le marché du Membre dont la mesure est en cause, pourrait aussi être pertinent au regard de l'article XIV de l'AGCS.

Mexique

Les circonstances réglementaires devraient à tout le moins être pertinentes pour l'analyse du "traitement moins favorable". Voir la réponse du Mexique à la question n° 6 ci-dessus.

- 4. En ce qui concerne le paragraphe 9 de la communication écrite du Japon, le simple fait que les services sont fournis selon différents modes de fourniture (tels que définis dans l'AGCS) signifie-t-il que les circonstances réglementaires sont différentes et que, par conséquent, il est justifié d'accorder un traitement différent selon le mode de fourniture? Les tierces parties souscrivent-elles à l'évaluation faite par le Japon au paragraphe 11 de sa communication écrite des conséquences que pourrait avoir le fait que les services soient visés par l'AGCS si la "similarité" entre les modes est permise au titre de l'article XVII?**

Communautés européennes

Les Communautés européennes ne partagent pas le point de vue, exprimé au paragraphe 9 de la communication du Japon en tant que tierce partie, selon lequel des différences dans les circonstances réglementaires pourraient affecter *en soi* la "similarité" d'un service national et d'un service étranger. Dans la mesure où des "différences dans les circonstances réglementaires" désignent des "différences dans les régimes applicables", il est déjà traité de cette question au paragraphe 96 de la communication des CE en tant que tierce partie. Dans la mesure où elles désignent des "différences dans les circonstances factuelles susceptibles d'être soumises à une règle de droit", ces différences pourraient affecter la similarité uniquement si elles rendent les caractéristiques des deux services différentes, comme il est indiqué ci-dessus dans la réponse à la question n° 3. Les Communautés européennes considèrent aussi qu'il n'est pas nécessaire de traiter la question soulevée au

⁴²⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Article 337*, IBDD, S36/386.

paragraphe 11 de la communication écrite du Japon pour régler le présent différend, qui ne concerne que l'article XVII de l'AGCS.⁴²⁵

Japon⁴²⁶

Ce que le Japon voulait dire dans ce paragraphe, c'est qu'il devrait y avoir moyen de contester la similarité des services lorsqu'un Membre défendeur a suffisamment démontré dans un cas particulier la nécessité d'un traitement différencié à la lumière des prescriptions réglementaires, des différences dans les circonstances réglementaires, etc. Dans certains cas, les différences dans les circonstances réglementaires sont effectivement représentées par les différences dans les modes, mais, ainsi que l'indique clairement sa communication, le Japon n'affirme pas catégoriquement que les différences dans les modes rendent toujours les services non similaires. Au contraire, lorsqu'il est constaté dans des cas spécifiques que les différences dans les circonstances réglementaires ne sont pas suffisantes pour établir la non-similarité des services dans certains secteurs de services, ou lorsque cet argument n'est pas suffisamment étayé par une partie concernée, les différences dans le mode de fourniture lui-même n'amoinçiraient pas la similarité des services.

Le paragraphe 11 de la communication écrite du Japon ne représente pas en fait l'évaluation du Japon. Il consiste plutôt en une description factuelle de la discussion tenue au Conseil du commerce des services qui, de l'avis du Japon, pourrait avoir une certaine pertinence pour l'interprétation de la similarité des services. Le Japon a donc présenté cette discussion pour que le Groupe spécial l'examine s'il le juge approprié.

Mexique

En ce qui concerne la première question, conformément au paragraphe 3 de l'article XVII, un traitement formellement différent selon le mode de fourniture est possible au titre de l'AGCS. Une telle différence de traitement ne violera l'article XVII que dans la mesure où elle modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou des fournisseurs de services du Membre (c'est-à-dire du Membre appliquant la mesure en cause) par rapport aux services similaires ou aux fournisseurs de services similaires de tout autre Membre. En ce qui concerne la deuxième question, voir la réponse du Mexique à la question n° 3 ci-dessus.

Antigua

Les tierces parties souscrivent-elles à l'évaluation faite par le Japon au paragraphe 11 de sa communication écrite des conséquences que pourrait avoir le fait que les services soient visés par l'AGCS si la "similarité" entre les modes est permise au titre de l'article XVII?

Au paragraphe 11 de sa communication écrite, le Japon estime que, si la similarité entre les modes est permise, la limitation du traitement national pour un mode de fourniture particulier sera vidée de son sens par l'application de l'article II de l'AGCS. En substance, cette thèse obligerait le Groupe spécial à choisir entre: i) vider de leur sens les engagements concernant le traitement national contractés pour la fourniture transfrontières (parce que la fourniture transfrontières serait par définition "non similaire"); ou ii) vider de leur sens les limitations de la fourniture transfrontières (parce que la disposition de l'article II de l'AGCS relative à la "similarité" nuirait à l'efficacité d'une telle limitation si un Membre a contracté des engagements concernant le traitement national pour d'autres modes de fourniture). Cela en soi montre que cette thèse ne peut pas constituer une

⁴²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 231, où l'Organe d'appel a estimé que les dispositions relatives au traitement national n'étaient pas nécessairement pertinentes pour l'interprétation de la clause de la nation la plus favorisée de l'AGCS.

⁴²⁶ Le Groupe spécial fait observer que, lorsqu'il a formulé des observations sur la partie descriptive du rapport, le Japon a demandé la suppression de divers éléments reproduits dans la réponse initiale.

interprétation correcte des articles II et XVII de l'AGCS parce que, quelle que soit l'option retenue, une partie importante de la liste d'engagements d'un Membre est rendue superflue.

Par ailleurs, la thèse avancée par le Japon présuppose que les dispositions des articles II et XVII relatives à la "similarité" et au "traitement moins favorable" doivent toujours être interprétées exactement de la même manière. Dans l'affaire *CE – Bananes III*, toutefois, l'Organe d'appel a déjà dit qu'il n'y avait pas une telle analogie entre les articles II et XVII, et que l'article II de l'AGCS devrait être interprété à la lumière des dispositions du GATT de 1994 relatives au traitement NPF, et non de l'article XVII de l'AGCS.⁴²⁷ Compte tenu de ce qui précède, Antigua-et-Barbuda estime que, dans la situation décrite par le Japon au paragraphe 11 de sa communication en tant que tierce partie, le Membre A ne serait pas tenu d'étendre le "traitement b" aux services transfrontières du Membre C. Si le Membre A était tenu de le faire, il serait obligé d'accorder aux services du Membre C un meilleur traitement qu'aux services du Membre B, alors que le but de l'article II est précisément de le prohiber et non de le prescrire. Le contexte de l'article XVII est manifestement complètement différent lorsqu'un Membre a contracté un engagement spécifique pour accorder un traitement "non moins favorable" aux services fournis sur une base transfrontières.

Question posée au Japon:

- 5. Au paragraphe 9 de sa communication écrite, le Japon a indiqué que dans *certain*s secteurs de services et pour *certain*s services, il serait possible de faire valoir que les circonstances réglementaires devraient être prises en compte pour évaluer la "similarité" des services. Le Japon pourrait-il indiquer quels critères il faudrait appliquer pour déterminer les secteurs/les services pour lesquels les circonstances réglementaires devraient être prises en compte?**

Japon

Le Japon en tant que tierce partie n'est pas en mesure d'identifier d'une manière catégorique les secteurs de services spécifiques qui exigeraient que les circonstances réglementaires soient prises en compte à ce stade, alors que les Membres sont généralement d'avis que la similarité des produits et des services doit être déterminée au cas par cas. Il n'est pas en mesure non plus d'indiquer que le secteur de services au cœur du présent cas d'espèce exige catégoriquement un examen des circonstances réglementaires. Le Japon est d'avis que les différences dans les circonstances réglementaires ne devraient pas être catégoriquement exclues comme facteur à prendre en considération pour déterminer la similarité des services, mais qu'il est laissé à la discrétion d'une partie au présent Groupe spécial et à des groupes spéciaux futurs de présenter, au besoin, des arguments sur cet aspect.

⁴²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 231.